Prestação de serviços públicos de energia elétrica mediante associações interestatais aplicada às prorrogações de concessões de energia elétrica*

Electricity public services provision through interstate associations applied to the extensions of electricity concessions

*Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues***
*Luiz Gustavo Kaercher Loureiro****

RESUMO

O artigo pretende demonstrar que sob o regime da Constituição de 1988, em especial depois da alteração do art. 241 promovido pela Emenda nº 19/1998, foi revigorada a possibilidade de a prestação dos serviços públicos ser feita mediante a associação de entes estatais sob um regime jurídico

* Artigo recebido em 29 de agosto de 2012 e aprovado em 12 de dezembro de 2012.

** Mestre em direito público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); *Magister Legum* pela Universidade de Münster – Alemanha; doutor pela Universidade de Münster – Alemanha. Professor adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (Ufpel) e advogado.

*** Doutor em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor adjunto na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e advogado.

específico e diferenciado, o qual poderia ser aplicado às concessões relativas à prestação do serviço público de energia elétrica (geração, transmissão e distribuição) que ora estão a iniciar a vencer e que foram outorgadas em favor de empresas estatais (federais e estaduais).

PALAVRAS-CHAVE

Serviços públicos — energia elétrica: geração, transmissão e distribuição — associações entre pessoas jurídicas estatais — convênios administrativos

ABSTRACT

The article intends to demonstrate that, pursuant to the legal framework of the 1988 Constitution, and especially after its article 241 was modified by Constitutional Amendment nº 19/1998, the possibility that public services be rendered through an association between public entities, under a specific and particular legal regime, was reinvigorated. This legal regime could be applied to administrative concessions of energy services (generation, transmission and distribution) which are about to lapse and which were granted to public enterprises (federal and state-owned).

KEY-WORDS

Public services — electric energy: generation, transmission and distribution — associations between public entities — administrative conventions

Introdução

O presente artigo constitui como que um prolongamento, agora por certo sob novas perspectivas, de dois estudos anteriores publicados pelos autores.[1] Ali já referíamos que (nada obstante o processo de privatizações ocorrido a partir da segunda metade da década de 1990):

[1] Referimo-nos aos artigos "Que papel cabe às empresas estatais no setor elétrico brasileiro? Uma perspectiva de direito constitucional", publicado no II Seminário Internacional sobre Reestruturação e regulação do setor de energia elétrica e gás natural, organizado pelo Gesel/UFRJ, no ano de 2007 e "Algumas observações sobre o regime jurídico das empresas estaduais de energia elétrica", publicado no *Informativo Ifes*, do Gesel/UFRJ, no ano de 2008.

> É traço característico do Setor Elétrico Brasileiro (SEB) a sua composição institucional mista, sobretudo no segmento da geração de energia: aproximadamente 62% da capacidade instalada total do SEB está sob o controle de empresas estatais de variado tipo. Este dado por si só é suficiente para atribuir importância à questão acerca do papel que podem ter estes entes públicos na oferta de energia elétrica.[2]

Por outro lado, também ali já se comentava que:

> Em razão da aproximação do final do prazo de alguns contratos de concessão de serviços de energia elétrica de empresas estaduais, muito se tem discutido acerca da (im)possibilidade de prorrogar-se tais contratos, à vista da ausência de uma lei ordinária que discipline positivamente a matéria.
>
> A questão, como colocada, tem toda a pertinência, considerando-se o atual quadro normativo infraconstitucional (legislação ordinária) que trata todos os agentes do setor genericamente como "concessionários", "permissionários" ou "autorizados" dos serviços e instalações de energia elétrica, sem fazer distinção ulterior entre empresas privadas, empresas estatais federais (pertencentes ao titular da atividade, a União) e empresas estatais de outros entes da federação (estaduais ou municipais).[3]

Como é sabido, a citada questão da (im)possibilidade de prorrogação desses contratos agora se encontra na ordem do dia, mas sem que se possa afirmar exista uma doutrina uníssona e coesa quanto à possível resposta (ou mesmo: quanto às respostas possíveis) que o direito positivo vigente apresenta para essa pergunta.

A partir disso, pretendemos aqui explorar certas hipóteses jurídico-positivas que já haviam sido (apenas e tão somente) de modo tópico aventadas nos dois artigos anteriores.

Adiantando um tanto o conteúdo do presente artigo, essas hipóteses dizem respeito a uma tradição histórica de nosso direito positivo dos serviços

---

[2] Na Introdução do artigo "Que papel cabe às empresas estatais no setor elétrico brasileiro? Uma perspectiva de direito constitucional".

[3] Na Introdução do artigo "Algumas observações sobre o regime jurídico das empresas estaduais de energia elétrica".

público-administrativos, mais exatamente, a uma tradição jurídica que se formou nos regimes constitucionais anteriores, a qual foi mantida e sobretudo aperfeiçoada sob o regime da Constituição de 1988, e que permite deduzir um específico e especial regime jurídico que o direito positivo vigente autoriza quando se trata de prestação de serviços públicos mediante associações ou cooperações intraentes estatais (ou ainda: intraentes da própria administração pública federal, estadual e municipal).

Esse direito específico e especial que integra o atual regime jurídico dos serviços público-administrativos é parcialmente distinto do direito vigente para os casos em que a prestação de serviços (nos âmbitos da geração, transmissão e distribuição) é delegada a pessoas não estatais, ou seja, a particulares — neste caso, na forma e procedimento genericamente previstos no art. 175 da Constituição de 1988, e depois regulamentados acima de tudo na Lei nº 8.987/1995, e subsidiariamente na Lei nº 8.666/1993.

Pode-se inclusive, e desde já, afirmar a vigência (histórica) de dois regimes jurídicos cujo critério de contraste se dá a partir de um critério orgânico e/ou subjetivo, ou seja, a partir da identificação do ente efetivamente prestador do serviço público — se entidade estatal ou se entidade privada.

Assim, quando o poder concedente divide ou reparte ainda no âmbito do próprio poder público-estatal a prestação de serviços públicos, ele pode sempre se valer de um procedimento que tem origem no art. 241 da Constituição, e não do art. 175 da Constituição de 1988 (e consequente submissão ao regime legal da Lei nº 8.987/1995, e ainda às leis setoriais de cada serviço público em espécie).

Não se trata, todavia, de regimes estanques e rigidamente apartados entre si. Significa dizer, já de antemão, que o fato de o poder concedente optar pela adoção do art. 241 da Constituição de 1988 não exclui que, sob essa escolha, os princípios e regras da legislação ordinária regulamentadora do art. 175 da Constituição de 1988 sejam imediatamente afastados (em especial aqueles da Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 8.666/1993) — bem ao contrário. O poder concedente tem, no uso do art. 241, e com vistas à consecução do interesse público subjacente à prestação do serviço, uma ampla margem de liberdade político-decisória para conformar o modelo de convênio/consórcio de modo materialmente tanto mais próximo quanto mais distante dessa legislação ordinária e do próprio art. 175.

Por fim, e conforme também se verá em detalhes, a adoção do regime do art. 241 da Constituição de 1988 também possibilita a afirmação de normas especiais e específicas naquilo que dizem respeito à questão ora discutida

sobre a (im)possibilidade de prorrogação das concessões de serviços de energia elétrica outorgadas em favor das entidades estatais (sobretudo as estaduais).

A tradição jurídica do associativismo federativo (enquanto manifestação específica do federalismo cooperativo), no qual se assenta o art. 241 da Constituição de 1988, é que será examinada a partir de agora no presente artigo – com as devidas consequências práticas que daí derivam como resposta à pergunta que ora está na ordem do dia: a prorrogabilidade ou não das concessões que ora estão a iniciar a vencer e que foram outorgadas em favor de empresas estatais (federais e estaduais).

1. Associativismo federativo nas constituições anteriores

Por associativismo federativo entende-se aqui a possibilidade de os entes federativos (ou seus órgãos internos, ou as pessoas de sua administração pública indireta) unirem esforços, mediante associação por convênio ou consórcio, para melhor e mais efetivamente poder cumprir suas atribuições e competências constitucionais e legais. Esse associativismo constitui assim uma espécie ou forma específica de manifestação do federalismo cooperativo.

A história constitucional da República Federativa brasileira se inicia aos moldes do constitucionalismo norte-americano, com seus fundamentos decalcados na Constituição de 1891. Aparentemente essa história desconhece nos seus primórdios a noção de associativismo ou cooperação interentes federativos, vez que uma das características básicas do modelo de federação dos Estados Unidos da América é o chamado federalismo "dual", onde estados-membros e União possuem competências ou atribuições constitucionais de natureza exclusiva, pressupondo assim que elas são executadas diretamente pelos próprios entes competentes ("sistema de execução direta") e também que são absolutamente indelegáveis entre os dois entes federativos (ou pressupondo ainda a absoluta impossibilidade de cooperação federativa na consecução de atribuições e competências públicas).

Por consequência vigora nesse modelo uma lógica de simetria (ou de identificação plena) no exercício das competências legislativa e administrativa — o ente federativo que recebeu uma dada competência legislativa será também (o único) competente para a execução *in concreto* dessa legislação. *Mutatis mutandis*, o ente federativo que recebeu uma dada competência

administrativa (*i.e.*, atividade *in concreto*) será também (o único) competente para promulgar a legislação regente dessa atividade administrativa.[4]

Nada obstante, o art. 7º, § 3º, da Constituição permitia que as leis da União pudessem ter a sua execução "confiada aos governos dos Estados, mediante annuencia destes", e nesse contexto abria-se a possibilidade de uma cooperação ou execução assimétrica das leis federais (e que teoricamente poderia incluir a execução de serviços públicos federais pelos estados).

1.1 Constituição de 1934

A Constituição de 1934 sofreu forte influência do constitucionalismo germânico, em especial da Constituição republicana de Weimar de 1919, que tinha, dentre seus fundamentos básicos, exatamente a noção de cooperação ou colaboração entre os entes federativos na consecução de suas competências ou atribuições (expressão-chave: "federalismo cooperativo"). A partir disso, ela igualmente alargava as possibilidades de cooperação federativa. Assim, de um lado o art. 5º, § 1º, da Constituição de 1934 afirmava que: "Os atos, decisões e serviços federais serão executados em todo o País por funcionários da União, ou, em casos especiais, pelos dos Estados, mediante acordo com os respectivos governos".

De outro lado, o art. 7º, parágrafo único autorizava que: "Podem os Estados, mediante acordo com o Governo da União, incumbir funcionários federais de executar leis e serviços estaduais e atos ou decisões das suas autoridades".

E mais adiante, o art. 9º afirmava que:

> É facultado à União e aos Estados celebrar acordos para a melhor coordenação e desenvolvimento dos respectivos serviços, e, especialmente, para a uniformização de leis, regras ou práticas, arrecadação de impostos, prevenção e repressão da criminalidade e permuta de informações.

---

[4] Para detalhes sobre a formação histórica de nosso sistema constitucional de competências federativas, cf. RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativa e administrativa na Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito de Pelotas*, v. 44, p. 113, 2005; e tb. In: GORCZEVSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos. *Direitos fundamentais*: conhecer para exercer — constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Norton Editor, 2007. p. 267.

Depois, também os estados podiam firmar acordos entre si, mas a validade desses acordos dependia da sua aprovação por uma lei federal (cf. art. 39, item 4, parte final).

Por fim, a mesma Constituição de 1934 reconhecia *incidenter tantum* autoridades e/ou órgãos públicos com poderes ou atribuições literalmente delegados, tais como o "delegado da União" no art. 16, § 3º; a delegação de competências intra-Poder Judiciário no art. 76, nº 1, "j"; a delegação de poderes de controle e fiscalização no âmbito das atividades dos Tribunais de Contas no art. 99; e os delegados do governo federal provisório no período entre a Revolução de 1930 e a entrada em vigor da Constituição de 1934, cf. art. 18 das Disposições Transitórias.

É desse rico conjunto de dispositivos constitucionais que se origina no Brasil, por assim dizer, uma "história constitucional do associativismo dos entes estatais" ou uma "história constitucional da delegação de competências entre entidades federativas", mais exatamente com a constitucionalização da figura do convênio (na dicção constitucional: "acordos", em oposição à figura do contrato), *i.e.*, a convenção, acordo ou associação de duas entidades federativas de diferente *status* (União e estados).

É bem verdade que, dentre seus primeiros dispositivos, a Constituição de 1934 prescrevia no seu art. 3º, § 1º, uma regra geral de caráter absoluto e segundo a qual "É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições", mas essa norma se constituía apenas e tão somente como regra proibitiva de delegações na relação inter-Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (não atingindo, portanto, as relações interentes federativos). Ela tinha como pano de fundo um histórico, cuja práxis se desenvolveu ainda no período imperial, de inúmeras delegações legislativas "em branco" do Poder Legislativo (*i.e.*, materialmente ilimitadas no seu exercício pelo Poder Executivo), e por isso apregoadas de inconstitucionais.[5]

[5] Por exemplo, Pimenta Bueno dedicou a inteira Seção 3ª ao Capítulo 3 do Título Primeiro de seu *Direito público brazileiro e analyse da Constituição do Imperio* (1857) ao tema "Do abuso da subdelegação do poder Legislativo no poder Executivo". Essas delegações legislativas do Congresso Nacional ao Poder Executivo foram inicialmente vedadas pela Emenda nº 1, de 1926, ao art. 34, § 1º, primeira parte, da Constituição de 1891. As Constituições de 1946 (art. 36, § 2º) e 1969 (art. 6º, parágrafo único) manterão expressamente, em maior ou menor grau, essa indelegabilidade intrapoderes estatais. Típicas ainda eram as delegações legislativas incluídas no final do texto da lei orçamentária anual, daí chamadas "caudas orçamentárias", que desvirtuavam assim a própria natureza dessa lei, e que deram origem à regra segundo a qual "a lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa" (cf. hoje art. 165, § 8º, da Constituição de 1988).

1.2 Constituição de 1937

Desde logo caberia referir que a Constituição de 1937 revogou pela via de disposições transitórias e finais o federalismo (cf. *v.g.* arts. 176 a 178 e 186), e com isso torna-se sem efeito uma análise do associativismo federativo durante a ditadura do Estado Novo.

Convém ainda assim uma análise dos dispositivos do corpo principal da Constituição, os quais, nada obstante a sua não vigência, oferecem informações sobre como esse associativismo federativo poderia ter existido.

Diferente da Constituição de 1934, o art. 19 da Constituição de 1937 pressupunha de início uma delegação de caráter unilateral e cogente, mediante lei, de parte da União para os Estados: "A lei pode estabelecer que serviços de competência federal sejam de execução estadual; neste caso ao Poder Executivo federal caberá expedir regulamentos e instruções que os Estados devam observar na execução dos serviços".

No plano contrário, naturalmente era mantido o espírito negocial na delegação de atividades dos Estados para a União, na forma do art. 22: "Mediante acordo com o Governo federal, poderão os Estados delegar a funcionários da União a competência para a execução, de leis, serviços, atos ou decisões do seu governo".

Sobre os acordos concluídos entre estados, o art. 54, "b", dispunha que cabia ao Conselho Federal (órgão que substituiria o Senado Federal) aprová-los.

Por outro lado, a Constituição do Estado Novo também ampliava o significado de cooperação interestatal com a introdução dos consórcios municipais (à semelhança do *Kreis* do direito público alemão), ao dispor em seu art. 29 que: "Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins".

Já o parágrafo único desse art. 29 (e certamente a título de manutenção de uma igualdade regional de procedimentos para a formação do consórcio) estabelecia que "Caberá aos Estados regular as condições em que tais agrupamentos poderão constituir-se, bem como a forma, de sua administração".

1.3 Constituição de 1946

Sem fugir das linhas-mestras anteriores, a Constituição de 1946 manteve a noção de federalismo associativo ou cooperativo ao estabelecer no seu art. 18, § 3º, mediante cláusula de reciprocidade, que:

> Mediante acordo com a União, os Estados poderão encarregar funcionários federais da execução de leis e serviços estaduais ou de atos e decisões das suas autoridades; e, reciprocamente, a União poderá, em matéria da sua competência, cometer a funcionários estaduais encargos análogos, provendo às necessárias despesas.

Desse modo, a Constituição de 1946 preservava a figura do convênio público entre União e estados. Já na doutrina, a importante voz de Pontes de Miranda alargava a interpretação desse dispositivo constitucional ao defender sua aplicação também aos municípios:

> Pergunta-se: podem ser objeto dos acordos a que se refere o art. 18, § 3º, leis e serviços municipais, atos e decisões de autoridades municipais? Sim. Tais leis, serviços, atos e decisões são municipais, porém, como referentes a unidades interiores dos Estados-membros, se subsumem na expressão "estadual", no sentido em que a empregam algumas regras da Constituição de 1946.[6]

Depois, Pontes de Miranda discorria sobre o procedimento conformador dos acordos previstos no art. 18, § 3º:

> Qual a forma de tais acordos? É preciso que o Poder Legislativo os autorize ou aprove? Ou só incumbe ao Poder Executivo resolver a respeito? Por parte da República [i.e., da União], a Constituição não exige a aprovação pelo Poder Legislativo; mas as Constituições dos Estados-membros a podem exigir. Contudo, o Poder Legislativo central pode edictar regras jurídicas para os acôrdos que a União tenha de

[6] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960. Tomo II, p. 159.

> fazer. [...] A Constituição de 1946 não exigiu forma especial aos acôrdos do art. 18, § 3º.[7]

1.4 Constituição de 1967

Contra o silêncio das Constituições anteriores, a Constituição de 1967 fortaleceu o associativismo interestatal ao incluir expressamente os municípios no âmbito dos convênios. Em um primeiro momento, o art. 8º, § 1º, regrava que: "A União poderá celebrar convênios com os Estados para a execução, por funcionários estaduais, de suas leis, serviços ou decisões".

Depois, o art. 13, § 3º, autorizava que: "Para a execução, por funcionários federais ou municipais, de suas leis, serviços ou decisões, os Estados poderão celebrar convênios com a União ou os Municípios".

E, adiante, a associação intermunicipal (antes possibilitada expressamente pela Constituição de 1937) vinha agora prevista no art. 16, § 4º (agora sob a forma de convênios): "Os Municípios poderão celebrar convênios para a realização de obras ou exploração de serviços públicos de interesse comum, cuja execução ficará dependendo de aprovação das respectivas Câmaras Municipais".

Ao lado disso, o art. 157, § 10, ainda permitiu que: "A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade socioeconômica, visando à realização de serviços de interesse comum".[8]

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, por fim, unificou parte dos dispositivos acima transcritos (exceção ao art. 157, § 10) para, mais alargadamente, permitir o associativismo ou cooperação intrafederativa em todos os seus âmbitos, na forma da nova redação do art. 13, § 3º: "A União, os Estados e Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais".

---

[7] Ibid., p. 160 e 162.
[8] Esse dispositivo foi renumerado como art. 164, depois da Emenda Constitucional nº 1/1969.

2. Fundamentos histórico-dogmáticos dos convênios e consórcios públicos

Não constitui um objetivo do presente artigo realizar uma compilação ou coleção detalhada e convincente das diferentes opiniões doutrinárias hoje existentes, as quais depois poderiam, sistematizadas em seu conjunto, constituir uma teoria geral dos convênios e consórcios administrativos.[9]

Todavia, para que a tese esboçada na introdução deste artigo a respeito dos convênios e consórcios no âmbito do setor elétrico (e que será em pormenores desenvolvida mais adiante) possa ser mais bem compreendida, faz-se necessário compilar alguns dos conteúdos fundamentais a respeito daquelas figuras jurídicas e que (para além da nossa parca legislação a respeito do tema) já estão reconhecidos em nossa doutrina e jurisprudência.

2.1 Finalidade originária dos convênios e consórcios no plano estatal interno

A partir do que se expôs sobre a sua evolução histórica, o convênio e também o consórcio surgiram — já no plano do direito constitucional — como um acordo ou convenção entre as próprias entidades federativas para melhor exercício e concretização de suas competências e com base em um interesse comum subjacente. Eles são, desde sua recepção e origem no direito público brasileiro, simples "acordos" interentidades federativas (cf. texto literal do art. 9º da Constituição de 1934) ou "quase-contratos" entre essas mesmas entidades.[10]

Convênios e consórcios são de início diferenciados entre si por um critério orgânico ou subjetivo — assim, com base nos dispositivos constitucionais vigentes (*i.e.*, arts. 23 e 241), vem dito na doutrina constitucional que:

---

[9] Da produção doutrinária mais recente cf. *v.g.* BITTENCOURT, Sidney. *Manual de convênios administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012; DURÃO, Pedro. *Convênios e consórcios públicos*: gestão, teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2012; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos*: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico. São Paulo: Atlas, 2012.

[10] Teses que, baseadas na doutrina do jurista alemão Otto Mayer (*Sobre a teoria do contrato de direito público*, 1888), negadoras da existência de um contrato administrativo e segundo a qual a concessão seria um ato administrativo unilateral, jamais foram doutrina majoritária e, menos ainda, jurisprudência, seja na França, seja no Brasil.

> Consórcio designa acordo firmado entre entidades da mesma espécie (Município com Município, Estado com Estado); porque as partes são entidades públicas é que se trata de consórcios públicos. Convênio é um instrumento que veicula acordos de entidades de espécies diferentes (União-Estado, União-Município, Estado-Município); por isso a norma se refere a convênios de cooperação entre os entes federados.[11]

Já na literatura administrativa, vem afirmado, com base em critério finalístico-material, que o convênio "estabelece uma cooperação administrativa para a execução de atividades que sejam de competência de uma das partes", ao passo que o consórcio "reúne meios para executar, por cooperação, atividades de competência de todas as entidades pactuantes".[12]

2.2 Distinção em face dos contratos administrativos

Diferente das concessões de obras e serviços públicos, que já na sua concepção francesa, construída no decorrer do século XIX, sempre tiveram a natureza de contrato administrativo, convênios e consórcios públicos, nada obstante sejam igualmente, em gênero, instrumentos negociais, não constituem mais uma espécie de contratos administrativos e menos ainda de contratos de concessão ou permissão (como aqueles previstos no art. 175 da Constituição de 1988). Assim, por exemplo, Hely Lopes Meirelles leciona o que segue:

> Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes. Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação

[11] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 481.
[12] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 38.

> correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões.[13]

No mesmo sentido a doutrina de Maria Sylvia di Pietro, quando afirma que:

> O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.
>
> Define-se o convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração.
>
> O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, caput, determina que suas normas se aplicam aos convênios "**no que couber**". Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos arts. 1º e 2º.[14]

Por esses mesmos motivos reconheceu o Tribunal de Contas da União em sua jurisprudência administrativa que "não há que confundir contrato administrativo celebrado pela União com particulares com os convênios que são ajustes celebrados entre pessoas jurídicas de direito público".[15]

Mais especificamente, convênios e consórcios se diferenciam dos contratos porque aqueles não caracterizam atos bilaterais quanto aos seus efeitos (*i.e.*, sinalagmáticos, com direitos e obrigações recíprocas entre as partes). [16] Ao

---

[13] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 387.

[14] DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 336.

[15] TCU in RDA 166/201.

[16] Trata-se de uma distinção dogmático-jurídica que deita suas raízes naquela entre a "convenção" ou "acordo" (*Vereinbarung*), de um lado, e, de outro lado, o "contrato" (*Vertrag*), originária na obra do internacionalista alemão Heinrich Triepel (*Direito internacional público e direito nacional*, 1899). Segundo Triepel, o direito internacional público tem por origem a "vontade coletiva" dos Estados (*i.e.*, um somatório, autônomo porém em relação à vontade individual de cada Estado), resultante de uma "convenção" ou "acordo" (*Vereinbarung — i.e.*, a fusão de vontades diferentes com um mesmo conteúdo, e que gera para todas as partes obrigações de idêntico caráter), em oposição ao "contrato" de direito privado, que seria uma fusão de vontades diferentes e com obrigações de

contrário do caráter sinalagmático, eles são uma união ou identidade de esforços entre entidades públicas (ou mesmo órgãos públicos) para atingir objetivos em comum — e daí também sua definição como "quase-contratos".[17]

Assim, seguindo-se a noção de autonomia entre as entidades federativas (sobretudo arts. 1º e 18 da Constituição de 1988), os instrumentos que formalizam os negócios jurídicos no plano interno do próprio Estado não têm a natureza jurídica dos contratos, uma vez que uma entidade federativa não pode obrigar outra entidade federativa a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão nas hipóteses genéricas excepcionais e constitucionalmente da intervenção, regrada nos arts. 34 a 36 da Constituição de 1988, ou então nas hipóteses tópicas previstas em dispositivos esparsos e expressos da Constituição.

Nesse contexto é que o âmbito de uso dos contratos administrativos está circunscrito aos casos em que uma administração pública contratante, com poderes de autoridade e nessa qualidade, contrai, com vistas à realização individual e concreta de algo de interesse público, negócio jurídico com terceiro que não se encontra nesse mesmo nível de autonomia. Tradicionalmente esses poderes de autoridade da administração pública contratante tomam forma, no âmbito do próprio contrato administrativo, nos seus poderes exorbitantes ou derrogatórios do direito comum — as chamadas cláusulas exorbitantes (cf. *v.g.* art. 58, incisos, Lei nº 8.666/1993).

Seguindo esses fundamentos básicos, é possível encontrar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) *v.g.* um convênio entre União e estado para construção de ferrovia (STF, ACO 453, in DJU 15.2.2008), ou então um convênio entre a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República e a Defensoria Pública do Estado do Pará para execução do projeto "Seminário para o fortalecimento dos direitos humanos na região amazônica" (STF, ACO 970, in DJU 12.12.2007, p. 13).

Todavia, os convênios (e consórcios) não se esgotam em tais casos, vez que também as delegações de competência entre os entes estatais podem ser

---

diferente conteúdo (p. ex., o vendedor vende, o comprador compra). Essa dicotomia foi depois aproveitada, com as devidas adaptações, no direito público interno.

[17] Existem todavia opiniões discordantes (mas tendencialmente isoladas), tais como a de Celso Antônio Bandeira de Melo, que subdivide os contratos entre os que atendem a interesses contrapostos e os que compõem comunidades de interesses, e "os convênios e os consórcios correspondem a contratos de segundo tipo" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 657). Também para Marçal Justen Filho "o convênio é uma espécie de contrato administrativo e a ele se aplica grande parte das regras próprias das contratações administrativas. É evidente, no entanto, que o convênio não se confunde com as contratações administrativas usuais" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 355).

viabilizadas pelos convênios e consórcios. Um exemplo vigente está na Lei nº 9.277/1996, que regra a delegação, mediante convênios, da administração de rodovias e portos federais a estados, Distrito Federal e municípios, *i.e.*, delegação de competências relativas a obras e serviços públicos federais para as outras entidades federativas.

Isso é possível porque nessa hipótese inexiste qualquer renúncia ou mesmo desistência da competência originária pela entidade delegante, e sim soma de esforços com a entidade delegada, a qual por sua vez possui implícita ou secundariamente um interesse legítimo em cooperar na concretização das competências originariamente atribuídas à entidade delegante.

2.3 Caracteres intrínsecos básicos dos convênios e consórcios

A característica básica dos convênios e consórcios (e aqui sua diferença fundamental em relação aos contratos administrativos) é a sua precariedade ou instabilidade institucional — vez que derivam (direta ou indiretamente) de acordo entre entidades federativas autônomas a partir da perspectiva constitucional, e por isso hierarquicamente iguais entre si. Assim, por exemplo, Hely Lopes Meirelles leciona que:

> (...) diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa cooperação associativa, e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes. (...) Essa instabilidade institucional, aliada à precariedade de sua administração, vem criando dificuldades insuperáveis para sua operatividade.[18]

Edmir Netto de Araújo, por sua vez, alinha três características básicas, mais exatamente: (i.) a ausência de um vínculo contratual; (ii.) a impossibilidade da vigência de uma cláusula de permanência obrigatória dos convenentes

[18] Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 387.

até o termo final de vigência do convênio (com resolução a qualquer tempo, mediante a cláusula de denúncia); e (iii.) a impossibilidade de previsão de sanções pelo inadimplemento do convenente.[19]

A jurisprudência do STF assume essas premissas em seus julgados, e assim, por exemplo, por força dela impede a inclusão do nome de estados-membros, em cadastro federal de entidades inadimplentes, por descumprimento e/ou rompimento de convênios (*v.g.* STF, in AC 2.367; AC 2.317; AC 2.327; AC 2.200), ou ainda admite a possibilidade de denúncia unilateral do convênio (*v.g.* STF, in RE 219.256 e 172.582).

3. Convênios e consórcios no âmbito do setor elétrico com base na Constituição de 1988

No desenvolvimento das teses que a partir daqui intentaremos proceder, abriremos mão de descrever em detalhes a regulamentação constitucional (e legal) vigente para o setor elétrico.[20]

Como é sabido, e na mesma senda da Constituição de 1967/69, de um lado o art. 21, XII, "b", parte inicial, concentra integralmente na União a competência para os serviços e instalações de energia elétrica (geração, transmissão e distribuição, excetuado apenas o serviço de iluminação pública, a cargo dos municípios, cf. art. 149-A) bem como a competência, via regime de propriedade destacada, para o aproveitamento de potenciais hídricos para fins de produção de energia, cf. art. 21, XII, "b", parte final c/c art. 176.

A rigor o problema ora examinado funda-se na análise da possibilidade (constitucional) de esses setores do âmbito de energia elétrica funcionarem com base no associativismo ou cooperativismo federativo, e este é o tema que se passa agora a abordar.

3.1 O texto originário da Constituição de 1988

Especificamente em relação ao cooperativismo federativo voltado para a execução de serviços público-administrativos, quando de seu texto originário

---

[19] ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 145.

[20] Para maiores detalhes cf. LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

a Constituição de 1988 como que se apartou da antiga tradição constitucional brasileira. Assim, no texto originário da Constituição de 1988 não eram encontráveis dispositivos semelhantes ao art. 8º, § 1º, ou ao art. 13, § 3º, ou ainda ao art. 16, § 4º, da Constituição de 1967.

No âmbito associativo para atividades administrativas ou executivas houve, a rigor, apenas a introdução de uma nova espécie ou modalidade de competência, no seu art. 23, a competência comum.

Trata-se de recepção da regra da competência comum, prevista no art. 91a, II, frase 2 e art. 109, III, da Lei Fundamental alemã de 1949 (*Grundgesetz*), que permite a cooperação entre os entes federativos com a finalidade de desenvolvimento regional, com vistas a uma maior igualdade material entre as diversas regiões do país (por exemplo, implantar universidades públicas em regiões ainda não servidas pelo ensino superior) e/ou setorial (é dizer: no âmbito de certas atividades que não chegam a atingir o inteiro território alemão, como a proteção das regiões costeiras, que existem apenas no norte do país).

Desde uma perspectiva da concretização dessa competência comum, a União edita leis que regulamentam o modo, amplitude e limites de convênios a serem firmados entre a União e os estados-membros (*Länder*) para a execução de atividades em comum. Em regra, essa associação convenial pressupõe o oferecimento de meios técnicos e financeiros pela União e a execução concreta das tarefas pelo pessoal dos estados-membros.

O art. 23 da Constituição de 1988 possui estrutura praticamente igual. Leis complementares da União fixam as normas de cooperação entre União, estados-membros, Distrito Federal e municípios, não estabelecendo a Constituição maiores restrições e/ou limites quanto ao seu conteúdo, senão apenas a finalidade e/ou objetivo dessas normas: "tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional". Trata-se, portanto, de promover associativamente atividades para remover as desigualdades hoje existentes entre os distintos locais e regiões do país.

No Brasil essa sistemática não rendeu frutos significativos, vez que com base nesse art. 23 somente a Lei Complementar nº 140/2011 foi editada até hoje. Conforme sua epígrafe, ela fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

3.2 Art. 241 da Constituição — pós-Emenda nº 19/1998

A mais importante regra sob o regime da Constituição de 1988 (sobretudo em relação ao tema de que ora se trata) foi a introdução, pela Emenda Constitucional nº 19/1998, de um novo texto no seu art. 241. Este dispositivo passou hoje a ter a seguinte redação:

> A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.[21]

a) Da relação sistemático-teleológica com o art. 175

Depois, desde uma perspectiva dogmático-jurídica sobre seu conteúdo, alcance e extensão, cabe referir que existe aí uma norma que introduz uma técnica diferenciada e apartada, para a prestação (*i.e.*, gestão) de serviços públicos, daquela outra já presente no art. 175 da Constituição de 1988.

Com efeito, a classificação tradicional das formas de gestão do serviço público encontra-se no art. 175, da Constituição de 1988. Mas agora ele deve ser lido e interpretado sistemática e teleologicamente com o art. 241, que permite a realização de convênios e de consórcios públicos para melhor prestação dos serviços públicos.

É juridicamente válido e possível, com base em tais métodos de interpretação, concluir em realidade pela coexistência de dois grandes e apartados (embora não necessariamente totalmente apartados) sistemas de gestão de serviços públicos, e que convivem lado a lado: (i.) o sistema de gestão delegada do art. 175, e (ii.) o sistema de gestão associada (ou cooperativa) do art. 241.

---

[21] Uma análise da Lei nº 11.107/2005 (a Lei de Consórcios Públicos) pode ser dispensada, vez que ela não guarda uma relação direta com as consequências e os resultados jurídicos relativos à hipótese de trabalho que se desenvolve no presente texto.

b) Disciplina por meio de lei

A redação do art. 241 da Constituição parece não ser muito clara a esse respeito, afirmando apenas que as entidades federativas "disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados". Dupla pode ser a interpretação a partir desse texto.[22]

Uma hipótese seria que o Poder Concedente para o serviço, *i.e.*, a entidade titular do serviço público *in concreto*, edita uma lei regulando como pode se dar a associação pública para esse serviço (afinal: é "por meio de lei" que a associação deve ser regulada, havendo aí um indício de que certo *quantum* da matéria está reservado à regulação na lei formal), e as demais entidades federativas conveniadas aderem ao convênio autorizado por essa lei.

Um argumento contrário, nessa hipótese, seria a falta de base de uma legalidade administrativa em senso estrito (*i.e.*, princípio da reserva legal) em relação às entidades que não são poder concedente (o que pressuporia então que igualmente essas entidades delegadas promulgassem uma lei ratificadora do convênio).

Outra hipótese é que a expressão "por meio de lei" se refira a uma prévia lei autorizativa, que permite à entidade federativa ingressar em consórcio ou convênio público. Nesse contexto, todavia, não restaria muito explicável porque a Constituição exige que a lei "discipline" a matéria, em vez de uma simples e prévia autorização legal. Por outro lado, o próprio texto constitucional também permite inferir que a "disciplina" exigida pela lei diz muito mais respeito à autorização para uma gestão associada ou para a transferência de serviços. E, com isso, tratar-se-ia efetivamente apenas de uma prévia lei autorizadora, e nesse caso cada entidade interessada aprova a sua lei autorizativa junto ao seu Poder Legislativo, e as formas, modos e procedimentos da gestão ou da transferência deverão constar a rigor no termo de convênio ou de consórcio.

Uma última hipótese seria que as entidades interessadas firmam inicialmente um termo de convênio ou consórcio, e cada uma delas, *a posteriori*, aprova junto ao seu Poder Legislativo a lei respectiva (uma lei, portanto,

[22] O fato de a Lei nº 11.107/2005 (Lei dos consórcios públicos) haver regrado a instituição desses consórcios de uma dada maneira não significa que essa seja a única constitucionalmente possível. Inclusive porque em nenhum momento essa lei remete ao fato de estar regulamentando o art. 241 da Constituição de 1988, antes apontando expressamente seu fundamento de validade apenas e tão somente na regra do art. 22, XXVII da Constituição de 1988. E a par disso restaria ainda em aberto o exame das possibilidades constitucionais de regulamentação legal acerca dos convênios.

de caráter homologatório e/ou ratificador), a qual então efetivamente se transforma na própria lei disciplinadora da associação.

Todas essas hipóteses podem ser defensáveis como interpretações legítimas do texto constitucional.

c) Formas ou técnicas de associação

O art. 241 da Constituição estabelece duas possibilidades de formas ou técnicas de associação. A primeira delas é a "gestão associada de serviços públicos", o que significa dizer que no mínimo duas (eventualmente mais) entidades federativas restarão responsáveis pela execução *in concreto* do serviço público.

Assim, por exemplo, poder-se-ia cogitar de uma entidade atuando financiadora do serviço e outra como executora material dele, usando seu pessoal. Ou ainda as duas entidades financiando o serviço, e igualmente as duas utilizando seu pessoal. E assim por diante, vez que as possibilidades aqui vão se multiplicando, conforme a criatividade do que se possa jurídica e validamente entender como gestão associada de um serviço público.

A segunda forma é a "transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos", é dizer, aqui se trata daquilo que comumente se designa como convênio (ou consórcio) de delegação de serviços, quando então o poder concedente delega a outra entidade federativa a gestão (total ou parcial) de um serviço público *in concreto*. Essa delegação pode envolver então parcelas desses serviços, a saber: delegação de encargos, delegação de certos serviços integrantes da atividade-fim, delegação de pessoal, ou ainda delegação de bens.

Do texto constitucional não resta claro, em nenhuma das duas formas elencadas acima, qual ou quais das entidades resta como responsável perante terceiros em face dos serviços prestados ou geridos. Apenas por inferência, pode-se afirmar que, no caso da gestão associada, a responsabilidade aparente pode ser solidária, ao passo que na segunda hipótese se poderia pensar em responsabilidade partilhada, por exemplo, quando houver delegação apenas parcial dos serviços, o poder concedente remanesce na responsabilidade quanto à parte do serviço que não foi delegado, e a entidade delegada responde pela parte do serviço em que recebeu a delegação. Mas também se poderia cogitar de uma responsabilidade única da entidade delegada, no caso de o serviço público ter sido inteiramente delegado a ele.

Por fim, não se poderia afastar a hipótese de que o tema responsabilidade perante terceiros seja objeto de disposição específica no termo de convênio ou consórcio.

d) Não incidência de licitação

Os serviços públicos são atividade que a Constituição de 1988 declara como inerentemente estatal (na dicção do seu art. 175: "Incumbe ao Poder Público") e que foram retirados do livre alcance dos particulares, e portanto retirados da livre-iniciativa (igualmente pela dicção do seu art. 175, os particulares somente podem prestar um serviço público caso o poder concedente decida abrir espaço à participação dos particulares, mediante prévia licitação e na forma de um contrato de concessão ou permissão).

A rigor, a necessidade de prévia licitação prevista no art. 175 da Constituição de 1988 só se legitima, desde uma perspectiva dos particulares, em nome da impessoalidade ou isonomia objetiva que, constituindo inclusive a "espinha dorsal da licitação",[23] o poder concedente deve observar na escolha daquele que será privilegiado com a outorga de uma concessão — impessoalidade ou isonomia essa que constitui um direito subjetivo dos licitantes,[24] é dizer: como se trata de contratação com a administração pública, é mandamento republicano que qualquer do povo tenha o mesmo direito de contratar com quem administra a coisa pública em nome do povo.[25] Nesse mesmo sentido é a opinião de José dos Santos Carvalho Filho, e inclusive sob outros fundamentos jurídicos:

> A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei nº 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre **no que couber**. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo

[23] SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 20.
[24] Seguindo-se a lógica do art. 3º, Lei nº 8.666/1993, a escolha da proposta mais vantajosa no âmbito da licitação é um direito da administração licitante, ao passo que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é tema de direito objetivo.
[25] Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*: interpretação e crítica. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 106.

> licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexiste perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para a cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação.[26]

Por outro lado, quando o poder concedente opta por não convocar (parcial ou integralmente, não importa) os particulares para que participem da gestão de um serviço público, e sim chama outras entidades estatais para assumir a gestão dos serviços públicos, descabe aqui falar em licitação, e descabe mesmo falar em contratação *stricto sensu*, uma vez que neste caso as avenças e acordos se dão intrapoder público, diretamente via art. 241 da Constituição de 1988 — e aqui desaparece o dever de se submeter à licitação, vez que esse dever está teleologicamente pressuposto em caso de possível competição entre particulares para contratação com a administração pública.

Aliás, também o *caput* do art. 175 da Constituição de 1988 garante ao poder concedente uma margem de discricionariedade de escolha sobre quem irá gerir ou prestar o serviço público, se o poder público, ou se particulares.

Por fim, uma vez que a administração pública se compõe, na literalidade do *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, tanto pelas entidades da administração direta quanto indireta, então a expressão poder público do art. 241 deve ser interpretada também em consonância com esse *caput* do art. 37, é dizer: entidades consorciadas ou convenentes para fins de gestão associada ou para fins de delegação parcial ou integral de um serviço público são todas as entidades integrantes da administração pública direta e indireta.

Com base em tais fundamentos jurídicos, justifica-se de pleno a vigência do art. 24, XXVI da Lei nº 8.666/1993, que dispõe que: "É dispensável a licitação: (...) na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação".

---

[26] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 244.

e) Não incidência dos princípios de proteção à livre-iniciativa e concorrência

Tampouco se pode afirmar que, quando o poder concedente opta por afastar os particulares da gestão de um serviço público, mantendo-o total ou parcialmente na esfera estatal, isso se traduziria em violação aos princípios básicos da ordem econômica da Constituição de 1988, assim, por exemplo, a livre concorrência.

Em primeiro lugar, porque no âmbito do serviço público jamais haverá livre concorrência, tal e qual as atividades no livre mercado supõem (e cujo fundamento básico se encontra no art. 170, parágrafo único da Constituição de 1988): é que o "mercado" no âmbito dos serviços públicos está sempre limitado ao número de concessionários e de permissionários, jamais estando aberto ao livre acesso e à livre concorrência dos demais particulares que não portam tais títulos.

Aliás, o fato de o poder concedente eventualmente fixar regras baseadas em regime concorrencial no âmbito dos serviços públicos constitui sempre uma anomalia e uma exceção que decorre apenas e tão somente de uma decisão de caráter político-administrativo mediante a qual se espera que o interesse público seja mais bem alcançado com base nesse regime concorrencial — mas jamais um direito (subjetivo) dos particulares concessionários, que tem por pressuposto a proteção de interesses eminentemente privados.

Resgatar as próprias origens da teoria do serviço público no início do século XX torna-se, nesse contexto, uma necessidade. Não se trata de um resgate meramente teorético-jurídico, ou político-ideológico, ou ainda político-econômico. Esse resgate possui caráter eminentemente jurídico-normativo, uma vez que a Constituição de 1988 optou (à semelhança de todas as anteriores Constituições, desde 1934) por recepcionar expressamente exatamente esse modelo advindo do direito público francês.

Logo, quando o constituinte torna dispositivo constitucional o conceito de serviço público, com ele vem igualmente trazida toda a carga histórica e teórica que gerou essa normatização. Trata-se nada mais nada menos do que aquilo que a ciência hermenêutica denomina de método histórico, ou ainda método teleológico de interpretação. Assim, desvendar as razões histórico-temporais e os fins ou objetivos que levaram à constitucionalização normativa do serviço público é também fornecer elementos e materiais para a correta e adequada compreensão do próprio conceito de serviço público que foi normativamente constitucionalizado.

Feita essa ressalva, cabe então lembrar que o conceito de serviço público visa, por um lado, à superação da noção (advinda do direito administrativo do século XIX, o século por excelência do Estado liberal clássico) de "autoridade pública" ou "*pissance publique* (cf. *v.g.* art. 5º, LXIX, da Constituição de 1988, onde ambos os critérios estão postos lado a lado), é dizer, ele visa ao desaparecimento da noção de supremacia da administração pública (e mesmo o desaparecimento da noção de soberania no plano constitucional), com sua consequente substituição pela noção de "serviço público".

Para tanto, o Estado passa a ser concebido como uma entidade cujo objetivo único é prestar serviços públicos, e com isso ele produz coesão e solidariedade sociais (Léon Duguit: serviços públicos promovem "interdependência social"): se as necessidades básicas de cada indivíduo (p. ex., educação, saúde, águas e esgotos, telefones, transportes, energia elétrica, telecomunicações etc.) forem prestadas a todos da mesma maneira, todos serão materialmente mais iguais, e como resultado haverá mais coesão social (*i.e.*, a convivência de ricos e pobres dentro dos mesmos espaços públicos vitais: escolas públicas, hospitais públicos, transportes públicos, teatros e bibliotecas públicas etc.). Trata-se, portanto, de dar ao Estado outros objetivos e fins, radicalmente distintos daqueles do Estado liberal do século XIX — e não por acaso são exatamente tais objetivos que estão colocados como "fins do Estado" no art. 3º da Constituição de 1988.

Depois, a teoria do serviço público também constitui uma reação contra o capitalismo liberal do século XIX, apregoador da "mão invisível do mercado" como solução única da organização da economia e da sociedade (e que defende a não intervenção estatal na economia — tal e qual mais recentemente o neoliberalismo tornou a fazer).

É que, na visão da teoria do serviço público, essa mão invisível do mercado — ou, mais claramente: é que a livre-iniciativa privada (por motivos bastante naturais) muitas vezes não tem interesse em explorar certas atividades de interesse coletivo que não são particularmente lucrativas (ou ainda: proporcionam apenas baixos lucros ou rendimentos), ou então que não são lucrativas em dadas regiões (*v.g.* estender redes de serviços para regiões extensas e de pouca densidade populacional, tais como redes de energia elétrica, água potável ou de telefonia fixa nas zonas rurais ou na selva amazônica).

Não por último, muitas vezes a iniciativa privada não possui recursos financeiros suficientes para bancar os altos custos de implantação de certos serviços, e que às vezes são de caráter estratégico ou de grande interesse

coletivo, o que faz com que o Estado tenha que, à custa do erário, bancar os custos de implantação das respectivas redes de serviços — é o exemplo histórico, no Brasil, dos primeiros portos e ferrovias, ainda no século XIX.

Assim, em oposição ao capitalismo liberal, a noção de serviço público significa exatamente um complexo de serviços e atividades que (por sua importância vital para a dignidade da população em geral) não se submetem à lei da oferta e da procura, ou, mais amplamente, não se submetem a um regime de livre mercado. E exatamente por serem de importância vital e ao mesmo tempo não poderem restar dependentes da lei da oferta e da procura, é que esses serviços foram atribuídos como incumbência do Estado e como uma atividade de caráter solidarizante.

É dizer, o Estado assume a titularidade dessas atividades de interesse coletivo e ao mesmo tempo afasta a iniciativa privada do livre acesso a elas, conforme se depreende do texto literal do *caput* do art. 175 da Constituição de 1988.

Além disso, criou-se para os serviços públicos estatais um regime jurídico diferente do regime jurídico das atividades de livre-iniciativa, cada um com seus princípios e regras próprios (dicotomia prestação de serviços privados *versus* prestação de serviços públicos) — os primeiros regrados pelo direito privado (civil/comercial), os últimos regrados pelo direito administrativo e baseados no princípio constitucional do serviço adequado (cf. *v.g.* art. 175, parágrafo único, IV c/c art. 6º e 7º, Lei nº 8.987/1995).[27]

Como exemplos desse regime jurídico diferenciado, os serviços públicos têm seus preços tabelados e fixados unilateralmente pelo Estado (diferentemente, portanto, de qualquer "lei de oferta e procura"), e não poucas vezes eles são inclusive gratuitos quando prestados pelo Estado ou quem lhe faça as vezes (*v.g.* saúde pública, educação pública, assistência social etc.), razão pela qual a prestação dos serviços públicos pelo Estado também não pressupõe lucro (o mais importante é a satisfação das necessidades básicas do indivíduo). Não por último, muitas vezes a prestação de certos serviços públicos é inclusive vedada às empresas privadas ("serviços públicos reservados"), *v.g.* correios e telégrafos.

Como conclusão, cabe então afirmar que nenhum particular, concessionário, permissionário, ou mesmo um terceiro particular que pretenda

[27] Cf. *v.g.* o capítulo "As formas de atuação do estado em relação ao processo econômico; a noção de atividade econômica; o direito econômico" em Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit.; e Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 596 e ss.

ingressar na prestação de serviços públicos pode se valer do princípio da livre-iniciativa ou da livre concorrência para fazer valer uma pretensão sua nesse âmbito, com uma rara e honrosa exceção, que é o caso quando o poder concedente, na definição do regime jurídico de prestação de um dado serviço público, recepciona em lei formal esse princípio, e ainda assim somente em hipóteses em que essa recepção legal não signifique qualquer forma de afastamento ou restrição ao princípio constitucional do serviço adequado (cf. art. 175, parágrafo único, da Constituição de 1988).

f) Do regime jurídico dos serviços públicos associados

O art. 241 da Constituição não determina um regime jurídico específico para a prestação associada dos serviços públicos. A rigor, ali, o que se tem é uma derrogação do art. 175 da Constituição em seu aspecto orgânico e/ou subjetivo, é dizer: o art. 175 será aplicável quando o poder concedente visar como terceiro um particular, que ao fim será um concessionário ou permissionário; ao passo que o art. 241 será aplicável quando o poder concedente visar como terceiro outra entidade do poder público (ou: da administração pública).

Por outro lado, uma vez que o critério diferencial entre os arts. 175 e 241 da Constituição de 1988 é de caráter orgânico/subjetivo (*i.e.*, tem como fundamento, como já se disse, a pessoa do prestador ou gestor do serviço — pessoa privada na hipótese do art. 175, pessoa estatal na hipótese do art. 241), então esse critério diferenciador nada informa sobre o conteúdo do regime jurídico específico segundo o qual essas pessoas irão prestar e/ou gerir o serviço público.

Quando se trata de buscar esse conteúdo no âmbito do art. 241 da Constituição de 1988, cabe ressaltar de início que o texto desse dispositivo nada informa, de prático, acerca desse regime jurídico específico que será aplicável quando a entidade titular para o serviço se decide pela hipótese desse art. 241.

Já por isso seria possível afirmar que esse regime jurídico específico constitui uma decisão discricionária da entidade titular para o serviço, ou melhor: será aquele definido no termo de convênio ou consórcio, e eventualmente balizado pela lei ordinária reclamada no dispositivo constitucional.

De outra banda, o art. 241 da Constituição de 1988 tampouco veda que o titular possa se valer, quando da regulamentação legal desse tema, da recepção de normas, princípios ou regras derivadas do art. 175 da Constituição de 1988, ou ainda que foram promulgadas com base neste dispositivo constitucional.

É dizer, em face do silêncio material quanto a restrições ou limitações provindas do texto do art. 241 da Constituição de 1988, poderia o poder concedente, por exemplo, recepcionar ou adotar mecanismos e/ou institutos já vigentes no âmbito da Lei nº 8.987/1995, vez que, desde a perspectiva de um critério material, a atividade-fim em um e outro caso é a mesma, havendo, como já afirmamos, distinções (na comparação entre o art. 175 e o art. 241 da Constituição) apenas e tão somente em relação ao órgão e/ou sujeito prestador do serviço público (critério subjetivo e/ou orgânico). Aliás, um exemplo concreto disso está no já citado art. 4º da Lei nº 9.277/1996, cabendo ver ainda os demais exemplos já existentes.

3.3 A práxis da associação na legislação ordinária

O direito público já conhece alguns exemplos de leis ordinárias que, sob o regime da Constituição de 1988, e no âmbito dos serviços públicos, continuaram a anterior tradição de associações entre entes federativos. Descrevemos aqui apenas alguns desses exemplos.

a) Lei nº 9.277/1996

A já mencionada Lei nº 9.277/1996 autorizou "a União a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais". Essa delegação se dá mediante convênio, conforme previsão expressa do art. 3º. No caso do art. 1º dessa lei, ficou a União:

> (...) por intermédio do Ministério dos Transportes, autorizada a delegar, pelo prazo de até vinte e cinco anos, prorrogáveis por até mais vinte e cinco, aos municípios, estados da Federação ou ao Distrito Federal, ou a consórcio entre eles, a administração de rodovias e exploração de trechos de rodovias, ou obras rodoviárias federais.

Já na hipótese do art. 2º, a União foi autorizada: "(...) a delegar a exploração de portos sob sua responsabilidade ou sob a responsabilidade das empresas por ela direta ou indiretamente controladas".[28]

[28] Para o caso específico deste dispositivo, o Presidente da República editou ainda como regulamentação o Decreto nº 2.184/1997.

Note-se ainda que nessas duas hipóteses de delegação as normas legais instituem parcos limites materiais às entidades convenentes, o que também significa que elas possuem uma relativamente ampla liberdade de conformação e formatação das regras conveniais. Assim, o art. 6º dispõe genericamente que: "No exercício da delegação a que se refere esta Lei, o Município, o Estado da Federação ou o Distrito Federal observarão os limites da competência da União".

Depois, no caso específico para exploração de obras e serviços em rodovias, o art. 3º, § 1º, dispõe que: "No instrumento de convênio constará cláusula prevendo a possibilidade de aplicação da legislação do Município, do Estado ou do Distrito Federal na cobrança de pedágio ou de tarifa portuária, ou de outra forma de cobrança cabível, no que não contrarie a legislação federal".

Já o § 2º desse mesmo dispositivo determina que: "A receita auferida na forma do parágrafo anterior será aplicada em obras complementares, no melhoramento, na ampliação de capacidade, na conservação e na sinalização da rodovia em que for cobrada e nos trechos rodoviários que lhe dão acesso ou nos portos que lhe derem origem".

Já no caso dos portos, essas limitações materiais muito mais podem ser lidas como autorizações do que como restrições propriamente ditas, vez que o art. 4º se limita a dispor que: "Para a consecução dos objetivos indicados nesta Lei, poderá o Município, o Estado ou o Distrito Federal explorar a via ou o porto diretamente ou através de concessão, nos termos das leis federais que regem as concessões e da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993".[29]

b) Leis nº 9.074/1995 e nº 9.427/1996

Depois, no âmbito do setor elétrico (geração, transmissão e distribuição de energia elétrica), que é o caso que especificamente interessa na presente investigação, inicialmente a União editou a Lei nº 9.074/1995, cujo art. 36 dispunha que:

> Sem prejuízo do disposto no inciso XII do art. 21 e no inciso XI do art. 23 da Constituição Federal, o poder concedente poderá, mediante convênio de cooperação, credenciar os Estados e o Distrito Federal a realizarem atividades complementares de fiscalização e controle dos serviços prestados nos respectivos territórios.

[29] Daí decorreram nada menos que 15 convênios de delegação, sendo 12 deles contraídos pela União com estados-membros e outros três convênios com municípios.

Nesse contexto, as atividades primárias ou principais de fiscalização e controle, por sua vez, eram mantidas em favor da Aneel. Pouco depois, sobreveio a Lei nº 9.427/1996, que em seus arts. 20 e 21 renovou o texto da Lei nº 9.074/1995 e aprofundou em detalhes essa técnica de fiscalização e controle "complementar" dos serviços públicos de energia elétrica.[30]

c) Lei nº 11.445/2007

Trata-se aqui da lei de diretrizes para o saneamento básico, e ela traz interessante dispositivo para o tema que ora se examina. Depois de definir, no seu art. 3º, II, que "Para os efeitos desta Lei, considera-se (...) gestão associada [a] associação voluntária de entes federados, por convênio de cooperação ou consórcio público, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal", vem dito no art. 10 que "A prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária".[31]

Trata-se de caso onde a União, como titular de uma legislação de caráter nacional (edição de diretrizes aplicáveis a todas as entidades federativas —

---

[30] "Art. 20. Sem prejuízo do disposto na alínea "b" do inciso XII do art. 21 e no inciso XI do art. 23 da Constituição Federal, a execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica poderá ser descentralizada pela União para os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio de cooperação.

§ 1º A descentralização abrangerá os serviços e instalações de energia elétrica prestados e situados no território da respectiva unidade federativa, exceto:

I - os de geração de interesse do sistema elétrico interligado;

II - os de transmissão integrante da rede básica.

§ 2º A delegação de que trata este Capítulo será conferida desde que o Distrito Federal ou o Estado interessado possua serviços técnicos e administrativos competentes, devidamente organizados e aparelhados para execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regulamento.

§ 3º A execução, pelos Estados e Distrito Federal, das atividades delegadas será permanentemente acompanhada e avaliada pela ANEEL, nos termos do respectivo convênio."

"Art. 21. Na execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica, a unidade federativa observará as pertinentes normas legais e regulamentares federais.

§ 1º As normas de regulação complementar baixadas pela unidade federativa deverão se harmonizar com as normas expedidas pela ANEEL.

§ 2º É vedada à unidade federativa conveniada exigir de concessionária ou permissionária sob sua ação complementar de regulação, controle e fiscalização obrigação não exigida ou que resulte em encargo distinto do exigido de empresas congêneres, sem prévia autorização da ANEEL."

[31] Se, dada sua concretude material, esse dispositivo legal efetivamente traduz apenas uma diretriz, é tema de (in)constitucionalidade que não será aqui debatido ou questionado.

cf. art. 21, XX da Constituição de 1988), realizou, pela via da ponderação de interesses, uma espécie de concordância prática entre o art. 175 e o art. 241 da Constituição de 1988, e, a partir disso, concretizou que para a matéria "serviços públicos de saneamento básico" vale como regra geral para a delegação desses serviços apenas o procedimento do art. 175, e não aquele do art. 241. Por outro lado, o inciso II do § 1º desse art. 10 excetuou a regra do *caput*, admitindo os convênios e outros atos de delegação celebrados até o dia 6 de abril de 2005.

Isso não significa, todavia, que para outras espécies de serviços públicos a decisão deva necessária e constitucionalmente ser a mesma, bem pelo contrário. Como se trata de uma decisão sobre a melhor forma de execução de política pública, e de uma interpretação sistemática e mesmo teleológica acerca da acomodação entre o sistema do art. 175 e o sistema do art. 241, o poder concedente possui ampla margem de decisão, uma vez que do confronto entre eles não é possível estabelecer quanto e em qual grau cada um desses sistemas pode prevalecer sobre o outro. De resto, o Poder Legislativo tem a suficiente legitimação democrática para realizar essa ponderação e estabelecer concretamente as bases legais (*i.e.*, os princípios e regras específicos) que derivam dessa ponderação no caso específico de cada serviço público em espécie — tal como procedeu no caso ora descrito dos serviços públicos de saneamento básico, onde instituiu regra e exceção.

4. Associativismo estatal e prorrogação dos contratos de serviços de energia

Como é sabido, vários contratos de prestação de serviços públicos de energia terão seus prazos findos nos próximos meses, envolvendo eles empresas estatais como gestoras ou prestadoras desses serviços.

Em face do que quanto acima se argumentou, cabe agora referir que, com força no art. 241 da Constituição de 1988, a União, como poder concedente, poderia, ao fim e ao cabo, se valer da assinatura, sem prévia licitação, de convênios com essas mesmas empresas, a fim de mantê-las na posição de prestadoras ou gestoras dos serviços que até aqui vêm sendo prestados.

Por certo que — por exigência constitucional expressa, também como já se examinou anteriormente — uma lei (ou leis) deve(m) ser promulgada(s) para que se efetive a decisão pelo poder público de se valer do art. 241 da Constituição de 1988.

Quanto ao prazo e quanto ao regime jurídico que incidirá nessa prestação, cabe à União, como poder concedente, decidir sobre seu conteúdo específico, valendo afirmar de início que o art. 241 da Constituição é materialmente rarefeito quanto a esse conteúdo, o que significa em favor da União uma ampla margem de ação discricionária para conformar essa decisão. Ele pode ser muito distinto, como também ser igual ou apenas similar ao da Lei nº 8.987/1995 (ou ainda da Lei nº 8.666/1993), ou mesmo igual ou similar ao regime jurídico que até aqui vinha sendo aplicado.

Assim, por um lado, o art. 241 da Constituição não excluiria que a União estabelecesse um regime convenial sem previsão de um reequilíbrio econômico-financeiro, ou ainda dispor de modo diferenciado ao da Lei nº 8.987/1995 acerca dos temas aquisição, amortização e reversão dos bens afetados à prestação do serviço público de energia elétrica.

Por outro lado, como no caso específico da energia elétrica, a maior parte das entidades que têm seus contratos vencendo se trata de sociedades de economia mista, a União poderia, mais justificadamente talvez, aproximar, no seu conteúdo, os convênios a serem firmados do regime contratual tradicional, com cláusula de equilíbrio econômico-financeiro, ou ainda estabelecer um regime de tarifas ou preços públicos na prestação do serviço, em vez de um regime de taxas (vez que este seria mais natural no caso de autarquias ou de entidades de direito público prestadoras do serviço público), tudo sem prejuízo de regrar, de forma análoga ou similar, a matéria acerca do regime de aquisição e amortização dos bens afetados à prestação do serviço e de sua reversão quando do termo final do convênio.

Em última instância, dada a ampla margem de discricionariedade que se abre, seriam critérios de razoabilidade e de proporcionalidade que poderiam e/ou deveriam guiar as decisões da União sobre o conteúdo *in concreto* dos convênios para prestação dos serviços públicos de energia elétrica enquanto legítimos sucessores dos contratos de concessão que ora estão por chegar a seu termo.

5. Conclusões

Com base nos argumentos que acima se expôs, somos da opinião que:

(i.) a Constituição de 1988, seguindo a tradição constitucional anterior, garante que as entidades estatais firmem entre si acordos (convênios e consórcios) para a execução associada de serviços e outras atividades de caráter público;

(ii.) esse regime associativo interestatal para os serviços públicos, cujo fundamento constitucional básico está no art. 241 da Constituição de 1988, é distinto do regime de delegação contratual desses serviços a particulares, tal como regrado no art. 175 da Constituição;

(iii.) consequentemente, as leis que derivam desse art. 175 da Constituição de 1988 e regulam a delegação contratual dos serviços públicos a particulares (sobretudo a Lei nº 8.987/1995 e subsidiariamente a Lei nº 8.666/1993) não são em princípio diretamente aplicáveis aos procedimentos de aplicação e concretização do art. 241 da Constituição de 1988;

(iv.) se o poder concedente decide pela prestação estatal associada dos serviços públicos de energia elétrica (geração, transmissão e distribuição), ele pode se valer do procedimento previsto no art. 241 da Constituição de 1988, e com isso logicamente afastar a aplicação do art. 175 da Constituição, o que inclui o afastamento da necessidade de formalização do acordo em contrato administrativo de concessão ou de permissão bem como a prévia licitação para tanto;

(v.) princípios que protegem os direitos subjetivos dos particulares, tais como a livre-iniciativa ou livre concorrência, não são aplicáveis contra uma decisão do poder concedente de adotar uma prestação interestatal do serviço público baseada no art. 241 da Constituição de 1988, uma vez que a natureza jurídica da atividade prestada nessa hipótese também é público-estatal e obedece a princípios de direito público (dicotomia atividades de livre-iniciativa *versus* serviços públicos);

(vi.) a opção pelo art. 241 da Constituição de 1988 não afasta de imediato a incidência das normas materiais que regem o modo da prestação ou execução do serviço público (resumidamente: o princípio do serviço adequado e tudo o que lhe for correlato, conforme sua concretização geral na Lei nº 8.987/1995 e mesmo subsidiariamente na Lei nº 8.666/1993), mas o poder concedente tem, com vistas à consecução do interesse público subjacente à prestação do serviço público, uma ampla margem de liberdade político-decisória para conformar o modelo de convênio e/ou consórcio de modo materialmente tanto mais próximo quanto mais distante dessa legislação ordinária e do próprio art. 175;

(vii.) a adoção, pela União, do regime do art. 241 da Constituição de 1988 para a prestação dos serviços públicos de energia elétrica também possibilita a afirmação de normas especiais e específicas naquilo que dizem respeito à possibilidade de prorrogação das concessões de serviços de energia elétrica outorgadas em favor das entidades estatais (sobretudo em favor das entidades estaduais), mais exatamente: a União pode se valer de convênios com

entidades estatais para futuramente mantê-las na posição de prestadoras ou gestoras dos serviços de energia que até aqui vêm sendo prestados sob a forma de contratos de concessão (tácitos ou expressos).

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BITTENCOURT, Sidney. *Manual de convênios administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DURÃO, Pedro. *Convênios e consórcios públicos*: gestão, teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*: interpretação e crítica. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos*: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960. Tomo II.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativa e administrativa na Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito de Pelotas*, v. 44, 2005.

_____. Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativa e administrativa na Constituição de 1988. In: GORCZEVSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos. *Direitos fundamentais*: conhecer para exercer — constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.