



**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito**

RODRIGO DE OLIVEIRA FERNANDES

**SERVIÇOS TITULARIZADOS PELO ESTADO E
“REGIME PRIVADO”**

Brasília, julho de 2009

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

RODRIGO DE OLIVEIRA FERNANDES

Serviços Titularizados pelo Estado e “Regime Privado”

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do curso de Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB

Orientador: Guilherme Henrique de La Rocque Almeida

BRASÍLIA
2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

RODRIGO DE OLIVEIRA FERNANDES – Mat. 05/92404

Serviços Titularizados pelo Estado e “Regime Privado”

Monografia apresentada como pré-requisito para conclusão do curso de Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB

Monografia defendida e aprovada em 10 de julho de 2009.

RESUMO

O foco do trabalho vem a ser a prestação de serviços de telecomunicações no chamado “regime privado”, disciplinado pela Lei nº 9.472/97, serviços titularizados pelo Estado e delegados a particulares por meio de autorizações, nos termos do art. 21, inciso XI, da Constituição Federal.

O escopo do presente estudo volta-se ao exame do papel da vontade do particular na formação do vínculo com o Estado e a possível natureza contratual que decorre do encontro (e acordo) de vontades para a criação dessa relação jurídica, notadamente na aceitação, pelo particular, por ocasião da expedição da autorização, de obrigações relacionadas à prestação de serviço, semelhantes às obrigações de universalização existentes nos contratos de concessão.

Nesse mister apresenta-se, inicialmente os regimes de prestação de serviços de telecomunicações tal como conformado pela Lei Geral de Telecomunicação, evidenciando-se as distinções entre as obrigações de universalização inerentes à prestação de serviços no regime público e as demais obrigações que surgem atinentes à prestação de serviços em regime privado.

A seguir faz-se uma análise das diversas teorias que procuraram explicar a atribuição de obrigações aos particulares prestadores de serviço de competência do Estado, tradicionalmente chamados de serviços públicos. Retoma-se, então, a discussão a respeito do papel da manifestação dos particulares e seus efeitos em relação aos atos administrativos.

Ao fim, examinam-se teses assemelhadas, que reconhecem, em alguma medida, a existência de conteúdo contratual em atividades reguladas pelo Estado.

A motivação do estudo não é o apego a velhas fórmulas e conceitos cristalizados atinentes à prestação de serviços públicos por meio de contratos de concessão. Com a sugestão de existência de relações contratuais não explícitas, busca-se evidenciar que cada vez mais perdem espaço na Administração Pública as soluções unilaterais, representadas à perfeição na concepção tradicional de ato administrativo, ganhando espaço as soluções negociais, concertadas, típicas de um acordo de vontades, como ocorre em relações contratuais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. REFERENCIAL TEÓRICO	4
1.1 A Noção de Serviço Público	4
1.2. Concessões, Permissões e Autorizações de Serviço Público	6
<i>1.2.1. A Concessão</i>	<i>7</i>
<i>1.2.2. A Permissão.....</i>	<i>8</i>
<i>1.2.3. A Autorização</i>	<i>9</i>
1.3. Atividades Titularizadas pelo Estado	11
2. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES	14
2.1. O Regime Público e as Obrigações de Universalização	19
2.2. O Regime Privado e as respectivas obrigações	25
<i>2.2.1. Autorizações precedidas de licitação</i>	<i>27</i>
<i>2.2.2. Autorizações não precedidas de licitação</i>	<i>34</i>
2.3. Obrigações de Universalização e Compromissos de Abrangência	36
3. TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO	39
3.1. Teorias Unilaterais	40
3.2. Teorias Contratuais	41
3.3. Teorias Mistas	42
3.4. A posição de Mário Masagão	44
3.5. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e o ato-união	48
3.6. Celso Antônio Bandeira de Mello e o ato-condição	50
4. ATOS ADMINISTRATIVOS E A VONTADE DO PARTICULAR	53
4.1. Ato jurídico e Negócio Jurídico	53
4.2. Ato Administrativo	54
4.3. Atos Unilaterais e Atos Bilaterais	55
<i>4.3.1. Ato unilateral relativo</i>	<i>56</i>
<i>4.3.2. Atos negociais</i>	<i>57</i>
<i>4.3.3. Aquiescência e Consentimento</i>	<i>59</i>
5. RELAÇÕES CONTRATUAIS E SERVIÇOS REGULADOS	62
5.1. Autorizações Contratuais	62
5.2. Regulação Contratual	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69

INTRODUÇÃO

Medidas de liberalização e introdução de competição em setores de infraestrutura, ocorridas especialmente nos anos 80 e 90, têm origem na crise do Estado Social, notadamente na crise fiscal que revelou o esgotamento do modelo de desenvolvimento em que o Estado atuava diretamente como provedor de diversos bens e serviços de natureza econômica. Tais medidas também foram impulsionadas pela larga aceitação - no âmbito político - de um conjunto de idéias de conteúdo neoliberal que, de forma resumida, propugnava que o mercado, ao menos potencialmente, seria um provedor de serviços mais eficiente que o Estado.

A prática, porém, mostrou não ser possível ou desejável a simples liberalização da prestação dos chamados serviços públicos, principalmente porque, em razão de sua configuração tradicional como monopólios, a competição seria inviável.

Surgiu então, em diversos setores, a necessidade de se procurar criar condições para que competidores conseguissem se estabelecer e disputar o mercado com o tradicional prestador. Nasceu, assim, a chamada regulação para a concorrência, cujo fim último seria, segundo SUNDFELD, “*conceber uma estrutura de mercado economicamente viável*”¹.

Nesse contexto de redefinição da atuação estatal, nos países em que o Estado atuava como provedor de utilidades, a exemplo dos países europeus, proliferaram as entidades reguladoras, criadas para intervir em setores econômicos anteriormente submetidos ao monopólio estatal, inibir abusos de poder econômico e induzir a um comportamento competitivo, quando possível, inclusive em mercados tidos como monopólios naturais.

No Brasil esse movimento tomou força na década de 90, no bojo da Reforma do Estado, com a edição de diversas emendas constitucionais voltadas para a liberalização de mercados até então reservados à atuação estatal. Esse processo, porém, revelou-se contraditório, uma vez que a titularidade estatal sobre as atividades de infra-estrutura não foi retirada da Constituição. Parte da doutrina especializada desenvolveu a tese de que as atividades econômicas titularizadas pelo Estado poderiam ser atribuídas aos particulares em regime de direito público, por meio de concessões e permissões de serviço público, e em regime de direito privado, como se fossem atividades econômicas abertas à livre iniciativa. O

¹ SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. pag. 35

exemplo maior de aceitação dessa corrente de pensamento foi sua positivação na Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº 9.472/97.

O foco do trabalho vem a ser o chamado “regime privado” de prestação de serviços de telecomunicações, disciplinado pela Lei nº 9.472/97, e que atualmente rege serviços que anteriormente eram tratados como “serviços públicos”, uma vez que a Constituição Federal os atribuiu à União, nos termos do art. 21, inciso XI, da Carta Magna.

O escopo do presente estudo restringe-se ao exame de uma característica especial da prestação em regime privado de serviços titularizados pelo Estado: a imposição ou atribuição de obrigações a empresas que, em tese, prestam serviços de telecomunicações em regime de livre iniciativa e liberdade econômica.

Pouco se produziu a respeito do tema. A imensa maioria dos estudiosos não se debruça sobre o conteúdo material de natureza contratual de determinados instrumentos chamados de “autorização”. Recentemente, porém, ARAGÃO, em trabalho de doutoramento, dedica uma seção para as denominadas “Autorizações Contratuais” e assevera a possibilidade de a autorização receber “*uma estrutura contratual em razão da titularidade estatal da atividade*”, ocasião em que “*estaremos materialmente diante não de uma autorização, mas sim de uma delegação de serviço público*”².

Sem embargo, o autor não aprofunda a discussão a respeito das obrigações constantes dessas autorizações contratuais e sequer cogita a possibilidade de uma autorização “*com estrutura contratual*” estar relacionada à prestação, em regime privado, de serviços de titularidade estatal.

Não obstante a pouca atenção conferida pela doutrina ao tema, a imposição de obrigações aos prestadores de serviços de telecomunicações em regime privado veio à tona no debate ocorrido em torno das licitações para exploração do Serviço Móvel Pessoal e outorga de autorização para uso de radiofrequências relacionadas à terceira geração de telefonia móvel (3G) promovidas pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel³.

² ARAGÃO, Alexandre S. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p.727.

³ Edital nº 002/2007/SPV – ANATEL.

No modelo desenhado pela Agência, a empresa que obtivesse a autorização para a prestação do serviço em 3G (banda larga móvel) ou a utilização das radiofrequências pertinentes, deveria assumir compromissos de abrangência e metas de atendimento para, ao longo dos anos, atender aos municípios especificados pela autoridade reguladora, notadamente os com população abaixo de 30.000 (trinta mil) habitantes. Foi prevista, ainda, a alteração e unificação das diversas autorizações para a prestação de serviços móveis que as entidades por acaso detivessem.

Foram tecidas inúmeras críticas, em geral sob o fundamento de que a Anatel estaria a promover uma universalização às avessas, pois o serviço móvel, nos termos da Lei Geral de Telecomunicações, seria uma atividade prestada em regime privado, regida pelos princípios da livre iniciativa e não sujeita à universalização. Tais obrigações seriam, pois, incompatíveis com a lei e o regime jurídico das atividades privadas⁴.

Mais recentemente, a atribuição de obrigações a empresas submetidas ao regime privado voltou a ser questionada quando houve modificação das obrigações de universalização contidas nos contratos de concessão de telefonia fixa e, ao mesmo tempo, foram estabelecidas obrigações, por meio de “termo aditivo”, nas autorizações de prestação de serviço de comunicações multimídia, prestado em regime privado, obrigando as empresas a levar o acesso à internet em banda larga às escolas públicas.

Além da relevância e atualidade do tema, é preciso sobretudo resgatar a Constituição como parâmetro de interpretação das normas infra-constitucionais. A atribuição, pela Constituição, da titularidade de determinadas atividades econômicas ao Estado - na medida em que constitui exceção ao princípios da livre iniciativa (fundamento da República) - só pode ser justificada como meio de melhor atender aos valores e princípios máximos elencados pela Constituição. Ou seja, é de se supor que tais atividades têm uma relação mais próxima com os fundamentos da República brasileira e que sejam capazes de, em maior grau, realizar os seus objetivos.

Cabe, então, verificar qual o sentido que deve ser buscado na Constituição para o vínculo entre o Estado e o prestador de algum serviço delegado, e com base nesse sentido delimitar o que pode ser entendido como regime privado de prestação de atividades econômicas atribuídas pela Constituição ao Estado.

1. REFERENCIAL TEÓRICO

1.1 A Noção de Serviço Público

Mais que um problema acadêmico, há reflexos consideráveis no campo do Direito em decorrência da aplicabilidade da categoria "serviço público" aos serviços de telecomunicações. No Direito brasileiro, decorrem diretamente da Constituição uma série de implicações derivadas da categoria de serviço público, como a responsabilidade objetiva do prestador do serviço⁵, a intervenção em caso de Estado de Sítio⁶ e a ocupação e uso em caso de Estado de Defesa decorrente de calamidade pública⁷.

Contudo, mesmo ante a relevância dessa categoria jurídica, não há consenso na doutrina quanto à definição do que seria serviço público, sendo esse uma das definições mais controversas em Direito Administrativo, mesmo porque ela não é estática: trata-se de uma noção que tem se modificado ao longo do tempo, principalmente em função do papel desempenhado pelo Estado perante a sociedade.

Hely Lopes Meirelles⁸ apresenta três elementos que a doutrina se utiliza para definir os serviços públicos: a) o critério material, que considera o interesse público envolvido na atividade; b) o critério subjetivo ou orgânico, que considera a pessoa prestadora do serviço; e c) o critério formal, que considera o regime jurídico da atividade⁹.

Para MEIRELLES, “*serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegado, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado*”. Sustenta que a doutrina não pode indicar quais as atividades que constituem serviços públicos porque estas “*variam segundo as exigências de cada povo e de cada época*”. Sequer aceita um critério

⁴ Diversas críticas nesse sentido podem ser encontradas nos comentários realizados na Consulta Pública nº 802, disponíveis no sítio da Anatel: www.anatel.gov.br

⁵ A Constituição refere-se ao prestador de serviços públicos, não havendo qualquer distinção quanto fato de este ser concessionário, permissionário ou autorizatário (Art. 37, § 6º).

⁶ A Constituição autoriza a intervenção nas empresas de serviços públicos na vigência do Estado de Sítio (Art. 139, inc. VI)

⁷ O Estado de Defesa pode ser decretado em decorrência de calamidades naturais e, nesse caso, a Constituição autoriza a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos (Art. 136, § 1º, inc. II)

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª ed.. São Paulo, Ed. Malheiros, 1993, p.294.

⁹ Em idêntico sentido: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo : Atlas, 2006. p. 112.

relacionado ao interesse geral porque entende existentes atividades “*sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado com serviço público*”¹⁰.

De fato, no período do Estado liberal, o serviço público efetivamente era constituído por atividades de interesse coletivo, prestadas apenas pelo Estado, sob regime jurídico de direito público. Com a ampliação das áreas de atuação do Estado moderno, e ante o alargamento de suas funções, a noção de serviço público foi sendo ampliada, afastando-se dos critérios anteriormente citados. Em razão da ausência de elementos objetivos que sirvam para caracterizar o serviço público, muitos doutrinadores entendem que tal qualificação cabe apenas à lei.

A doutrina administrativista usualmente qualificava as atividades previstas no artigo 21 da Constituição Federal como serviços públicos, uma vez que o mandamento constitucional atribui ao Estado a competência (e a responsabilidade) pela prestação ou exploração desses serviços. Seriam serviços públicos, por exemplo, o de água, o de transportes, o de telecomunicações, o de energia elétrica, pois são serviços de competência do Estado, a serem prestados diretamente aos administrados, ou por meio de concessão, permissão ou autorização.

Nesse sentido, afirma DI PIETRO¹¹:

É o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que em um determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, além da lei ordinária, a própria Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV a XXIII, e 25, §2º, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir-se, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria.

Marçal Justen Filho, por sua vez, assim lecionava¹²:

Existem serviços públicos por inerência, assim entendidos aqueles cuja caracterização deriva (explícita ou implicitamente) da Constituição. Ao discriminar competências dos diversos entes federados ou ao estabelecer atribuições do Estado, a Carta qualifica certos serviços como públicos. O art. 21, por exemplo, contém diversas previsões acerca de serviços públicos (incs. X, XI e XII). Quanto aos serviços públicos por inerência, não há margem para a legislação infraconstitucional.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª ed.. São Paulo, Ed. Malheiros, 1993, pp.294 e 295.

¹¹ DI PIETRO, op cit., p. 114.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos - Comentários às Leis nos. 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 61. O autor, porém, mudou seu entendimento, passando a sustentar que tais serviços poderiam constituir atividade econômica em sentido estrito quando não afetassem “finalidades políticas essenciais”, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética. 2003. p. 44.

Sua estruturação far-se-á segundo regime de direito público, pois tal foi imposto pelo legislador constitucional

1.2. Concessões, Permissões e Autorizações de Serviço Público

O art. 175 da Constituição Federal fornece os fundamentos da prestação de serviços públicos mediante concessões e permissões de serviços públicos, nos seguintes termos:

Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - o direito dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Destaca-se que esse artigo da Carta vigente relaciona as concessões e as permissões como formas de prestação indireta de serviços públicos e nenhuma menção faz em relação à autorização.

Em cumprimento ao mandamento constitucional transcrito, foi editada a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime geral de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Editou-se também a Lei nº 9.074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos. A primeira é conhecida como “Lei das Concessões”. A segunda, mesmo não sendo exclusiva para o setor elétrico, ficou sendo conhecida como “Lei das Concessões para o Setor Elétrico”. Posteriormente, o setor de telecomunicações recebeu novo tratamento legal nas Leis nº 9.295/95 (Lei Mínima) e nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT).

Observa-se que a Lei nº 8.987/95 não menciona o instituto da autorização para transferência de serviços públicos à iniciativa privada, referenciando somente a concessão e permissão. A autorização veio a ser mencionada, primeiramente, na Lei nº 9.074/95, notadamente no Art. 7º que indica os serviços a serem prestados por meio de autorização, e na Lei nº 9.295/95, que também em seu art. 7º, trata de serviço passível de ser delegado por meio de autorização: os serviços limitados de telecomunicações.

É com a Lei nº 9.472/97 que o instituto recebe destaque, pois a Lei Geral de Telecomunicações destina ao tema todo o seu Capítulo II “*Da Autorização de Serviço de*

Telecomunicações". Infelizmente a LGT dificultou ainda mais questão ao desvirtuar completamente o instituto denominado autorização, conforme demonstrado adiante.

Sem adentrar no momento sobre a possibilidade ou não da delegação de serviços públicos via autorização, o texto constitucional deixa claro que os serviços de telecomunicações poderão ser prestados por terceiros por meio de autorização, permissão ou concessão. O que compete ao legislador infraconstitucional é a escolha de uma dentre estas modalidades de delegação; poderá, dependendo das especificidades do serviço, submetê-lo a autorização, que pode dispensar a prévia licitação.

Os institutos da concessão, da permissão e da autorização são bem conhecidos na doutrina do Direito Administrativo, ainda que não exista uma concordância total entre os autores em relação a esses institutos. Deve-se notar também que muitas vezes é a própria legislação que se utiliza desses conceitos de maneira imprópria.

Contudo o legislador constituinte ao empregar os termos concessão, permissão e autorização, em relação aos serviços públicos, não os utilizou de forma vazia, certamente os empregou com um sentido definido, que não seria outro senão o da doutrina administrativista.

Lembrando ressalva feita por Cid Tomanik Pompeu¹³: "*o direito administrativo somente alcançará a precisão terminológica já conseguida pelos ramos mais antigos do direito após a fixação do conceito de cada um de seus institutos, e desde que haja empenho da doutrina, da legislação e da jurisprudência em empregar os vocabulários que os designam no sentido técnico correto*".

Assim, procura-se apresentar a seguir os conceitos que devem ser considerados quando da utilização dos institutos referidos.

1.2.1. A Concessão

Segundo Maria Sylvia Zanella¹⁴, concessão é "*o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço*".

¹³ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992, p. 179.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 4ª ed. São Paulo : Atlas, 2002, p. 75.

Segundo Arnold Wald, por concessão deve-se entender “*o ato através do qual o poder público concede a uma pessoa física ou jurídica o direito de explorar, em seu nome e por conta própria, mediante certos encargos e obrigações, determinada atividade econômica de interesse ou utilidade pública, durante um certo período de tempo*”¹⁵.

Na acepção de Hely Lopes Meirelles¹⁶, “*Concessão é a delegação contratual ou legal da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo a realizado intuitu personae*”.

A doutrina não é pacífica no que diz respeito à natureza da concessão, apresentando-a como um ato unilateral do poder concedente, como um contrato celebrado entre concedente e concessionária, ou como um ato misto, com características de ato e de contrato¹⁷. Em todo caso, é majoritário na doutrina atual o reconhecimento de que entre o poder concedente e o particular há uma relação jurídica de natureza em que se podem distinguir cláusulas contratuais, denominadas econômicas ou financeiras, e cláusulas regulamentares ou de serviço.

Segundo MEIRELLES¹⁸, consideram-se normas regulamentares ou de serviço todas aquelas estabelecidas em lei, regulamento ou no próprio contrato visando à prestação de serviço adequado; consideram-se cláusulas econômicas ou financeiras as que entendem com a retribuição pecuniária do serviço a demais vantagens ou encargos patrimoniais do concessionário a que mantêm o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

1.2.2. A Permissão

Na acepção de MEIRELLES:¹⁹

Serviços permitidos são todos aqueles em que a Administração estabelece os requisitos para sua prestação ao público e, por ato unilateral (termo de permissão), comete a execução aos particulares que demonstrarem capacidade para seu desempenho. A permissão é, em princípio, discricionária a precária, mas admite condições a prazos para exploração do serviço [...] Esses condicionamentos e adequações do instituto para delegação de serviços de utilidade pública ao particular - empresa ou pessoa física - não invalidam a faculdade de o Poder Público,

¹⁵ WALD Arnold, e OUTROS. **O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões**. Revista dos Tribunais. p. 51.

¹⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 338.

¹⁷ Essas diversas teorias serão estudadas em capítulo específico.

¹⁸ MEIRELLES, op. cit., pp. 340 e 341.

¹⁹ MEIRELLES. op. cit., pp. 350 e 351.

unilateralmente e a qualquer momento, modificar as condições iniciais do termo ou, mesmo, revogar a permissão sem possibilidade de oposição do permissionário.

Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que, segundo o conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, a permissão de serviço público "*é o ato unilateral e precário, intuitu personae, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que fez na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários*"²⁰.

Assim, deve-se entender por permissão um ato unilateral e precário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público. Note-se que, assim como nas concessões, o serviço concedido continua sendo público, e a Administração pode mudar suas cláusulas regulamentares.

Semelhante distinção doutrinária perdeu sentido em razão do texto constitucional que, ao tratar das concessões e permissões de serviço público, atribuiu também a esta a natureza contratual. Para além das diferenças que constam da Lei nº 8.987/95, a doutrina não logrou elaborar critério definitivo que diferenciasse um instituto do outro. Via de regra, reserva-se à permissão nos casos em que não forem necessários investimentos elevados²¹.

1.2.3. A Autorização

DI PIETRO²² afirma que a autorização administrativa tem várias acepções no direito brasileiro, como as que se seguem:

- a) ato praticado no exercício de poder de polícia - ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos;
- b) autorização de uso - ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso de bem público, a título precário;

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros.2000, p. 649.

²¹ Por todos, veja-se JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética. 2003. pp. 105 a 116.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 4ª ed. São Paulo : Atlas, 2002, pp. 132 e 133.

- c) autorização de serviço público - ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário.

Hely Lopes Meirelles apresenta o seguinte conceito: a autorização seria ato administrativo discricionário e precário pelo qual o poder concedente torna possível ao postulante a realização de certa atividade, serviço, ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, condicionado à aquiescência prévia da Administração²³.

Cid Tomanik Pompeu²⁴ afirma que o direito brasileiro entende a autorização como *“ato discricionário que faculta a prática de ato jurídico, administrativo ou não, e o exercício de atividade material, [...] desde que vise a atender interesse imediato do autorizado e não a interesse geral, pois, então, estar-se-ia diante de outros institutos: da permissão, se a outorga fosse mediante ato, e da concessão, se por meio de contrato”*.

Segundo ainda Maria Zanella Di Pietro²⁵, a autorização *“pode ser entendida como ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário. Trata-se de forma de delegação da execução de serviço público ao particular”*. Di Pietro admite que a autorização de serviço público é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém, uma vez que a atividade exercida não será usufruída por terceiros. A seu ver, *“aquela mesma atividade que constitui serviço público propriamente dito, quando prestado diretamente pelo Poder Público ou pelas concessionárias ou permissionárias, praticamente perde essa qualidade quando prestado mediante autorização, por faltar-lhe uma característica essencial que é o atendimento de necessidades coletivas”*.

Esse conceito de autorização contrasta diretamente com a idéia de serviço público que carrega em si o conceito de interesse coletivo. Se o interesse em um serviço é individual ou restrito, não haveria razão para submetê-lo a um regime de direito público, muito menos para considerá-lo serviço público.

²³ MEIRELLES, op. cit., pp. 170 e 171. Ver também p. 353.

²⁴ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992, p. 174.

²⁵ DI PIETRO, op. cit., pp. 134 e 135.

Pela relevância da matéria, sobretudo no setor de telecomunicações, e em especial para o presente trabalho, convém separar o regime de serviço público do conceito de atividade titularizada pelo Estado, objeto da seção seguinte.

1.3. Atividades Titularizadas pelo Estado

Os autores que se debruçam sobre o tema da disciplina da ordem econômica contida na Constituição Federal enfrentam sempre a problemática distinção entre atividade econômica própria do Estado e atividade econômica própria da iniciativa privada.

A classificação mais usual é aquela que reconhece a atividade econômica em sentido estrito, que seriam as atividades submetidas à livre iniciativa, com eventual e excepcional atuação subsidiária do Estado, referidas no art.173 da Constituição, e as atividades titularizadas pelo Estado, que seriam os serviços públicos referidos no art. 175, prestados mediante concessão ou permissão, e os monopólios reservados à União.

A concepção de que a titularidade estatal de uma atividade econômica implicaria necessariamente sua identificação com o conceito de serviço público e, automaticamente, sua submissão a um regime específico de direito público, embora de aceitação praticamente universal, é a causa principal das divergências doutrinárias quanto à classificação das atividades previstas no art. 21 da Constituição Federal quando prestadas mediante autorização.

Para alguns, a atividade, em razão de sua titularidade, seria serviço público, de modo que o art. 21 estabeleceria hipótese de delegação de serviço público que, por equívoco do constituinte, não foi mencionada no art. 175.

Para outros, em sentido oposto, sustentam que as atividades contidas no art. 21, prestadas mediante autorização, não poderiam ser qualificadas como serviços públicos, por não constar a autorização nas formas de delegação de serviço público arroladas no art. 175. Tratar-se-ia, isto sim, de prestação de atividade econômica em sentido estrito, de titularidade do particular, precedida de autorização, aí entendida como manifestação do poder de polícia do Estado, na forma do art. 170, parágrafo único²⁶.

Há, ainda, os que consideram que a autorização, nos casos mencionados, somente seria cabível em situações transitórias ou emergenciais, ou quando a atividade se revelar, no caso

concreto, não de interesse coletivo, mas sim de interesse exclusivo ou predominante do particular²⁷.

Nenhuma dessas acepções, porém, corresponde ao conteúdo do texto constitucional. Todas partem de pressupostos que não são encontrados na disciplina da Carta Magna. Com muita propriedade, assevera Luiz Gustavo Kaercher Loureiro que a qualificação de determinada atividade econômica prestacional imputada ao Estado como competência pública não implica necessariamente considerá-la como serviço público²⁸. Nesse sentido afirma: “*nem toda competência pública econômica é, necessariamente, serviço público*”. Para ele, o art. 175, além de não qualificar atividade alguma como serviço público, possui papel meramente instrumental, na medida em que cuida apenas de estabelecer um regime jurídico que pode ser utilizado pelo legislador ordinário para disciplinar as atividades econômicas reservadas ao Estado pela Constituição, aí incluídas as atividades constantes do art. 21²⁹.

Segundo o autor, cabe ao legislador ordinário identificar, dentre as atividades econômicas imputadas ao Estado, aquelas que serão regidas pelas normas atinentes aos serviços públicos. “*Ser tarefa estatal é uma condição necessária mas não suficiente para ser serviço público: há de haver decisão legislativa sobre isso. Se todo o serviço público é de titularidade do Estado, nem toda a atividade de titularidade do Estado tem de ser – apenas por força do art. 175 – serviço público*”³⁰. Ao disciplinar tais atividades, o legislador não se encontra obrigado a conferir-lhes o regime jurídico decorrente do art. 175.

Por outro lado, por se tratar de atividade econômica atribuída ao Estado, a sua prestação, mediante autorização, jamais pode ser tida como atividade econômica privada, submetida apenas ao consentimento estatal decorrente do exercício de poder de polícia. Afirma LOUREIRO³¹:

Essas tarefas foram reservadas à União com exclusividade, como **competências públicas** (monopólio jurídico, com execução delegável)³²; por outro lado, **não é**

²⁶ Por todos, veja-se ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, Forense, 2007, p. 224 e segs.

²⁷ Nessa linha o atual entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello que, por muito tempo, sustentou que a utilização da expressão autorização no âmbito do art. 21 seria, em verdade, uma insuficiência técnica do texto constitucional. Neste sentido, ver **Curso de Direito Administrativo**, 12ª Ed. 2000, p. 585. Na concepção atual, **Curso de Direito Administrativo**, 18ª Ed. 2005, p. 647

²⁸ LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, Energia e Setor Elétrico**. Porto Alegre: Fabris. 2009. p 49

²⁹ LOUREIRO, op. cit., p. 111.

³⁰ LOUREIRO, op. cit., p. 123.

³¹ LOUREIRO, op. cit., p. 112.

³² “Nem a circunstância de estar presente a “autorização” ali muda isso, como se verá a seu tempo.

necessário considerá-las, por isso, como serviços públicos, submetidas a um pronto e acabado regime jurídico substancialmente impermeável à competição e ao regime de direito privado. Respeitado o mínimo jurídico que decorre do fato de serem competências públicas (Capítulo II), o legislador tem ampla margem de conformação da atividade, atendendo às suas peculiaridades técnicas e econômicas, podendo ou não, inclusive, considerá-las como serviço público.

Ora, à luz dessa concepção, rigorosamente aderente ao teor da disciplina constitucional, evidencia-se a plena possibilidade de conformar o regime de prestação dos serviços titularizados pelo Estado, aí incluídos os de telecomunicações, com maior ou menor aproximação ao regime de serviço público ou ao regime geral da atividade econômica. Nesses termos, compreende-se por que a Lei nº 7.472/97 refere-se a regimes público e privado, e em nenhum momento adota ou menciona os conceitos de “serviço público” e de “concessão de serviço público”.

As peculiaridades da legislação atinente aos serviços de telecomunicações e seus distintos regimes jurídicos são enfrentadas na sessão seguinte, tendo como pressuposto a concepção ora exposta de que tais serviços são titularizados pelo Estado, são competências estatais, em razão da expressa previsão constitucional nesse sentido.

Na verdade, entender diversamente tem o efeito de *alterar o texto constitucional em favor de uma (muito) discutível “ontologia jurídica”*, que assevera ser a autorização, apriorística e necessariamente (pela “natureza das coisas”), um ato unilateral de polícia, pelo qual se remove obstáculo ao gozo de direito preexistente e que “nunca” poderia estar associado à delegação de uma competência ou serviço público, nada obstante o que venha a dizer o texto constitucional” (nota do autor, ob cit. p 112) .

2. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

A Lei nº 9.472/97, denominada Lei Geral de Telecomunicações – LGT, editada em atenção ao disposto no art. 21, inc. XI, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 8/95, foi promulgada com o intuito de promover a liberalização do mercado de serviços de telecomunicações, substituindo uma situação em que os serviços eram prestados quase totalmente por empresas controladas pelo poder público, em regime de exclusividade, por um outra realidade em que os serviços seriam prestados pela iniciativa privada em regime de concorrência.

A reforma pretendia substituir a prestação de serviços de telecomunicações monopolizado por entes estatais por um regime aberto à entrada de novos operadores privados que iriam atuar em concorrência, com a maior liberdade possível, em regime semelhante ao da atividade econômica aberta à livre iniciativa.

Essa mudança seria justificada pela tese de que mercados em concorrência são mais eficientes que mercados monopolistas, entendendo-se por eficiência a prestação de serviços melhores, a preços mais baixos. Assim, a prestação dos serviços de telecomunicações em um ambiente competitivo seria capaz de assegurar mais rapidamente novos e melhores serviços e produtos, a preços mais razoáveis, quando comparada à prestação desses mesmos serviços sob regime monopolista estatal ou privado, ainda que submetidos a controles tarifários.

Dentre as características típicas de um mercado concorrencial pode-se citar a liberdade de atuação das empresas, a liberdade de entrada e saída do mercado, a liberdade de preços, a existência de risco e a possibilidade de prejuízos ou mesmo de falência. Essas características são, via de regra, incompatíveis com a visão tradicional do regime jurídico de concessão de serviço público, tipicamente um regime de exclusividade, com controle de tarifas, riscos minimizados pela garantia de equilíbrio econômico-financeiro da concessão, etc.

Não bastaria, porém, permitir a implantação efetiva de um mercado concorrencial, nem substituir um regime de prestação de serviços por outro. Fazia-se necessária a adaptação de normas e institutos jurídicos que regiam a prestação dos serviços de telecomunicações, com a introdução de novas características que permitissem não só o desenvolvimento de um mercado concorrencial, mas que também resguardasse ao Poder Público a capacidade de

implementar políticas públicas e de assegurar a prestação de diversas obrigações de interesse coletivo.

Dentro dessa concepção, o conceito de “serviço público” seria substituído pelo conceito de “serviço universal”, conceito este incorporado do Direito Comunitário. Segundo Dinorá Grotti³³, o chamado serviço universal apresenta-se hoje, na Europa, como a fórmula que pretendeu substituir a configuração clássica dos serviços públicos.

Trata-se de fenômeno que decorreu, dentre outras causas, da própria consolidação União Européia. A liberdade introduzida com a união dos países e de seus respectivos mercados, agora sem fronteiras, apresentava-se incompatível com o tradicional regime monopolístico das concessões estatais, o que levou ao abandono da titularidade estatal na prestação de serviços de telecomunicações.

Pedro Gonçalves trata com propriedade a questão, ao discorrer sobre a liberalização das telecomunicações, no âmbito da União Européia³⁴:

O conceito de serviço universal, originário do direito norte-americano das telecomunicações, é importado pelo direito europeu para enquadrar o processo de liberalização do sector num determinado contexto de regulação social (*social regulation*).

Em geral, a idéia de serviço universal pretende essencialmente harmonizar a liberalização total das telecomunicações com a exigência de que certos serviços sejam prestados de forma acessível a todos os cidadãos; aquela idéia está assim ao serviço de um princípio de *liberalização regulada*, que evite os efeitos eventualmente negativos do funcionamento livre das regras de mercado, impedindo designadamente uma "concorrência selvagem", prejudicial para os utilizadores e para a qualidade dos serviços.

Satisfazendo as telecomunicações exigências vitais do homem de hoje, é inaceitável uma *liberalização desregulada* (fala-se por isso numa “*dérégulation réglée*”); o serviço universal acentua exactamente a idéia de que certos serviços devem ser prestados em obediência a regras especiais, que estabelecem, para os *operadores aderentes* ou *onerados*, determinadas obrigações *específicas*.

Repare-se no entanto que o conceito de serviço universal não corresponde, em rigor, a uma nova realidade substancial; para assinalar a necessidade da existência de serviços essenciais no sector das telecomunicações, o carácter básico das necessidades por eles satisfeitas, bem como a exigência de que eles devem ser explorados segundo princípios que tornem possível o acesso de todos os cidadãos, já existia, em muitos ordenamentos europeus, o conceito de *serviço público*.

[...]

Assim, a diferença entre serviço universal e serviço público resulta essencialmente de este pressupor que o Estado é titular de direitos de exploração comercial de certos serviços de telecomunicações; essa idéia desaparece com a liberalização do sector.

³³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação, in: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 64.

³⁴ GONÇALVES, Pedro. Direito das Telecomunicações. Coimbra: Almedina, 1999. pp.

Porém, em termos substanciais, o serviço universal, legitimando um certo tipo de regulação, acaba por servir uma função idêntica à do conceito de serviço público, designadamente ao pressupor a exigência de que certos serviços sejam fornecidos aos cidadãos e de que devem ser explorados em obediência a regras que permitam a satisfação do "interesse geral" [...] podendo, sem grande risco de erro, dizer-se que o serviço universal é explorado de acordo com um regime de serviço público; por outro lado, o conceito serve ainda para identificar áreas determinadas do sector das telecomunicações em que o Estado é responsável pela criação de obrigações específicas adequadas à realização do princípio da universalidade: acesso das telecomunicações a todos os cidadãos. Ou seja, não obstante a liberalização; pretende acentuar-se, através do conceito de serviço universal e da idéia de regulação social que lhe está associada, que o Estado mantém importantes responsabilidades no sector das telecomunicações, competindo-lhe designadamente garantir ou assegurar o fornecimento de certos serviços em certas condições

No que respeita ao respectivo conteúdo, dois são os componentes essenciais do serviço universal: o social, ligado ao objectivo de permitir que todos os cidadãos possam beneficiar de um conjunto mínimo de serviços de telecomunicações (designadamente, o serviço fixo de telefone) 69, e o geográfico, ligado ao objectivo de realizar uma ubiquidade territorial do serviço e uma uniformidade geográfica das tarifas.

O conceito de serviço universal vem juntar à liberalização das telecomunicações a necessidade de alcançar alguns interesses e necessidades coletivas: libera-se a prestação dos serviços mas, em contrapartida, impõem-se encargos e obrigações de serviço, garantindo-se determinadas prestações ao público.

Assinala Gaspar Ariño Ortiz que a essência da mudança consiste em³⁵:

Passagem de um sistema de titularidade pública sobre a atividade, concessões fechadas, direitos de exclusividade, obrigação de fornecimento, preços administrativamente fixados, carácter temporário (com reversão/resgate em todo caso) e regulação total da atividade, até o mínimo detalhe, para um sistema aberto, presidido pela liberdade de empresa, isto é, liberdade de entrada (prévia autorização vinculada), com determinadas obrigações ou encargos de 'serviço universal', mas com liberdade de preços e modalidades de prestação, com liberdade de investimento e amortização e, em definitivo, no regime de concorrência aberta, como qualquer outra atividade comercial ou industrial, em que tem que lutar pelo cliente (não há mercados reservados nem cidadãos cativos). Certamente, neste segundo modelo não há reserva de titularidade a favor do Estado sobre a atividade de que se trate.

As obrigações de serviço universal constituiriam, assim, o instrumental de que o Estado dispõe para garantir e assegurar, a todos os cidadãos, o acesso a um conjunto de serviços de telecomunicações considerados essenciais.

Compreende-se, portanto, a razão por que a Lei Geral de Telecomunicações não se utilizou em nenhum momento da expressão "serviço público". Tratou-se de uma opção legislativa que buscou afastar das atividades de telecomunicações o regime jurídico

³⁵apud GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação, In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 62.

tradicionalmente atribuído às concessões, tal com a titularidade estatal do serviço, a transferência e/ou delegação de uma competência originariamente administrativa, a garantia do equilíbrio financeiro da empresa, a responsabilidade objetiva, etc.

A adaptação dessas idéias e sua incorporação à LGT tem trazido muitas discussões, principalmente porque em nosso sistema jurídico os serviços de telecomunicações continuam sendo de titularidade estatal, por força de expressa disposição constitucional (art. 21, inc. XI, da CF/88).

Os serviços de telecomunicações eram tradicionalmente considerados “serviços públicos”, pois o texto constitucional explicitamente retirou-os do âmbito da esfera privada e colocou-os sob titularidade da União, atribuindo sua execução ao Estado, a quem compete prestá-los direta ou indiretamente.

A Emenda Constitucional nº 08/95 extinguiu o monopólio constitucional que reservava a prestação de determinados serviços de telecomunicações mediante concessão unicamente a empresas sob controle estatal. Contudo, não houve qualquer alteração quanto ao tratamento constitucional dado ao regime jurídico desses serviços, que continuaram inseridos na competência da União, passíveis de serem delegados a particulares mediante concessão, permissão ou autorização.

A Lei Geral de Telecomunicações, no entanto, inovando na tratamento da matéria, e abandonando senão o conceito, ao menos o uso da expressão “serviço público”, classificou os serviços de telecomunicações em razão dos interesses a que atendem (serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito - art. 62); e em razão do regime jurídico de sua prestação (regime público e regime privado - art. 63).

Art. 62. Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.

[...]

Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados

Os serviços de interesse restrito são prestados exclusivamente no regime privado (art. 67), e os serviços de interesse coletivo podem ser prestados em qualquer desses regimes, ou mesmo em ambos, concomitantemente (art. 65).

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:
I - exclusivamente no regime público;

II - exclusivamente no regime privado; ou

III - **concomitantemente** nos regimes público e privado.

§ 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.

§ 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o caput poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.

Art. 67. Não comportarão prestação no regime público os serviços de telecomunicações de interesse restrito

Com essa classificação, não pretendeu a lei definir quais serviços seriam considerados públicos e quais não o seriam³⁶. A norma apenas estabeleceu e disciplinou dois regimes de exploração de serviços de telecomunicações: as modalidades de serviço de interesse restrito serão exploradas exclusivamente no regime privado (art. 67); os serviços de interesse coletivo, em ambos os regimes, sendo que não podem ser explorados unicamente no regime privado aqueles cuja continuidade e universalização a União se comprometa a assegurar (art. 65, §1º).

Examinando-se isoladamente os artigos da LGT, verifica-se que o regime público seria caracterizado pela outorga mediante **concessão ou permissão** (art. 63, parágrafo único), por **prazo limitado** (art. 83), com atribuição à prestadora de **obrigações de universalização** e de **continuidade** (art. 63, parágrafo único, e arts. 79 a 82). Seriam ainda características desse regime a competência dada à Anatel para **fixar, rever, reajustar ou apenas acompanhar as tarifas** praticadas (arts. 103 a 109), bem assim a possibilidade de a Agência se utilizar da desapropriação, servidão e/ou reversão de bens, como mecanismos jurídicos destinados a assegurar a continuidade da prestação dos serviços (arts. 100/102).

³⁶ A confusão entre regimes público e privado e serviços públicos e privados pode ser encontrada já na Exposição de Motivos nº 231 MC que encaminhou à Câmara dos Deputados o projeto de lei que resultou na LGT, onde constou que os serviços de interesse coletivo seriam prestados no regime público, e os serviços de interesse particular, no regime privado:

*“Não descendo a minúcias, nem especificando as diversas modalidades de serviços de telecomunicações, o Projeto classifica-os em função da abrangência dos interesses a que atendem - serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito (art. 59) - e quanto ao regime jurídico de sua prestação: **serviços públicos** e **serviços privados** (art. 60).*

Na tecitura desta classificação, os serviços de interesse coletivo, caracterizados como serviços abertos a todos, são voltados precipuamente para a concreção dos objetivos e princípios fundamentais expostos no Livro I da Lei Orgânica, e, portanto, sujeitos a maiores condicionamentos legais e administrativos.

O regime dito “privado” de exploração dos serviços de telecomunicações, em contraposição, estaria baseado nos princípios constitucionais da atividade econômica (art.126). A liberdade seria a regra, e constituiriam exceções as proibições, restrições e interferências do Poder Público (art. 128, inc. I). O regime seria de **liberdade tarifária** (art. 129), e não haveria garantia alguma quanto ao equilíbrio econômico-financeiro (art. 130). A prestação do serviço seria condicionada apenas à expedição de ato vinculado denominado **autorização**, que teria vigência indeterminada (art. 131).

2.1. O Regime Público e as Obrigações de Universalização

Não se pretende aprofundar a discussão sobre os regimes citados pela LGT. Interessa, neste momento, ressaltar apenas as distinções entre ambos no que diz respeito às obrigações de universalização.

Examinando-se a lei, verifica-se que o uso da expressão “obrigação de universalização” está sempre associada à prestação do serviço em regime público. Não há, na lei, nenhuma menção à obrigação de universalização de serviço prestado em regime privado. De fato, as obrigações de universalização são a razão da existência da prestação de um serviço de telecomunicações em regime público, conforme evidenciado a seguir.

O art. 63, parágrafo único, da LGT, estabelece as características primordiais do serviço de telecomunicações prestado em regime público: a necessidade de outorga por concessão ou permissão - sempre por licitação - e a existência compulsória de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 63. (...).

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em **regime público** é o prestado mediante concessão ou permissão, **com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização** e de continuidade. (grifou-se)

De fato, segundo o disposto no art. 64 da Lei Geral, poderão ser prestados em regime público **apenas** as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, **cujas existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.**

Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Já os de interesse particular, caracterizados como de livre exploração, sujeitam-se apenas aos condicionamentos necessários para evitar que sua exploração possa acarretar prejuízos ao interesse coletivo, devendo ser prestados sob o regime de direito privado (arts.59 e 64).

Portanto, deve haver o reconhecimento, por parte do Estado, da essencialidade dessa atividade, motivo determinante para que o Governo se comprometa a assegurar sua existência, prestação e universalização.

Deve-se ressaltar que não é qualquer serviço que pode ser prestado em regime público, ou seja, não é qualquer serviço que pode ser prestado mediante concessão nem ser objeto de universalização. Por exemplo, o art. 67 da LGT proíbe a prestação, no regime público, de serviços de interesse restrito.

Art. 67. Não comportarão prestação no regime público os serviços de telecomunicações de interesse restrito

O reconhecimento de que um serviço é essencial e que deve ter sua prestação assegurada e ampliada é um ato político do Executivo que deve ser formalizado mediante a edição de um Decreto, conforme determina o art. 18 da LGT.

Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, **por meio de decreto**:

I - **instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público**, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;
II - **aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público**;
III - **aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público**; (grifou-se)

Há, portanto, requisitos para que um serviço possa ser prestado em regime público. É preciso ato do poder executivo que formalmente faça instituir sua prestação em regime público, bem como se fazem necessários um plano geral de outorgas e um plano de metas de universalização.

Ressalte-se, mais uma vez, que a lei, nesse artigo, menciona explicitamente que o plano de metas de universalização é relacionado ao serviço prestado em regime público, ao passo que **não há previsão legal** de um plano de universalização de serviço prestado em regime privado.

Cabe ressaltar ainda que as obrigações de universalização são parte essencial do contrato de concessão, por força do disposto no art. 93, inc. IV, da LGT:

Art. 93 – O Contrato de Concessão indicará:

[...]

IV – deveres relativos à universalização e à continuidade do serviço;

Por fim, verifica-se que o descumprimento das metas de universalização acarretará a sanção da concessionária que poderá até mesmo perder a outorga:

Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.

Evidentemente que, por serem as obrigações de universalização parte integrante do contrato de concessão, o descumprimento dessa meta implica o descumprimento do próprio contrato de concessão, ensejando assim as medidas sancionatórias previstas na lei.

Verifica-se ainda que o capítulo da LGT que trata das obrigações de universalização e de continuidade, denominado “Das Obrigações de Universalização e Continuidade”, compreendido pelos artigos de n.º 79 a 82, encontra-se contido integralmente no Título II dessa Lei, intitulado “**Dos Serviços Prestados em Regime Público**”. Merece destaque o fato de que, no capítulo da LGT sobre a prestação de serviço em regime privado, não há menção alguma a obrigações de universalização ou de continuidade.

Merece registro o art. 79 da LGT, que em seu § 1º esclarece o conteúdo dessas obrigações. Mais uma vez, há vinculação entre o regime público e a obrigação de universalização.

Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade **atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.**

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

O artigo 80 contém disposições sobre o plano de universalização, a ser aprovado pelo Poder Executivo. Conforme já relatado, ao art. 18 da LGT, em seu inciso III, deixa claro que compete ao Poder Executivo aprovar **plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público.**

Art. 80. As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas.

Assim, resumindo-se o exposto anteriormente, as disposições contidas na LGT retratam as obrigações de universalização como obrigações contratuais existentes apenas no regime público de prestação de serviços de telecomunicações e que devem integrar necessariamente os contratos de concessão.

As obrigações de universalização previstas no plano geral de metas de universalização de um determinado serviço são detalhadas e quantificadas nos respectivos contratos de concessão. Não pode haver contrato de concessão sem que haja a definição das metas de universalização, não apenas porque essas obrigações são elementos essenciais do contrato de concessão (art. 93, IV, da LGT), mas principalmente porque o regime público criado pela LGT só existe em razão da universalização e da continuidade. Se não houver interesse em universalizar a prestação do serviço, este não deverá ser prestado em regime público.

Essas metas não são fixas nem imutáveis, sendo razoável que, com o decorrer do tempo, seja necessário efetuar ajustes, eliminar ou até criar novas obrigações. De fato, as obrigações de universalização são objeto de metas periódicas, que devem ser aprovadas pelo Poder Executivo. (art. 80 da LGT).

A alteração ou criação de novas metas de uma mesma modalidade de serviço implica necessariamente a inclusão dessas novas obrigações no contrato concessão. Trata-se de constatação evidente, vez que as obrigações de universalização são obrigações contratuais identificadas e necessariamente detalhadas e quantificadas nos contratos de concessão. Qualquer alteração, adição ou supressão dessas metas constitui em alteração do contrato original.

Não pode haver um contrato separado que estabeleça obrigações de universalização independentes. A LGT associa as obrigações de universalização aos contratos de concessão. A atribuição de obrigações de universalização à concessionária não se faz de forma independente do contrato de concessão. Ao contrário, faz-se no próprio contrato de concessão, ainda que venham a constar de um instrumento separado.

Nesse sentido dispõe a lei (Art. 93, IV) que o contrato de concessão indicará os deveres relativos à universalização e à continuidade do serviço. Em seguida, o Art. 96, VI, disciplina que a concessionária deverá apresentar relatórios periódicos sobre o atendimento das metas de universalização constantes do contrato de concessão.

Mais relevante ainda é o disposto no já citado art. 82, em que se estabelece que o descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção. Esse artigo evidencia o vínculo de qualquer obrigação de universalização ao contrato de concessão.

Tem-se, portanto, que nos termos do que dispõe a LGT, não é possível a atribuição de obrigação de universalização que não esteja vinculada, que não integre, um contrato de concessão. Assim é que a legislação atual não prevê a possibilidade de contratação independente de prestadora para a implementação de obrigações de universalização³⁷.

É pacífica na Doutrina a idéia de que o poder concedente pode sempre alterar unilateralmente as regras de prestação do serviço concedido. Igualmente assente é o entendimento de que a Administração tem poderes para alterar unilateralmente cláusulas de qualquer contrato administrativo de que seja parte. Contudo, o poder concedente não é livre para impor as obrigações que desejar. Em se tratando de contrato de concessão, deve-se sempre cuidar para que qualquer alteração de metas não altere o equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado. Ao criar novas obrigações, novos encargos, o Poder Executivo deve assegurar a manutenção do equilíbrio, pois que não seria razoável a imposição de encargos que causassem prejuízos à concessionária ou que até mesmo inviabilizassem a subsistência da operadora.

Não é por outra razão que a LGT se preocupa em estabelecer que o plano de universalização de um serviço deve detalhar as fontes de financiamento das obrigações de universalização, conforme previsão inserida no art. 80, §1º, da LGT.

Art. 80. As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas.

§ 1º O **plano detalhará as fontes de financiamento das obrigações de universalização**, que serão neutras em relação à competição, no mercado nacional, entre prestadoras.

§ 2º Os recursos do fundo de universalização de que trata o inciso II do art. 81 não poderão ser destinados à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, a própria prestadora deva suportar.

Verifica-se que, nos termos do §2º acima transcrito, o contrato de concessão pode estabelecer metas que devam ser suportadas exclusivamente pelas prestadoras. Evidentemente essas metas devem ser pactuadas no momento da celebração do contrato de concessão, e não

³⁷ Trata-se, porém, de mera escolha do legislador, que poderia ter disciplinado a matéria de forma distinta.

impostas em momento posterior, de forma unilateral, sob o risco de alteração do equilíbrio da equação econômico-financeira ajustada³⁸.

Assim, qualquer que seja a ampliação de obrigações de universalização, ela se dá primeiramente através da alteração, ampliação ou criação de plano de universalização, sempre com a provação do Poder Executivo. Posteriormente, há que se alterar ou aditivar o contrato de concessão, para que sejam incluídas as novas obrigações. Para que não haja rompimento do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, o plano de universalização deve conter as fontes de financiamento das novas obrigações.

A imposição de metas de universalização pode levar a situações que impliquem altos custos para o prestador do serviço, ou a situações em que seja obrigatório o atendimento de usuários que não possuam renda suficiente para utilizar os serviços em volume expressivo. Em ambos os casos as receitas geradas pela exploração do serviço seriam, ao menos inicialmente, inferiores aos custos. Surge assim a necessidade de se financiar esse déficit, reequilibrando a equação econômico-financeira anteriormente pactuada.

Com esse intuito, LGT já continha a previsão, em seu art. 81, inc. II, de criação de um fundo especificamente constituído para essa finalidade, ou seja, cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não puder ser recuperada com a exploração eficiente do serviço.

Art. 81. Os recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, poderão ser oriundos das seguintes fontes:

I - Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da lei, cuja mensagem de criação deverá ser enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, no prazo de cento e vinte dias após a publicação desta Lei.

Esse fundo de que trata a LGT veio a ser instituído pela Lei nº 9.998/00, e é denominado Fundo de Universalização de Serviços de Telecomunicações – Fust.

³⁸ Nada obsta, porém, que obrigações dessa natureza venham a ser atribuídas posteriormente, desde que com o consentimento das concessionárias. A anuência às novas obrigações implica necessariamente o reconhecimento tácito de que foi mantido o equilíbrio da concessão.

A necessidade de se financiar custos adicionais relacionados à implantação de novas metas de universalização decorre justamente da natureza contratual das obrigações de universalização, e evidencia o seu permanente vínculo jurídico aos contratos de concessão. Se o Poder Executivo entender ser necessária a antecipação de alguma meta, ou a introdução de novas metas, precisará definir as formas de financiamento desses novos custos, vez que não pode simplesmente criar novos encargos sob pena de ferir o equilíbrio econômico financeiro da concessão.

Também não há, na Lei Geral, nenhuma disposição que desvincule as obrigações de universalização dos contratos de concessão. A ampliação do plano de metas de universalização de um serviço de telecomunicações significa a ampliação quantitativa das metas, ou a criação de novas metas. Evidentemente que modificações e antecipações de metas de universalização constantes de um contrato de concessão implicam a alteração desse contrato. Igualmente, a criação de novas metas de universalização de um serviço concedido implica a criação de novas obrigações que, evidentemente, e até mesmo por estarem relacionadas à prestação de serviços objeto da outorga, também constituem alterações contratuais.

A expressão “obrigação de universalização” possuiu sentido único, preciso e inconfundível na LGT e que se reporta a obrigações contratuais inerentes à prestação de serviços de telecomunicações em regime público. No contexto dessa lei, não existe obrigação de universalização de qualquer outra prestação, que não de serviço de telecomunicações, e não existe menção a qualquer tipo de obrigação de universalização de serviço prestado em regime privado.

2.2. O Regime Privado e as respectivas obrigações

Entre os autores que tratam da sistemática introduzida pela LGT, é unânime o entendimento de que não há que se falar em obrigações de universalização no regime privado.

Em sede doutrinária, Floriano Azevedo Marques Neto assim procura explicitar os pressupostos do modelo adotado pela Lei Geral das Telecomunicações³⁹:

Já a diferença na classificação entre serviço prestado no regime público ou no regime privado, basicamente, revela-se na perspectiva dos ônus que são imputáveis ao prestador em regime público e da falta de ônus e uma maior liberdade que se

³⁹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. pp. 313 e 314.

atribui ao prestador em regime privado. Basicamente, o núcleo destes ônus consiste no dever de universalização e de continuidade. O prestador em regime público tem obrigação de levar o serviço para determinadas regiões mesmo que estas não sejam economicamente interessantes, bem como tem a obrigação de continuidade, que não é aplicável ao prestador em regime privado.

[...]

Então, essa sujeição a obrigações decorre, portanto, de dois núcleos básicos diferenciados: os deveres de universalização e continuidade a que estão obrigados os prestadores em regime público e aos quais não estão sujeitos aqueles que exploram atividade econômica em regime de livre mercado (regime privado).

Corroborando e sintetizando esse entendimento, o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução Anatel n.º 73/98, estabelece, em seu art. 14, que *“os serviços de telecomunicações explorados no regime privado não estão sujeitos a obrigações de universalização e continuidade, nem prestação assegurada pela União”*.

Em idêntico sentido pode-se citar GROTTI⁴⁰, ao comentar as distinções entre os regimes instituídos pela Lei Geral:

Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição à sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade. O serviço de telecomunicações em regime privado é o prestado mediante prévia autorização (art. 131) da ANATEL e será baseado nos princípios constitucionais da atividade econômica (art. 126).

O que muda substancialmente é a relação da prestadora com o Poder Público, principalmente nos seguintes aspectos:

- **não há contrato com o Poder Público**, mas sim o estabelecimento de uma relação jurídica não-contratual, advinda de uma autorização;
- não há dever de continuidade na prestação dos serviços;
- **não há deveres de universalização de serviços**;
- não há direito à manutenção do "equilíbrio econômico-financeiro";
- o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado;
- **os preços são livres**. (grifou-se)

De fato, se a prestação de serviço em regime privado depende apenas de prévia autorização (art. 131 da LGT), e uma vez que a autorização é ato (art. 131, § 1º, da LGT) e não contrato, não haveria porque se falar em obrigação de universalização que, nos termos da própria lei, faz parte do contrato de concessão.

A questão, porém, não é tão simples, razão pela qual impõe-se examinar mais detidamente o regime privado de prestação de serviços de telecomunicações tal como vem sendo conformado pela prática regulatória do setor.

⁴⁰ GROTTI, op. cit. p. 68.

2.2.1. Autorizações precedidas de licitação.

Um exame mais cuidadoso da LGT e da prática regulatória adotada pela entidade reguladora evidencia que, em grande parte dos serviços de interesse coletivo prestados em regime privado, o que deveria ser um ato de autorização é, na verdade, um contrato, denominado “Termo de Autorização”, onde são estabelecidas obrigações semelhantes às de universalização, havendo possibilidade até mesmo de controle de preços, se a Anatel assim optar⁴¹.

Deixando de lado a denominação legal, e analisando os atos efetivamente praticados pela Anatel, restará evidente que em muitos casos o instituto utilizado para delegar a terceiros a prestação de serviços de telecomunicações, no regime privado, será não uma autorização, nem uma licença, mas verdadeiro contrato, denominado “Termo de Autorização”.

A LGT determina que a concessão seja formalizada por meio de **contrato** (art. 83, parágrafo único) e determina que a Permissão seja formalizada mediante a assinatura de um **termo**. Não há, na LGT, menção a nenhum instrumento de formalização das autorizações. Em tese, sendo a autorização um ato unilateral, bastaria a manifestação da vontade da Administração e sua posterior publicação para que fossem produzidos todos efeitos jurídicos dele decorrentes.

A Lei Geral de Telecomunicações definiu a autorização de serviço de telecomunicações como ato administrativo vinculado⁴², o que em tese obrigaria a Administração a expedi-la a quem preencher os requisitos subjetivos e objetivos necessários para a outorga, relacionados nos artigos 132 e 133 da LGT. Em se tratando de ato vinculado, não haveria escolha para a administração, o que significa que a lei estaria a assegurar aos particulares o direito de explorar quaisquer serviços de telecomunicações.

A natureza vinculada que a lei aparentemente pretendeu estabelecer para o ato de autorização não parece compatível com o regime constitucional, uma vez que a

⁴¹ como exemplo de serviço autorizado, prestado em regime privado, com controle de preços, veja-se o Termo de Autorização nº 58/98, por meio do qual a Anatel outorgou à Tele Centro Oeste/Inepar Ltda. o direito de explorar o Serviço Móvel Celular, em regime privado, na Área de Abrangência nº 8.

⁴² “Art. 131...

§ 1º *Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”.*

Constituição não confere ao particular o direito de prestar serviços de telecomunicações. Ao contrário, a Carta Magna atribui à União a execução desses serviços, conferindo ao Estado a opção de prestá-los diretamente ou indiretamente mediante a delegação a particular por meio de concessão, permissão ou autorização.

Nesse sentido, afirma DI PIETRO⁴³:

No ato vinculado, o regramento pela lei atinge todos os aspectos do ato, significando, isto, que a lei não deixa opções à Administração Pública; a lei estabelece que, diante de determinada situação, atendidos determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo, quando a lei vincula o ato inteiramente à lei, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição do ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial. Vale dizer que o ato tem caráter meramente declaratório de um direito preexistente. Sendo tratada como ato vinculado, a autorização não pode ter caráter precário; com efeito, se o ato apenas declara um direito do particular ao exercício da atividade, não há possibilidade de reservar-se à Administração a possibilidade de revogá-lo a qualquer momento por motivo de interesse público; por isso mesmo, o art.138 da lei estabelece que "a autorização de serviço de telecomunicações não terá sua vigência sujeita a termo final, extinguindo-se somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação.

[...]

No caso da autorização de serviço público, não há possibilidade de o ato ser vinculado. A idéia de serviço público é incompatível com a natureza vinculada do ato de outorga, pela forma como a concessão, a permissão e a autorização estão previstas na Constituição. Seja no art. 21, XI e XII, seja no art.175, a delegação ao particular, por meio de um daqueles institutos, constitui alternativa à escolha da Administração Pública. Em todos os dispositivos que cuidam desses institutos, está prevista a opção entre a execução direta, pela própria Administração, ou a execução delegada por meio de concessão, permissão ou autorização.

A autorização para a prestação de serviço de telecomunicação, à primeira vista, parece enquadrar-se exatamente no conceito que Hely Lopes Meirelles denomina de Licença⁴⁴:

Ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o poder público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular. [...] A licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para sua obtenção, e, uma vez expedida, traz presunção de definitividade. Sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade na expedição do alvará, por descumprimento do titular na execução da atividade ou por interesse público superveniente.

José dos Santos Carvalho Filho define licença como o ato vinculado por meio do qual a Administração confere ao interessado consentimento para o desempenho de certa atividade. Através desse ato o Poder Público exerce seu poder de polícia, verificando, em cada

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Z. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas. 4ª Ed. 2002. p. 136.

⁴⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 170.

caso, se existem, ou não, óbices legais ou administrativos para o desempenho da atividade reivindicada. Ressalta que a licença, a permissão e a autorização enquadram-se, por suas peculiaridades, na categoria dos atos de consentimento estatal que possuem três aspectos comuns que aproximam tais atos: 1º) decorrem de anuência do Poder Público para que o interessado desempenhe a atividade; 2º) não são conferidos **ex officio**, mas a pedido dos interessados; 3º) são sempre necessários para legitimar a atividade a ser executada pelo interessado⁴⁵.

DI PIETRO afirma ser licença o que a LGT denominou de autorização de serviço de telecomunicações, e conclui com contundência: "*Não há qualquer fundamento constitucional para concluir-se que a Constituição quis mudar a natureza do ato, tornando a Administração Pública obrigada a outorgar a autorização mesmo que a considere contrária ao interesse público, à oportunidade, à conveniência*".⁴⁶

Ocorre, porém, que a Administração não se encontra obrigada a expedir autorizações caso isso venha a contrariar o interesse público. A LGT, em seu art. 136, permite que a entidade reguladora limite a quantidade de prestadores de um serviço, seja por razões de ordem técnica, seja por entender existente o risco de comprometimento da prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo, ou seja, quando a existência de mais empresas prestando determinado serviço poderia apresentar-se contrária ao interesse público, ainda que se trate de serviço prestado unicamente em regime privado.

De fato, a lei assim dispõe: "*nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante*" (art. 128, inc II); e "*Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo*" (art. 136).

Verifica-se, então, que a lei não retirou da Administração toda a discricionariedade na apreciação da oportunidade e da conveniência da prestação do serviço, muito embora esse espaço de livre apreciação tenha sido reduzido de forma extrema⁴⁷. Preservou-se, sem dúvida, o elemento essencial de legitimidade de qualquer ato

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p 121.

⁴⁶ DI PIETRO. Maria Sylvia Z. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas. 4ª Ed. 2002. p. 137.

⁴⁷ Há, ainda, situações outras onde a Agência pode se valer de um juízo discricionário para condicionar a outorga da autorização, conforme será tratado na sessão seguinte.

administrativo: o interesse público. Só pode haver autorização para a prestação do serviço se sua expedição não sacrificar o interesse público⁴⁸.

Toda ocasião em que houver limitação ao número de prestadores de uma modalidade de serviço em regime privado, a Anatel encontra-se obrigada a licitar as respectivas autorizações (art. 136, § 2º)⁴⁹. Essa previsão legal tem profundas conseqüências em relação ao regime jurídico de prestação de serviço.

Em se tratando de autorização, supostamente ato unilateral, bastaria à Anatel expedi-la, não havendo a necessidade de assinatura de qualquer instrumento por parte do particular. Não por outra razão que a LGT dispõe apenas sobre instrumentos de formalização de concessões e permissões. A concessão é formalizada por meio de **contrato** (art. 83, parágrafo único)⁵⁰, ao passo que a permissão é formalizada mediante a assinatura de um **termo** (art. 120)⁵¹.

⁴⁸ Nem por isso deixaria de ser legítima eventual opção do legislador em vincular plenamente a ação estatal. Somente se reconhece discricionariedade administrativa dentro dos limites fixados pelas leis. Se, por opção política, entender-se melhor atender ao interesse público uma ação vinculada da administração, nenhuma impropriedade haveria de existir. Pode-se discordar da opção, até porque em sentido contrário à atual tendência de ampliar o espaço de livre apreciação da Administração como forma de lhe propiciar a melhor escolha para cada caso, mas não há por que tê-la como anti-jurídica.

⁴⁹ Art. 136. Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.

§ 1º A Agência determinará as regiões, localidades ou áreas abrangidas pela limitação e disporá sobre a possibilidade de a prestadora atuar em mais de uma delas.

§ 2º As prestadoras serão selecionadas mediante procedimento licitatório, na forma estabelecida nos arts. 88 a 92, sujeitando-se a transferência da autorização às mesmas condições estabelecidas no art. 98, desta Lei.

§ 3º Dos vencedores da licitação será exigida contrapartida proporcional à vantagem econômica que usufruírem, na forma de compromissos de interesse dos usuários.

Art. 137. O descumprimento de condições ou de compromissos assumidos, associados à autorização, sujeitará a prestadora às sanções de multa, suspensão temporária ou caducidade.

⁵⁰ Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, **mediante contrato**, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

⁵¹ Art. 120. A permissão será formalizada mediante assinatura de **termo**, que indicará:

- I - o objeto e a área da permissão, bem como os prazos mínimo e máximo de vigência estimados;
- II - modo, forma e condições da prestação do serviço;
- III - as tarifas a serem cobradas dos usuários, critérios para seu reajuste e revisão e as possíveis fontes de receitas alternativas;
- IV - os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, do permitente e do permissionário;
- V - as condições gerais de interconexão;
- VI - a forma da prestação de contas e da fiscalização;
- VII - os bens entregues pelo permitente à administração do permissionário;

Em tese, sendo a autorização um ato unilateral, bastaria a manifestação da vontade da Administração e sua posterior publicação para que fossem produzidos os efeitos jurídicos dele decorrentes. Por esse motivo não há, na lei, menção a qualquer instrumento de formalização das autorizações.

Todavia, o Regulamento de Licitação de Concessões, Permissões e Autorizações da Anatel⁵², em seu art. 89, define que a autorização será formalizada mediante a assinatura de termo, cujo conteúdo⁵³ em tudo se assemelha ao do contrato de concessão (art. 93)⁵⁴ e ao termo de permissão.

VIII - as sanções;

IX - os bens reversíveis, se houver;

X - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências

⁵² Resolução ANATEL nº 65/98.

⁵³ Art. 89. A autorização será formalizada mediante assinatura de termo.

...

Art. 90. O termo de autorização indicará:

I – objeto, área e prazo da autorização;

II – modo, forma e condições da prestação do serviço;

III – a vinculação da autorização ao cumprimento dos compromissos e contrapartidas assumidos pela autorizada, em conformidade com sua proposta e com o instrumento convocatório;

IV - o preço público devido pela autorização, em conformidade com a proposta da autorizada e com o instrumento convocatório;

V – os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, da Agência e da autorizada;

VI – a forma da prestação de contas e da fiscalização;

VII – as condições para interconexão, se houver;

VIII – o preço máximo dos serviços que serão praticados junto aos usuários, quando for o caso, e os critérios de reajuste e revisão;

IX - a obrigação de a autorizada manter suas condições subjetivas, aferidas pela Anatel, durante todo o período de exploração do serviço;

X - a obrigação de a autorizada prestar os serviços em conformidade com o plano de execução por ela apresentado;

XI - as garantias de pagamento do preço público devido pela autorização e de cumprimento dos compromissos e contrapartidas;

XII – as sanções; e

XIII – o foro e modo para solução extrajudicial das divergências.

⁵⁴ Art. 93. O contrato de concessão indicará:

I - objeto, área e prazo da concessão;

II - modo, forma e condições da prestação do serviço;

III - regras, critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da implantação, expansão, alteração e modernização do serviço, bem como de sua qualidade;

IV - deveres relativos à universalização e à continuidade do serviço;

V - o valor devido pela outorga, a forma e as condições de pagamento;

VI - as condições de prorrogação, incluindo os critérios para fixação do valor;

VII - as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão;

VIII - as possíveis receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

IX - os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, da Agência e da concessionária;

X - a forma da prestação de contas e da fiscalização;

XI - os bens reversíveis, se houver;

XII - as condições gerais para interconexão;

Trata-se, porém, de consequência necessária da realização de licitação. Via de regra, ocorrendo um procedimento licitatório, é natural que se siga a celebração de um contrato. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles⁵⁵: “Assim, a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o **conseqüente lógico** da licitação. Mas esta, observa-se, é apenas um procedimento administrativo **preparatório** do futuro ajuste”.

Ganhando o certame, o vencedor encontra-se vinculado à sua proposta, ao edital e ao regulamento do serviço a ser prestado. O instrumento jurídico capaz de estabelecer relação jurídica que vincule a vontade do particular e da administração é, sem dúvida, um instrumento contratual. A proposta é ato volitivo do licitante, e o contrato é justamente o resultado do acordo entre essa vontade e a vontade da administração em estabelecer reciprocamente direitos e obrigações. Assim, o acordo de vontades desses dois sujeitos estabelece uma relação jurídica contratual que será reduzida a um instrumento jurídico cujo conteúdo evidenciará os direitos e deveres acordados e que efetivamente obriga as partes. É através desse instrumento, que materializa a relação contratual, que a administração tem poderes para exigir o cumprimento do que foi acordado.

A própria LGT estabelece que, havendo licitação para autorização de serviço de telecomunicações, será exigível do licitante vencedor a assunção de “compromissos de interesse dos usuários”, como “contrapartida proporcional à vantagem econômica que usufruírem” (art. 136, §3º).

Por ocasião da licitação para expedição das primeiras autorizações de STFC, as chamadas “empresas espelho”, constou do edital que o licitante deveria ofertar em sua proposta não apenas o valor a ser pago pela autorização, mas também os municípios a serem atendidos, os prazos de atendimento, o índice de penetração a ser alcançado, etc. O instrumento convocatório estabelecia quantitativos mínimos, mas os licitantes encontravam-se livres para, de sua própria vontade, ofertar o que bem entendessem, desde que atendido o mínimo estabelecido pela Agência.

No mesmo sentido a norma do serviço de MMDS (Norma nº 002/94-REV/97, Portaria MC n.º 254/97) estabelece, em seu item 4.5, os seguintes critérios para julgamento de

XIII - a obrigação de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação exigidas na licitação;

XIV - as sanções;

XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

⁵⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 247.

propostas técnicas nas licitações desse serviço: a) prazo para a instalação do sistema de transmissão; b) número de canais destinados à programação de caráter cultural e educacional; c) percentagem de tempo destinada a programação regional; e d) número de universidades, escolas, bibliotecas, museus, hospitais, postos de saúde ou outros estabelecimentos que o edital explicitar, localizados na área de prestação do serviço, aos quais será oferecida a sua programação com isenção de pagamento da assinatura. Todos esses itens deverão ser objeto de proposta por parte de eventuais interessados na prestação do serviço.

Ao submeter-se uma autorização a um procedimento licitatório, não se pode afastar as regras de direito público. O processo licitatório será regido pelos princípios de direito público, pela legislação aplicável e pelo edital. O licitante vencedor irá vincular-se à sua proposta, aos termos do edital e aos regulamentos outros que porventura sejam aplicáveis ao caso. Ao fim, como resultado, há que se assinar um instrumento contratual, sem o que não há como vincular a vontade do licitante contida em sua proposta. Não deixa esse instrumento de configurar um contrato ainda que tenha nome de "Termo de Autorização", nem há como fugir de sua natureza administrativa, nem da relação jurídica que se estabelece entre o particular e a Administração: é um contrato de direito público em que a administração, em razão do superior interesse público, estabelece uma variedade de cláusulas exorbitantes que seriam nulas em contratos de natureza civil.

De fato, o que se verifica na prática é que o direito de explorar um serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja exploração a Constituição atribuiu à União, é conferido a terceiro, particular, mediante contrato decorrente de processo licitatório e prestado em regime de direito público inafastável decorrente da relação contratual estabelecida.

A natureza contratual do Termo de Autorização se faz notar também na existência de cláusulas onde são estabelecidas sanções pelo não cumprimento dos compromissos estabelecidos, na eleição de foro para solução de questões decorrentes do ajuste, na aposição de assinatura de testemunhas *“para que se produzam os efeitos legais”* – como se ato administrativo unilateral necessitasse de testemunhas como condição de validade ou eficácia .

Em verdade, quando a agência restringe, por qualquer razão, o número de prestadores de determinado serviço, tornando obrigatória a realização de licitação, o que se verifica na prática é a possibilidade de se estabelecer um regime jurídico distinto daquele que os doutrinadores denominam de “regime privado” e que muito se aproxima do chamado

“regime público”. Agência pode graduar essa aproximação de regimes conforme os critérios que vier a estabelecer para o julgamento de propostas no certame.

Essa aproximação pode ser de tal monta que é possível até mesmo a existência de controle de tarifas (ou preços) dos serviços prestados em “regime privado”. Nesse sentido há previsão expressa na LGT, onde o art. 129 afirma que os preços dos serviços nesse regime serão livres, ressalvados os casos em que houver a seleção de prestadoras por meio de licitação. Isso porque a própria lei determina, nesses casos, a aplicação dos arts. 88 a 92 da LGT, onde consta a possibilidade de adoção de critério de julgamento a menor tarifa⁵⁶. Daí a previsão contida no art. 90, inciso VIII, do Regulamento de Licitação de Concessões, Permissões e Autorizações da Anatel, no sentido de que deve constar do termo de autorização “*o preço máximo dos serviços que serão praticados junto aos usuários, quando for o caso, e os critérios de reajuste e revisão*”.

A existência desse regime híbrido, flexível, moldável, baseado em uma relação contratual de direito público, ainda não foi objeto de estudo aprofundado na doutrina. O assunto será retomado adiante.

A natureza contratual desse “Termo de Autorização” foi objeto de monografia específica em que se demonstrou a profunda identidade entre o conteúdo do contrato de concessão de STFC e o termo de autorização desse serviço, inclusive com a imposição de obrigações contratuais de natureza semelhante às obrigações de universalização, denominadas compromissos de abrangência⁵⁷.

Importa notar que a existência de termos de autorização com conteúdo contratual não decorre apenas da realização de uma licitação. Essa é a questão tratada a seguir.

2.2.2. Autorizações não precedidas de licitação.

As imposições de obrigações ao particular que pretende explorar serviço de telecomunicações no regime privado não ocorre apenas nos casos em que se realiza licitação para a outorga do direito de explorar o serviço. A LGT, em seu art. 135, prevê que a Agência

⁵⁶ Veja-se o Termo de Autorização nº 58/98

⁵⁷ FERNANDES, Rodrigo de Oliveira. **Serviços Públicos e a Autorização de Serviços de Telecomunicações: Aspectos Controversos do Novo Ambiente Regulatório**. UnB. Brasília. 2000. Monografia apresentada como requisito para a obtenção do título de Especialista em Regulação de Serviços de Telecomunicações.

pode condicionar a expedição da autorização à aceitação de “compromissos de interesse da coletividade”:

Art. 135. A Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade.

Parágrafo único. Os compromissos a que se refere o caput serão objeto de regulamentação, pela Agência, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

A lei não disciplina o que seriam esses “compromissos de interesse da coletividade”, objeto de regulamentação pela agência reguladora, impondo-lhes apenas observância a princípios de razoabilidade e proporcionalidade. No entanto, a lei estabelece alguma disciplina em relação aos “limites, encargos e sujeições” que podem ser estabelecidos como condições para a expedição de autorização, conforme o teor do art. 128.

Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;

II - nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;

III - os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;

IV - o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;

V - haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.

Tampouco restou definido na lei como serão estabelecidos os compromissos de interesse da coletividade nem os condicionamentos (limites, encargos e sujeições). Também não está clara a natureza dessas obrigações. No entanto, a existência de compromissos e obrigações sujeitos à **aceitação** do particular (art. 135, *caput*) e a menção a equilíbrio entre “deveres impostos” e “direitos reconhecidos” sugere a possibilidade de existência, de fato, de uma relação contratual típica dos contratos administrativos.

Supondo-se a autorização um ato administrativo unilateral, e supondo-se sua expedição sujeita a obrigações, encargos ou compromissos a serem assumidos pelo futuro autorizatário, tal como previsto na LGT, é evidente a imprescindibilidade da **anuência** do particular. Se este não concordar em assumir tais encargos ou compromissos, o ato de autorização não produzirá qualquer efeito. Afinal, a LGT não permite que a Anatel expeça uma autorização como ato de império capaz de, contra a vontade do administrado, facultar-lhe a exploração de um serviço e impor-lhe, simultaneamente, obrigações a serem cumpridas

Uma vez que LGT permite sujeitar a expedição de autorização à **aceitação** de encargos, condições, compromissos ou obrigações, cabe analisar qual **o papel da vontade do particular** na formação e no conteúdo do vínculo jurídico que se estabelece entre a administração e o administrado.

Essa questão refere-se diretamente à antiga discussão das teorias a respeito da natureza jurídica da concessão, o que será tratado posteriormente.

2.3. Obrigações de Universalização e Compromissos de Abrangência

Não obstante a existência de características contratuais – e conseqüentemente, características de um regime de direito público – nos termos de autorização de prestação de serviço de telecomunicações em regime privado, resta claro que a lei trata de maneira diferente cada tipo de obrigação: a obrigação de universalização é relacionada ao regime público, e constitui elemento essencial do contrato de concessão, o que não ocorre com as obrigações constantes dos termos de autorização.

Em que pese a possibilidade de algum tipo de obrigação vir a ser imputável ao prestador em regime privado, os denominados “compromissos de interesse da coletividade”, previstos no art. 135 da LGT, o simples fato de a lei tratar de forma distinta cada tipo de obrigação é suficiente para verificar que ambas não se confundem.

A obrigação de universalização é relacionada ao regime público, e constitui elemento essencial do contrato de concessão (art. 63, § 1º; art. 93, IV, ambos da LGT), ela é obrigatória, ao passo que o compromisso constante do termo de autorização é facultativo e, nos termos literais do art. 135 da LGT, deveriam constituir exceção.

As obrigações de universalização não podem ser estabelecidas por vontade da Anatel porque dependem da anuência do Poder Executivo, devendo estar previstas em um Plano de Metas de Universalização (Art. 18, III da LGT), ao passo que os compromissos de interesse da coletividade são fixados apenas pela Agência (art. 135 da LGT).

A lei vincula o exato momento em que podem ser estabelecidos os compromissos de interesse da coletividade: o momento da expedição da autorização, não havendo a previsão de novos compromissos. No regime público, as obrigações de universalização são objeto de

metas periódicas, sendo possível que no decorrer do tempo, para melhor atender ao interesse público, essas metas sejam revistas, alteradas, reduzidas ou ampliadas⁵⁸.

O âmbito de ambos são também distintos, vez que compromissos cabíveis no regime privado devem observar os limites estabelecidos pelo artigo 128 da LGT, em especial o inciso V que obriga haver relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos, ao passo que as obrigações de universalização podem ser desproporcionais e impor pesados custos, pois que objetivam o acesso aos serviços de telecomunicações, independentemente de localização e condição sócio-econômica. É justamente nessa desproporção que se afigura a necessidade de um Fundo que possa viabilizar a sua implementação.

Ainda, dentre as hipóteses que ensejariam a imposição de compromissos (art. 128), o inciso III destaca a vinculação a finalidades públicas específicas e relevantes. Novamente a lei deixou de mencionar a universalização, que pode ou não ser considerada uma finalidade específica, a depender do seu escopo⁵⁹.

O descumprimento de uma obrigação de universalização pode levar à caducidade da concessão ou à intervenção (art. 82 da LGT), ao passo que apenas o **reiterado** descumprimento de compromissos enseja a caducidade da autorização (art. 140 da LGT), e jamais autoriza a intervenção, que não é possível para o regime privado.

A LGT, em seu art. 79, atribui à Agência a regulamentação das obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público. Em seu art. 135, A LGT atribui à Agência a regulamentação de compromissos de interesse da coletividade associados ao regime privado, condicionando-os aos os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

Assim, as prestadoras de serviços de telecomunicações em regime privado podem ter obrigações a cumprir, mas que não se confundem com as obrigações de universalização: estão previstas em artigos distintos na LGT e possuem origem e efeitos diferentes. A lei **reiteradas** vezes cuidou de distinguir as atribuições relativas ao serviço prestado em regime

⁵⁸ Todavia, caso exista de fato um contrato entre poder concedente e o prestador de serviço de telecomunicações em regime privado, não se afigura impossível a modificações das obrigações pactuadas, seja em razão da aplicação do princípio da mutabilidade dos contratos administrativos, seja simplesmente em razão de acordo entre as partes contratantes.

público e as atribuições passíveis de serem atribuídas ao prestador de serviço no regime privado.

Ainda que seja possível a assunção de obrigações semelhantes às obrigações de universalização pelos prestadores em regime privado (autorizadas), não se pode pretender razoável uma interpretação que anule uma distinção que a lei fez questão de repetidas vezes estabelecer.

Assim, as prestadoras de serviços de telecomunicações em regime privado podem ter obrigações a cumprir, mas que não se confundem com as obrigações de universalização: estão previstas em artigos distintos na LGT e possuem origem e efeitos diferentes.

⁵⁹ Por exemplo, a telefonia fixa tem uma universalização ampla, voltada a todos os municípios, a toda população. Já o cogitado programa que visa levar a banda larga às escolas públicas, possui um escopo bem mais específico.

3. TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO

Não é possível investigação a respeito do vínculo que liga o Estado ao particular que presta serviço de competência do primeiro, sem passar pelas diversas teorias elaboradas para explicar a atribuição ao particular do direito de prestar serviços públicos.

Ressalte-se, porém, que as teorias e os conceitos jurídicos são apenas o resultado de sistematizações ou classificações cuja importância reside não no seu erro ou acerto, mas sim na sua utilidade para a explicação e compreensão do regime jurídico aplicável a cada caso. Não existem conceitos verdadeiros ou falsos, mas sim adequados ou não, úteis ou não, a depender das premissas adotadas e da finalidade pretendida com sua utilização.

Toma-se, como ponto de partida, a obra de Mário Masagão sobre a natureza jurídica da concessão de serviços públicos.⁶⁰ Outros autores de igual importância, como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello - que defende nessa matéria entendimento contrário ao de Masagão - e Themístocles Brandão Cavalcanti auxiliam na análise, que será complementada por críticas ou comentários tidos como pertinentes.

Em seu trabalho, Masagão classificou as diversas doutrinas existentes segundo o caráter unilateral ou contratual atribuído à concessão, distinguindo as seguintes classes: 1) teorias unilaterais; 2) teorias contratuais; e 3) teoria mista.

Na primeira classe, divisa duas teorias: a) concessão como ato unilateral da administração; e b) concessão como dois atos unilaterais, sendo um da administração e outro do concessionário. Na segunda, apresenta três teorias: a) a do contrato de direito privado; b) a do contrato de direito misto; e c) a do contrato de direito público. A terceira classe refere-se à teoria segundo a qual a concessão se institui por ato administrativo e por contrato de direito privado, conjuntamente.

Além da sistematização efetuada por Masagão, convém adicionar à teoria mista a vertente que conceitua a concessão como ato administrativo e contrato de direito público, pelas razões que serão expostas adiante, o que resultaria na classificação que se segue:

1) Teorias Unilaterais

- a) ato unilateral da administração;
- b) dois atos unilaterais, um da administração e outro do concessionário;

⁶⁰ MASAGÃO, Mário. **Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva. 1933.

2) Teorias Contratuais

- a) contrato de direito privado (subdividido em inúmeros tipos contratuais);
- b) contrato de direito misto;
- c) contrato de direito público;

3) Teorias Mistas

- a) ato administrativo junto com contrato de direito privado;
- b) ato administrativo junto com contrato de direito público;

3.1. Teorias Unilaterais

Para a teoria do ato administrativo unilateral, a concessão se institui exclusivamente por meio da manifestação unilateral da vontade do poder concedente. A sustentar essa teoria são apresentados os seguintes argumentos: a) a concessão não é contrato, porque seu objeto é coisa fora do comércio; b) o contrato supõe liberdade na discussão de suas cláusulas, o que não ocorre na concessão, cujas condições são prefixadas pelo concedente; c) a concessão não é contrato de direito privado porque seus efeitos, e a situação dela resultante, escapam às normas do direito privado; e d) não existe contrato de direito público pois o contrato é figura peculiar ao direito privado que pressupõe vontades iguais, livremente concordes, igualdade inexistente nas relações com o Estado.

Dentre os que defendem a teoria do ato unilateral há aqueles que reconhecem a existência do contrato de direito público, mas que entendem não ser essa a natureza da concessão. Todavia, os partidários dessa corrente divergem para explicar o surgimento do vínculo entre a administração e o concessionário e os respectivos direitos e obrigações. Masagão assim sintetiza as principais divergências:

I – Quanto aos direitos criados para o particular: a) o ato de concessão decorre da soberania, não gerando para o concessionário direitos de qualquer espécie; b) o ato de concessão é ato de legislação, daí decorrendo a possibilidade de criação de direitos para o concessionário, ainda que sob a forma de privilégio; c) a concessão é ato de direito público, mas seus efeitos são mistos, isto é, em parte de direito público e em parte de direito privado, sendo estes últimos efeitos a razão pela qual a concessão gera direitos para o particular; e d) a concessão é um ato jurídico, e como tal é natural que dele se originem direitos.

II – Quanto às obrigações criadas para o particular: a) não é necessária a anuência do particular, haja vista que o concessionário tem obrigações apenas porque a concessão é ato de império, de autoridade, de superioridade, ao qual o particular fica vinculado, quer queira ou não; b)

é necessária a anuência do particular, o que não descaracterizaria a unilateralidade da concessão, seja porque as obrigações do particular decorrem da sua **submissão voluntária** ao ato do poder concedente⁶¹, seja porque o assentimento do concessionário é condição ou pressuposto para que o ato administrativo produza efeitos. A vontade do particular seria apenas “*capaz de impedir os efeitos da concessão, negando-lhe uma condição de eficácia*”⁶².

Quanto aos que entendem a concessão como dois atos unilaterais, além de adotarem os mesmos argumentos já expostos para afastar a natureza contratual da concessão, sustentam que, quando dela derivam obrigações para o concessionário, aparecem dois negócios jurídicos, não simultâneos: de um lado, a declaração de vontade do Estado, ato administrativo; de outro lado, a declaração de vontade do particular, ato de direito privado⁶³.

3.2. Teorias Contratuais

Concessão como contrato de direito privado

Segundo MASAGÃO, os defensores dessa teoria sustentam, em linhas gerais, que a concessão não pode existir sem um acordo de vontades entre a administração, que delega o serviço ao particular, e o indivíduo, que aceita a incumbência. Esse acordo de vontades geraria, entre concedente e concessionário, uma relação jurídica em que ambas as partes se constituem, reciprocamente, credoras e devedoras de prestações, do que se depreende a existência de um

⁶¹ OTTO MAYER diz “*submissão voluntária do interessado, resultante do pedido ou da aceitação da concessão*”. (apud MASAGÃO. op. cit., p. 37).

⁶² CAMMEO, acompanhando G. MEYER e ZORN, insiste em que a concessão não deve ser desdobrada em dois negócios jurídicos, pois conserva a natureza de um ato administrativo unilateral. E declara que, nesse ato, a vontade da administração é essencial e predominante, ao passo que a do particular não concorre juridicamente para formá-lo: Aceitando as respectivas obrigações, o particular apenas oferece a condição necessária para que o ato administrativo produza seus efeitos. A aceitação seria quando muito um *pressuposto*. (apud MASAGÃO. Op. cit. p.37).

⁶³ MASAGÃO atribui essa teoria a RANELLETTI, seguido por BORSI. Deste, o autor transcreve o seguinte trecho: “Quando à concessão aderem obrigações para o concessionário, temos dois negócios jurídicos, que surgem em momentos diversos, cada um com vida própria. Um é constituído pela declaração de vontade do particular, e outra pela do Estado”. — “Portanto, em substância, a concessão representa sempre o conteúdo de um negócio unilateral de direito público, ato administrativo de império, negócio que às vezes, e precisamente quando há obrigações para o concessionário, coexiste com um outro negócio unilateral de direito privado, resultante da declaração de vontade do concessionário, que assume aquelas obrigações. As declarações de vontade do concedente e do concessionário não se fundem jamais em um mesmo negócio jurídico, pois que isso é impedido pela natureza de uma e de outra. Mas elas se encontram, quase cooperaram juntas, para consecução do mesmo fim. A relação entre as duas vontades encontra símile no direito privado, na relação entre a vontade do testador e do herdeiro que aceita a herança. Essas vontades não podem unir-se, porque a segunda surge quando o sujeito da primeira desapareceu. E, por isso, se manifestam em dois atos geralmente considerados distintos” (MASAGÃO. op. cit. p.41).

contrato oneroso, sinalagmático e comutativo. Em se tratando de contrato, figura típica do direito privado, a concessão seria regida por normas de direito civil.

Concessão como contrato de direito misto

Trata-se de teoria que reconhece o caráter contratual da concessão, o acordo de vontade entre concedente e concessionário apto a estabelecer, entre ambos, relações jurídicas. Reconhece, também, que o contrato é figura típica do direito privado, inadmissível em direito público interno. Admite, porém, que o objeto do contrato de concessão, e os poderes que por ele se confiam ao concessionário escapam à regência do direito privado, e envolvem princípios do direito público, de onde nasce a tese de que a concessão é um contrato no qual as regras de direito privado têm regência temperada, ou modificada, pelas regras do direito público. Seria, então, um contrato de direito misto.

Essa teoria teria surgido, inicialmente, para explicar a relação jurídica entre servidor público e administração, sendo posteriormente aplicada às concessões⁶⁴.

Concessão como contrato de direito público

Para os defensores dessa teoria, a concessão é contrato, uma vez presentes os elementos constitutivos dessa figura jurídica, mas que não se subordina às regras de direito civil e sim às de direito público, haja vista sua finalidade e seu objeto. Ressaltam que o contrato não é figura peculiar ao direito privado, mas à teoria geral do direito, e suas manifestações tanto surgem em matéria civil e comercial como no campo do direito público, externo e interno⁶⁵.

3.3. Teorias Mistas

Ato administrativo junto com contrato de direito privado

Os autores dessa linha observam que qualquer espécie de concessão deriva sempre de um ato do poder público que, em alguns casos, como nas concessões de serviço público, depende da anuência do particular para que se aperfeiçoe. Nesses casos, o consentimento do concessionário não representa apenas um pressuposto, ou condição de eficácia do ato administrativo, nem

⁶⁴ Para maior exposição dos doutrinadores que abraçaram a teoria, ver MASAGÃO, op. cit. pp. 46-48.

⁶⁵ Essa a posição adotada por Masagão, que lhe dedica a parte final do trabalho por ele desenvolvido.

constitui um negócio jurídico unilateral. A vontade do concessionário se funde com a do concedente, em um contrato, que seria de direito privado⁶⁶.

Pelo ato administrativo se estabelece uma situação jurídica que, por sua natureza, escapa às normas do direito privado e, por isso, não pode ser objeto de contrato. O acordo de vontades, mediante o qual as partes se vinculam, regula o aspecto econômico do negócio, sendo a parte contratual da concessão.

Ato administrativo junto com contrato de direito público

Em seu estudo sobre concessões, Masagão não mencionou teoria que advogasse a concessão como ato administrativo e contrato de direito público. Certo é que, dentre os autores que relaciona como defensores da teoria mista (ato administrativo e contrato de direito privado), menciona HARIOU e BONNARD, muito embora nenhum desses autores tenha expressamente afirmado a natureza jurídica do contrato que entendiam coexistente com o ato administrativo⁶⁷.

Todavia, trata-se de teoria relevante por nela se enquadrar a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a concessão é uma **relação jurídica complexa** composta por⁶⁸: a) ato regulamentar do Estado que fixa as condições de prestação do serviço; b) **ato-condição** por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da **situação jurídica objetiva** estabelecida pelo Estado; e c) **contrato** administrativo que se destina à proteção da equação econômico-financeira do ajuste;

⁶⁶ Dentre os diversos autores mencionados por MASAGÃO, convém transcrever a opinião de PRESUTTI, para quem a origem das concessões de qualquer espécie está sempre em um ato administrativo unilateral. A concessão importa sempre em obrigações para o concessionário, obrigações que derivam, ou imediatamente da lei, de um fato jurídico ou de um contrato. “A obrigação do particular, de assumir a concessão, quando não deriva imediatamente da lei nem de um fato jurídico, surge de um verdadeiro e próprio contrato, e não de um simples ato unilateral de aceitação”. — “Daí se deduz que, em uma concessão aceita, não ha **somente** um contrato, mas há **também** um contrato. O contrato é, porém, parte; não é o todo”. (apud MASAGÃO, p. 54).

⁶⁷ Trata-se de mera inferência honestamente confessada por Masagão, que assim comenta o conceito de concessão de serviço público apresentado por Hariou: “*Qual a natureza desse contrato, com o qual também se forma a concessão? HARIOU não o diz. Parece, porém, que entende tratar-se de contrato de direito privado, visto como, no trecho acima citado, se nota que toda a parte de delegação de poderes é atribuída à situação que decorre de atos administrativos, ao passo que ao contrato se subordina a parte puramente econômica da operação*”. (ob. Cit. p. 55)

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio B. de. **Curso de Direito Administrativo**, 18ª ed. p. 668). Em nota de rodapé, o autor remete a trabalho de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que, após analisar todas as teorias existentes, concluiu que a concessão é constituída por um ato complexo composto por um ato-união e um contrato de direito privado. É de se destacar que, em obras mais antigas, o autor também apresentava a concessão como um ato complexo e não como relação jurídica complexa. Vide MELLO, Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983, p.37.

3.4. A posição de Mário Masagão

Masagão afasta as teorias unilaterais sustentando, em síntese, que: a) a concessão não tem por objeto coisa fora do comércio; b) para sua perfeição, é indispensável a anuência do concessionário; c) essa anuência não é simples pressuposto ou condição, nem negócio unilateral, e sim manifestação de vontade que contratualmente se funde com a do concedente; d) que a falta de discussão das cláusulas não impede o aparecimento do contrato.

Em relação às teorias contratuais, sustenta que: a) a disciplina da concessão escapa às normas do direito privado; b) que não existe contrato de direito misto; c) que a concessão não se desdobra em ato e contrato; e d) que o contrato não é figura peculiar ao direito privado, existindo também no direito público.

Para o presente trabalho, que se volta para o **papel da vontade do particular** na formação e no conteúdo do vínculo jurídico que se estabelece entre a administração e o administrado no momento em este manifesta **aceitação** de encargos, condições, compromissos ou obrigações estipulados por entidade reguladora, importa analisar as razões pelas quais o autor sustenta que **anuência** do particular não é pressuposto, condição nem negócio unilateral.

Os que defendem a inafastabilidade da anuência do particular dividem-se entre os que atribuem a essa manifestação de vontade o caráter de simples pressuposto ou condição para que o ato administrativo produza seus efeitos jurídicos e os que vêem nela um negócio jurídico unilateral, separado do negócio gerado pelo ato administrativo. Para Masagão, ambos pontos de vista se assentam no pressuposto equivocado de que a vontade do particular e a do Estado, no campo do direito público, são de tal forma desiguais que não se podem acordar e fundir.

Se é certo que a vontade do particular é necessária para que se perfaça a concessão, é igualmente correto que a concessão não fica instituída apenas pelo ato administrativo. Para Masagão, dizer que a vontade do indivíduo é necessária para que a concessão produza efeitos, é também confessar que, sem esse elemento, ela não fica integrada. E indaga: *“Enquanto não se manifesta a aceitação do concessionário, não começam a existir os seus direitos e obrigações. Mas que é isso, senão o próprio consenso contratual?”*⁶⁹.

⁶⁹ Nesse ponto, Masagão faz remissão aos seguintes autores:

“Diz BARASSI que, uma vez admitido que o sinalagma, principalmente, quanto à obrigação de fazer, a cargo do particular, não possa nascer do simples e puro ato administrativo, mas depende do consentimento do cidadão, —

Relembrando que dois consentimentos, por si sós, não constituem elementos suficientes para gerar um contrato, ressalta que se os dois consentimentos manifestados criam direitos e deveres para as partes, se estas ficam, assim, vinculadas a relações jurídicas recíprocas, aí sim aparece, sem qualquer dúvida, um contrato. E então conclui: “*Por conseqüência, as vontades do concedente e do concessionário não permanecem isoladas, em negócios unilaterais distintos. Elas se fundem, em um contrato*”⁷⁰.

Em idêntico sentido, refutando a teoria dos dois atos ou negócios jurídicos distintos, manifestou-se Themistocles Brandão Cavalcanti, que afirmou⁷¹:

Há, em nosso modo de entender, manifesto equívoco na teoria acima, porque o que caracteriza o contrato é a participação das duas vontades, embora não se possa deixar de reconhecer a situação privilegiada do Estado que tem a faculdade de usar na realização e execução da concessão, de atribuições inerentes à sua qualidade de poder público. E, nessa qualidade, pode contratar, mas dentro das condições impostas pela natureza do serviço e a sua intervenção na relação contratual.

De interesse, também, as razões pelas quais afasta a teoria mista e sustenta não se desdobrar a concessão em ato e contrato. Tal doutrina derivaria do pressuposto de que o contrato só existe no direito privado e, não sendo possível subordinar ao direito civil muitas das relações surgidas na concessão, declararam-nas disciplinadas por ato administrativo.

Para Masagão, ainda que a entidade concedente pratique diversos atos administrativos antes do aperfeiçoamento da concessão, seja para precisar cláusulas e detalhes, seja para abrir concorrência para escolha do particular que, aceitando o negócio, maiores vantagens ofereça, seja para, por meio de decreto, declarar que a concessão fica outorgada, nos termos da proposta do

é uma subtileza inútil fazer da aceitação um simples elemento declarativo ou determinante, e do ato administrativo o fato constitutivo. E acrescenta: ‘Quando o pretense elemento declarativo consiste na vontade adesiva de uma pessoa distinta daquela de que provém a vontade constituinte, (elemento ao qual se quer atribuir o valor constitutivo); quando se mostrou que, sem o concurso daquele pretense elemento puramente declarativo (aceitação), não se verificam os efeitos mais importantes, e que, portanto, para produzi-los, são necessários o elemento a mais o elemento b; depois de tudo isso é uma subtileza inútil negar que também o elemento b seja constitutivo, isto é, que os dois elementos constituem a soma de duas vontades, cada uma das quais se refere à outra, e que coincidem, quanto à finalidade’. (Il contr. di lav., cit., vol. I, pgs. 366 e 367).

TUMIATI, que não admite contratos de direito público, é forçado pela lógica, a aceitar a bilateralidade da concessão. ‘Reconhecer a bilateralidade destes atos não significa admitir a existência de um contrato de direito público’. — ‘Mas, embora negando, como fazemos, a existência de um verdadeiro contrato de direito público, não acreditamos que se possa negar o concurso da vontade do particular e a sua eficiência na formação do vínculo jurídico’. (Del concetto di pubblica amministrazione, cit., pgs. 92 e 93).

Pondera BIELSA que absolutamente não se pode atribuir o caráter de condição a um fator essencial para que a relação jurídica exista e tenha eficácia; porque, em verdade, não se pode considerar elemento acessório ou efeito secundário aquele do qual depende a eficácia jurídica da própria relação. (Derec. Admin. y Cienc. de la Administración, cit., vol. I, pg. 84, nota 27)” (MASAGÃO, op. cit., p. 75 e 76).

⁷⁰ MASAGÃO, op. cit. p. 78

⁷¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. V. 2. p. 352.

concessionário, nada disso importaria. Qualquer que seja a forma ou os atos praticados até a obtenção do acordo de vontades, nesse momento surge o contrato, que irá se concretizar depois no competente instrumento. Nem por isso a concessão seria composta de ato e contrato. Seria apenas contrato⁷².

A oferta e a aceitação ocorrem em momentos e por meios distintos do processo contratual mas nem por isso deixam de integrar o contrato. O ato administrativo será, assim, uma manifestação de vontade, que se integra no contrato, acordo de vontades. Fora do contrato, esse ato administrativo não disciplina relações, nem obriga as partes⁷³.

Os de opinião contrária deixam-se enganar pelas aparências, verificam que o instrumento do ato administrativo, onde constam cláusulas, ou oferta, ou aceitação, é diferente do instrumento do contrato. Todavia, o contrato não pode ser confundido com seu instrumento. É no acordo de vontades, criador das relações jurídicas entre as partes, que se encontra o contrato, não nos instrumentos que carregam em si as declarações de vontade, que podem ter sido manifestadas por atos distintos⁷⁴.

As razões expostas para afastar a teoria da concessão como ato administrativo e contrato de direito privado aplicam-se, sem dúvidas às teses que sustentam ser a concessão uma relação jurídica decorrente de atos administrativos e contrato de direito público.

Crítica

Embora profundo, o estudo de Masagão não é exaustivo nem basta para solucionar a questão objeto do presente trabalho. Não são poucos os autores que sustentam a existência de atos administrativos cuja eficácia depende de manifestação de consentimento do

⁷² MASAGÃO, op. cit., p. 91. Nesse sentido, aliás, as nossas leis em vigor, que determinam constar dos contratos cláusula afirmando que o integram, e igualmente vinculam, o edital, a proposta do licitante, e eventuais atos normativos. É de se cuidar de separar o que é contrato, vínculo resultante do acordo de vontades, dos diversos instrumentos que veiculam essas vontades.

⁷³ Ressalta o autor que “As cláusulas porventura constantes do ato administrativo somente são obrigatórias, na concessão, porque se integram no contrato, cujo instrumento as reproduz, ou a elas se reporta, o que é a mesma coisa. Mas, por si, o ato não obriga. Ele visa estabelecer um regime que obrigará quando for objeto de contrato. Se obrigações decorressem apenas do ato administrativo, seria inútil a concepção do contrato para explicar a hipótese”(ob cit p. 94).

⁷⁴ MASAGÃO, op. cit., p. 95

particular, sem que tal anuência implique a existência de relação contratual. Para tanto se valem de conceitos como ato relativo, ato-condição, ato-união, ato negocial e outros⁷⁵.

Nessa linha, aliás, pode ser enquadrado Themístocles Brandão Cavalcanti. Embora partidário da teoria da concessão como contrato de direito público⁷⁶, esse jurista entende não ser essa a característica essencial da concessão, mas sim a delegação de poderes, vantagens ou favores ao concessionário⁷⁷. Para além das questões de forma, entende que as distinções entre autorização e concessão melhor se caracterizam nos seus elementos materiais, e quanto às finalidades de cada um desses atos administrativos. Somente com essa visão é possível compreender o exemplo por ele apresentado:

Assim, por exemplo, entre nós, para tráfego de qualquer automóvel é exigida a licença, bem como para tráfego de certos veículos de serviço público, como ônibus, em que **não se torna indispensável o privilégio** podendo ser explorado por qualquer pessoa, de acôrdo com os regulamentos da Prefeitura do Distrito Federal (...). Neste último caso **não se exige contrato, mas, apenas, a assinatura de um termo** em que a empresa que pretenda explorar o serviço público **declare aceitar as condições** impostas pelos regulamentos, sem outros favores. (grifou-se)⁷⁸.

De fato, CAVALCANTI parece não aceitar a idéia de que a declaração de vontade do particular, assinando um termo, manifestando um consentimento, uma aceitação, possa dar ensejo a um contrato administrativo, muito embora admita os contratos por adesão existentes no direito privado. Ao contrário, o autor rejeita a tendência de classificar contratos

⁷⁵ Por exemplo, Oswaldo Bandeira de Mello: “Na realidade, a concessão resulta de acordo de vontades entre concedente e concessionário. Contudo, esse acordo existe para a formação do vínculo jurídico, pois o regime jurídico da concessão, ante o caráter público do ato jurídico a ser praticado, da obra a ser executada e do serviço a ser prestado, se rege por normas regulamentares, unilaterais, baixadas pelo concedente, no seu curso, quanto aos meios, modos e formas da prática do ato jurídico, da feitura da obra e satisfação do serviço, a que o concessionário se subordina. Decorre de ato convencional, mas não contratual, portanto, de ato união.

É verdade, ao lado existem normas que asseguram a equação econômico-financeira do concessionário e que obrigam os concedentes. Correspondem a cláusulas contratuais adjetas ao ato união, integrando no patrimônio daquele (...) constituindo a seu favor situação jurídica subjetiva de efeitos futuros”. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. V.1 : Introdução, p. 548.)

⁷⁶ Defende que a natureza contratual da concessão é manifesta porque sua existência e obrigatoriedade decorrem de uma dupla manifestação da vontade, do poder concedente e do concessionário. Seria indispensável o acordo de vontades, pouco importando a existência de cláusulas obrigatórias, decorrentes de normas gerais e impessoais, ditadas pela lei, preexistentes, e às quais se acham subordinadas as autoridades administrativas na estipulação das cláusulas contratuais (CAVALCANTI, op. cit., p. 356).

⁷⁷ Diz o autor: “A distinção, a nosso ver, entre a simples licença, a autorização e a concessão não se acha na forma unilateral ou bilateral da relação jurídica, mas na própria natureza da situação do explorador do serviço, nas obrigações que assume para com o público, e nos direitos que decorrem de sua substituição ao Estado na execução do serviço. [...] A subordinação do concessionário ao Estado, a sua integração, embora sob forma autônoma, ao organismo administrativo importa evidentemente em lhe conferir direitos e prerrogativas que só o Estado pode gozar, mas implicitamente lhe impõe ônus da maior gravidade, não só perante o público, como ainda, e principalmente, perante o Estado, a quem fica sujeito no controle dos seus serviços como de seus lucros e benefícios. [...] Mas tais favores são inerentes às concessões, favores que não podem ser dados nos casos de mera autorização”. (CAVALCANTI, op. cit., pp. 344-345)

⁷⁸ CAVALCANTI, op. cit., p. 346.

administrativos na categoria dos contratos de adesão, ainda que se assemelhem pelo fato de as condições gerais das estipulações contratuais serem fixadas pelo Estado, ficando o interessado que com ele celebre o termo, sujeito ao conteúdo prefixado.

A seu ver, a teoria da adesão – modalidade de negócio jurídico em que as normas contratuais têm uma expressão regulamentar e a declaração de vontade de uma das partes cinge-se a um ato de adesão, uma manifestação de consentimento – teria sido empregada pelos doutrinadores como mero subterfúgio para resolver dificuldades provenientes da predominância da vontade do Estado na conclusão dos atos bilaterais. Seria um meio de conciliar as relações jurídicas entre o particular e o Estado com a teoria dos atos unilaterais, sem violar o princípio da livre manifestação da vontade dos particulares nas suas relações com os entes públicos⁷⁹.

Em que pesem seus argumentos, esse ponto de vista deve ser tomado com ressalvas, pois o que em verdade é rejeitado por ele é que o contrato administrativo seja um contrato de adesão regido pelo direito privado. Até porque *“A tendência geral do direito administrativo é a de uma subordinação integral aos princípios do direito público, abandonando aos poucos as bases de direito privado sobre as quais se assentou em seu estado primitivo, de formação”*⁸⁰.

3.5. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e o ato-união

Contrário à tese contratualista, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, além de sustentar a inexistência de contrato de direito público, entende que a concessão é essencialmente um ato administrativo translativo de direito pelo qual o concedente atribui ao concessionário poderes e deveres a fim de que este possa prestar o serviço público⁸¹.

Para defender esse entendimento, alega que, se for acolhida a tese de que o contrato é instituto da teoria geral do direito, concluir-se-á que o seu conceito é próprio da ciência jurídica. Assim, não existiria diferença de fundo entre contrato do direito civil e do direito administrativo. Conceitua então o contrato como o acordo de vontades, perfazendo ato jurídico único, entre partes correlatas e contrapostas, sobre objeto jurídico diverso, relativo a direito e obrigações daqueles que dele participam. Esses direitos e obrigações são livremente

⁷⁹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. V. 1. p. 240.

⁸⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. V. 1. p. 241

⁸¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. V.1 : Introdução, p. 549.

dispostos pelas partes, ou uma adere livremente ao que foi prefixado pela outra. Estabelecem vínculos recíprocos, como se fossem leis, a que se sujeitam suas vontades, pelo prazo acordado para a respectiva vigência. Para ele, o essencial no contrato é a liberdade de cada um dos contratantes em firmar a relação jurídica, e a **autoridade do vínculo formado, insuscetível de alteração pelo prazo de sua vigência, seja em virtude de lei posterior, seja em razão de manifestação unilateral de uma das partes.**⁸²

Referindo-se ao contrato de concessão de serviço público, este seria composto por dois elementos: a) criação da relação jurídica de delegação de atividade pública, mediante livre acordo de vontades entre o ente político e o candidato à concessão; b) regulamentação da execução do serviço público por meio de ato unilateral do Estado, no exercício de suas prerrogativas, a fim de estabelecer as normas relativas ao seu regime jurídico, além da edição de outros atos jurídicos concretos, complementares, julgados mais adequados para a consecução dos seus fins⁸³.

Ter-se-ia, então, que a relação jurídica se perfaz por acordo de vontades, mas seu regime jurídico é disposto unilateralmente, por textos legais e atos concretos complementares da Administração Pública, de modo que não se poderia admitir-lhe caráter contratual. Seria ato jurídico bilateral, denominado de ato união, não se confundindo com o contrato. Este somente ocorre em relação à equação econômico-financeira da concessão, como ato jurídico complementar e adjeto ao ato unilateral ou união de concessão⁸⁴.

Assim, o contrato corresponde a um acordo de vontade entre partes pelo qual se criam direitos e obrigações, sendo suas características essenciais a *liberdade* jurídica de cada um dos contratantes e a **autoridade** do vínculo formado, ou seja, a sua **intangibilidade** depois de estabelecido pelo mútuo acordo das vontades, sem importar que as cláusulas desse acordo tenham sido estipuladas por um dos contratantes e aceitas pelo outro. Não haverá contrato se uma das partes puder alterar os seus termos, ou se a nova lei, regendo o instituto jurídico, objeto do acordo de vontades, puder modificar o regime do ajuste firmado. Embora ato convencional, esse acordo de vontades não constituirá contrato. Será ato união.

Ao fim conclui que “contratual, destarte, não é o ato jurídico administrativo da concessão, pelo qual a Administração Pública delega ao administrado a execução de obra ou

⁸² MELLO, op. cit., pp. 679-680.

⁸³ MELLO, op. cit., pp. 681-682.

⁸⁴ MELLO, op. cit., p. 682.

prestação de serviço público, sujeito a sua regulamentação. **Contratual é tão-somente** o acordo de vontades sobre **a equação econômico-financeira** desses atos jurídicos, **porque inalterável pelas partes**, que se obrigam a respeitar o ajustado a respeito”⁸⁵ (grifou-se).

Crítica

Em que pesem os argumentos, o ilustre jurista incorre em uma petição de princípio, ao emprestar ao contrato, como figura da teoria geral do direito, as características dos contratos de direito privado, em especial a inalterabilidade das cláusulas avençadas. Assim não logra, de fato, afastar a natureza contratual das demais obrigações que decorrem do acordo de vontades, ainda que o Estado, como parte, possa alterar unilateralmente as cláusulas pactuadas, nos limites fixados pelas leis.

3.6. Celso Antônio Bandeira de Mello e o ato-condição

É conhecida a classificação dos atos jurídicos criada por LÉON DUGUIT, que reparte o ato administrativo em três grupos: o *ato-regra*, o *ato-condição* e o *ato-subjetivo*. José Cretella Júnior assim a apresenta⁸⁶:

O *ato-regra* tem um caráter objetivo geral. Cria situações regulamentares, que não tocam diretamente na situação de um ou de alguns indivíduos determinados: regem indistintamente todos os membros de um agrupamento. Assim, a lei, o regulamento, os atos constitutivos de sociedade, os estatutos de sociedade anônima.

O *ato-condição* é, ao mesmo tempo, subjetivo e objetivo. O seu efeito consiste em investir indivíduos em uma situação jurídica geral, preexistente, na aplicação de certas disposições legais a um indivíduo determinado. Assim, o casamento, o reconhecimento de um filho natural.

O *ato-subjetivo* cria situações jurídicas estritamente individuais, contrapondo-se ao *ato-regra*. Assim, o contrato individual de trabalho.

De especial interesse o conceito de ato-condição, que seria o ato praticado por uma pessoa que a insere, voluntariamente ou não, em um determinado regime jurídico pré-estabelecido, sem que o indivíduo possa proferir qualquer manifestação de vontade sobre as características desse regime jurídico. Seriam exemplos o ato de posse do servidor, o casamento, ou qualquer ato que configure fato gerador de obrigação tributária. O ato-condição faz com que o indivíduo que o pratique passe a se sujeitar a um conjunto de normas pré-estabelecidas e alteráveis unilateralmente, sem que possa modificá-las, opor-se a sua alteração ou invocar direito adquirido a sua manutenção.

⁸⁵ MELLO, op. cit., p. 686.

Celso Antônio Bandeira de Mello, seguindo a orientação de Duguit na classificação dos atos em relação à natureza das situações jurídicas que criam, define ato-condição como aquele que alguém pratica incluindo-se, isoladamente ou mediante acordo com outrem, debaixo de situações criadas pelos atos-regra, sujeitando-se às eventuais alterações unilaterais das normas de regência⁸⁷. Apresenta como exemplo o ato de aceitação de cargo público e o acordo na concessão de serviço público⁸⁸.

Convém retomar a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a concessão é uma **relação jurídica complexa** composta por: a) ato regulamentar do Estado que fixa as condições de prestação do serviço; b) **ato-condição** por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da **situação jurídica objetiva** estabelecida pelo Estado; e c) **contrato** administrativo que se destina à proteção da equação econômico-financeira do ajuste.

Crítica

Essa concepção indica, então, a existência de dois atos – um praticado pela administração (criação de regras para prestação do serviço), um praticado pelo particular (submissão voluntária ao ato que definiu as regras do serviço) – além de um contrato relativo exclusivamente à proteção do equilíbrio econômico financeiro da relação jurídica.

Incorre, porém, no mesmo equívoco apontado anteriormente. Seja por confundir o acordo de vontades com os instrumentos que as veiculam, seja por reduzir o contrato tão-somente a aquilo que entende ser imutável: o equilíbrio contratual.

Em sendo o equilíbrio econômico financeiro a única característica contratual admitida pelo autor, as autorizações para prestação de serviços de telecomunicações que contenham obrigações assumidas pelo autorizado somente se enquadrariam no conceito de concessão caso evidente a existência de alguma forma de equilíbrio econômico financeiro a reger o ajuste.

⁸⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. V. 2: Teoria dos Atos Administrativos. pp. 39-40.

⁸⁷ MELLO, op. cit. p. 367.

⁸⁸ Em sentido completamente distinto, Hely Lopes Meirelles define ato-condição como “todo aquele que se antepõe a outro para permitir a sua realização. O ato-condição destina-se a remover um obstáculo à prática de certas atividades públicas ou particulares, para as quais se exige a satisfação prévia de determinados requisitos. Assim, o concurso é ato-condição da nomeação efetiva; a concorrência é ato-condição dos contratos administrativos. Como se vê, o ato-condição é sempre um *ato-meio* para a realização de um *ato-fim*. A ausência do *ato-condição* invalida o *ato final*, e essa nulidade pode ser

Parece haver norma nesse sentido, o art. 128 e respectivo inciso V, que determinam que a Agência, ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, deverá assegurar uma relação de **equilíbrio** entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.

Também compatível com essa leitura da lei o art. 130 que assegura a inexistência de direito às condições existentes no momento da expedição da autorização e sujeita a prestadora a novos condicionamentos que vierem a ser impostos por lei ou regulamentação⁸⁹.

Quaisquer que sejam esses novos condicionamentos, sejam eles limites, encargos ou sujeições, deve a Agência assegurar a relação de equilíbrio a que se refere o mencionado art. 128, inciso V.

Caso não se reconheça, porém, a existência de equilíbrio econômico financeiro na expedição de autorização de prestação de serviços de telecomunicações em regime privado, a anuência do particular decorrente do ato-condição praticado, implicando sua submissão voluntária ao ato do poder concedente, configuraria exatamente a situação descrita pela corrente unilateralista da concessão.

Retorna a questão ao ponto inicial. A anuência do particular não descaracterizaria a unilateralidade do ato, seja porque as obrigações do particular decorreriam da sua **submissão voluntária**, seja porque o assentimento manifestado é condição ou pressuposto para que o ato administrativo produza efeitos.

Convém, então, estudar a vontade do particular e sua relação com os atos administrativos em geral.

declarada pela própria Administração ou pelo Judiciário, porque é matéria de *legalidade*, indissociável da prática administrativa” (MEIRELLÉS, op. cit., p. 159).

⁸⁹ Art. 130. A prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação.

4. ATOS ADMINISTRATIVOS E A VONTADE DO PARTICULAR

Antes de iniciar o aprofundamento do tema proposto, faz-se necessário um retorno ao direito privado para melhor delinear a atual distinção entre ato jurídico e negócio jurídico, em especial em decorrência da adoção, pelo novo Código Civil, da doutrina alemã do negócio jurídico, que deve ser aplicada ao Direito Administrativo⁹⁰.

4.1. Ato jurídico e Negócio Jurídico

Na lição de Marcos Bernardes de Mello, o ato jurídico consiste em uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível⁹¹. Sinteticamente, é uma manifestação da vontade humana apta a produzir efeitos jurídicos⁹².

Consoante Francisco Amaral⁹³, existem duas teorias quanto às espécies de ato jurídico. Para a teoria unitária, a categoria básica e única é o ato jurídico como manifestação de vontade. Para a teoria dualista, o ato jurídico comporta duas subespécies: o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico, ambos manifestações de vontade humana que se distinguem pelo efeito jurídico que o direito lhes reconhece.

O Código Civil brasileiro de 1916, ao contrário do Código atual, abraçava a teoria dita "unitarista", sem diferenciar "ato" e "negócio jurídico", a ponto de definir ato jurídico com o conceito que ora se atribui ao negócio jurídico.

No ato jurídico *stricto sensu* a vontade manifestada tem efeitos jurídicos necessários, previamente estabelecidos pelo ordenamento e inalteráveis pela vontade dos interessados. No ato jurídico em sentido estrito, não importam os efeitos práticos ou jurídicos desejados por quem pratica o ato, uma vez que tais efeitos já se encontram preestabelecidos na lei⁹⁴.

⁹⁰ Isso porque, consoante José dos Santos Carvalho Filho, as noções de ato jurídico e de ato administrativo têm vários pontos comuns pois há entre ambos uma relação de gênero e espécie: os atos administrativos seriam espécie do gênero ato jurídico (CARVALHO, op. cit., p. 87)

⁹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência**. 12ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2003. p. 138

⁹² Por não contribuir para a matéria tratada neste trabalho, não se cuidará do ato ilícito, em que atuação voluntária e consciente produz efeitos jurídicos diversos dos pretendidos ou desejados pelo agente.

⁹³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil : Introdução**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 343.

⁹⁴ Afirma Amaral que “*Quanto aos efeitos, no ato jurídico em senso estrito é a própria lei a determiná-los, enquanto no negócio jurídico é a vontade dos particulares. A eficácia do primeiro está prevista em lei, não tendo especial importância a intenção do agente. Já o negócio, ao contrário, não produz efeitos que o agente*

No negócio jurídico, o direito permite que os efeitos jurídicos sejam ditados pela vontade manifestada. Ou seja, no negócio jurídico, a manifestação de vontade tem a finalidade específica de estabelecer, de forma vinculante, para o agente, as regras de seu próprio comportamento, criando, alterando ou extinguindo situações jurídicas, direitos ou relações jurídicas. Apresenta-se como instrumento da autonomia da vontade e decorre do poder que a ordem jurídica confere às pessoas de auto-regulamentar seus interesses.

Os negócios jurídicos são usualmente classificados pela doutrina privada em unilaterais e bilaterais. Os primeiros são manifestações de vontade de uma única "parte" que a lei reconhece como suficiente para vincular o agente e produzir os efeitos jurídicos por ele desejados. Os segundos, por sua vez, configuram-se com a manifestação duas ou mais vontades que acordam entre si, nascendo desse acordo os efeitos jurídicos que as partes procuraram estabelecer. O exemplo mais típico de negócio jurídico bilateral é o contrato.

Autores questionam a utilidade do conceito de negócio jurídico, haja vista ter sido construído sob dogmas de um direito civil de caráter ideologicamente liberal. Para Francisco Amaral, o que subsiste hoje, na dinâmica jurídica, é o ato jurídico como gênero e, como categoria de crescente relevância, o contrato⁹⁵.

Não obstante, são conceitos necessários ao estudo que se pretende empreender quanto aos vínculos estabelecidos entre Administração e administrado quando um e outro praticam atos jurídicos, em especial quando há manifestação de vontades em acordo quanto à criação de vinculações, regras, encargos, sujeições ou obrigações.

4.2. Ato Administrativo

Segundo MEIRELLES, o conceito de ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, dele se diferenciando pela finalidade pública. Tendo por base o conceito de ato jurídico contido no art. 81 do antigo Código Civil, assim lecionava o autor:

não tenha querido. No contrato, a espécie mais importante do gênero negócio jurídico, os efeitos são os que as partes lhe conferem, no exercício de sua autonomia, desde que conforme à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Já no casamento, ou na aquisição de propriedade móvel, por ocupação, confusão, comistão, adjunção ou usucapião, espécies de ato jurídico em senso estrito, os efeitos são os que a própria lei, o Código Civil, estabelece para a declaração de vontade."

⁹⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 376. O autor menciona ainda a opinião de Orlando Gomes, para quem "a conservação da categoria negócio jurídico é a consagração de um retrocesso, e o propósito de reentronizá-lo numa parte geral do Código Civil despropositada não passa de vã tentativa para salvar valores agonizantes do capitalismo adolescente, quando não seja crassa ignorância em doutores de que a categoria pandectística foi elaborada num contexto jurídico ultrapassado, e para atender às exigências de uma ordem econômica e social que deixou de existir".

“Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.⁹⁶

CRETELLA, partindo da premissa de que ato administrativo constitui uma espécie do ato jurídico, propõe defini-lo em sentido amplo como:⁹⁷

A manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.

Para Diogo Freitas do Amaral, o ato administrativo é o “*acto jurídico unilateral praticado por um órgão da Administração no exercício do poder administrativo e que visa a produção de efeitos jurídicos sobre uma situação individual num caso concreto*”. Sendo ato unilateral, “*provém de um autor cuja declaração é feita independentemente do concurso das vontades de outros sujeitos*”⁹⁸.

A influência do velho Código Civil se faz presente nos autores mais antigos. José dos Santos Carvalho Filho ressalta, à guisa de esclarecimento, “que o Código Civil revogado enumerava os objetivos específicos da manifestação de vontade nos atos jurídicos: adquirir, resguardar, transferir, modificar e extinguir direitos e obrigações. O Código vigente, porém, não mais adotou essa técnica (arts. 104 a 114), e isso em virtude de a vontade estar realmente preordenada a todo o tipo de efeitos jurídicos, inclusive aqueles anteriormente mencionados; a idéia moderna é a do *ato jurígeno*”. Assim, conceitua o ato administrativo como “*a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público*”⁹⁹.

4.3. Atos Unilaterais e Atos Bilaterais

A maior parte dos administrativistas conceitua o “ato administrativo” como “manifestação unilateral” da vontade do Estado. Jose Cretella Júnior afirma que “O ato unilateral é típico do direito público, ao contrário do ato bilateral, característico do direito privado que se fundamenta na técnica do acordo de vontades. Assim, no campo do direito público os atos

⁹⁶ MEIRELLES, op. cit., pp. 132-133.

⁹⁷ CRETELLA JUNIOR, op. cit., p. 34.

⁹⁸ apud BATISTA JÚNIOR, *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 223.

bilaterais se apresentam, quer sob a forma de contratos, quer sob a forma de acordos de vontade não contratuais”¹⁰⁰.

Razoavelmente uniforme, também, o entendimento de que, em tese, o ato administrativo não precisa da manifestação do particular para se aperfeiçoar, até por ser dotado de imperatividade, podendo ser imposto a terceiros sem o seu consentimento.

Em sentido amplo, alguns admitem os atos bilaterais, ou atos jurídicos convencionais. Seriam formados por declarações de vontade, seja com o mesmo objetivo (convênios, consórcios), seja por interesses opostos que se harmonizam (contratos). Nesses casos, não é a declaração unilateral de vontade da administração a origem do vínculo. As partes se obrigam justamente em razão do acordo de vontades. São, portanto negócios jurídicos administrativos, usualmente contratos, não se confundindo com os atos administrativos.

A doutrina, porém, reconhece a existência de atos administrativos que dependem, de alguma forma, da manifestação de vontade do particular.

4.3.1. Ato unilateral relativo

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello distingue o ato administrativo unilateral absoluto do relativo, conforme sua independência ou não do concurso da vontade de outra pessoa. O ato unilateral relativo dependeria do concurso de outro ato unilateral, que constituiria pressuposto para a sua emanção, condição de sua eficácia ou formalidade necessária para sua validade. Seriam, porém, atos jurídicos autônomos, embora constituam partes de um procedimento administrativo. E exemplifica¹⁰¹:

(...) a expedição de certidão relativa a fato de interesse de terceiro pressupõe o requerimento deste, solicitando-a. Concorre para o seu exercício, provocando-o. Por sua vez, a aceitação da naturalização e prestação solene do compromisso de cumprir os deveres desse novo estado jurídico é condição de eficácia do ato unilateral de naturalização. O primeiro não produz os seus efeitos legais, se não ocorrer esse ato complementar. A inscrição do juiz no concurso para promoção é elemento necessário para a validade do último ato unilateral, o qual se considera ilegítimo, se emanado sem aquele consentimento, formalidade indispensável para a sua perfeição.

Embora diversos atos administrativos dependam de manifestações anteriores da vontade do administrados para poderem ser praticados, isso em nada lhes altera em essência. A

⁹⁹ CARVALHO, op. cit., pp. 87-88.

¹⁰⁰ CRETELLA JUNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**, 1998, p. 139; e **Curso de Direito Administrativo**, 2006, p. 161.

¹⁰¹ MELLO, op. cit., pp. 433-434.

vontade da Administração, contida nos atos, independe da vontade dos administrados. Nesses casos, embora concorra para sua prática, a vontade do administrado não integra o ato administrativo, que continua unilateral.

4.3.2. *Atos negociais*

Todavia, há determinados atos da Administração que se assemelham a negócios jurídicos por dependerem da manifestação de aceitação do particular com condição de eficácia.

DI PIETRO diferencia os atos administrativos dotados de imperatividade, dos atos administrativos que **resultam do consentimento das partes**, por ela chamados de **atos negociais**, em relação aos quais entende não existir imperatividade¹⁰². Seriam atos negociais mas não são negócios jurídicos, porque os efeitos, embora pretendidos por ambas as partes, não são por elas livremente estipulados, mas decorreriam da lei¹⁰³.

Estariam nesse grupo, de atos negociais sem imperatividade, por exemplo, os atos que conferem direitos solicitados pelo administrado, como nos casos de **licença, permissão, autorização e admissão**¹⁰⁴, porque a imperatividade somente pode ocorrer nos **atos que impõem obrigações**.

GASPARINI, no mesmo sentido, entende não ser encontrável a imperatividade nos atos administrativos que outorgam direitos, como a permissão e a autorização, por que **são atos que não impõem obrigações**¹⁰⁵.

Essa tese sofre forte crítica de Edmir Netto de Araujo uma vez que nesses atos não há nenhuma natureza negocial, pois todos os respectivos efeitos jurídicos seriam produzidos *ex lege*, não em razão do acordo de vontades. A idéia de ato negocial encerraria, em si, uma contradição, pois não poderia ser “ato” e “negócio”¹⁰⁶.

¹⁰² PIETRO, **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 231.

¹⁰³ PIETRO, op. cit., p. 232

¹⁰⁴ PIETRO, op. cit., p. 210

¹⁰⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 72.

¹⁰⁶ Assim se manifesta o Autor: “Essa corrente doutrinária emprega tal denominação em sentido algo diverso do que foi ou é corrente no direito italiano (quase sempre negócio jurídico), caracterizando-os como atos administrativos unilaterais (...) com conteúdo negocial, o que, convenhamos, vem a instalar mais idéias confusas sobre o controvertido instituto. (...) A verdade, no entanto, é que a caracterização de ato administrativo negocial não corresponde à noção de negócio jurídico, pois não acontece a conjugação de vontades para a produção de efeitos antes inexistentes, *ex voluntate*. Todos os efeitos do ato citado se produzem *ex lege*. Além disso, falar-se em atos administrativos negociais, dando a eles a configuração usada para o ato *stricto sensu*, representa clara *contradictio in adjectis*: não pode ser “ato” e “negócio” ao mesmo tempo (...). Em resumo, quando se fala em

De fato, já foi visto que o ato jurídico em sentido estrito tem seus efeitos determinados em lei, pouco importando se o particular deseja ou não esses efeitos quando manifesta sua declaração de vontade. Se os efeitos são ou não pretendidos pelas partes é questão absolutamente irrelevante porque, como afirmou Di Pietro, esses efeitos são produzidos *ex lege*, não são influenciados pelas vontades manifestadas. Somente faria sentido mencionar a idéia de negócio se houvesse ato que impusesse obrigação decorrente da vontade da administração que viesse a ser aceita pelo administrado, o que constituiria, porém, um negócio jurídico, não um ato negocial.

Em sentido semelhante ao de Di Pietro, também Hely Lopes Meirelles sustenta a existência de ato administrativo negocial que, a seu ver seria “*uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a pretensão do particular, visando à concretização de negócios jurídicos públicos ou à atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado*”. Teria conteúdo tipicamente negocial, de interesse recíproco da Administração e do administrado, mas sem adentrar a esfera contratual. Difere dos demais atos porque “*geram direitos e obrigações para as partes e as sujeitam aos pressupostos conceituais do ato, a que o particular se subordina incondicionalmente*”, além de não poderem ser desfeitos unilateralmente, como alvarás de licença, permissão, autorização, admissão, visto, aprovação, homologação, dispensa, renúncia e o protocolo administrativo¹⁰⁷.

Além das críticas já expostas, também refuta essa classificação José dos Santos Carvalho Filho, que classifica as licenças, permissões e autorizações como atos de consentimento estatal¹⁰⁸ e afasta a idéia de ato negocial em face da absoluta ausência de conjugação de vontades¹⁰⁹.

relações jurídicas de caráter negocial, deve-se utilizar o termo negócio jurídico, como é comum na doutrina italiana, pois todos os exemplos citados de atos administrativos negociais se enquadrariam, sem grande esforço, em outras classificações”. ARAÚJO. Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 683.

¹⁰⁷ MEIRELLES, op. cit., pp. 169-170.

¹⁰⁸ Seriam três os aspectos dos atos pertencentes a essa categoria: “1º) todos decorrem de anuência do Poder Público para que o interessado desempenhe a atividade; 2º) nunca são conferidos *ex officio*: dependem sempre de pedido dos interessados; 3º) são sempre necessários para legitimar a atividade a ser executada pelo interessado”. (CARVALHO, op. cit., p. 121).

¹⁰⁹ Assim escreve o autor: “HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit, p. 169) denomina de atos negociais os citados atos de consentimento estatal, porque retratam conjugação de vontades por parte da Administração e do interessado, baseando-se na expressão “*atti amministrativi negoziali*” usada pela doutrina italiana (UMBERTO FRAGOLA, F. E MASTROPASQUA e GUIDO ZANOBINI). Não a utilizamos, contudo, por duas razões. Primeiramente, não conseguimos vislumbrar propriamente um *negócio jurídico* no caso; há, isto sim, um interessado que pede o consentimento, de um lado, e, de outro, a Administração, que concede ou nega o consentimento. Depois, o

4.3.3. *Aquiescência e Consentimento*

Para Onofre Alves Batista Júnior, porém, pode ser necessária a intervenção da vontade do administrado tanto em contratos da Administração, em atos da Administração semelhantes a negócios jurídicos, como em atos administrativos unilaterais. E acrescenta:¹¹⁰

À luz da moderna doutrina contratual, a zona de fronteira entre os contratos, os atos da Administração semelhantes aos negócios jurídicos, ou mesmo entre estes e os atos administrativos não é nítida e sequer passível de exata demarcação, pois em todos os casos pode ser necessária a intervenção (maior ou menor) da vontade do administrado.

Edmir Netto de Araujo sustenta, por sua vez, a existência de uma gradação da necessidade de aquiescência ou de manifestação de vontade dos destinatários do ato para que este se operacionalize ou para que seja válido¹¹¹. Admite, assim, a existência de “atos administrativos unilaterais individuais para cujo aperfeiçoamento e operacionalidade se exige, por disposição legal ou normativa, uma declaração **de vontade de aquiescência** por parte do destinatário”, a exemplo da permissão de uso, a título precário, de bem público. Por outro lado, reconhece também os atos administrativos bilaterais em sentido amplo, como os contratos administrativos, para os quais se exige a declaração de vontade de **consentimento**, ainda que seja o contratado aceitando as cláusulas ofertadas pelo Estado. O consentimento significaria, aí, livre vontade em contrair o vínculo contratual¹¹².

Embora não tenha apresentado um critério consistente para diferenciar, em um caso e outro, a aquiescência ao ato unilateral do consentimento no ato bilateral, essa distinção torna-se mais clara quando o autor passa a tratar do negócio jurídico administrativo, onde fica patente que o efeito da aquiescência no ato unilateral ocorre *ex lege*, ao passo que o efeito do consentimento é a produção de uma relação jurídica nova. Para ele, as declarações de vontades constantes de um negócio jurídico administrativo diferem das que se manifestam nos

saudoso autor insere entre os atos negociais a **aprovação**, o **visto** e a **homologação**, em relação aos quais não vislumbramos sequer a conjugação de vontades que caracteriza o negócio jurídico” (CARVALHO, op. cit., p. 121).

¹¹⁰ BATISTA JÚNIOR, **Transações Administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. pp. 225-226. O autor acrescenta, ainda: “Como afirma Marra Luisa González-Cuellar Serrano (*Los procedimientos...*, cit., p. 59), para la doctrina que encuentra el rasgo diferenciador entre contrato y acto administrativo en el grado de participación del ciudadano respecto al contenido de la regulación en cuestión, tal diferenciación puede resultar en ocasiones imposible, como ocurre respecto de los denominados actos administrativos 'necesitados de colaboración', en los cuales se requiere la voluntad del ciudadano. En definitiva, el grado o la posibilidad de influencia por parte del ciudadano es independiente de la forma jurídica empleada.”

¹¹¹ ARAUJO, op. cit., p. 456

¹¹² ARAUJO, op. cit., p. 457.

atos jurídicos em sentido estrito, especialmente aqueles unilaterais, porque seriam “vontades negociais”. A vontade negocial seria:¹¹³

(...) aquela que negocia o que pode ser negociado, o que não acontece com o que já tenha efeitos estabelecidos ‘ex lege’, mesmo dependente de aquiescência, provocação ou simples ciência de um interessado ou destinatário para que a situação concreta se enquadre na hipótese normativa e torne operante a declaração. (...) a vontade negocial deve pretender construir, através do acordo, uma relação jurídica nova, que não existia antes das declarações de vontade serem exteriorizadas.

Conclui esse autor que os negócios jurídicos administrativos (contratos, convênios e consórcios) são acordos de vontade que servem de base à produção de efeitos jurídicos específicos, *ex voluntate*, em uma relação que inexistia antes das declarações de vontade¹¹⁴.

Para Diogo Freitas do Amaral, chama-se “ato da Administração semelhante a negócio jurídico”, aquele em que a aceitação do administrado funciona apenas como condição de eficácia do ato, não integrando o conteúdo do próprio ato. Cita como exemplo o ato de nomeação de funcionário público que, em sua acepção, seria ato unilateral que se aperfeiçoa somente com a declaração de vontade da Administração Pública. Para produzir todos seus efeitos, faz-se necessária a aceitação do interessado, mas a nomeação, em si, existe como ato unilateral independentemente da aceitação pelo particular. Se este a aceitar, ela se torna eficaz; se não, ela se mantém ineficaz, mas nem por isso deixou de haver ato de nomeação¹¹⁵.

Percebe-se, nesse exemplo, que os efeitos produzidos pelo ato de nomeação são inteiramente definidos *ex lege*. Em nada concorre a vontade da Administração, senão com o interesse em contratar. Mas os efeitos jurídicos tanto da nomeação, como da assinatura de um termo de posse, são definidos inteiramente pela lei, independentemente da vontade de quem nomeou ou do particular que toma posse no cargo em que foi nomeado.

Situação completamente diversa ocorre quando, no setor de telecomunicações, a Agência condiciona a expedição de autorização à aceitação, pelo particular, de encargos, condições, compromissos ou obrigações que ela, Agência, estabeleceu. Se o particular não quiser assumir tais obrigações, sequer haverá ato de autorização. Este só se perfaz, nesses casos, quando administração e administrado firmam o chamado “Termo de Autorização”, momento em que, aí sim, integram-se as vontades das partes, formando o vínculo e criando,

¹¹³ ARAÚJO, op. cit., pp. 679-680

¹¹⁴ ARAÚJO, op. cit., p. 681

¹¹⁵ apud BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves, **Transações Administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.223.

ex voluntate, efeitos jurídicos anteriormente inexistentes. Trata-se, enfim, de verdadeiro negócio jurídico.

5. RELAÇÕES CONTRATUAIS E SERVIÇOS REGULADOS

Poucos autores reconhecem a existência de relações contratuais em serviços supostamente prestados em regime de direito privado. Alexandre Santos de Aragão, por exemplo, criou o conceito de “Autorizações Contratuais”, examinado no tópico seguinte. Gaspar Ariño Ortiz, por sua vez, defende a existência de uma relação contratual não explícita entre o ente regulador e a empresa regulada, tese essa que também será analisada em seguida.

5.1. Autorizações Contratuais

Em tópico específico a respeito de autorizações contratuais, ARAGÃO, depois de expor os diversos conceitos para o termo “autorização” e os possíveis significados da expressão “autorização de serviço público”, admite um único sentido à autorização referenciada no artigo 21, XI e XII, da Constituição: o de instrumento de exercício do poder de polícia, instrumento “*de ordenação pública de atividades de titularidade privada*”¹¹⁶.

A partir dessa pré-compreensão, assevera que quando as leis que regulam setores de serviços públicos se referem à autorização administrativa pode haver duas circunstâncias:¹¹⁷

(...) ou a atividade em questão integra o setor, mas não é serviço público (ex.: serviços de telefonia móvel, auto-geração de energia), e a autorização será então um ato de poder de polícia; ou, caso verse realmente sobre serviço público, recebendo inclusive uma estrutura contratual em razão da titularidade estatal da atividade, estaremos materialmente diante não de uma autorização, mas sim de uma delegação de serviço público (...). Teremos, portanto, uma autorização em sentido apenas nominal; teremos uma ‘autorização’ contratual.

Em que pese a premissa equivocada de que parte, sua análise não poderia ser mais precisa ao afirmar o seguinte:

não é pelo fato de a lei ou o regulamento se referir nominalmente a ‘autorização’ que,

¹¹⁶ Sobre essa escolha, assim a crítica de Loureiro: “Munido de um significado ‘correto’ de autorização como ato de polícia (que foi buscar sobretudo em ordenamentos jurídicos diferentes do nosso, os quais não possuem a regulação de matérias dessa natureza nas respectivas Constituições), o autor tem que — ele também — corrigir a dicção da Constituição brasileira que não se coaduna com as construções obtidas *a priori* — não para sanar-lhe eventual incorreção lógica ou sem sentido, mas para adequá-la a teorias jurídicas gestadas por juristas. A consequência disso é que tem inevitavelmente que se chocar com o texto constitucional: a certa altura assevera que ‘De fato, **malgrado a letra da Constituição afirmar que a União prestará o serviço mediante autorização**, não se trata de delegação de serviço público, o que levaria a uma indevida e forçada aproximação da autorização com a técnica concessional (Direito dos serviços públicos, cit., p. 226, grifos acrescentados). Novamente aqui cabe a mesma crítica, diante da mesma postura: admire-se ou não o apuro da Constituição foi ela que aproximou (...) os institutos, de modo que a diferença entre eles há de ser refeita e buscada, agora, dentro de um gênero comum (delegação), como deverá ocorrer também em relação à concessão e permissão (contrato). O que não parece ser possível é, a título de preservar a distância teórica entre concessão e autorização, deixar de lado (‘malgrado’) o texto constitucional.

¹¹⁷ ARAGÃO, op. cit., pp. 725-726.

como em um passe de mágica, a atividade deixa de ser serviço público (ou monopólio público) para ser uma atividade privada. Se o regime jurídico da atividade indicar os traços da titularidade estatal, o instrumento que legitima a sua prestação por particulares terá necessariamente natureza contratual. É a natureza estatal ou privada do serviço que determina a forma, e não vice-versa.

De fato, o único reparo possível, além da crítica já indicada, encontra-se na tese de que as atividades antes titularizadas pelo Estado teriam sido transferidas para o domínio privado. Alega o autor que, ao permitirem a utilização da autorização para a prestação de serviços constantes do art. 21, as leis setoriais teriam realmente privatizado essas atividades, que teriam saído do âmbito público-estatal e passado para a livre iniciativa privada, transformando-se em atividades privadas regulamentadas. Cita como exemplo a Lei Geral de Telecomunicação e a prestação de serviço nos regimes público e privado.

O argumento, porém, falha justamente em razão da possibilidade legal de prestação de um mesmo serviço em ambos os regimes público e privado, mediante concessão e autorização, concomitantemente. Das duas uma, ou uma atividade titularizada pelo Estado pode ser delegada a particulares por meio de concessão, permissão e autorização – como aliás afirma expressamente a Constituição, ou uma atividade pode ser titularizada pelo Estado e transferível ao particular – que a ela não tem direito – mediante concessão ou permissão e, ao mesmo tempo, ser também atividade econômica a que o particular tem direito de explorar - mediante prévia autorização decorrente de ato de poder de polícia – razão pela qual seria insuscetível sua delegação pelo Estado.

Trata-se de paradoxo insuperável. A tese apresentada, de que a autorização é ontologicamente ato decorrente de poder de polícia é incapaz de ser conciliada com a prestação concomitante de um serviço mediante concessão e autorização. Não pode o estado, em relação a uma mesma atividade, ser poder concedente e, ao mesmo tempo, não o ser, e exercer sobre a atividade apenas poder de polícia.

É certo que pode haver serviços de telecomunicações e outros enumerados nos incisos XI e XII do art. 21, que podem ser considerados “despublicizados”. Não, porém, as atividades de caráter econômico de interesse coletivo, mas sim as que não são de interesse público, alinhando-se, assim, ao julgamento do STF, mencionado pelo autor, que não considerou serviço público determinada atividade estatal de transporte aquaviário, enumerada no art. 21, XII, "d", CF, porque era desvestida de utilidade pública¹¹⁸.

Bem se vê, a LGT nada “despublicizou”. Criou regimes diferenciados de delegação e prestação de serviços de competência da União, autorizando, em relação aos serviços de interesse

coletivo, que fossem prestados em qualquer um desses regimes, ou em ambos. Assim como a LGT não trata os serviços prestados em regime público como “serviço público”, também não trata os serviços prestados em regime privado como “atividade econômica”. O máximo a que chega a lei, em seu art. 126, é esclarecer que a exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será **baseada** nos princípios constitucionais da atividade econômica para, em seguida, estabelecer regras que permitem a gestão da prestação do serviço por meio de condicionamentos e encargos que se justificam em razão da titularidade estatal da atividade.

Evidente, então, que a lei adotou regimes jurídicos diferenciado para a prestação de serviços titularizados pelo Estado, mas jamais chegou a retirar do Estado as competências materiais que lhes foram conferidas pela Constituição.

5.2. Regulação Contratual

Pela pertinência ao tema do trabalho, convém trazer à baila recente artigo em que ARAGÃO registra a posição de GASPAR ARIÑO ORTIZ a respeito da natureza contratual do regime regulatório¹¹⁹, que apresenta nos seguintes termos:

toda regulação é um contrato, não é um ato unilateral; (...) Essa afirmação pode parecer chocante. Sempre entendemos que o ordenamento jurídico é algo essencialmente mutável em função das opções políticas e que ninguém tem direito à manutenção da legislação vigente. Isso é correto em geral. Mas aqui estamos falando de regulação econômica – em particular regulação de serviços públicos – que não são normas dirigidas à generalidade da população, mas àqueles grupos de investidores que se deseja atrair para assumir a gestão de determinadas atividades de interesse geral (...). A regulação econômica não é só o exercício de alguns poderes normativos pelos poderes públicos, mas também é uma *invitatio ad offerendum*, uma chamada para investir em uma atividade essencial, sob determinadas condições, que constam de um edital de licitação ou de uma lei (norma unilateral). A norma (ou o edital) contém um evidente compromisso: o de manter essas condições para a atividade, se esta vier afinal a ser assumida pelos investidores. Surge aí uma relação bilateral, que tem alma de contrato, ainda que estabelecida por norma, e que deve ser respeitada por ambas as partes. Isso que dizer que o Estado fica privado do seu poder normativo? Claro que não. Porém, se, por quaisquer que sejam as razões, decide alterar as condições do compromisso contraído, modificando a posição jurídica na qual a empresa fez sua oferta e na qual tinha direito a confiar, então o Estado deverá assumir os custos da mudança, se houver.

A idéia de reconhecer natureza contratual em qualquer tipo de regulação não é nova. ORTIZ já a havia apresentado anteriormente ao tratar de “risco regulatório” e “contrato

¹¹⁸ Recurso Extraordinário nº 220.999-7

¹¹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos e ORTIZ, Gaspar Ariño. **Servicios Públicos, Regulación y Renegociación**, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 104 e 105. (Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de Serviço Público. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>)

regulatório”¹²⁰. Preocupava-se o autor com a previsibilidade e estabilidade que entendia dever existir na atividade regulatória. Para limitar as manifestações de risco regulatório, ORTIZ sugere a existência de um contrato tácito, implícito, entre Estado, investidores e usuários do serviço¹²¹. Atribui a Sidak e Spulberg o desenvolvimento dessa teoria no livro “*Deregulatory Takings and Regulatory Contract*” (Cambridge University Press, 1997)¹²² que assim apresenta:

- Las empresas de un sector regulado, cualquiera que sea su título habilitante y la norma que lo regula, se encuentran en una situación de naturaleza materialmente contractual con el Estado bajo cuya regulación actúan, en la que sul derecho a recuperar los costes de oportunidad del capital invertido más un razonable retorno de la inversión se articula con su obligación de prestar el servicio de que se trate a los ciudadanos que lo soliciten (que, a su vez, tienen derecho a ello). Esta trabazón de derechos y obligaciones - ya esté definida por norma o por documento contractual - impide al Estado actuar caprichosamente, especialmente em los tres componentes regulatorios fundamentales: condiciones de entrada en el sector para otras empresas, potestad tarifaria y delimitación de las obligaciones de prestar servicios.

- La base de esta concepción se asienta en dos observaciones fundamentales. Primera: desde la perspectiva económica, es esencial a toda regulación permitir que las empresas sometidas a ella puedan recuperar sus costes del mismo modo que ocurre en los contratos (la recuperación de los costes está insita en la causa de los contratos). Segunda: desde la perspectiva jurídica, la cláusula de la Constitución norteamericana que impide a las legislaturas de los Estados actuar en contra del cumplimiento de los contratos debidamente celebrados resulta igualmente aplicable a estas situaciones para evitar extralimitaciones en la actuación de las Public Utilities Commissions, que son los reguladores estatales de los sectores estratégicos. Es lógico que, en tales condiciones, se postule la existencia de un contrato o acuerdo básico en todos los regímenes regulatorios, incluso los no formalizados como tales. Es más la existencia de contratos explícitos en muchos casos, y de contratos implícitos reconocidos por la jurisprudencia en otros (caso Charles River Bridge, por ejemplo) avalan esta teoría.

Sem aprofundar a discussão sobre o pensamento de Sidak e Spulberg, e sem endossá-lo explicitamente, ORTIZ argumenta que a tese tem profundas repercussões em questões como a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* nas obrigações assumidas pelas empresas. E concluiu: Direito e Economia caminham na mesma direção, que não seria outra

¹²⁰ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica**. 3ª ed. Granada: Colmares. 2004. pp. 657- 659

¹²¹ “Para suavizar las más notorias manifestaciones del riesgo regulatorio existen diversas técnicas. Muchas de ellas son de índole jurídico formal (...). Pero hay una concepción de especial interés, que trasciende al indicado nivel jurídico formal y contempla a la regulación, cualquiera que sea su forma, como un auténtico contrato tácitamente suscrito entre el Estado, los inversores y los ciudadanos usuarios de los sectores estratégicos”. (ORTIZ, op. cit., p. 658)

¹²² A idéia de um contrato regulatório, exposta em já referenciada monografia sobre a natureza contratual das autorizações, foi inspirada também por essa obra.

senão a aplicação dos princípios da boa-fé e da proteção da confiança às empresas que atuam em setores regulados¹²³.

Aragão interpreta a tese de ORTIZ, aplicando-a ao ordenamento pátrio, como uma espécie de "proteção do equilíbrio econômico-financeiro" de atividades privadas regulamentadas, fundada na responsabilidade objetiva do Estado, em que a recomposição do equilíbrio se faria pela via indenizatória caso houvesse dano provocado por modificação das normas estatais, administrativas ou legais.

A afirmação de ORTIZ deve ser entendida de outro modo. Custará mais ao Estado, em termos de credibilidade e atratividade de investimentos, a modificação demasiada das normas de um setor regulado, a insegurança regulatória. Muito mais proveitosa seria a manutenção de uma relação de confiança em que as modificações vindouras possam ser discutidas e, se possível efetuadas de comum acordo¹²⁴. Trata-se, então, de minimizar o risco regulatório, pautando-se a Administração por decisões concertadas, ao menos no que se refere às obrigações relacionadas à prestação do serviço.

Esse seria, enfim, o grande mérito de reconhecer-se a existência de uma relação contratual e da necessidade de uma atuação cada vez receptiva e consensual por parte do Estado¹²⁵.

¹²³ *“la Economía y el Derecho señalan en la misma dirección, que no es otra que la aplicación del principio de la “buena fe” y de protección de la confianza (situaciones en las que los operadores tienen derecho a confiar) a las empresas que actúan en sectores regulados”* (ORTIZ, op. cit., p. 659)

¹²⁴ Afinal, para ORTIZ, “Por lo demás, la función del regulador no es tanto imponerse a los regulados, sino convencer, persuadir, llevar a las partes a una terminación convencional, em la medida de lo possible”. (ORTIZ, op. cit., p. 649)

¹²⁵ Não deixa de conter uma dose de ironia o fato de ORTIZ - que pregou a morte do serviço público - precisar buscar uma característica típica desse instituto para limitar a atuação estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem se afastar da disciplina constitucional posta, resta patente a plena legitimidade da LGT que criou um regime – denominado privado – que se revela híbrido, flexível, moldável, notadamente quando baseado em uma relação contratual de direito público.

Decorre daí que não há, propriamente, um único regime que possa ser rotulado de “regime privado”. As definições legais de “regime privado” e de “autorização” bem como as construções doutrinárias que se seguiram à edição da LGT não retratam, de fato, os regimes existentes, permitidos pela lei, nem a forma como efetivamente ocorre a delegação da prestação dos serviços de telecomunicações.

Condicionar a eficácia do ato de autorização à manifestação da vontade do particular em aceitar a declaração de vontade da administração, qual seja, a atribuição de encargos e obrigações vinculadas à autorização, significa, nada mais nada menos, exigir um acordo de vontades para a produção dos efeitos desejados pela administração. Assim não fosse, não seria necessária a assinatura de um “termo de autorização” estabelecendo direitos e deveres recíprocos e obrigações assumidas pelas partes.

É certo que, nesse caso, como em qualquer caso referente a contrato administrativo, o particular tem pouca ou nenhuma possibilidade de negociar o conteúdo do contrato. As obrigações, encargos ou sujeições a serem assumidos serão, quase sempre, estabelecidos pela administração, salvo quando decorrerem da proposta do próprio particular no curso de um procedimento licitatório, ou ainda quando lhe for facultado influir no teor do ajuste mediante negociações prévias, consultas públicas ou outra forma de participação nas deliberações administrativas. Esse fato, ao invés de corroborar a tese de ato, significa apenas que, na maioria das vezes, o “termo de autorização” representa ao menos um contrato por adesão.

A relação contratual, de direito público, que eventualmente se estabelece na delegação desses serviços a particulares, no chamado regime privado, decorre apenas do próprio regime jurídico estabelecido em lei, e não de uma suposta “natureza jurídica” eventualmente associada aos serviços titularizados pelo Estado. Nada tem a ver com o tradicional regime de concessão de serviço público, ainda que dele possa se aproximar, a depender das opções discricionárias da Agência.

Assim, nada na Lei Geral de Telecomunicações impede que a Agência venha a condicionar a expedição de autorizações à assunção, pelo interessado, de obrigações relacionadas à expansão ou cobertura dos serviços, compromissos de interesse da coletividade, desde que dentro de limites de razoabilidade, na forma da lei.

O contrário é que se afiguraria ilegítimo, por ir de encontro à relevância que a Constituição Federal atribuiu a esses serviços, inserindo-os nas competências da União. Em se tratando de atividade titularizada pelo Estado, a sua prestação diretamente pelo próprio Estado ou indiretamente, por meio das formas de delegação concebidas pela Constituição, devem servir a um único propósito, o de servir para o alcance das finalidades previstas na Carta Magna.

O fato é que as relações jurídicas estabelecidas entre a Agência e os prestadores de serviços de telecomunicações em regime privado são deveras complexas e diversificadas, variando conforme as condicionantes que conformaram as decisões tomadas pelo Regulador. Essa maleabilidade de regimes - que pode variar entre a dispensa de autorização até o controle de preços com imposições de metas e outros compromissos, conforme se verificar necessário ou adequado - é absolutamente incompatível com o que a doutrina majoritária afirma ser o regime privado: uma atividade econômica em sentido estrito cujo exercício depende apenas de um ato de consentimento do Estado, no exercício de seu poder de polícia.

Por outro lado, a existência de doutrinadores, até mesmo dentre aqueles que negam a subsistência do conceito de serviço público, que admitem haver uma relação contratual entre Estado e autorizado, entre regulador e empresa regulada, não significa que a relação contratual decorre “da natureza pública do serviço”. Ela é contingente, resultado de processos históricos e legislativos, possivelmente refletindo atualmente uma administração pública que cada vez mais se afasta de decisões imperativas para buscar soluções concertadas, visando maior aceitação e efetividade. Visando, enfim, a finalidade pública, razão primeira de sua existência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Delegações de Serviço Público*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, novembro/dezembro/janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 16 de junho de 2009.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. Revista de Direito Administrativo. nº 229. 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição Brasileira*. 3º volume: Ed. Saraiva, 1992.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. Quartier Latin. São Paulo, 2007
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. V. 1 e 2.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. V. 2: Teoria dos Atos Administrativos.
- _____. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, 1998.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*, 2006, p. 161.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo : Atlas, 2006.
- _____. *Parcerias na Administração Pública*. 4ª ed. São Paulo : Atlas, 2002.
- FARACO, Alexandre Ditzel. *Concorrência e Universalização nas Telecomunicações: Evoluções Recentes no Direito Brasileiro*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. nº 8. out./dez. 2004.
- FERNANDES, Rodrigo de Oliveira. *Serviços Públicos e a Autorização de Serviços de Telecomunicações: Aspectos Controversos do Novo Ambiente Regulatório*. UnB. Brasília. 2000. Monografia apresentada como requisito para a obtenção do título de Especialista em Regulação de Serviços de Telecomunicações.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GONÇALVES, Pedro. *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

- _____. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. Dialética: São Paulo. 2003.
- _____. *Concessões de Serviços Públicos - Comentários às Leis nºs. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997.
- _____. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. Curitiba: Dialética, 2002.
- JUSTEN, Mônica Spezia, *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, Dialética: São Paulo. 2003.
- LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Constituição, Energia e Setor Elétrico*. Porto Alegre: Fabris. 2009.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado*. Associação Brasileira das Agências Reguladoras, 2003. Disponível em www.abar.gov.br
- _____. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo : Malheiros, 1992.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000.
- _____. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo. Saraiva, 2003.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. V.1 : Introdução,
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ORTIZ, Gaspar Ariño . *Princípios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Granada: Colmares. 3ª ed. 2004;
- POMPEU, Cid T. *Autorização Administrativa : de acordo com a Constituição de 1988*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.
- WALD, Arnold, et. al. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais.