

A consensualidade no Direito Administrativo

Acordos regulatórios e contratos administrativos

Alexandre Santos de Aragão

Sumário

1. Abertura à consensualidade. 2. Normas que “dialogam” com os subsistemas regulados (intersistematicidade). 3. Cautelas necessárias. 4. Editais de licitação e contratos de delegação.

“Uno degli aspetti attraverso cui si manifesta la crisi del positivismo giuridico è la crescente consapevolezza dell’emergere di altre fonti di diritto che minano il monopolio della produzione giuridica detenuto dalla legge in una società in rapida trasformazione e intensamente conflituale, com’è la società capitalista nell’attuale fase di sviluppo.”

1. Abertura à consensualidade

A metodologia do Direito a ser exposta no presente trabalho não implica uma disponibilidade do interesse público, mas uma determinação do meio mais apto para alcançar os objetivos da lei, meio esse que, eventualmente, não será a simples aplicação da regra legal¹.

Ademais, Santi Romano (1964, p. 341), distinguindo a disposição em tese da titularidade da competência administrativa da negociação do seu mero exercício em determinado caso concreto, já observava que

“deve ser excluído que um poder possa ser objeto de atos de disposição por parte do seu titular, que não pode modificá-lo substancialmente, aliená-

Alexandre Santos de Aragão é Professor das Pós-graduações em Direito do Estado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

lo ou a ele renunciar. Todavia, em alguns casos se pode admitir que possa, mediante ato bilateral ou unilateral, se comprometer a não exercitá-lo ou a exercitá-lo de determinada forma ou dentro de certos limites. Tais atos de disposição referir-se-iam, de qualquer maneira, não ao poder em si e por si, mas sim ao seu exercício em relação a determinadas pessoas com as quais teria se comprometido. Como o poder permanece o mesmo através de todos os casos em que é exercitado, esta possibilidade não afeta a sua existência”.

Alejandro Huergo Lora (1998, p. 94-98)² enumera as seguintes razões para a conveniência de celebração de acordos pela Administração Pública: 1) O aumento do número de atividades reguladas pelo Estado, e, conseqüentemente, dos interesses públicos e privados envolvidos, aumenta demasiadamente a complexidade da qual as suas decisões devem se revestir, sendo bem mais seguro que as tome ponderadamente e em consenso com os particulares a serem por elas atingidos. Observa Oscar Aguilar Valdez (2002, p. 446) que essa necessidade é maior ainda em se tratando de regulação de serviços públicos, considerando “o caráter triangular da relação jurídico-regulatória e a conseqüente incidência na zona de interesse de vastos setores sociais”; 2) Para as maiores pretensões do Estado em intervir na vida social e econômica, os seus atos unilaterais, editados sem que possam despertar o “desejo de colaboração” do particular, podem não ser muito eficientes; 3) A crise fiscal do Estado faz com que, se, por um lado, o Estado não tem mais condições de participar ativamente da vida econômica do país, por outro, não podendo ficar-lhe alheio, passa a intervir por meio de fomentos negociados com os agentes econômicos privados.

É nesse sentido que a instrumentalização do Direito Administrativo Econômico às finalidades constitucionais e legais se associa com a sua preferencial consensua-

lização³; no sentido de que, em regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática e gera menos riscos de externalidades (“efeitos colaterais”) negativas⁴, “com a conseqüência da transformação de elementos basais da arquitetura estabelecida do Direito Administrativo e a necessidade, portanto, de uma verdadeira mudança na sua construção dogmática” (ALFONSO, 2003, v. 13, p. 15), que deve passar a incluir os acordos com os administrados entre as fontes do Direito Administrativo⁵.

Como expõe Francesco Manganaro (2000, p. 139-141),

“a escolha entre um ato autoritativo ou consensual é feita, no procedimento, de acordo com a possibilidade de se chegar à composição dos interesses em jogo, já que ‘o caráter autoritativo da função se revela útil e necessário apenas quando se trata, na persecução da finalidade pública conexa à função administrativa que está sendo exercida, de dobrar estes interesses que, pela sua natureza ou pela maneira com que são expressos, colocam um obstáculo à realização do resultado do qual a função administrativa é instrumental’. (...) A clássica imagem de uma Administração que opera por formas unilaterais e autoritativas está superada, até mesmo porque, por força da Constituição, a busca do consenso dos cidadãos é um critério de legitimidade substancial, de justificação e guia das decisões administrativas. Por isso, a Administração consensual é um corolário necessário da tese que vê a legitimação da Administração não mais na lei, mas na satisfação das necessidades sociais dos cidadãos. ‘Para que o processo cognitivo e a decisão cheguem o mais próximo possível do *optimum*, não devem ser o resultado de uma ação unilateral da Administração, mas resultar de um

processo dialético, no qual conflua-
m os diversos pontos de vista dos sujei-
tos interessados na decisão”.

Sustentando a possibilidade de Agência
reguladora de serviço público, em acordo
com a concessionária, substituir a aplica-
ção de sanção pecuniária determinada pela
lei pelo estabelecimento de novas obrigações
de investimento no serviço, medida que se-
ria mais consentânea com as finalidades
legais de universalização do serviço públi-
co, Floriano de Azevedo Marques Neto
(2000, p. 355-357) afirma:

“a unilateralidade e a exorbitância
tradicionais no exercício da autoridade
pública (poder extroverso) têm que
dar lugar à interlocução, à mediação
e à ponderação entre interesses diver-
gentes, sem descurar, por óbvio, da
proteção da coletividade contra abu-
sos dos agentes econômicos. De outro
lado, a atividade regulatória estatal,
neste novo contexto, tem que se pau-
tar pelos interesses que lhe cumpre
tutelar. (...) A finalidade da atividade
regulatória estatal não é a aplicação
de sanções e sim a obtenção das met-
as, pautas e finalidades que o Legis-
lador elegeu como relevantes alcan-
çar. Para atingimento destas finalida-
des primaciais pode lançar mão, den-
tre outros instrumentos, do poder de
sancionar”⁶.

Luciano Parejo Alfonso (2003, p. 40), em
brilhante estudo fundamental na matéria,
observa que

“a peculiaridade do ato adminis-
trativo consensual está em ser um exer-
cício da atividade administrativa com
relevância jurídica imediata da qual
participam terceiros. O objeto do ato é
a própria atividade administrativa, tal
como configurada constitucionalmen-
te, ou seja, consiste justamente na exe-
cução da lei e, portanto, na determi-
nação do que seja o Direito no caso.
(...) A consequência disto é a essencial
aplicabilidade aqui do regime da ati-

vidade unilateral, com as modulações
que impõe a referida natureza contra-
tual do ato administrativo consensu-
al”.

Em razão dessa aplicabilidade do regi-
me jurídico da atividade administrativa
unilateral, o autor faz relevante distinção
no sentido de que o âmbito por excelência
da consensualização do exercício dos po-
deres administrativos é o das competências
discricionárias, mantendo-se sempre os lin-
des do legítimo exercício da discricionarie-
dade. Quanto às atividades vinculadas,

“a opção em favor da forma convenci-
onal alternativa de atuação não con-
fere à Administração possibilidades
de ação ou decisão suplementares. A
utilização da forma convencional dá
lugar a um acordo de e para a execu-
ção da normativa aplicável, sem pre-
juízo da possibilidade – em função das
características da norma e do caso
concreto – da adoção de soluções
'adaptativas', com base nas potenci-
alidades que possuem certos prin-
cípios como o da proporcionalidade.
Em qualquer caso, a determinação dos
limites da margem de manobra da
Administração para a 'flexibilização'
da execução não é factível com cará-
ter geral e em abstrato, mas apenas a
partir das normas administrativas
pertinentes ao caso”⁷. (ALFONSO,
2003, p. 35-36).

Talvez indo um pouco longe demais,
aparentando crer irrelevante a distinção
entre ato vinculado e discricionário para
efeito de admissibilidade dos acordos regu-
latórios, e retirando os atos administrativos
consensuais do âmbito dos poderes unila-
terais da Administração Pública (na verda-
de refutando genericamente a caracteriza-
ção da Administração como poder de impé-
rio), Giorgio Berti (1988, p. 49-65), em sofis-
ticado estudo, afirma que

“a Administração Pública não se dis-
tingue mais por uma subordinação
positiva à lei ('só fazer o que a lei per-

mite'), mas pela sua capacidade de compor a diretiva do legislador político com os interesses espirituais e econômicos que, justamente para a sua efetividade, demandam um constante confronto entre a dimensão social e a individual",

o que se dá por meio de uma dupla falsificação: do poder administrativo unilateral, que já não tem muitas vezes capacidade real de se impor aos particulares, e da liberdade contratual dos particulares, há muito permeabilizada pelos valores constitucionais.

2. Normas que “dialogam” com os subsistemas regulados (intersistematicidade)

As relações intersistêmicas são, sob as mais diversas denominações, há muito estudadas pelo Direito, e a Teoria Autopoiética pode, ainda que não acolhida em sua inteireza⁸, fornecer muitas luzes aos desafios regulatórios contemporaneamente enfrentados pelo Direito Administrativo, para o que possui, inclusive, o necessário esteio constitucional, mormente por meio das finalidades traçadas pela Constituição para serem perseguidas pelos Poderes Públicos e no Princípio da Eficiência na realização desses objetivos (art. 37, *caput*, CF).

Na busca da realização dos fins últimos da lei, o Direito (e, sobretudo, o seu aplicador), para ser eficaz, deve buscar compreender os códigos do sistema social regulado, buscando, mediante a permeabilização das fronteiras dos sistemas jurídico e econômico, o acoplamento de suas respectivas lógicas, a fim de que as finalidades legais não sejam realizadas apenas no “Diário Oficial”, mas também na realidade prática do setor regulado⁹.

O Direito dos serviços públicos, incidindo sobre atividades econômicas *latosensu*, não poderia se pautar por estratégias que nada tenham a ver com a lógica econômica (não necessariamente com os interesses econômicos) dos delegatários de serviços públicos.

O agente econômico age por objetivos do subsistema social econômico (mais ou menos lucrativo ou dispendioso), não por ditames do subsistema do Direito (legal – ilegal). Para ele o cumprimento ou o descumprimento de uma norma jurídica é mais um dos elementos das relações de custo – benefício com as quais lida na condução dos seus negócios. Assim, podem existir atos contrários ao Direito que, não apenas sejam economicamente admitidos, como às vezes até se imponham. Nesses casos, há uma contradição entre o que é vedado no subsistema jurídico e o que é imposto no subsistema econômico.

Se, por exemplo, o dirigente de uma empresa insiste em pagar os tributos desta no prazo legal, quando os juros por inadimplemento são muito inferiores aos que obteria aplicando o dinheiro do tributo no mercado financeiro, muito provavelmente sofrerá consequências deletérias por parte do subsistema econômico.

Nas palavras de Gunther Teubner (1989, p. 188),

“uma tal visão das coisas é recorrente na análise econômica do direito onde, como sabemos, as normas jurídicas são consideradas como puros fatores de custo e onde a respectiva observância depende estritamente da circunstância de os benefícios retirados da conduta proibida não excederem os respectivos custos (caso em que a conduta proibida não apenas é escolhida, mas é também tida como a opção correta)”.

Em outra obra, o mesmo autor¹⁰ adverte que

“não podemos esquecer que as operações econômicas podem ficar indiferentes às normas jurídicas. Se a determinação jurídica não pode ser executada senão ao preço da abolição de um código econômico (o que é pouco provável para a economia como um todo, mas muito provável para setores particulares), o acoplamento estru-

tural (entre os dois sistemas) não é possível. Neste caso, a economia praticará a desobediência civil, prevalecendo-se dos valores mais elevados de sua instituição e escapará pelos mercados negros. (...) Não ignoramos que o Ministério Público e a polícia estão lá! Mas se a proibição se impõe à força da baioneta é porque o código do poder tomou o lugar do código da economia e a satisfação das necessidades políticas substituiu a satisfação das necessidades econômicas. Esta situação tem o mérito de revelar as vantagens e desvantagens de uma economia esteada no mercado, mas nós podemos, apesar de tudo, *nos perguntar se é mesmo com os recursos limitados da baioneta que nos interessa tratar do tema da regulação jurídica da sociedade.* (...)

Um sistema é estruturalmente acoplado ao seu ambiente (o sistema regulado) quando os eventos que nele se desenvolvem representam perturbações que servem para melhorar ou modificar as suas próprias estruturas. Se ele domina a distinção entre a auto-referência e a heterorreferência, ele *pode utilizar os acoplamentos estruturais para se emancipar do seu ambiente, na medida em que 'ele pode considerar as suas exigências como condições de suas próprias operações, como irritações ou mesmo como chances'*”.

Se os acoplamentos estruturais lograrem ser duráveis, intensos e institucionalmente de qualidade, terão cumprido as condições necessárias para a necessária comunicação intersistêmica.

Devemos atentar que, já na década de setenta, Norberto Bobbio (1977, p. 56) notava a emergência de uma

“Teoria Realista do Direito, que volta a sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas, colocando o acento, mais do que sobre a auto-suficiência do sistema

jurídico, sobre a inter-relação entre sistema jurídico e sistema econômico, entre sistema jurídico e sistema político, entre sistema jurídico e sistema social em seu conjunto, (...) procurando o seu objeto, em última instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas sim na análise das relações e dos valores sociais dos quais se extraem as regras dos sistemas. (...) A ciência jurídica não é mais uma ilha, mas uma região entre outras de um vasto continente”.

O acoplamento das leis de serviços públicos com os setores regulados se dá por meio de uma série de mecanismos, da abertura semântica de suas disposições à utilização de termos e objetivos técnicos e econômicos, passando pela remissão de poderes normativos para entidades auto-reguladoras, trazendo para dentro das normas jurídicas a lógica do sistema econômico¹¹.

3. Cautelas necessárias

Não desconhecemos que as diretrizes propugnadas de instrumentalidade, consensualidade, intersistematicidade e reticularidade do Direito Administrativo Econômico geram alguns riscos para a sociedade, principalmente em países que, como o nosso, têm um triste histórico de cooptação dos poderes estatais pelo poder econômico.

Todavia, não há como desconsiderar que as características das leis de serviços públicos acima analisadas constituem manifestação do

“Princípio da Flexibilidade na organização e atuação da administração. Sem ele não será possível ao Estado atuar eficazmente em um mundo em constante mudança, em que os processos decisivos (mercados financeiros, crime organizado, segurança, meio ambiente) acontecem em fluxos globais fora do alcance das ordens diretas do Estado. É necessário passar de um Estado decretador a um

Estado negociador, de um Estado controlador a um Estado interventor. As unidades de intervenção do Estado em questões estratégicas devem parecer mais com comandos de intervenção, como *task forces* que se formam para um fim determinado e se convertem em outro tipo de organização e atividades, conforme as necessidades que surgem. Num mundo de empresas-rede e de Estado-rede, a administração também deve ir assumindo uma estrutura reticular e uma geometria variável em sua atuação". (CASTELLS, 1999, p. 166).

Não podemos, com efeito, fechar as portas para mecanismos mais eficientes (e às vezes os únicos à disposição¹²) de atendimento dos interesses públicos por terem a chance de ser usados para propósitos menos nobres. Na verdade, nossa experiência histórica bem o demonstra, qualquer metodologia pode ser aproveitada para facilitar desvios de conduta¹³.

O que devemos buscar, portanto, é que a prevalência dos fins sobre os meios legais esteie uma firme metodologia, que, fundada nos Princípios da Eficiência, Moralidade e Proporcionalidade, minore as possibilidades de ser utilizada contra os fins a que se destina e que, ao mesmo tempo, evite que a aplicação meramente lógico-substantiva das regras jurídicas pela mera invocação da legalidade formal, muitas vezes utilizada como biombo de malversações, contrarie os objetivos públicos maiores do ordenamento jurídico¹⁴.

A adoção de meio diverso do formalmente previsto em lei só pode ser levada a cabo quando o juízo de que atende melhor aos objetivos legais se encontrar em uma zona de certeza positiva, ou seja, se estiver fora de dúvidas que o meio não previsto expressamente em lei atende melhor aos seus objetivos. Se houver juízos razoáveis (mesmo que não unânimes) de que o meio previsto na lei poderia ser igualmente eficiente do ponto de vista do atendimento aos interesses públicos alvejados, ela deverá ser prestigiada¹⁵.

É sob essa perspectiva que, por exemplo, nada impede, ao revés, pode até aconselhar, de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade do Poder Concedente, que, ao invés de impor coercitivamente a realização de investimentos com os quais a concessionária havia se comprometido no contrato de concessão, adote, em consenso com a concessionária, um novo plano de investimentos, mais adequado à realidade atual.

O que, contudo, a afirmada flexibilidade e a instrumentalidade do Direito Administrativo Econômico não podem significar é a pura e simples liberalidade em favor do concessionário sem os consequentes benefícios para o Estado e para o serviço público delegado.

Tanto a possibilidade de não aplicação das sanções como da substituição das obrigações por um novo Plano de Investimento não podem ser descartados *tout court*. Devem, todavia, ser admitidos apenas após passarem por um cuidadoso crivo à luz do Princípio da Manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro das Concessões de Serviços Públicos, já que as obrigações originárias de investimentos não podem ser simplesmente olvidadas pela assunção da obrigação de realizar outros investimentos. Nesse exemplo, portanto, deveria ser aferida a existência de uma razoável relação de equivalência entre os investimentos inadimplidos e as sanções que deveriam ser aplicadas, com o valor e a relevância pública dos novos investimentos que o concessionário se propõe a realizar.

A necessidade de as normas reguladoras dos serviços públicos expedidas pela Administração Pública atenderem na prática aos interesses do serviço, tal como previstos na Constituição e na lei que o instituiu, faz com essa relação de adequação deva estar sempre sendo verificada e aperfeiçoada. Uma das importantes consequências da mudança de abordagem da Teoria Geral do Direito, que favoreceu a instrumentalidade das normas jurídicas, foi a de não vincular a eficácia das normas jurídicas

apenas à sua ausência de contradição formal com as normas superiores, privilegiando também a sua relação com os fatos, de forma que a sua aplicação não acabe, materialmente, por contrariar os objetivos legais e constitucionais daquele determinado serviço público.

Expondo essas novas possibilidades hermenêuticas, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (1990, p. 88-89, grifo nosso) afirma que se

“admite a caracterização da inconstitucionalidade da lei (e, acresceríamos, da ilegalidade de regulamento) tendo em vista significativa alteração das relações fáticas. (...) Assim, uma mudança dessa realidade pode afetar a legitimidade da proposição normativa. De resto, parece certo que o juiz não afere, simplesmente, a constitucionalidade da lei, mas, como enfatiza EHMKE, ‘a relação da lei com o problema que lhe é apresentado em face do parâmetro constitucional’”.

Suzana de Toledo Barros (2003, p. 80) também afirma

“ser possível que uma lei contemple, no momento de sua edição, uma relação meio – fim adequada e, ao longo do tempo, mostre-se discordante do programa da lei Fundamental, seja porque os efeitos previstos não ocorreram, seja porque se tenham verificado ulteriores conseqüências jurídicas indesejáveis, o que é muito comum em se tratando de leis interventivas na economia”.

É assim que, pelo princípio do *trial and error* das políticas públicas¹⁶, a Administração Pública deve estar constantemente avaliando as conseqüências práticas das normas jurídicas¹⁷; não sendo de se espantar que, em determinada conjuntura, tenha a sua aplicação afastada e, depois, em um outro momento, volte a ser aplicada em razão de, nessa realidade, ser um meio eficiente de realização dos interesses públicos. Não precisam ser anuladas se não forem inconsti-

tucionais ou ilegais em tese. A hipótese que estamos aventando é apenas de a sua aplicação, *em determinado caso concreto*, ser contrária aos objetivos legais e constitucionais.

Como adverte Lucio Iannotta (2000, p. 51), “estamos em uma fase da história econômica, social, jurídica e humana na qual a conservação dos valores tradicionais requer uma profunda mudança de perspectiva (melhor dizendo, um acréscimo de novas perspectivas em relação àquelas tradicionais) e a procura de formas novas, adequadas à nova realidade. É exigida uma forte dose de criatividade (Marzuoli) e de audácia. Audácia e criatividade necessárias para empreender um percurso árduo, mas seguramente entusiasmante, com a consciência que o direito – como ciência e como *praxis* – é um dos mais relevantes fatores de transformação e progresso humano e social”.

4. Editais de licitação e contratos de delegação

Por derradeiro, uma questão de grande importância que se coloca é se haveria peculiaridades na conformação do Princípio da Legalidade nas relações jurídicas entre particulares e Administração Pública que não fossem relações *ex lege*, mas sim oriundas do livre acordo do particular. Poderia esse acordo entre a Administração Pública e o particular prever obrigações sem base legal?¹⁸

Não se trata das obrigações e poderes contratuais expressa ou implicitamente determinados ou facultados por lei. O que nos interessa é aferir a possibilidade de utilização do assentimento do particular, especialmente do contrato administrativo, como fonte originária de obrigações do particular e de poderes da Administração Pública, integrando os editais de licitação e os contratos de concessão *de per se* no marco regulatório dos serviços públicos¹⁹.

No Direito Comparado, as posições quanto à matéria se dividem pela adoção da Escola Francesa ou da Escola Germânica.

Na primeira,

“Vedel/Delvolvé escrevem que, embora o caráter exorbitante das prerrogativas administrativas seja mais evidente quando estas não provêm do contrato, muitas delas têm origem convencional, o que faz com que sejam exorbitantes pelo seu conteúdo mas não pela sua fonte. Também Rivoero afirma que as prerrogativas que a Administração detém quanto ao seu co-contratante e que não conhecem equivalente nos contratos privados tanto podem decorrer das cláusulas do contrato como das regras gerais aplicáveis a todos os contratos administrativos. (...)”

Já para a maioria dos autores alemães e suíços, a questão da criação de poderes de autoridade da Administração sobre o particular através do contrato administrativo tem de resolver-se à luz dos princípios gerais. E como destes resulta que, nas matérias que constituem objeto de reserva de lei, o contrato administrativo se encontra sujeito à legalidade material e tais matérias incluem toda a administração ablativa, a criação contratual de poderes de autoridade sobre o particular depende de uma permissão normativa expressa. Os poderes dos órgãos da Administração não se geram através de pactos ou negócios: provêm diretamente das normas. De outro modo, os contratos constituiriam eles também uma fonte de competência auto-outorgada pela Administração em conjugação com outro contraente de natureza privada. Mas nem a Administração se pode autodefinir a competência através de atos concretos nem os particulares possuem legitimidade para deferir competências à Administração”²⁰. (CORREIA, 1987, p. 720-722).

O nosso entendimento diante da controvérsia é de que não se pode olvidar que as leis não são as únicas fontes de direitos e de obrigações. O ordenamento jurídico deixa espaço livre de autonomia para os sujeitos jurídicos estabelecerem voluntariamente vínculos entre si, com obrigações oriundas, não da lei, mas do acordo de vontades.

Ora, não parece adequado sustentar que essa faculdade negocial jusgenética deixe de existir *tout court* quando uma das partes for o Estado. Em primeiro lugar, como o acordo pressupõe a adesão voluntária do privado, não há invasão da esfera jurídica individual, que pressuporia lei; e em segundo lugar, em sendo assim, não há razão para se retirar do Estado o acordo de vontades como um instrumento que, a par da lei, também se presta à realização dos interesses públicos, caracterizando-se “o *contrato de concessão como uma espécie de fonte de legalidade administrativa inter partes*” (VALDEZ, 2002, p. 457, grifo nosso). “O acordo de vontades como criador de regras jurídico-administrativas faz do sujeito ordinário parte ativa da definição e realização do interesse público, cria em primeiro plano verdadeiras relações jurídicas – inclusive de longa duração – baseadas naquelas regras”²¹. (ALFONSO, 2003, p. 15).

O Princípio da Legalidade, mesmo em sua acepção mais rígida, foi elaborado para assegurar a esfera jurídica dos particulares diante de atos imperativos que gerem gravames, não para aqueles que beneficiem o particular ou que se “expressassem em convenções, nas quais *o assentimento da outra parte também é idôneo para superar a eficácia do princípio*” (GIANNINI, 1993, p. 89, grifo nosso), até porque, lembremos, tanto a lei como o contrato podem ser fontes de direito²².

Paulo Otero (2003, p. 522-523), em sua notável, pelo tamanho e pela qualidade, obra sobre o Princípio da Legalidade, alude à “vinculação bilateral” da Administração Pública, de maneira que

“pela via contratual podem surgir verdadeiras regras gerais reguladoras ou

disciplinadoras de situações jurídicas presentes ou futuras envolvendo a Administração Pública (...). A autovinulação bilateral representa, neste sentido, um processo revelador de uma legalidade complementar ou derogatória das normas dispositivas integrantes do ordenamento vinculativo da Administração Pública, permitindo sempre a criação de efeitos jurídicos não predeterminados ou determinados em termos não imperativos em anteriores normas jurídicas”.

Prosseguindo na argumentação, o autor demonstra que os contratos e editais, especialmente de delegação de serviços públicos, são capazes de gerar direitos e obrigações não apenas para a Administração Pública e o particular co-contratante, como também para terceiros e usuários, já que

“é precisamente no âmbito da autonomia de estipulação que os contratos da Administração Pública, regulando direta e imediatamente as relações entre esta e o respectivo co-contratante, se mostram também passíveis de integrar regras definidoras da organização, da gestão e utilização de um serviço público, incluindo a produção de efeitos face a terceiros, criando-lhes direitos através da imposição de deveres ao concessionário ou gestor do serviço público, falando-se aqui em contratos que formam a ‘lei do serviço’ ou, em termos mais amplos, de ‘acordos convencionais geradores de efeitos regulamentares’ ou ‘contratos de efeitos regulamentares’, traduzindo, em qualquer dos casos, vínculos contratuais dotados de evidente natureza normativa. (...) Em qualquer destas situações, existe um considerável domínio de autonomia de estipulação do conteúdo dos contratos da Administração Pública que, dentro dos limites da lei, se mostra passível de integrar o bloco de legalidade”. (OTERO, 2003, p. 524-525).

Também Eberhard Schmidt-Assmann (2003, p. 327) observa com percuciência que, “quando atua no exercício de um poder vinculado, a Administração tem que respeitar, ao concluir o contrato, todos os parâmetros legais. A Lei dá ao contrato marco e direção. Ela não é apenas o limite. Mas também é determinante da configuração do contrato. Por outro lado, o limite legal para os atos unilaterais não é necessariamente o limite dos contratos. Neste último caso, os limites se põem com mais liberdade. Todavia, em alguns casos concretos uma reserva de lei institucional pode exigir que esses limites sejam fixados previamente por lei. Mas em regra geral a Administração não precisa de nenhuma base legal especial para celebrar contratos. Rege o princípio de que a configuração dos contratos é apenas dirigida pela lei”.

É esse justamente o caso das concessões de serviços públicos, em que a Lei não as configura previamente de forma integral, muito pelo contrário, deixando larga margem de escolhas a serem efetuadas pelos órgãos reguladores, cujos poderes têm sede legal ou, no caso das telecomunicações, até mesmo constitucional (art. 21, XI, CF).

Tratando especificamente dos serviços públicos concedidos, contemplando a possibilidade sustentada, Marcello Caetano (1996, p. 243)²³ assim já expunha as formas pelas quais os regulamentos dos serviços públicos podem ser editados:

a) As disposições basilares dos regulamentos são incluídas no ato constitutivo da concessão, podendo a todo o tempo ser alteradas pelo concedente²⁴;

b) O concedente impõe regulamentos gerais que todos os concessionários daquele tipo de serviço devem obedecer, ou regulamentos especiais de uma concessão, inclusive, muitas vezes, incluindo nos seus atos constitutivos apenas uma cláusula genérica de imposição ao concessionário do dever de observar todos os regulamentos

futuros. Nesse caso estamos diante de uma hipótese bastante comum e intensa²⁵, em que o contrato de concessão não é apenas fonte normativa de obrigações específicas, mas uma fonte legitimadora de outros atos normativos, que, por sua vez, também estabelecerão, futura e unilateralmente, outras obrigações materiais específicas.

c) O concedente delega ao concessionário a iniciativa da elaboração dos regulamentos, reservando-se apenas o direito de os aprovar antes de entrarem em vigor; e

d) As disposições regulamentares são de tal modo correlacionadas com as cláusulas contratuais que pode ser estipulada a necessidade de acordo das duas partes para a aprovação de novos regulamentos sobre a matéria²⁶.

O que se deve ter muito cuidado é na definição da real voluntariedade da adesão apta a legitimar a criação contratual de poderes para a Administração Pública e deveres para o particular, considerando que muitas vezes o particular já se encontra anteriormente condicionado pelo poder estatal, não possuindo muitas outras alternativas que não a concordância com o poder público para que possa exercer direitos e/ou faculdades que são próprias da iniciativa privada. É o que se dá, por exemplo, com a autorização para o desempenho de atividades, que não pode ser considerada, apesar do assentimento (e na maioria das vezes até mesmo do pedido) do particular, título jurídico para, independentemente de lei, criar-lhe obrigações: as atividades sujeitas à autorização administrativa são por definição atividades privadas, condicionadas a esse prévio ato administrativo; a voluntariedade do particular nessa ocasião, portanto, é bastante tênue, já que não possui outra alternativa para desempenhar atividade que lhe seja própria²⁷.

Em outras palavras, nesses casos o particular já possui um título jurídico (ainda que na maioria das vezes não chegue a ser um direito adquirido, mas sim um interesse legítimo, na nomenclatura adotada pela

doutrina italiana) ao exercício de determinada atividade, título jurídico esse que decorre da natureza privada da atividade, ou seja, do fato de a atividade ser da titularidade da iniciativa privada, estando apenas o seu exercício sujeito a prévia autorização administrativa.

O mesmo não pode ser afirmado dos contratos de delegação de serviços públicos, já que os particulares não têm qualquer direito ao desempenho dessas atividades, que são de titularidade do Estado, que pode até mesmo optar por prestá-las diretamente e jamais delegá-las, observado o Princípio da Proporcionalidade. Trata-se, portanto, de atividade alheia à esfera da iniciativa privada, que pode ser prestada por particulares se o Estado e o particular, livremente, chegarem a um acordo para tanto. Não se pode dizer que o particular encontrava-se em uma relação de condicionamento prévio em relação ao Poder Público, uma vez que sequer poderia haver interesse jurídico (econômico talvez) do particular em relação a prestação de serviço pertencente à esfera público-estatal. Os contratos (de concessão ou permissão) podem legitimamente criar obrigações não apoiadas em lei, salvo, naturalmente, na própria lei que qualificou aquela atividade como serviço público.

A mesma assertiva não pode ser feita em relação aos usuários de serviços públicos, que possuem uma relação prévia com o Poder Público quanto aos serviços públicos, uma vez que estes constituem instrumentos fundamentais para a realização dos seus direitos fundamentais de dignidade da pessoa humana previstos constitucionalmente. Destarte, o acordo do usuário para a fruição de determinado serviço público não pode ser considerado como uma voluntária adesão criadora de obrigações independentemente de lei. Também nessa hipótese (a exemplo dos autorizatários), o acordo do particular é a única maneira de aceder àqueles serviços que dão efetividade a direitos fundamentais preexistentes, de forma que todas as obrigações nele previstas só são legiti-

mas se esteadas (não necessariamente especificamente previstas) em lei.

O que interessa para aferirmos se existem ou não condicionamentos jurídicos que comprometam o caráter voluntário do acordo é a preexistência de algum direito ou interesse legítimo que só possa ser exercido mediante aquele acordo. No caso dos serviços públicos, da mesma forma que ninguém tem direito ou interesse legítimo a obrigar quem quer que seja a lhe vender algo, também não tem o particular qualquer posição jurídica preexistente em relação aos serviços públicos – atividades de titularidade estatal e de exercício também do Estado, salvo se este voluntariamente entender por bem delegá-lo. Não há, portanto, como o pretendente a uma delegação de serviço público invocar um suposto condicionamento que comprometa a voluntariedade da sua adesão, simplesmente porque naquele momento (antes do assentimento) não possui qualquer posição jurídica a ser condicionada pelas exigências da Administração Pública.

Caso polêmico é o dos contratados pela Administração Pública que desejam ver o seu contrato prorrogado: por um lado, não têm direito à continuidade da relação contratual; por outro, já estão engajados em uma relação jurídico-contratual com a Administração Pública e podem pelo menos exigir, por força do Princípio da Motivação, que a recusa da prorrogação se dê por razões explícitas e razoáveis, mesmo crivo que deve incidir sobre as exigências que a Administração pretenda fazer (ex., diminuindo os direitos do contratado e criando poderes de autoridade não constantes do contrato originário) para prorrogar o contrato.

Posição contrária é a expressada por Helena de Araújo Lopes Xavier (2003, p. 125-131), sustentando a impossibilidade de a prorrogação das concessões de telefonia fixa comutada – STFC impor aos co-contratantes nova equação econômico-financeira e/ou novos condicionamentos, fundamentando sua posição no fato de a prorrogação se voltar para o contrato originário, não para

a celebração de um novo contrato, e de que eventuais novas imposições deveriam ser feitas, quando admissíveis, de forma geral e abstrata, para todos os concessionários, não singularmente apenas para aquele cujo contrato é prorrogado. Malgrado a inquestionável plausibilidade da tese, parece-nos que, como quando da prorrogação, nem a Administração Pública nem o concessionário possuem direito à continuidade da relação contratual, a adoção da postura ora comentada poderia levar ao impasse de uma situação de “tudo ou nada” (ou o contrato é prorrogado em seus exatos termos iniciais ou deve ser extinto), o que, a nosso ver, não dá o suficiente relevo ao dinamismo inerente ao conteúdo das concessões de serviços públicos ao longo do tempo e às potencialidades da atividade consensual da Administração Pública, que pode, junto com o particular, alcançar por acordo soluções intermediárias.

O que não deve se admitir é que a Administração Pública dê tratamento diverso aos co-contratantes que estejam passando pela mesma situação²⁸ ou se porte com má-fé nas negociações, tentando impor condições mediante verdadeiras chantagens. Não seria, por exemplo, consentâneo com os Princípios da Moralidade e da Boa-fé que a Administração Pública condicionasse a prorrogação ao pagamento de valores atrasados a um contratado²⁹.

Apesar de os delegatários de serviços públicos possuírem liberdade contratual para assumirem obrigações originárias perante a Administração Pública, esta possui, nos termos das advertências de Celso Antônio Bandeira de Mello (1983, p. 125-126), alguns limites de negociação, já que

“os princípios da lealdade, da boa-fé, do equilíbrio nas relações contratuais e da proscrição do enriquecimento sem causa – basilares das instituições jurídicas e de saliente aplicação aos contratos administrativos – embargam a que o contratante governamental se

prevaleça de circunstâncias favoráveis ou da debilidade da posição da contraparte. (...) O que se quer frisar é que o Poder Público não atua de acordo com o direito, mas viola-o, quando procura submergir direitos alheios ou quando compõe expedientes que lhe propicia amesquinhá-los fundado na errônea suposição de que estão desarte defendendo o ‘interesse público’. Não há interesse público contra a lei”.

Notas

¹ Quanto às resistências que a consensualidade administrativa sofre de uma visão mística e universalista do interesse público, calcado na idéia de soberania, e, portanto, determinado unilateralmente, superiormente a todos os demais interesses sociais de forma neutral, ver Gaudin (1999, p. 55-65). Para uma visão renovada do interesse público, como imposição da realização dos direitos fundamentais das pessoas, realização em face da qual a legitimidade dos acordos celebrados pela Administração deve ser aferida, ver Federico (1999, p. 32-48). No mesmo sentido, mas com base na Teoria Geral do Contrato Administrativo, em que a Administração, consensualmente com particulares, busca a realização do interesse público, Fracchia (1998, p. 43 et seq.) e Maviglia (2002, p. 32 et seq.).

² Paulo Otero (2003, p. 836-837) fundamenta constitucionalmente essas possibilidades de consensualização da atividade administrativa por constituírem um aprofundamento da democracia participativa, por revelarem a coexistência entre os setores público e privado e por elevarem o particular de objeto a parceiro da ação administrativa, de maneira que a opção pela celebração de contratos administrativos substitutivos da emanção de atos administrativos flexibiliza a legalidade das formas de exercício da atividade administrativa, habilitando a abdicação do exercício unilateral da competência decisória da Administração Pública.

³ “O momento consenso-negociação entre poder público e particulares, mesmo informal, ganha relevo no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. O estabelecimento dos primeiros deixa de ser monopólio do Estado, para prolongar-se num espaço público não estatal, acarretando com isso uma expansão dos chamados entes intermediários. Há um refluxo na imperatividade, e uma ascensão da consensualidade; há uma redução da

imposição unilateral e autoritária de decisões para valorizar a participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa. A Administração passa a assumir o papel de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Disto decorre uma nova maneira de agir focada sobre o ato como atividade aberta à colaboração dos indivíduos” (GROTTI, 2003, p. 648). Para uma abordagem da consensualização mais ampla, abrangendo a formação das próprias fontes do Direito (leis negociadas, etc.), com fortes reflexos na hermenêutica jurídica, ver Lipari (1988, p. 395-410).

⁴ Vê-se, assim, que muitas vezes a solução consensual será a que satisfará o Princípio da Proporcionalidade, já que poderá constituir o meio mais adequado e menos oneroso para o particular. Vincenzo Cerulli Irelli (2000, p. 40) assevera, nessa senda, que “se pode sem dúvida afirmar que quando esta alternativa existir concretamente, no plano técnico, e não existam outras razões que tornem necessária a utilização do poder de autoridade, o instrumento negocial ou, de toda maneira, a via do consenso, deve ser sempre preferida”.

⁵ Expressamente nesse sentido, já que, entre outros fatores, “há sempre um momento de generalidade nestas composições, que se projetam para o futuro pelo menos como pressupostos de outras posteriores composições” (BERTI, 1988, p. 63-65). Para uma abordagem da questão na Teoria Geral dos Contratos, ver Gomes (1967, p. 70-71).

⁶ Advertiríamos apenas que, caso os investimentos nos quais a multa fosse sub-rogada gerassem receitas à concessionária (multas não geram receita), os seus resultados deveriam de alguma forma integrar o cálculo do equilíbrio ou desequilíbrio da equação econômico-financeira.

⁷ Também admitindo a consensualização em relação ao exercício de competências administrativas vinculadas, até porque muitas vezes o exercício da discricionariedade pressupõe apenas uma decisão e que a necessidade de flexibilização para evitar conflitos existe em ambos os casos, Lora (1998, p. 344-348). Contra, entendendo que, se não há margem de avaliação, não há margem de negociação, Piqueras (1995, p. 172).

⁸ Para uma crítica da aplicação dessa Teoria em países do Terceiro Mundo, crítica que talvez peque por supervalorizar a função da Teoria do Direito como Sistema Autopoietico, que a nosso ver é apenas um dos instrumentos que podem ser colocados a serviço das mais variadas estratégias constitucionais, ver Streck (2003, p. 127-133).

⁹ Nas palavras de Niklas Luhmann ([199-?], p. 41), “o sistema jurídico é um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto”. Comentando a Teoria de Luhmann, Celso Fernandes Campilongo (2002, p. 67) afirma que “fechamento

operacional não é sinônimo de irrelevância do ambiente ou de isolamento causal. Por isso, paradoxalmente, o fechamento operativo de um sistema é condição para sua própria abertura”.

¹⁰ Cf. TEUBNER, 1996, p. 157-159.

¹¹ Francesco Manganaro (2000, p. 25), trazendo as lições de J. Chevallier, alerta para o fato de que “a transformação dos preceitos técnico-gerenciais em princípios jurídicos é ambivalente, uma vez que, se de um lado adquirem força obrigatória, típica da norma jurídica, por outro, até porque cristalizaram-se em normas jurídicas, perdem a sua flexibilidade e adaptabilidade às novas exigências. Confrontam-se duas diferentes axiologias, aquela jurídica, voltada à regularidade e previsibilidade da ação, e aquela técnico-gerencial, caracterizada pela rapidez decisória e modificabilidade da conduta”.

¹² “Está evidenciada em toda a sua plasticidade a existência de poderes econômicos fortes, capazes de limitar o funcionamento do circuito da democracia política, colocando junto a esta uma dimensão econômica do poder, dificilmente reconduzível ao princípio democrático”. (COCOZZA, 1999, p. 170).

¹³ Contra a má-fé e a desonestidade humana temos mais remédios políticos e morais do que jurídicos.

¹⁴ Imaginemos, por exemplo, que a lei determine a concessão de subsídios às empresas que se encontrarem em determinada situação. A empresa X se enquadra nos requisitos legais, mas, nos outros recentes subsídios que recebera, fora sancionada por distribuir o dinheiro como lucro dos sócios. Supondo que a lei não preveja esse impeditivo para a concessão do subsídio, uma mera legalidade formal e a subsunção do caso à hipótese legal imporiam ao Estado mais uma vez conceder o subsídio, que muito provavelmente não seria utilizado para os fins a que se destina. O que pretendemos mostrar com o exemplo é que nem sempre a legalidade formal, que abstrai as finalidades últimas da lei, assegura a moralidade pública; que, ao revés, muitas vezes ela pode ser invocada, contra a aplicação principiológica da lei, justamente para gerar as vantagens indevidas.

¹⁵ “Seja a obrigação de alcance dos resultados (acompanhada do bom uso dos recursos, da rapidez e da transparência), seja o respeito e valorização dos direitos fundamentais, parecem concorrer em exigir dos sujeitos públicos (e também dos privados, ainda que por razões diversas) uma atitude de autocontrole, autoverificação, autocorreção e de reexam voltada a evitar conseqüências anti-econômicas e prejudiciais para si e para outros, às vezes de forma irreversível. (...) Implica a adoção de mecanismos de verificação que coloquem em discussão, com perspectiva *ex post*, todos os pressupostos da atuação da Administração Pública, aí

incluídos a lei, as normas de organização, os atos administrativos, com a finalidade de eventualmente, se necessário, se proceder à sua modificação, integração, substituição, etc.” (IANNOTTA, 2000, p. 39).

¹⁶ “O princípio da retroação na gestão permite assegurar os efeitos de aprendizagem e correção de erros, que é necessária em toda organização no novo sistema de adaptação constante ao redor da organização. Isso implica uma grande flexibilidade das regras administrativas e a autonomia dos administradores para modificar suas próprias regras, em razão de seus resultados e de sua própria avaliação” (CASTELLS, 1999, p. 168, grifos nossos). Marco Falcão Critsinelis (2003, p. 56) afirma que “nem sempre a implementação se distingue do próprio processo de formulação, e, em muitos casos, aquela acaba sendo algo como a *formulação em processo*. Isso tem conseqüências. Entre outras, os próprios objetivos das políticas e os problemas envolvidos não são conhecidos antecipadamente em sua totalidade. Ao contrário, vão aparecendo à medida que o processo avança”.

¹⁷ “Falamos de avaliações e de efeitos jurídicos, mas importantes estudos aprofundaram a questão das conseqüências sócio-econômicas das decisões dos poderes públicos, inclusive aquelas dos tribunais. Penso, por um lado, na abordagem funcionalista de Niklas Luhmannn, (...) e, por outro, na Escola de *Law and Economics*, que, em substância, se centra sobre a proposta de submeter toda decisão pública a critérios de avaliação das suas conseqüências jurídicas” (PINELLI, 2000, p. 308).

¹⁸ “Todas as vezes que as regras jurídicas aludem a suportes fáticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas que esses suportes fáticos se componham ou não se componham. Dizem, também, *até onde* se pode querer. Portanto, supõe-se que alguém *queira* ou *não-queira*. O auto-regramento, a chamada ‘autonomia da vontade’, não é mais do que isso. A vida social tece-se com interesses, em relações inter-humanas, que necessariamente ultrapassam e ficam aquém da esfera jurídica, isto é, da zona colorida em que a) os fatos se fazem *jurídicos*, b) relações nascidas independentemente do direito se tornam *jurídicas*, e c) *relações jurídicas*, nascidas, portanto, no direito, se estabelecem. Vive-se em ambiente de contínua iniciativa particular, *privada*, ou em movimentos grupais, de *multidão* ou de *massa*. Os sistemas jurídicos apenas põem no seu mundo, dito mundo jurídico, parte dessa atividade humana. Ainda assim, não a prendem de todo e deixam campo de ação, em que a *relevância jurídica* não implique disciplinação rígida da vida em comum. Já aqui se pode caracterizar o que se passa, em verdade, com os atos humanos interiores ao campo de atividade, a que se chama auto-regramento da vontade, ‘autonomia privada’, ou ‘autonomia da vontade’: é o espaço deixado às

vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades. Enquanto, a respeito de outras matérias, o espaço deixado à vontade fica *por fora* do direito, sem relevância para o direito; aqui, o espaço que se deixa à vontade é relevante para o direito. É *interior*, portanto, às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam” (MIRANDA, 1954, p. 54-55).

¹⁹ A questão também pode ser tratada sob o ponto de vista da Teoria das Relações de Sujeição Especial, já versada por nós em outras oportunidades (ARAGÃO, 2003, p. 139-143). “As chamadas relações de sujeição especial não são um âmbito em que os sujeitos ficam despojados dos seus direitos fundamentais ou em que a Administração possa ditar normas sem habilitação legal prévia. Estas relações não se dão à margem do direito, mas dentro dele e portanto também nelas têm vigência os direitos fundamentais, de forma que a Administração não goza nestas relações de sujeição especial de um poder normativo carente de habilitação legal, ainda que esta possa ser outorgada em termos que não seriam aceitáveis em relações de sujeição geral” (EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM Y SU APLICACIÓN A LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL DE LA POLICIA GUBERNATIVA, 1991). Também Germán Valencia Mattín (2000, p. 152) denota que “a existência de uma relação de sujeição especial se traduz na possibilidade de se sofrer algumas limitações na liberdade ou na existência de uns deveres particulares que não têm os cidadãos em sua vida ordinária, o que terá conseqüências nos conteúdos dos tipos sancionadores, mas sem que exista razão alguma para que a normatização sancionadora não possa (e cresceríamos, não deva) alcançar um nível aceitável de previsibilidade”. Essencial para uma análise das atuais feições que a Teoria das Relações de Sujeição Especial pode, reformuladamente, possuir nos Estados Democráticos de Direito é o lapidar estudo de Moncada (2001, p. 223-249), em que o autor afirma que as relações de sujeição especial são admissíveis, desde que enfocadas como “estatutos especiais” e que não prescindam da lei, podendo esta, contudo, possuir densidade normativa bastante baixa (“relativa indeterminabilidade”). O Tribunal Federal da 3ª Região (Agravo de Instrumento nº 2001.03.00.012550-9 AG 129949, Rel. Mairan Maia) admitiu esta referida menor densidade normativa das leis que regem as relações de sujeição especial de particulares ao Estado, tratando-se, no caso concreto, das empresas de plano de saúde autorizadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Cf. Revista de Direito Público da Economia, v. 1, p. 283-305, em que o acórdão foi proficuamente comentado por Rafael Munnhoz de Mello).

²⁰ Na doutrina brasileira, sustentando a vervente alemã e suíça a respeito da matéria, Fernando Vernalha Guimarães (2003, p. 251), como conseqüência da adoção pelo autor da visão mais tradicional de legalidade – como necessidade de a lei fornecer à Administração Pública todos os elementos necessários para que proceda a uma mera operação subsuntiva lógico-formal –, afirma que “a única fonte regulamentar de competência para o exercício de modificações unilaterais contratuais no Direito Brasileiro é a lei. O plano contratual – ao contrário do que se passa em outros países – não tem o condão de atribuir competência dessa ordem. O contrato não funciona como fonte, originária ou suplementar, de competência regulamentar, mas tão-somente como forma de aplicação dos imperativos estatuídos no ordenamento legal exigíveis à situação regulada, desde um prisma de conformação (subsunção). Não há qualquer discricionariedade ou autonomia contratual na tarefa criativa de concepção de poderes do poder político sobre o co-contratante; não é válido que a Administração se valha de prerrogativas sobre o co-contratante fundadas no plano meramente contratual. É mister – por força da configuração própria da legalidade administrativa em nosso sistema constitucional – que os poderes lançados sobre o co-contratante na execução do contrato estejam positivamente orientados pelo ordenamento jurídico”.

²¹ María Mercedes Maldonado Copello (2001, p. 329) vê, sobretudo nas concessões latino-americanas de serviços públicos a partir da década de oitenta, “o contrato como o mecanismo por excelência de regulação”.

²² Nesse sentido é relevante inclusive notar que doutrina autorizada conceitua as concessões de serviços públicos como “atos-condição, ou melhor, como acordos-condição, cujo efeito não é o de criar uma regulamentação, mas de desencadear a aplicação de um documento estabelecido unilateralmente e que o Conselho de Estado considera como um regulamento” (Cf. LAUBADÈRE; MODERNE; DEVOLVÉ, 1983, p. 106). Ou seja, o contrato de concessão tem a capacidade de colocar o privado que a ele adere sob um estatuto, não apenas legal, como regulamentar.

²³ Marçal Justen Filho (1997, p. 48-49) atesta “a possibilidade de adesão do particular à manifestação estatal. O particular é livre para concordar com atos que, em princípio, caracterizariam desvio de finalidade, desde que não se trate de direitos públicos subjetivos tutelados pelo ordenamento (por exemplo, não poderia o contrato administrativo criar a obrigação de o contratado não recorrer). Como os interesses que o particular titulariza são, em princípio, disponíveis, cabe-lhe privativamente deliberar sobre as suas escolhas”.

²⁴ Ao autor excepciona as “normas regulamentares que apareçam como motivo determinante da aceitação de determinadas obrigações pelo concessionário” (CAETANO, 1996, p. 242), caso em que a sua alteração necessitará do seu assentimento. *Data venia* não anuímos com essa posição, a não ser nos casos em que a recomposição da equação econômico-financeira não seja possível. Fora essa hipótese, a alteração da norma regulamentar pode ser feita, desde que recomponha o equilíbrio econômico-financeiro e que, naturalmente, não desnature o contrato original.

²⁵ Por exemplo, os contratos de concessão de serviços de telecomunicações, à disposição no sítio www.anatel.gov.br, que a todo o momento dispõem que o concessionário deverá observar as normas que vierem a ser editadas pela Agência Reguladora em relação a este ou aquele ponto.

²⁶ Nesses casos devemos estar atentos para que a previsão não chegue a representar uma demissão do Poder Público de seus poderes constitucionais de *jus variandi*, inerentes à natureza dos serviços públicos e do próprio contrato de concessão, respeitado o equilíbrio da equação econômico-financeira.

²⁷ Há, contudo, opiniões em sentido diverso, sustentando a possibilidade de as autorizações administrativas criarem relações de sujeição especial: “A consideração da vontade dos particulares como habilitadora de potestades administrativas foi formulada pelos tratadistas da evolução conceitual sofrida por uma das instituições-chaves do Direito Administrativo: a autorização. Assim, Franchini dizia que ‘parece claro que o particular, através do ato de autorização, vem a renunciar, a fim de ver removida a proibição... a uma parte de sua liberdade. Este ato de submissão voluntária, em geral, resulta implicitamente contido na própria solicitação de autorização’. Em termos muito semelhantes, Manzanedo escrevia que ‘a solicitação de autorização tem a ela implícito o consentimento do interessado a esta submissão especial, que é, definitivamente, o preço que paga para conseguí-la. (...) Não se trata de uma espécie de negociação entre entidades de crédito (empresas em geral) e a Administração, pela qual as primeiras cederiam parte da sua liberdade de empresa. Do que há de se falar propriamente é da configuração do conteúdo de tais direitos individuais pela atuação de poderes administrativos suficientemente habilitados em normas legais, cuja razão última é a garantia do interesse social situado em uma atividade tão relevante para todo o conjunto de cidadãos”. (MICHAVILA NUÑEZ, 1987).

²⁸ A Administração Pública pode, inclusive, vincular-se aos precedentes contenciosos de prorrogações anteriores análogas, sob pena de violar o Princípio da Igualdade. Ver, a esse respeito, Borda (2000).

²⁹ “Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram”, Recurso Especial nº 141.879-SP, j. 17/03/1998, v.u., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Encontra-se assim ementado o referido julgado: “Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei nº 6.766/79. A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento”.

Referências

ALFONSO, Luciano Parejo. Los actos administrativos consensuales. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* A & C, Belo Horizonte, v. 13, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 139-143.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BERTI, Giorgio. Il principio contrattuale. In: _____. *Scritti in honore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 63-65. v. 2.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Coimbra: Abeledo-Perrot, 1996.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: M. Limonad, 2002.

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. Tradução de Noêmia Espíndola. In: PEREIRA, L. C. Bresser (Org.); WILHEIN, Jorge;

- SOLA, Lourdes. *Sociedade e estado em transformação*. Brasília: UNESP, 1999.
- COCOZZA, Francesco. *Profili di diritto costituzionale applicato all'Edconomia*. Torino: G. Giappichelli, 1999. v. 1. (Incidenza dei Rapporti Economici sull'Organizzazione del Potere Politico e sul Sistema delle Fonti del Diritto).
- COPELLO, María Mercedes Maldonado. Privatización de los servicios públicos domiciliarios y transformación del derecho estatal en Colombia. In: ALMEIDA, José Gabriel Assis de et al (Coord.). *Anuário 2001 GEDIM: dez anos de Mercosul*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- FEDERICO, Andrea. *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa: gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazione*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1999. p. 32-48.
- FRACCHIA, Fabrizio. *L'accordo sostitutivo*. Padova: Cedan, 1998.
- GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Po, 1999. p. 55-65.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 70-71.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- IANNOTTA, Lucio. *Principio di legalità e amministrazione di risultato in atti del convegno amministrativo e legalità: fonti normative e ordinamento*. Milano: Giuffrè, 2000.
- IRELLI, Vincenzo Cerulli. Verso la contrattazione dell'area del pubblico: la amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune. In: CASSESE, Sabino; GUARINO, Giuseppe. *Dallo stato monoclassista alla globalizzazione*. Milano: Giuffrè, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 48-49.
- LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1983. Tomo 1.
- LIPARI, Nicoló. La formazione negoziale del diritto. In: GIANNINI, Massimo Severo. *Scritti in honore*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 395-410, v. 2.
- LORA, Alejandro Huergo. *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid: Civitas, 1998. p. 94-98.
- LUHMANN, Niklas. L'autoriproduzione del diritto e i suoi limiti. *Politica del Diritto*, Bologna, v. 12, [19—?].
- MANGANARO, Francesco. *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 139-141.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Parecer. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 355-357, 2000.
- MATTÍN, Germán Valencia. *Derecho administrativo sancionador y principio de legalidad: actas de las V jornadas de la asociación de letrados del tribunal constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- MAVIGLIA, Carlo. *Accordi com l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*. Milano: Giuffrè, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Parecer, contrato administrativo, equilíbrio financeiro, indenização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 125-126, 1983.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 88-89.
- MONCADA, Luís S. Cabral. As relações especiais de poder no direito português. In: _____. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 223-249.
- NUÑEZ MICHAVILA, José. Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, v. 54, 1987. CD-ROM.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 836-837.
- PINELLI, Cesare. Intervento. In: _____. *Amministrazione e legalità: fonti normative e ordinamenti* (Atti del convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999). Milano: Giuffrè, 2000.
- PIQUERAS, Francisco Delgado. *La terminación convencional del procedimiento administrativo*. Pamplona: Aranzandi, 1995.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 54-55, t. 3.

ROMANO, Santi. *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas América-Europa, 1964.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Tradução de Mariano Bacigalupo et al. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 127-133.

TEUBNER, Gunther. *Droit et reflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation*. Tradução de Nathalie Boucquoy. Paris: LGDJ-Bruylant, 1996. p. 157-159.

_____. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VALDEZ, Oscar Aguilar. El acto administrativo regulatorio. In: _____. *Acto administrativo y reglamento*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2002.

XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 125-131.

