

A AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

THE AUTHORIZATION OF PUBLIC SERVICES AND THE 1988'S CONSTITUTION

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR*

RESUMO

O presente artigo, que tem como ponto de partida a previsão da autorização no art. 21, XI e XII, da Constituição Federal, objetiva fornecer subsídios para que seja possível legar-se ao instituto da autorização um papel relevante e amplo na prestação de serviços públicos, capaz de permitir que a Administração Pública brasileira se mantenha harmônica com as transformações que o progresso tecnológico tem acarretado à prestação de serviços públicos. A pesquisa será desenvolvida principalmente com base na doutrina, uma vez a jurisprudência ainda ser embrionária sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVES: Constituição. Serviço Público. Autorização.

ABSTRACT

The current paper, that has its starting point at the authorization provided for in the 21st article of the Federal Constitution, subsections XI and XII, aims to provide subsidies, in order to make it possible to bestow upon the authorization's institute a relevant and broad role in the provision of public services, capable of allowing the Brazilian Public Administration to remain harmonious when facing the transformations that technological progress has brought to the public services' provision. The research will be developed based mainly on doctrine, since the jurisprudence is still embryonic regarding the matter.

KEYWORDS: Constitution. Public Service. Authorization.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. AUTORIZAÇÃO E DIREITO ADMINISTRATIVO 3. AUTORIZAÇÃO E SERVIÇO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A PERCEPÇÃO DOS JURISTAS 4. ANÁLISE DAS OPINIÕES CONTRAPOSTAS 5, SÍNTESE CONCLUSIVA.

1. INTRODUÇÃO

A sistematização do direito administrativo constituiu uma decorrência do Estado de Direito. Antes, nos movimentos que impulsionaram as revoluções liberais se foi afirmando o constitucionalismo. Disso segue que o modelo das constituições do final do século XVIII e do século XIX se pautou, além da tutela dos direitos individuais, pela disciplina da organização estatal, o que, só por só, é capaz para evidenciar liame com a função administrativa, ao dispor sobre as linhas regrais desta, ao lado do tratamento das atividades legislativa e jurisdicional.

Esse inter-relacionamento, envolvendo o direito constitucional e o direito administrativo, acompanha a evolução dos fatos sociais e, de conseguinte, do próprio sistema jurídico.

* Professor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE, instituição na qual cursou mestrado e doutoramento em Direito Público. Líder de grupo de pesquisa Desafios do Controle da Administração Pública contemporânea. *E-mail:* epnobre@outlook.com.

Em conferência que antecedeu a Assembleia Constituinte de 1987-88, Caio Tácito¹ descortinou a influência que as transformações dos arquétipos constitucionais provocam no direito administrativo. Se durante o liberalismo o Estado não passava de mero expectador da cena econômico-social, a nova ordem jurídica que lentamente veio evoluindo a contar da Revolução Industrial moldou uma nova realidade tanto para o direito público quanto para o privado, de sorte que aquele é convocado para regular os excessos praticados pelos titulares do capital, ocasionando, assim, o surgimento de outros direitos nos textos das constituições, de natureza econômica e social.

Inevitável a repercussão do fenômeno para o direito administrativo, conforme deixou o autor enfatizado: “Essa tendência que invade avassaladoramente tanto os textos como a exegese das constituições tem como contrapartida a ampliação dos serviços públicos e, por efeito reflexo, a expansão do direito administrativo, instrumento por excelência da intervenção do Estado no domínio econômico e social. Dilata-se o poder de polícia, diversificam-se as pessoas administrativas, multiplicam-se as prestações do serviço público, de tal modo que, para um grande número de indivíduos, mais grave se torna a omissão do Estado, relapso em seus deveres, do que a ação ilícita da autoridade pública”².

Nestas plagas, o redirecionamento do sistema jurídico se iniciou no plano sobranceiro com a Constituição de 1934, cujo Título IV (arts. 115 a 143) se destinava à disciplina da ordem econômica e social. O padrão se seguiu nos diplomas de 1937 (arts. 135 a 155), 1946 (arts. 145 a 162) e 1967-69 (arts. 160 a 174). A Constituição de 1988, numa lufada de detalhes sem igual, foi deveras a mais prolixa quanto a disposições inerentes ao direito administrativo.

Numa delas, relacionada à distribuição de competências entre as entidades federativas, dispôs caber à União a titularidade de determinados serviços públicos, regrado ainda a forma dos mesmos serem prestados. Trata-se do art. 21, XI e XII, da Constituição³.

Interessa-nos o fato de que o preceito constitucional, ao cogitar das modalidades de execução indireta dos serviços públicos aos quais se reporta, elencou a autorização, ao lado da concessão e da permissão.

Nessa esteira, o legislador vem consagrando a autorização como um espécime apto para a outorga em favor de particulares do direito de executar serviço público. É o caso, por exemplo, dos serviços de telefonia, onde a Lei 9.472/97

1 Bases constitucionais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, volume 166, p. 41, out./dez. de 1986.

2 *Loc. cit.*, p. 41.

3 De alcance mais restrito, eis dispositivo similar da Constituição pretérita: “Art. 8º. Compete à União: (...) XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações; b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza; c) a navegação aérea; e d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território”.

(art. 19, XI) atribui à ANATEL competência para expedir e extinguir autorização para prestação de serviço de telecomunicação no regime privado, cuja disciplina é delimitada pelos arts. 131 a 136 do mesmo diploma, sendo de ressaltar a menção de que se trata de serviço de interesse coletivo (art. 133, *caput*), bem como previsão de que a seleção das propostas decorrerá de licitação (art. 136, §2º).

Mais recentemente, semelhante previsão veio constar do texto da Lei 10.233/2001 (art. 13, V), relativa aos serviços de transporte da alçada da União, sendo de salientar a alteração introduzida pela Lei 12.996/2014, a qual, inserindo alínea *e* ao art. 13, V, fez com que a prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura fosse suscetível de outorga mediante autorização, retirando-a da anterior regra do inciso IV, que a submetia à permissão. Esta, por sua vez, ficou reservada, no particular, aos serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros desvinculados de infraestrutura (art. 13, IV, *a*).

A questão assume interesse prático à medida que a Lei Básica vigente, num passo à frente, no art. 175, *caput*, dispôs incumbir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob a forma de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos, observada a precedência de licitação.

A visão conjunta dos comandos constitucionais referidos impõe como relevante se investigar qual o alcance do instituto da autorização na província dos serviços públicos.

Antes, faz-se necessário perquirir qual a recepção que o termo vem merecendo em nosso sistema jurídico-administrativo e em modelos suscetíveis de comparação.

2. AUTORIZAÇÃO E DIREITO ADMINISTRATIVO

Uma ideia do instituto da autorização não dispensa o recurso à doutrina. Consoante afirma Caio Tácito, o conceito de autorização, cuja esmerada formulação se deveu aos direitos italiano e alemão, espelha “o ato administrativo que habilita ao exercício de um direito individual sujeito a controle preventivo”⁴.

Envolve – acrescenta o autor⁵ – situação na qual o administrado, na qualidade de legítimo titular de um direito, ainda não dispõe da faculdade de exercê-lo, o que somente ocorrerá até que para tanto seja autorizado. A autorização, assim, é o ato que fornece a uma determinada situação a necessária base jurídica para a produção dos efeitos pretendidos. Acarreta inegável eficácia constitutiva, mediante a qual as faculdades potencialmente contidas no direito individual tornam-se atuais, podendo ser exercitadas pela atividade autorizada, não mais

4 Autorização administrativa. In: *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Volume 1, p. 735. O estudo – informa o autor – fora elaborado no ano de 1958.

5 *Loc. cit.*, p. 736-738.

se podendo cogitar de sua revogação, mas tão somente de sua invalidade, acaso deferida em contrariedade à ordem jurídica.

Por essa ótica, além de uma condicionante atributiva de um direito, a autorização se reveste, igualmente, de estabilidade.

Não obstante, o compulsar da impressão de outros autores revela uma imprecisa compreensão da qual se ressentem o emprego da expressão.

Hely Lopes Meirelles, ao lado do que denominou de atos normativos e ordinatórios, tratou dos atos ditos negociais, consistentes naqueles nos quais se verifica a conjunção da declaração de vontade do Poder Público de maneira coincidente com a pretensão do particular. Neles inseriu a autorização, definindo-a como “o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço, ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos, que a lei condiciona à aquiescência da Administração⁶”. Envolve hipóteses tais como o uso especial de bem público, o porte de arma ou o direito de transitar por determinados locais etc.

Frisa o autor que, além de inexistir direito subjetivo à sua obtenção, igualmente não há quanto à sua continuidade, podendo a Administração retirá-la a qualquer instante, sem que se possa falar de indenização.

De forma semelhante, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁷ vislumbra a autorização como o ato discricionário, unilateral, mediante o qual se faculta ao administrado, a título precário, o exercício de determinada atividade. Justamente pela sua natureza precária, enfatiza que aquela pode ser revogada a qualquer instante, por motivo de interesse público, salvo dispositivo de lei em contrário ou se conferida a prazo certo.

De notar que o autor, porventura antevendo contraposição em nossa doutrina, destaca que no direito italiano a autorização é concebida num sentido mais amplo, compreendendo o ato discricionário pelo qual se permite a prática de ato jurídico que do contrário seria proibida, salientando que tal ato administrativo melhor se enquadra em classe diversa, qual seja a aprovação.

Restringindo a matéria ao âmbito do poder de polícia, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸ enfoca a autorização, distinguindo-a da licença, para afirmar que aquela sucede quando, não se encontrando as condições para a outorga do direito ao exercício de uma atividade integralmente prevista na lei, resta à apreciação discricionária da Administração emitir uma decisão, com eficácia integrativa e densificadora, deferindo a postulação do requerente, ao depois de verificar se esta se encontra em sintonia com o interesse público concreto.

6 *Direito administrativo brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, 164. A primeira edição recua ao ano de 1964.

7 *Princípios gerais de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Volume I, p.560-561. A edição original é de 1969.

8 *Curso de direito administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 440-441. Inicialmente foi editado em 1970.

Por compreender que se cuida de ato sujeito à competência discricionária, onde a escolha da oportunidade e a avaliação da conveniência competem à autoridade administrativa, finaliza o autor no sentido de que tal ato não se tornará definitivo nem ensejará direito subjetivo, podendo, desse modo, ser revogada.

Interessante se revisitar o direito italiano, o qual, no particular, teria influenciado a doutrina pátria. Sandulli⁹, considerando a dualidade entre os procedimentos concessórios e os de autorização, mostra que a concepção tradicional visualizava estes como envolvendo uma avaliação administrativa mediante a qual se removeria o limite posto ao exercício do direito subjetivo. A autorização, portanto, “criaria a <<faculdade> de transformar em atual o direito possível ou potencial”¹⁰. A sua denegação requeria a apresentação de justificativa válida.

Numa quadra evolutiva, mostra o autor uma verdadeira aproximação de ambos os conceitos (procedimentos concessórios e de autorização), chegando-se até mesmo a uma tentativa de equiparação entre eles. Com isso, descartou-se, para a autorização, a tese da pré-existência de um direito e da remoção de um obstáculo voltado ao seu exercício, reconhecendo-se a sua indiscutível natureza constitutiva. A transformação repercute quanto à interdição de sua revogação, praticamente se eliminando a sua possibilidade.

O perfil constitutivo da autorização, consoante o autor, implicou ainda numa classificação dos procedimentos da espécie, repartidos entre aqueles em que se acham presentes o exercício de atividade vinculada, ensejando situações de tutela de direitos subjetivos, e outros onde há competência discricionária, a dar lugar a situações de proteção de interesses legítimos.

Segundo Didier Truchet¹¹, a regulação setorial requer uma autorização para o acesso ao mercado, emitida pela autoridade regulatória competente aos operadores que satisfaçam as condições ou assumam os compromissos previstos pela lei. Num instante, à pág. 250, afirma que a jurisprudência francesa as considera com o perfil de criadoras de direitos, à exceção daquelas expressas com base no poder de polícia e aquelas relativas ao uso privativo e ocupação de bens públicos.

Sem embargo de ditas compreensões doutrinárias, sou de que o relevante para a determinação da natureza do instituto, bem como de seu regime jurídico é, a disciplina que, a cada caso, venha a estatuir o legislador. Será a partir daí, indiscutivelmente, que virá a se revelar o fator decisivo para que se possa, por exemplo, afirmar a precariedade ou a estabilidade da outorga da autorização em determinada hipótese.

9 Il procedimento. In: (CASSESE, Sabino, Coord.). *Trattato di diritto amministrativo - diritto amministrativo generale*. Milão: Dott. Guiffre Editore, 2000. Tomo Secondo, p. 1.151-1.153.

10 “creerebbe la <<facoltà >> di rendere attuale il diritto possibile o potenziale” (*loc. cit.*, p. 1.151).

11 *Droit administratif*. 7ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2017, p. 408.

Isso tem muita relevância entre nós onde o tema – de há muito e atualmente – vem sendo tratado unicamente com base em percepções da doutrina, sem a invocação dos textos legais disciplinadores de situações vivenciadas no plano fático.

3. AUTORIZAÇÃO E SERVIÇO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A PERCEPÇÃO DOS JURISTAS

Não se desconhece que o uso da expressão autorização, no campo da prestação de serviço público, tem sido nestas plagas objeto de controvérsias, as quais persistiram com a Constituição de 1988. De um modo geral, duas correntes se formaram.

Inicialmente, os autores se manifestaram numa direção restritiva, numa maior ou menor extensão, o que tem a ver com o conceito tradicional e usual da expressão majoritária entre nós, no qual figuram os qualificativos de ato administrativo precário e discricionário.

Nesse diapasão, José dos Santos Carvalho Filho¹² é daqueles que entende não se prestar a autorização como forma de outorga do direito de prestar serviço público, pois este somente pode ter a sua execução delegada mediante concessão ou permissão. A autorização, por sua vez, consiste em ato administrativo praticado no exercício de competência discricionária e precário mediante o qual a Administração consente que o administrado desempenhe atividade de seu exclusivo ou predominante interesse, não caracterizável como serviço público.

Referindo-se ao art. 21, XII, da Constituição Federal, o qual se reporta ao vocábulo “autorização”, diz que tal preceito atribui à União a competência para explorar algumas atividades que, contudo, nem sempre seriam serviços públicos, por algumas delas serem exercitadas no interesse exclusivo do particular. Portanto, ainda que rotulada de autorização, ter-se-á, na essência, permissão quando se versar sobre o desempenho de serviço público. Num esforço voltado à interpretação sistemática, refere-se que esse entendimento se impõe diante do art. 175 do referido diploma¹³.

Assemelha-se a tal ponto de vista o esgrimido por Marcus Vinicius Corrêa¹⁴ Bittencourt, ao considerar inadequado se cogitar da figura da autorização

12 *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 473-477.

13 Eis parcela conclusiva da compreensão do autor: “Além disso, há o argumento que consideramos definitivo: a Constituição Federal, ao referir-se à prestação indireta de serviços públicos, só fez menção à concessão e à permissão (art. 175). Parece-nos, pois, que hoje a questão está definitivamente resolvida, no sentido de que o ato de autorização não pode consentir o desempenho de serviços públicos. A conclusão, desse modo, é a de considerar inaceitável a noção dos denominados serviços públicos autorizados. A atividade, quando for autorizada, há de refletir interesse exclusivo ou predominante de seu titular, ou seja, haverá na atividade autorizada interesse meramente privado, ainda que traga alguma comodidade a um grupo de pessoas” (*Loc. cit.*, p. 474).

14 Delegação de serviços públicos. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n.

de serviço público, pois os serviços executados sob esta modalidade constituem atividade puramente econômica, fiscalizada pelo Estado no exercício do poder de polícia administrativa.

Não muito diferente se posiciona Eros Roberto Grau¹⁵ e o faz tendo em conta o art. 21, XII, da Lei Máxima, mostrando que o seu texto conduz ao equívoco de que existam autorizações de serviço público. Assim o é porque o art. 175 do mesmo diploma somente se reporta a concessão e permissão, de sorte que o vocábulo “autorização”, contido no primeiro dos dispositivos sobranceiros, está ligado aos serviços nos quais não se consubstancia serviço público, sendo exemplo o aproveitamento de quedas de água de até 150 KW, nos termos do art. 141 do Código de Águas.

Após enumerar várias concepções da doutrina, insiste o autor que a autorização não se faz presente como forma de delegação de serviço público, salientando que, na prática, a questão tem colorido terminológico, tanto que o art. 14 do Decreto 24.675/86, que, para a Grande de São Paulo, então versava sobre o serviço público de transporte, deveria ser visto como se cogitando de permissão (simples) de serviço público.

Outro que não destoa é Clèmerson Merlin Clève. À procura de afastar a interpretação puramente literal do art. 21 da Constituição, aproximando-o de uma percepção lógica e sistemática, adverte que os incisos de XI e XII não tratam unicamente de serviços públicos, envolvendo situações onde se tem o exercício, pelo particular, de atividade econômica em sentido estrito. Por isso, se a figura da autorização não se adéqua à existência de um serviço público, porque assim haveria vulneração ao art. 175 da Lei Fundamental, não haveria óbice que se referisse à atividade econômica.

Daí porque o art. 21, XI e XII, da Lei Maior, envolveria dois tipos de atividades distintas e, em quando se cogitar de uma delas que seja exercida no interesse preponderante do particular, e, por isso, não qualificável como serviço público, seria possível a autorização¹⁶.

10, volume 2, p. 391, 2006.

15 Numa passagem, o autor se mostra enfático: “18. E assim efetivamente é. Inexiste, no Direito brasileiro, *autorização de serviço público*. Nele apenas se manifestam *concessões e permissões* de serviço público. Leia-se o art. 175 da Constituição de 1988” (Concessão de direito real de uso – concessão, permissão e autorização de serviço público e empresas estatais prestadoras de serviços público. *Revista trimestral de direito público*, vol. 5, p. 87-88, 1994).

16 À guisa de encerrar um dos tópicos de sua exposição, o autor, referindo-se à atividade portuária, objeto do art. 21, XII, f, traz lição que, pela mesma lógica, pode-se ter como aplicável à atividade de transporte, a saber: “10. Destarte, tratando-se de regimes jurídicos distintos, insta determinar quando as atividades portuárias consistem em *atividades econômicas em sentido estrito*, sendo, portanto, objeto de mera *autorização* – assim, sujeitando-se à regulação pelo regime privado – ou em *serviço público*, perfazendo-se a *delegação* mediante *concessão ou permissão*. Para tanto, cumpre recorrer à disciplina normativa prevista na Lei 8.630/93” (Relevância e imprescindibilidade da infraestrutura portuária. Desenvolvimento e soberania nacionais. Serviços públicos e preceitos constitucionais fundamentais (valores essenciais e obje-

Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁷ parece ter inicialmente chegado a afirmar que a autorização se constitui em ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público delega a execução de um serviço público, com o propósito do particular executá-lo em seu próprio benefício. A título de exemplo, invoca a autorização do serviço de energia elétrica nos termos do art. 7º, I e II, da Lei 9.074/95.

Em estudo recente, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸, às vistas da necessidade de harmonizar um possível confronto entre o art. 21, XII, da Lei Maior, o qual se refere à autorização ao lado da concessão e da permissão como espécies de delegação da prestação de serviço público, e o art. 175, *caput*, do mesmo diploma, que se limita a mencionar as duas últimas modalidades, igualmente fornece à primeira hipótese um alcance não muito largo.

Assim, no entender do autor, a autorização se restringe a duas situações, a saber: a) aos serviços prestados no interesse próprio do particular, como sucede com os serviços de telecomunicação, mais precisamente o de radioamador ou o de interligação de empresas por cabos de fibra; e b) aos casos de execução de serviços públicos a terceiros, mas com o propósito de enfrentar situações emergenciais, até que se ultimem os procedimentos para a formalização da outorga para concessão ou permissão.

Discorrendo sobre a autorização de serviço público, expôs Lúcia Valle Figueiredo¹⁹, com semelhança ao entendimento acima, que, por se tratar de ato administrativo unilateral e precário, prestarse-ia para a execução delegada de serviços emergenciais, não constantes. Exemplificou com a autorização para que empresas de turismo, durante greves, prestem serviços à população, ou que, em situações relevantes, seja prestado qualquer serviço, sem natureza constante, para atender necessidade absolutamente aleatória ou passageira.

Já para Odete Medauar²⁰, que não deixa de reconhecer a existência de controvérsias quanto ao tema, pela autorização se transferem ao particular os serviços de fácil execução, normalmente não remunerados por tarifa. Exemplifi-

tivos fundamentais da República Federativa do Brasil). Terminais portuários privativos mistos, outorga de autorização e atividade econômica *stricto sensu*. *Revista Forense*, vol. 402, ano 105, p. 343, março-abril de 2009).

17 *Direito administrativo*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 351. É certo que a autora, ao discorrer sobre atos administrativos, à p. 269 do mesmo livro e edição, afirma que, a partir da 17ª ed., teria alterado o seu ponto de vista, a fim de conceber que a autorização não somente pudesse operar como forma de execução delegada de serviços públicos para benefício próprio, mas igualmente para o atendimento de necessidades coletivas. Todavia, ainda hoje persiste a menção à compreensão restritiva no capítulo destinado ao estudo dos contratos administrativos, onde versa o tema ao instante do estudo da concessão e da permissão. Por essa razão, considerei a autora como inserida no rol dos doutrinadores que advogam um concepção menos ampla à autorização.

18 *Grandes temas de direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 288.

19 *Curso de direito administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 112.

20 *Direito administrativo moderno*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 391.

cando, seria o caso da autorização para conservação de praças, jardins, canteiros, avenidas, em contrapartida, por exemplo, da possibilidade da aposição de placa com o nome de uma empresa.

De outra parte, não é possível se omitir que parcela da doutrina – minoritária, no momento atual – propugna por uma visão alargada do instituto da autorização. Diogo de Figueiredo Moreira Neto²¹, por exemplo, ao esquematizar as formas de prestação indireta de serviços públicos, da qual cogita das modalidades autárquicas, paraestatal, contratual, complexa e unilateral, reserva, no âmbito desta última, menção à autorização, a qual, segundo diz, acha-se explicitamente prevista para a delegação de execução de ditos serviços pelo art. 21, XI e XII, da Constituição.

Continuando, expõe que se trata de uma espécie de outorga unilateral e precária de serviço público, a quem quer que se disponha a prestá-lo, mas sempre em termos e condições uniformes, a qual é de ser deferida ao particular que para tanto se habilite regularmente, inclusive, se for o caso, mediante processo licitatório.

Às voltas com a investigação do tema do exercício de funções públicas por particulares, Almiro do Couto e Silva²² não desconhece a convicção que, resultando duma leitura *a contrario sensu* do art. 175, *caput*, da Lei Maior, conduz a que somente se considerem públicos os serviços executados mediante concessão ou delegação. Desse modo, a execução, pelos administrados, dos serviços e atividades referidos pelo art. 21, XI e XII, do aludido diploma, levaria ao entendimento de que não são públicos ou, embora com essa natureza, seriam distintos dos delegáveis mediante concessão ou permissão.

Longe de compreender a inserção do vocábulo “autorização” no art. 21, XI e XII, da Lei Básica, como um equívoco do legislador constituinte, sustenta que tal inserção não constituiu uma inutilidade, mas, antes, considerou os avanços tecnológicos que se evidenciam cada vez mais frequentes no presente para, desse modo, toda vez que a prestação de determinados serviços não puder ser efetuada de forma eficiente dentro das tradicionais fórmulas da concessão e da permissão, permitir que a União disponha de forma mais expedita de outorga do serviço aos particulares, principalmente nas hipóteses nas quais não se verifique monopólio natural²³.

21 *Curso de direito administrativo*. 16ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2014, p. 480.

22 Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira. In: *Conceitos fundamentais do Direito no Estado constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 201-205. Inicialmente, o texto foi publicado na Revista de Direito Administrativo 230, p. 45-74, 2002.

23 Eis as palavras do autor: “Em lugar de um lapso, uma impropriedade ou um “cochilo” do legislador constituinte, isto parece ser, antes, um forte indício de que sua intenção – que, no caso, se confunde com a própria *ratio legis* – foi a de possibilitar maior flexibilidade à atuação da União em face de certas atividades econômicas de interesse coletivo. A ela será dado escolher entre a

A autorização – diz – , a despeito de se tratar de ato administrativo, ao invés de contrato, sofreria um abalo na sua característica de ato resultante da competência discricionária, pois, em face do princípio da igualdade, não mais subsiste liberdade da Administração na escolha de quem irá executar os serviços.

A esse ponto de vista aparenta assemelhar-se Alexandre Aragão²⁴, ao afirmar que, nesse novo modo de ver, tem-se não apenas uma interpretação evolutiva da Constituição de 1988, mas uma interpretação evolutiva consentânea com a letra do texto magno.

Forte no sentido de legitimar o emprego da autorização em sede de serviço público, tem-se ainda o entendimento de Gustavo Benenbojm²⁵. Este, voltando suas atenções justamente à modificação introduzida pela Lei 12.996/2014, a qual inseriu a alínea *e* ao art. 13, V, da Lei 10.233/2001, sustenta a sua constitucionalidade.

Para esse fim, argumenta que, em virtude de razões decorrentes do agravamento das crises econômicas, aliadas à realidade do avanço tecnológico, a necessidade de se trazer novas ferramentas ao Estado em matéria de regulação do domínio econômico, é que a Constituição Federal de 1988, no art. 21, XI e XII, prevê a figura da autorização como forma de delegação para prestação de serviços de titularidade da União Federal.

Vê-se, então, conforme ressalta o autor, que o constituinte, ao contrário do que sucedeu noutras passagens do texto que elaborou, optou por não emitir uma reposta definitiva e restritiva sobre o regime a ser observado no exercício de determinadas atividades. Daí haver facultado “que o legislador ordinário, no âmbito de uma *liberdade relativa de conformação*, definisse, partir de dados empíricos e de orientações políticas, o tamanho do Estado no plano infraconstitucional”²⁶.

4. ANÁLISE DE OPINIÕES CONTRAPOSTAS

A partir do confronto entre as correntes interpretativas descritas, tem-se que a primeira delas, de cariz restritivo, ainda parece conservar perante a doutrina a firmeza de entendimento majoritário. A sua aceitação, por sua vez,

execução direta da atividade ou do serviço ou permitir a execução por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão” (*Loc. cit.*, p. 203).

24 Autorizações administrativas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 62, p. 200, maio-junho de 2005. Contudo, diz-se semelhante porque, na sua argumentação, o autor fluminense, ao contrário do gaúcho, ao se referir ao art. 21, XI e XII, da Constituição Federal, sustenta que, no conjunto das atividades ali referidas, há serviços públicos que podem ser despublicados e, assim, transmutarem a sua natureza para atividades privadas de relevância pública.

25 Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei 12.996/2014. In: *O direito administrativo na atualidade – estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 506-507. Org.: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães.

26 *Loc. cit.*, p. 507.

põe em xeque a constitucionalidade das regras legais que preveem a autorização como mecanismo de transferência da execução de serviço público. De notar que, especialmente quanto à nova redação do art. 13, V, alínea *e*, da Lei 10.233/2001, foi ajuizada em junho de 2016 a ADI 5.549, cujo relator é o Min. Luiz Fux.

De outro lado, somos de que, não obstante minoritário, o segundo ponto de vista, o qual concede à autorização papel de relevo na província dos serviços públicos, há de merecer prevalência.

O Direito e, de conseguinte, os seus institutos, sofrem a influência do lugar e do tempo. Desse modo, os institutos constituem instrumentos para que os objetivos visados pela ordem jurídica sejam alcançados a contento e que, para isso, expõem-se a constantes transformações.

Essa observação ganha força diante da nova realidade vivenciada pelo direito administrativo, não mais limitado a regular as relações jurídicas no âmbito do Estado e de um mesmo Estado. O elevado desenvolvimento tecnológico que propiciou fosse consolidado o fenômeno da “globalização” produziu impacto na economia, a qual condiciona inexoravelmente a prestação dos serviços públicos. Isso requer novas formas para o exercício das atuações administrativas, dotando-as de uma flexibilidade²⁷.

Côncio dessa nova realidade, que já se desenhava alhures, o constituinte de 1988, num instante de alvissareira inspiração, patrocinou a inclusão da expressão “autorização” no art. 21, XI e XII, da Lei Fundamental que instituiu um novo Estado brasileiro, o que não padeceu de impropriedade ou inadequação terminológica, suscetível de correção mediante uma restrição de seu conteúdo pela via da interpretação sistemática, realizada necessariamente a partir de seu concerto com o art. 175, *caput*, do mesmo diploma.

Nunca é demais partir da clássica recomendação exegética, consoante a qual a lei não contém palavras inúteis²⁸ – a qual não se mostra indiferente à constituição, sem embargos das peculiaridades interpretativas desta²⁹ – razão pela qual é de se vislumbrar que a inserção do vocábulo “autorização” ao lado das fórmulas da concessão e permissão, mais consolidadas no que concerne à

27 A propósito do que se pode denominar de uma flexibilização dos institutos administrativos, surgida em decorrência do chamado “direito administrativo global”, e que guarda pertinência com a matéria aqui discutida, ver Suzana Tavares da Silva (*Um novo direito administrativo?* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 72-78).

28 Nunca é demais lembrar Carlos Maximiliano, para quem se presume “que a lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva” (*Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 110).

29 Uma amostra da assertiva pode ser inferida de Jorge Barcelar Gouveia (*O valor positivo do acto inconstitucional*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992, p. 21) quando sustenta a incidência da orientação constante do art. 11º do Código Civil luso de 1966, relativo às normas excepcionais, à compreensão da Lei Maior, por se tratar de regimento cuja matéria versada diz respeito a todos os ramos jurídicos.

delegação da execução de serviço público, não foi à toa, tendo, sem dúvida, uma finalidade a ser concretizada.

Tal consistiu em legar ao Estado – *in casu*, à União – mais um mecanismo adequado para a delegação da execução de serviço público, por considerá-lo consentâneo e ágil às situações nas quais a prestação da atividade não seja incompatível com a livre concorrência. Desse modo, a concessão e a permissão se destinariam, com maior acerto, às hipóteses onde se possa cogitar de monopólio natural. A incessante revolução tecnológica da sociedade atual, a qual se move à velocidade de cliques, impõe que assim seja.

Ademais, o elemento sistemático, ao contrário do que possa aparentar, não é de todo desfavorável a se legar papel mais ousado para a autorização. Tanto é assim que a Lei Maior, noutras passagens, ao cuidar da discriminação da competência para a prestação de determinados serviços públicos, indicou ao legislador do respectivo ente o instituto mediante o qual a sua outorga a terceiros deverá ocorrer, afastando-se da regra genérica do art. 175, *caput*. Trata-se do art. 25, §2º, que, ao atribuir aos Estados-membros a titularidade sobre os serviços locais de gás canalizado, fez menção unicamente à concessão, bem assim o art. 30, V, o qual, deferindo aos Municípios a organização dos serviços públicos locais, incluído o de transporte coletivo, reportou-se à concessão e à permissão.

O que se tem, a nosso sentir, entre o art. 175, *caput*, e o art. 21, XI e XII, ambos da Norma Ápice, é uma relação entre o geral e o específico.

Por sua vez, a corrente doutrinária que vislumbra maior alcance à autorização ganha alento à medida da análise dos dispositivos da Lei 9.472/97, efetuada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de apreciação de medida cautelar na ADI 1.668 - 5 - DF³⁰. Nesta se apontou inconstitucionalidade quanto ao art. 19, X, atributivo à agência da competência para expedir normas para disciplina dos serviços em regime de direito privado, para os quais o inciso seguinte cogita da autorização, não tendo o Pretório Excelso apontado nenhuma eiva de inconstitucionalidade quanto a tal regra, apenas sendo aprovada proposta do Min. Sepúlveda Pertence de interpretação conforme. A questão da incompatibilidade do emprego da autorização na matéria sequer foi cogitada.

Da mesma forma, quanto ao art. 13, V, *e*, da Lei 10;233/2001, a circunstância de nem mesmo se submeter a julgamento, nos autos da ADI 5.549, pedido de liminar, evidencia que o Pretório Excelso não vislumbra relevante o argumento de constitucionalidade.

Porventura o que parece existir em desfavor da autorização é mais um preconceito, cujo desfazimento se impõe, derivado do fato de ser vista sob a ótica de instituto de natureza precária e que, na sua emissão, não se conciliaria com a isonomia, uma vez o administrador não se encontrar, por injunção sobranceira, vinculado à realização de prévia licitação.

30 Pleno, mv, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 16-04-2004.

Quanto à precariedade, importante salientar que esta vem deixando de consistir em característica das autorizações. Estas, pela só nomenclatura, não mais indicam atos administrativos desprovidos de estabilidade. O que interessa é o conteúdo do regime jurídico que as envolve.

Exemplificando no que concerne à prestação de transporte terrestre coletivo de passageiros, a Lei 10.233/2001, no seu art. 43, III, diz, numa reviravolta, que, apesar não possuir prazo de vigência ou termo final, a sua extinção, não sucedendo pela sua plena eficácia ou renúncia do seu titular, somente poderá ocorrer mediante anulação ou cassação, isto é, nas hipóteses nas quais fora deferida com violação do ordenamento jurídico ou quando aquele posteriormente deixar de cumprir os deveres que assumiu para obtê-la. Em ambos os casos, indispensável o devido processo legal, por injunção magna (art. 5º, LIV, CF).

Conforme expusemos ao final do tópico III, a previsão legislativa reflete a tendência que vem assumindo o direito estrangeiro. Volvendo-se a Didier Truchet³¹, tem que este, ao depois de enfatizar o reconhecimento jurisprudencial do papel criador de direitos das autorizações, excepcionando da regra as autorizações de polícia e para o uso de bens públicos, afirma que, na quadra evolutiva do direito administrativo, as razões para tanto não mais se mostram convincentes.

No que concerne à ordem econômica, diz o autor que a precariedade e a revogabilidade das autorizações estão a preocupar os investidores, tanto que os textos legais mais recentes vêm sistematicamente limitando a duração das autorizações emitidas para o exercício de determinadas atividades, o que conduz à consideração de seu caráter estável durante o respectivo período. E não só. A natureza discricionária do desfazimento dos efeitos da autorização vem sendo posta em cheque, exigindo-se motivos razoáveis para tanto. Eis o que afirma o autor sobre esse último ponto: “Sua revogação se sobressai cada vez menos como uma resultante do poder discricionário das autoridades que a tenham emitido: a legislação geralmente a subordina a motivos estritamente enumerados (em geral, ligados à segurança das pessoas e dos bens, ao fato do titular do serviço vir a não mais satisfazer as condições necessárias a sua obtenção ou não mais cumprir as obrigações que lhe são impostas)”³².

Quanto a possível quebrantamento da isonomia, é notar que o art. 21, XI e XII, da Constituição Federal, ao não repetir a exigência de licitação constante do art. 175, *caput*, do mesmo diploma, pretendeu confiar à discricção legislativa avaliar ou não a conveniência de fazê-lo, conforme a situação da qual se ocupe.

31 *Droit administratif*. 7ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2017, p. 250-251.

32 “Leur abrogation relève de moins en moins du pouvoir discrétionnaire des autorités qui les ont délivrées: la législation la subordonne le plus souvent à des motifs strictement énumérés (en general liés à la sécurité des personnes et des biens, au fait que le titulaire ne satisfait plus aux conditions nécessaires pour les obtenir ou ne remplit pas les obligations qu’elles lui imposent)”. *Loc. cit.*, p. 251

Tanto é assim que, no particular da autorização para prestação do serviço de telecomunicações no regime privado, a Lei 9.472/97, no seu art. 136, §2º, previu que a seleção dos interessados seja efetuada mediante licitação, na forma dos seus arts. 88 a 92.

Noutras situações, tais como a que envolve o transporte interestadual coletivo de passageiros, o legislador, ao optar pela autorização, foi expresso em acentuar, no seu art. 43, I, que aquela independe de licitação. Porventura sope-sou que tal previsão, seja por razões de eficiência, bem como de garantia dos direitos dos utentes, seria a mais conveniente, principalmente porque se trata de atividade para a qual se tem como mais adequada a sua prestação por vários agentes e não por um só.

Com isso, não se pode afirmar que se está afastando a igualdade dos administrados perante a Administração. A licitação não é o único meio de se assegurar tal objetivo nem possuiu, nalgumas hipóteses, um dom mirífico para assegurá-la. O que se afigura imposição isonômica é que o administrador estabeleça condições objetivas a serem atendidas pela generalidade daqueles que venham a se interessar por desempenhar o serviço.

Por isso, a Resolução 4.770/2015 da ANTT, ao cuidar da autorização para a prestação dos serviços de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, estatuiu, objetivamente, requisitos inerentes à regularidade jurídica, financeira, fiscal e trabalhista (arts. 8º a 13), juntamente com os inerentes à qualificação técnico-operacional (arts. 14 e 15), a serem satisfeitos pelos interessados.

Ao contrário do que se possa supor, o arcabouço normativo indica que o deferimento da autorização não se encontra submetido a uma elevada discricção da autoridade competente, antes decorrendo dos requisitos genericamente estatuídos pela ordem jurídica, de modo que a sua negativa, demais de dever vir motivada, expõe-se a controle jurisdicional.

Portanto, é de se vislumbrar a autorização como uma modalidade a mais que o constituinte pôs à mão do Estado para a prestação de determinados serviços, precisa e principalmente para aqueles que devem ser exercitados em regime de livre concorrência, motivo pelo qual a compreensão do art. 21, XI e XII, da Lei Maior não pode ser restringida pela tentativa de aplicação, pelo viés sistemático, do art. 175, *caput*, de idêntico diploma.

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

A partir do exposto, faz-se possível sumariar os remates seguintes:

a) acompanhando a invencível evolução dos tempos, as constituições tiveram seu componente substancial ampliado, de modo a igualmente serem responsáveis pelo traçado das diretrizes inerentes à ordem econômica, e, neste particular, influenciarem a prestação dos serviços públicos, havendo o Texto

Magno de 1988, ao enumerar as competências administrativas da União (art. 21, XI e XII), consagrado o instituto da autorização ao lado dos tradicionais tipos da permissão e da concessão, aos quais circunscreveu quando da regra genérica do seu art. 175, *caput*;

b) a despeito da prevalência doutrinária entre nós do ponto de vista de que a autorização se caracteriza pela discricionariedade de sua emissão e, de conseguinte, da precariedade do seu vínculo, a evolução que o tema passa alhures vem, diversamente, descortinando a sua feição constitutiva de direitos, tema para cuja compreensão adequada assoma importante a análise da legislação regente das variadas situações;

c) duas linhas de pensar vicejam na província doutrinária quanto ao art. 21, XI e XII, da Constituição Federal, advogando a primeira delas o entendimento segundo o qual este preceito haverá de ser suscetível de interpretação pelos métodos lógico e sistemático diante do art. 175, *caput*, do mesmo diploma, de sorte que a autorização em matéria de serviço será admissível apenas quando se tratar de atividade exercida no interesse do seu titular ou prestada em função de situação emergencial, enquanto que, recentemente, vendo sendo sustentado ponto de vista diverso, no sentido de que a previsão constitucional tem específica razão de ser, permitindo, assim, que se possa legar um alcance maior ao instituto da autorização;

d) sem pretender aportar em nada além de uma verdade provável, verificada a partir de uma série de erros seguros, é de se asseverar que a previsão da autorização no art. 21, XI e XII, da Lei Máxima, visou, considerando-se a nova realidade produzida pelo desenvolvimento tecnológico, propiciar à União mais um mecanismo apto para realizar a transferência a terceiros da execução de serviços públicos, máxime quando se caminha paulatinamente para a desconsideração do caráter precário do instituto, juntamente com o reconhecimento da possibilidade de sua outorga respeitar o princípio da igualdade dos administrados perante a Administração, independente da obrigatoriedade de licitação.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Autorizações administrativas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 62, maio-junho de 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei 12.996/2014. *In: O direito administrativo na atualidade – estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. Org.: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Delegação de serviços públicos. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 10, volume 2, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Relevância e imprescindibilidade da infraestrutura portuária. Desenvolvimento e soberania nacionais. Serviços públicos e preceitos constitucionais fundamentais (valores essenciais e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil). Terminais portuários privativos mistos, outorga de autorização e atividade econômica *stricto sensu*. **Revista Forense**, vol. 402, ano 105, março-abril de 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

GRAU, EROS. Concessão de direito real de uso – concessão, permissão e autorização de serviço público e empresas estatais prestadoras de serviços público. **Revista trimestral de direito público**, vol. 5, 1994.

GOUVEIA, Jorge Barcelar. **O valor positivo do acto inconstitucional**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Volume I.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SANDULLI, Aldo. Il procedimento. *In*: (CASSESE, Sabino, Coord.). **Trattato di diritto amministrativo - diritto amministrativo generale**. Milão: Dott. Guiffirè Editore, 2000. Tomo Secondo.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira. *In*: **Conceitos fundamentais do Direito no Estado constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores.

SILVA, Suzana Tavares da. **Um novo direito administrativo?** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, volume 166, out./dez. de 1986.

_____. Autorização administrativa. **In: Temas de direito público (estudos e pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Volume 1.

TRUCHET, Didier. **Droit administratif**. 7^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2017.

Recebido em: 20/06/2018.

Aprovado em: 16/05/2019.

