

LARISSA OLIVEIRA PRADO SOUZA

AUTORIZAÇÕES CONSTITUTIVAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO
CONTEMPORÂNEO

CURITIBA

2010

LARISSA OLIVEIRA PRADO SOUZA

AUTORIZAÇÕES CONSTITUTIVAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO
CONTEMPORÂNEO

Monografia apresentada para conclusão
do Curso de Direito da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann
Moreira

CURITIBA

2010

Dedico este trabalho à minha mãe, pelo amor e apoio incondicional. Por estar ao meu lado nessa fase tão corrida, preparando as comidas, lavando a louça, fazendo café e até deixando de viajar para *Little Londres* para me fazer companhia nesta cidade chuvosa.

AGRADECIMENTO

Agradeço ao meu orientador por ter despertado em mim tanto gosto pelo direito administrativo, ter me ensinado que nem toda discussão acaba em uma resposta, que nem toda teoria apresenta soluções, que quanto mais aprendemos mais conscientes ficamos da nossa ignorância e que minhas dúvidas nunca vão acabar. Por ter me mostrado que o estudo talvez seja mais como um passeio de barco a vela em que a graça está em partir, se aventurar no caminho e vez ou outra encontrar belas paisagens, do que como uma lancha veloz, que atropela o oceano e corre para chegar o quanto antes ao seu destino.

RESUMO

Este trabalho tem por objeto o estudo da autorização ao lado da concessão e permissão como instrumento de delegação de serviços públicos. Defende-se que nas hipóteses expressas dos art. 21 XI e XII e 223 da CF a autorização não representa ato unilateral, discricionário e precário voltado ao exercício de polícia administrativa, mas que assume a natureza de ato constitutivo, destinado a construir e regulamentar o exercício da relação firmada entre Estado e particular na exploração de atividades econômicas de interesse público. Como a titularidade dos serviços permanece com a União não se propõe a total liberalização e abertura econômica, mas sim a aplicação de um regime jurídico *sui generis* que permite ao Estado voltar-se a posição de garante, sem perder o controle e regulamentação dos serviços e ao particular explorar atividades até então inacessíveis, impondo a concorrência e dinamicidade em setores que tenderiam a uma zona de conforto e estabilidade.

ABSTRACT

This work aims the study of the authorization on the side of granting permission and as an instrument of delegation of public services. It is argued that in the cases expressed the art. 21 XI and XII and 223 of the Constitution is no authorization act unilaterally, discretionary and precarious returned to the exercise of state police, but that assumes the nature of the act of incorporation, designed to regulate the practice of the relationship established between the State and in particular exploitation of economic activities of public interest. As the ownership of services remains with the Union does not intend to complete liberalization and economic openness, but the application of a sui generis legal regime that allows the state to re-establish the position of warrants without losing control and regulation of services and particular activities to explore hitherto inaccessible, requiring competition and dynamism in sectors that tend to a zone of comfort and stability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
2. ENTRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS E O PODER DE POLÍCIA:.....	9
2.1. Autorização e os serviços públicos.....	9
2.2. Importância do critério material.....	12
2.3. Do poder de polícia à administração ordenadora.....	18
3. AUTORIZAÇÃO CONSTITUTIVA E SUAS IMPLICAÇÕES:.....	21
3.1. Natureza Constitutiva.....	21
3.2. Vinculação e Discricionariedade.....	24
3.3. Regime Jurídico <i>Sui Generis</i>	28
4. CONTEXTO ECONÔMICO E RACIONALIDADE DO INSTITUTO:.....	32
4.1. Legislação Setorial e mercado competitivo.....	32
4.2. Regulação e concorrência	34
4.3. Setor Petrolífero.....	41
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

INTRODUÇÃO:

Prevista ao lado da concessão e permissão como forma de delegação de serviços públicos, a autorização assume importância fundamental no atual contexto econômico, principalmente porque, ao contrário destes dois institutos ela não se submete a um regime jurídico de direito público, nem tão pouco à licitação. Critica-se, neste contexto, que a única finalidade do instituto seria a burla ao processo licitatório e aos demais princípios que regem os serviços públicos. Ainda, que o constituinte teria se equivocado na utilização do termo, já que a natureza clássica da autorização, de ato unilateral, discricionário e precário é típica do exercício de polícia administrativa e não se compatibiliza com a delegação de um serviço público.

Este trabalho, entretanto, defende posição diversa, a começar pela própria qualificação de serviço público. Adotando o critério material, que considera as características próprias da atividade, entende-se que a natureza pública de um serviço deve ser constantemente reavaliada a partir da relação que efetivamente se estabelece com o atendimento de necessidades coletivas.

Defende-se que o texto constitucional, ao prever a autorização ao lado da concessão e permissão, objetivou justamente a aplicação deste critério, permitindo que o legislador ordinário diante do caso concreto analise as características preponderantes da atividade e determine se configura ou não serviço público. Quando entender que sim, utilize a concessão ou permissão sob a égide dos princípios gerais de serviços públicos, caso contrário, opte pela autorização, sob um regime jurídico especial de direito privado, aliado à regulação setorial específica.

Proposta a separação entre autorização e serviços públicos, ao menos para afastamento da incidência do regime de direito público, este trabalho pretende reconstruir a natureza do ato autorizativo, a partir da relação que efetivamente se estabelece entre particular e Estado na delegação das atividades descritas nos art. 21 e 223 da CF¹, a qual se acredita ir além do

¹Art. 21. Compete à União: XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a

mero exercício de polícia que retira obstáculo ao direito do particular, para constituir outra relação jurídica entre particular e Administração, pautada em direitos e deveres de ambas as partes, com natureza constitutiva e eficácia mandamental.

Sob uma perspectiva econômica buscar-se-á demonstrar que sua previsão ao lado da concessão e permissão não representa mero equívoco do constituinte, mas sim efetiva intenção de possibilitar a concorrência em setores que a depender do contexto em que se inserem, deixam de ser públicos para serem privados de interesse público. Assim, a exemplo do que já ocorre setores como telecomunicações, portos, petróleo e energia, defende-se, ao menos em tese, que quaisquer das atividades previstas nos art. 21 XI e XII e 223 da CF poderão ser autorizadas a particulares, quando se verificar a prevalência do interesse privado sobre público, sem que isso configure violação constitucional.

Ressalta-se que em tese, porque a aplicabilidade do instrumento deverá levar em conta as particularidades de cada caso, tanto no que diz respeito à viabilidade de implementação da concorrência em cada setor, quanto no que atine à política pública de interferência estatal na economia. Neste contexto, será fundamental a apresentação, ainda que breve, do papel das agências reguladoras e dos órgãos de controle na normatização das atividades, bem como na vedação de práticas lesivas e anti concorrenciais. Será apresentado, a título exemplificativo, setores que já utilizam a autorização na delegação de atividades e que atribuem ao instrumento a natureza constitutiva.

organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;” (...) Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

Nos limites estreitos deste trabalho, longe de pretender esgotar o tema ou apresentar respostas prontas para o que se chama de “autorização constitutiva”, pretende-se apenas apresentar uma nova compreensão do ato autorizativo, não voltado à burla do processo licitatório ou das normas de direito público, mas sim enquanto instrumento legítimo para a exploração de atividades estatais por particulares, a partir de uma relação jurídica constitutiva e especialmente regulada.

2. ENTRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS E O PODER DE POLÍCIA

2.1. Autorização e os serviços públicos

Não é novo o entendimento que separa a autorização dos serviços públicos, ainda que de forma não expressa. Parte significativa da doutrina quando analisa o instituto da autorização ao lado da concessão e permissão, para exploração das atividades constantes dos art. 21, XI e XII e 223 da Constituição, admite que seu emprego foi utilizado no sentido corrente de polícia administrativa, ou seja, enquanto ato que libera alguma conduta privada propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificação de eventuais gravames ao interesse público.

Nesses casos, não se estaria diante de serviços públicos propriamente ditos, mas sim de serviços privados cujo exercício exige fiscalização, por conta dos efeitos públicos que pode gerar. Disto decorre inclusive, que lei não poderá restringir os aspectos econômicos da atividade, sob pena de violar a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, que constituem os principais fundamentos da ordem econômica e são inerentes a estes serviços. (CF, art. 170).

Ao analisar o instituto a partir do texto constitucional, Maria Sylvia Zanella Di Pietro² defende que o legislador estabeleceu uma gradação

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.122.

entre os institutos da concessão, permissão e autorização segundo o grau de participação do poder público no controle de bens e serviços. Nos dois primeiros casos, por se estar diante de um serviço que visa atender necessidades coletivas, definidas por lei como serviço público (CF, art. 175) o controle do Estado se dá com maior incidência, a partir de um regime parcialmente público, com aplicação de princípios inerentes à sua prestação (continuidade, mutabilidade, igualdade entre os usuários) e exercício de prerrogativas públicas.

Já no caso da autorização, a participação do Estado incide em menor proporção já que a atividade é dada no interesse exclusivo do particular não sendo usufruída por terceiros. Nesses casos a administração atua apenas para verificar as condições em que a atividade será exercida, a fim de se evitar eventuais gravames ao interesse coletivo (poder de polícia). Não haverá, portanto, delegação de serviço público nem tão pouco exercício de prerrogativas.

Quando se refere às formas da autorização a autora apresenta três possibilidades, que fundamentalmente se diferenciam apenas quanto à finalidade já que a estrutura será sempre a mesma. Classifica-se assim: (i) no ato praticado no exercício do poder de polícia, pelo qual a administração faculta ao particular o exercício de atividade material ou a prática de ato que seria legalmente proibido sem esse consentimento; (ii) na autorização de uso, pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de bem público e (iii) na autorização de serviço público, pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público.

Todavia, quando afirma que a autorização de serviço público (da mesma forma que a autorização de uso) é dada no interesse exclusivo do particular, a própria autora admite que o serviço perde sua qualidade pública³, de maneira que, fundamentalmente, não existirá a autorização de serviço

³ Nas palavras da autora: "Vale dizer que aquela mesma atividade que constitui serviço público propriamente dito, quando prestado diretamente pelo Poder Público ou pelas concessionárias ou permissionárias, praticamente perde essa qualidade quando prestado mediante autorização, por faltar-lhe uma característica essencial que é o atendimento de necessidades coletivas." Di Pietro, 2002, p 134.

público. O que haverá, nos três casos, será sempre exercício do poder de polícia do Estado. No primeiro caso para facultar a prática de ato ou atividade proibida, no segundo, o uso privativo de bem público e, no terceiro, a exploração de um serviço.

No que se refere à autorização de uso a doutrina se divide. Como se sabe, a utilização dos bens públicos de uso comum, em regra, não necessita de qualquer manifestação do Poder Público, entretanto se esses bens são utilizados com destinação diversa da sua natural, haverá necessidade de anuência da administração pública, uma vez que a ela compete a gestão da coisa pública. A autorização de uso, neste caso, visa conceder ao particular o uso do bem por ele produzido.

Quando a destinação do bem é somente para proveito próprio do produtor entende-se que o ato é utilizado no poder de polícia, já que não estão em pauta interesses coletivos, mas sim individuais. Nesse sentido explica Couto e Silva⁴ que a exploração de serviço público, tal qual contida no art. 21, incisos XI e XII da CF, importa na “prestação” ou “execução” dos serviços ao público em geral e não na mera “utilização” particular, como é o caso.

Como exemplo, depende de autorização no Brasil a pesquisa e lavra dos recursos minerais, o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, as derivações de águas públicas que não se destinem a fins de utilidade pública. Ocorre, porém, que nem sempre o produtor utilizará o bem para seu uso exclusivo. A própria legislação admite que, eventualmente e em caráter temporário, o auto produtor comercialize o produto excedente por ele produzido. Novamente a doutrina se divide.

De um lado há os que defendem que mesmo na comercialização se estará em pauta o interesse privativo do produtor e que a autorização permanecerá como ato unilateral, discricionário e precário, de polícia administrativa (Maria Sylvia, Celso Antônio). De outro os que entendem

⁴ SILVA, Almiro do Couto e, Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público “À Brasileira”? In: *Revista de Direito Administrativo*. n 230. São Paulo: Editora Renovar 2002. p 62.

que os efeitos da comercialização refletem na coletividade, restaurando o vínculo orgânico com o Estado e instaurando delegação de serviço público. (Almiro do Couto e Silva)

A partir desta segunda concepção a autorização deverá se submeter às mesmas imposições de qualquer outro serviço público, o que inclui o mesmo regime jurídico e a subsunção aos mesmos princípios, inclusive ao da igualdade. Almiro do Couto e Silva explica que para que não haja violação ao princípio isonômico só existem duas possibilidades: ou se atribui à autorização a natureza de ato vinculado (outorgando a comercialização a partir de critérios objetivos) ou, caso não seja conveniente à administração, se instaure procedimento licitatório (caso não seja inexigível ou dispensável nos termos da lei).

Ressalta o autor, que seria inadmissível no atual estágio de compreensão do Estado Democrático de Direito se atribuir a esta autorização a natureza de ato discricionário, mormente enquanto, em casos análogos referente aos mesmos serviços, a administração pública lança mão da concessão, precedendo sempre à licitação.

Conforme se depreende, a posição dos autores acerca do regime jurídico das autorizações se relaciona em muito a presença ou não do critério material na atividade desenvolvida, ou seja, quando observam a prevalência do interesse particular, entendem que a autorização representa poder de polícia e que o regime adequado é o de direito privado. Por outro lado, na prevalência do interesse público, em que a atividade se volta ao atendimento de necessidades coletivas, entendem que há restauração do vínculo orgânico com o Estado, devendo ser aplicado o regime de direito público, com todas as implicações necessárias. A análise do critério material, neste contexto, assume fundamental importância.

2.2. Importância do critério material.

O conceito de serviço público não encontra terreno pacífico no universo jurídico. Como se sabe, a busca por conceitos abstratos e atemporais é desaconselhada em qualquer ciência que se relacione com a realidade

social, a qual é por natureza dinâmica. Nesse sentido, os autores de maior propriedade no assunto não adotam um conceito por assim dizer de serviço público.

Nada obstante, ainda que a título didático, a maioria dos autores estabelece algum critério para qualificação dos serviços públicos a partir de algum dos três elementos concebidos em sua concepção clássica, a saber: (i) o subjetivo, que considera a pessoa jurídica prestadora da atividade; (ii) o formal, que considera o regime jurídico e o (iii) material, que considera a atividade exercida.

A partir do critério adotado (não de forma absoluta, mas com maior ou menor ênfase), são estabelecidos limites para definição dos serviços públicos. Aparecem então os denominados convencionalistas-legalistas, que circunscrevem o conceito a partir de disposições constitucionais e/ou legais (Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro) e outro grupo, designado essencialista, que limita o conceito a partir de elementos externos à lei, mormente ligado à satisfação de necessidades coletivas, que não possa ser atendido satisfatoriamente pela iniciativa privada (Eros Roberto Grau, Marçal Justen Filho).

Iniciando-se pelo critério subjetivo, tem-se que o serviço será público quando a pessoa jurídica prestadora da atividade for um ente público, no caso União, Estados, DF ou Municípios. Por conta desse critério, diversos autores afirmam que a autorização efetivamente configura modalidade de delegação de serviço público, já que as atividades apresentadas nos art. 21 XI e XII da Constituição são de competência da União.

Na passagem de Maria Sylvia percebe-se claramente a opção pelo critério subjetivo: “O art. 21, XI, da Constituição, atribuiu os serviços de telecomunicações à União. Embora não diga que se trata de competência privativa, é evidente que o dispositivo cuida de serviço público, portanto, de atividade cuja titularidade única é do poder público, no caso, a União”⁵

⁵ DI PIETRO, 2002, p. 137-138.

Todavia, a aplicação isolada deste critério para insuficiente. Considera-se, como exemplo, o disposto no art. 21, inc. XII, “a” da CF que determina que “*compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.*” A aplicação literal do critério subjetivo implicaria dizer que toda e qualquer atividade relacionada à radiodifusão sonora e de sons e imagens seria serviço público. Da mesma forma, que qualquer atividade de transmissão de som por meio de ondas de rádio seria um serviço público, o que não é, conforme interpretação mansa e pacífica⁶.

Idêntica orientação pode ser extraída das demais atividades elencadas nos art. 21 XI e XII e 223 da CF, que podem ser prestadas ao mesmo tempo pela iniciativa pública e privada em regimes jurídicos diferentes, embora a titularidade seja apenas da União. Acerca do assunto, assevera Marçal:

Veja-se que não seria cabível invocar apenas e exclusivamente a topologia constitucional como fundamento de uma certa orientação hermenêutica, mas se deve tomar em vista a questão na medida em que argumento dessa ordem seja corroborado por outras indicações constitucionais. Essa interpretação é adotada relativamente a todas as disposições constitucionais que se referem à qualificação de atividades específicas como serviço público. Portanto, as diversas previsões constitucionais sobre o tema não afastam a necessidade de se examinar, em face da situação concreta, a presença dos requisitos de configuração de um serviço público.⁷

O segundo critério pelo qual se avalia um serviço como público é o formal, que considera o regime jurídico da atividade. Basicamente, se aplicado o regime de Direito Público se estará diante de um serviço público, do contrário, configurar-se-á atividade econômica a ser regida pelas normas de Direito Privado. O próprio Estado, entretanto, quando exerce atividade econômica própria do setor privado, se submete a um regime híbrido de Direito Privado Administrativo, em que a finalidade de sua atuação é regida pelas

⁶ Raciocínio defendido por JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 45.

⁷ *Ibidem*. p. 45-46.

normas de Direito Público, mas a atuação em si, realizada através dos atos e negócios jurídicos próprios da atividade, é regulada pelo regime de Direito Privado, o que também pode ser verificado no sentido oposto⁸. Nesse sentido, assim como o critério subjetivo, o formal já não se mostra suficiente para qualificação de um serviço público.

A respeito do assunto, observa Almiro do Couto e Silva:

Na sua mais antiga formulação, para a caracterização do serviço público fazia-se *mister* a reunião de três elementos essenciais: a) serviço de interesse geral ou utilidade pública; b) prestado pelo Estado e c) sob regime jurídico especial, de direito público. Os dois últimos elementos há muito já se modificaram. Pessoas jurídicas de direito privado também prestam serviço público, mas seria sempre necessária a existência de um vínculo orgânico com o Estado. No tocante ao regime jurídico, ele não é só o de direito público, a que se subordinam os serviços públicos de natureza administrativa. Quase sempre a prestação dos serviços públicos industriais e comerciais se realiza sob regime misto, de Direito Privado Administrativo, ou seja, predominantemente de direito privado, mas com normas, também, de direito público⁹.

A insuficiência destes critérios nos leva a análise do próximo, qual seja o material, que considera a atividade exercida como ponto de partida para análise do serviço público. Sob a perspectiva material, analisam-se as características próprias da atividade inserida no contexto histórico, econômico, social, político, tecnológico e sua relação com o atendimento de necessidades coletivas. Adepto desta concepção e com restrição ainda maior ao conceito, Marçal Justen Filho defende que somente são públicas as atividades que satisfazem necessidades primordiais, essenciais, diretamente ligadas com a dignidade da pessoa humana e políticas fundamentais.

⁸ Nesse contexto, assevera SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 161-162: “Os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de “serviço público”, se algo ainda diz, diz pouco; admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais apenas pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do “direito de concorrência” (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la. [...]”

⁹ SILVA, 2002, p. 47.

Salienta o autor que, considerando que a evolução tecnológica permite ampliar a produção de utilidades muito além das indispensáveis à sobrevivência ou a satisfação de necessidades básicas, a qualidade pública dos serviços deve ser constantemente reavaliada, de acordo com sua essencialidade, sob pena de se aplicar um regime de direito público a uma atividade eminentemente privada.

Apresenta como exemplo o serviço de energia elétrica (art. 21 XII, b). Considerando o atual estágio tecnológico e cultural, defende que deve reputar-se como indispensável à dignidade da pessoa humana a ligação de cada residência à rede de energia elétrica, de modo que a infra-estrutura necessária ao atendimento desta exigência configura um serviço público. Entretanto, se um sujeito resolve produzir energia elétrica para o próprio consumo, para fins industriais, é evidente que a atividade por ele desenvolvida não caracterizará serviço público. O mesmo se dá com o serviço de telefonia (art. 21 XI), cuja prestação poderá ou não ser qualificada como essencial, a depender das necessidades que atende.

A utilização do critério material, ao menos para os casos dos serviços autorizáveis que não possuem regime jurídico fixado pelo texto constitucional, parece o mais adequado, já que parte da análise das próprias características da atividade para determinar quando será prestada diretamente ou outorgada a particulares, através de concessão, permissão ou autorização¹⁰. Quanto aos demais casos, em que se prevê apenas a exploração direta ou mediante concessão ou permissão, não se instaura maiores controversas já que o próprio texto constitucional estabelece o regime jurídico a ser adotado.

¹⁰ Nesse sentido MOREIRA, Vital. *Estudos de Regulação Pública*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 297: “A nova idéia de serviço público mantém pois a dimensão material ou substantiva do conceito de serviço público em sentido subjectivo (atividade de interesse público, na medida em que satisfaz necessidades coletivas). Mas, insista-se, essa nova idéia já não se refere hoje a uma atividade pública, que a lei tenha reservado ao Estado ou a outra entidade pública, tendo-se verificado assim a perda da dimensão orgânica ou subjetiva do conceito. Trata-se, pelo contrário, de uma atividade privada, a exercer pelo mercado e, tanto quanto possível segundo a lógica do mercado”.

Procedimentalmente, portanto, nas hipóteses em que a Constituição prevê a autorização ao lado da permissão e da concessão, caberá ao legislador ordinário uma vez verificada as características da atividade, decidir como o serviço será prestado.¹¹ Quando couber diretamente à União, aplicar-se-á o regime de Direito Público (ou Privado Administrativo, quando da criação de pessoa nos termos do art. 173 CF). Nas hipóteses de concessão e permissão o regime será de Direito Privado Administrativo, juntamente com a Lei Geral das Concessões e a respectiva Lei Setorial do serviço. E por fim, quando autorizado, obedecerá ao regime de Direito Privado Administrativo e a Lei Setorial específica.

Seguindo esta linha de raciocínio tem-se que efetivamente não haverá autorização como forma de delegação de serviço público já que, quando o legislador entender configurados os elementos característicos de um serviço público, determinará sua exploração direta ou mediante concessão ou permissão, sempre através de licitação. A autorização, por sua vez, só será utilizada quando a atividade apresentar características predominantemente privadas, quando então, já não será serviço público.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho enfatiza que:

A expressão autorização é absolutamente incompatível com a existência de um serviço público [...]. Somente se cogita de autorização para certas atividades econômicas em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado. Havendo serviço público, não é o caso de outorga de autorização.¹²

Proposta a separação entre autorização e o serviço público, a partir da quebra do vínculo material, cumpre analisar com maior aprofundamento a sua manifestação enquanto exercício de polícia, já que, neste outro extremo aplica-se eminentemente um regime de direito privado, o

¹¹ Ressalvando, a partir de CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa da concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90-91 que “esta competência é de natureza dinâmica e pode sofrer adaptações ao longo do tempo; [...] não pode esvaziar o conteúdo mínimo que a Constituição buscou dar ao dever do Estado de ser o responsável, em termos gerais, por aquela atividade; [...] o juiz legislador, nesta matéria é passível de controle judicial para aferição da obediência aos termos constitucionais.”

¹² JUSTEN FILHO, 2003, p.45.

qual se acredita também não ser o mais compatível com o instrumento da autorização no contexto em que se insere.

2.3. Do poder de polícia à administração ordenadora

A atividade fiscalizadora da ordem econômica, exercida através do poder de polícia, pode ser verificada dentre outros dispositivos no art. 170 da Constituição, que assim dispõe: *“é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”*

Através do poder de polícia a administração atua negativamente, restringindo direitos e liberdades individuais, em favor de um interesse geral, que se denomina interesse público. Caio Tácito define a expressão como “o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais.”¹³

No exercício deste poder cabe à administração pública fiscalizar a atividade econômica (CF, art. 170), no que concerne às exigências atinentes à salubridade, segurança, higidez do meio ambiente, qualidade mínima do produto em defesa do consumidor, para verificação de eventuais gravames ao interesse público.

Neste sentido a autorização abrange todas as hipóteses em que o exercício da atividade, ou a prática de ato são vedados por lei ao particular, ficando reservado à administração a possibilidade de afastar essa proibição quando entender que a atividade não se apresenta nociva ao interesse da coletividade. Da mesma forma, uma vez concedida a autorização ela pode ser revogada a qualquer tempo, deixando de existir compatibilidade entre a atividade e exigências necessárias a tutela do bem protegido, no que reside a precariedade do ato.

¹³ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 288.

Daí a autorização em seu conceito clássico de “ato administrativo, discricionário, unilateral e precário, pelo qual se faculta o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada.”¹⁴

Embora seja comum que as leis prevejam apenas fiscalização após o início da atividade e aplicação de sanções sempre que haja transgressão das regras condicionadoras do seu regular desenvolvimento, em alguns casos é imprescindível que haja uma aferição prévia pela administração pública.

É o que sucede com relação aos agrotóxicos, medicamentos ou alimentos industrializados em que a lei subordina seu ingresso no mercado a exames referentes aos riscos à saúde, nível de qualidade, sem os quais não é autorizada a comercialização e o consumo do produto. Da mesma forma se dá com a produção e o comércio de material bélico (CF, art. 21, VI) e com a autorização para porte de arma. A autorização, assim, deverá avaliar apenas a conformidade da atividade com as exigências normativas necessárias à proteção do bem jurídico, constante nas leis de “polícia administrativa”.

A concepção de poder de polícia, todavia, tal qual concebida originariamente, já foi em grande parte superada por parte da doutrina que propõe uma reinterpretação do instituto, inserida no contexto das relações que se firmam entre administração e particular. Nesta nova concepção, também se propõe outro olhar sobre a natureza dos atos administrativos que levam à constituição de direitos, como a licença e autorização.

Verifica-se de início que a própria expressão poder de polícia denota caráter que há muito não coaduna com o instituto da autorização. Neste contexto Carlos Ari Sundfeld observa que a idéia do poder de polícia foi cunhada para um Estado mínimo, que objetivava apenas a imposição de limites negativos à liberdade e propriedade, daí sua definição enquanto dever de abstenção ou de não fazer. Após a superação do liberalismo clássico, contudo, a interferência estatal deixou de pretender apenas a harmonização dos direitos

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 560-561.

individuais e passou a impor projetos de implantação coletiva, como o desenvolvimento social, redução de desigualdades, proteção do meio ambiente, de modo que se antes a atuação era restrita ao campo microjurídico, o Estado avançou para o setor macrojurídico.

Com isso, explica o autor que a reconstrução da teoria da ação administrativa passou a identificar pelo menos três grandes setores: a administração de gestão, a administração fomentadora e a administração ordenadora. A primeira corresponderia à função do estado de gerir determinadas atividades enquanto sujeito ativo, tanto na prestação de serviços públicos de exclusividade estatal, quanto na de serviços sociais atribuídos ao Estado em caráter não exclusivo. Já a administração fomentadora teria a função de induzir mediante estímulos e incentivos os particulares e finalmente, a administração ordenadora, como aquela que congregaria as operações estatais de regulação do setor privado, sob o emprego do poder de autoridade.

Esta terceira manifestação é a que autor propõe que seja substitutiva do poder de polícia. No que respeita a nomenclatura em si, Ari Sundfeld aponta três inconvenientes. Primeiro que a expressão remete a um poder, ao de regulamentar autonomamente atividades privadas, o qual a Administração dispunha antes do Estado de Direito e que com sua implantação, foi transferido para o legislador. Segundo que remete a idéia de não intervenção na vida privada, a qual também já foi superada pela atual Constituição que prevê outros gêneros de imposição não apenas negativos. E terceiro, faz supor a existência de um poder discricionário implícito que, embora possa existir em matéria de ordem pública, não existe em outras áreas em que já foram instituídos outros critérios.

Quanto à questão metodológica, Ari Sundfeld aponta a diferença de pressupostos entre os conceitos. Enquanto o primeiro estudo parte de uma classificação dos diferentes poderes da administração, p ex: o vinculado, discricionário, regulamentar, o de polícia, de interferência na vida privada em nome da boa ordem da coisa pública, a administração ordenadora parte justamente do oposto, da negação de uma faculdade administrativa estruturalmente autônoma, ligada à limitação de direitos individuais. As

operações administrativas destinadas à regular a vida privada, para o autor, devem ter origem exclusiva na lei.

Sob este fundamento, seu enunciado questiona em que medida e sob que regime pode o Estado interferir na aquisição, exercício e extinção dos direitos da vida privada, tendo em vista os limites da atividade legislativa e os limites constitucionais do exercício administrativo. Esclarece o autor que esta ordenação não se confunde com a ordenação legislativa, uma vez que não objetiva produzir a lei, mas apenas aplicá-la e também não se confunde com a ordenação judicial, já que se opera de ofício sem gerar a edição de atos definitivos, com eficácia de coisa julgada.

Fundamentalmente, sua manifestação consistirá no exercício de função administrativa, voltada à organização da vida privada, dentro de relação genérica, com a utilização do poder de autoridade. Observa-se, entretanto, assim como no poder de polícia, que a administração ordenadora se dirige às relações estabelecidas no campo privado dos indivíduos e não às situações em que os meios de produção são públicos o exercício da atividade é delegado ao particular, como é o caso das autorizações.

Por isso mesmo é que o autor se refere à relação genérica, como aquela em que os particulares desenvolvem atividade tipicamente privada, diversa da relação especial instaurada entre particular e Estado, com uso de prerrogativas, poderes e deveres, como no caso das atividades delegadas. A concepção de administração ordenadora, todavia, embora não se direcione ao caso das autorizações, revela uma nova concepção de ato administrativo que em muito contribui para o presente estudo.

3. AUTORIZAÇÃO CONSTITUTIVA E SUAS IMPLICAÇÕES:

3.1. Natureza constitutiva

Trata-se da natureza constitutiva dos atos ampliativos. Ao abordar várias espécies de atos administrativos que levam à constituição de direitos, o autor apresenta como exemplo a licença para construção. Acerca do

assunto, cumpre anotar que a diferença entre autorização e licença, proposta por parte da doutrina, reside na vinculação da primeira e discricionariedade da segunda, mas este aspecto será abordado em momento posterior. Voltando à natureza da licença, embora alguns reconheçam no ato apenas a natureza declaratória, que constata e declara o direito do proprietário (no exemplo da licença para construir), o autor defende que a licença teria natureza constitutiva.

Explica o autor que, se o direito de construir precedesse à licença, seria um direito adquirido antes mesmo de sua expedição e, portanto, estaria a salvo da incidência de lei nova (CF, art. 5º, XXXVI). Ocorre que tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem a incidência de lei nova regulando este direito, exceto em relação aos proprietários que tenham efetivamente iniciado as obras, de modo que, se o direito de construir existisse antes da licença, como normalmente se afirma, a expedição desta jamais poderia ser tomada como marco da aquisição do direito, para fins de pô-lo a salvo de alteração legislativa.

Por conta disso, assevera que além da carga declaratória, a licença tem natureza de ato constitutivo, já que atribui ao proprietário uma faculdade que antes não de dispunha: a de iniciar as obras. Em um momento anterior, quando o proprietário solicita a licença, ele tem apenas direito ao deferimento do pedido, uma vez cumpridos os requisitos legais, mas não o direito de construir que só nascerá após o ato administrativo.

O mesmo raciocínio é observado em Oswaldo Aranha, porém com ressalva apenas ao exercício do direito:

Discute-se se ela é constitutiva de direito, porque esse direito preexistia no seu titular. Realmente, não é constitutiva quando ao gozo do direito, porém o é quanto ao exercício. Este só pode licitamente ser levado a efeito depois de licenciada a atividade de que alguém tinha o gozo do direito. Por isso se diz que é constitutivo apenas sob o aspecto formal.¹⁵

¹⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 569-570.

Em outros casos, porém, admite-se que inclusive a ausência da carga declaratória da licença. Tomando como exemplo a licença para construção de um *shopping center*, observa o autor que nenhum proprietário imagina ter integrado ao seu patrimônio o direito de construir tal obra, todavia, a depender da situação urbana e do momento histórico, poderia obtê-lo. Inexistindo prédios ao redor e havendo pouco trânsito na região A poderia ser autorizado a construir (caso em que a autorização seria vinculada). Já o proprietário B, que pretendesse logo em seguida o mesmo pedido, poderia ter negada sua pretensão tendo em vista o saturamento existente. Anos depois, todavia, sendo o *shopping* substituído por prédios residenciais e tendo diminuído o fluxo de carros, B poderia ter seu pedido deferido.

Aplicando este raciocínio para as autorizações de serviços “públicos” em que o ponto de partida são os bens públicos de produção, parece-nos ainda mais acentuada a carga constitutiva e afastada a declaratória. Tomando-se como exemplo a autorização e fiscalização de material bélico, apresentada do art. 21, XII, d da CF, em nenhum momento o constituinte assegurou ao particular o direito de desenvolver tal atividade, de maneira que o direito apenas passa a existir após a constituição do ato de autorização.

Os estudos franceses há muito apontam para a natureza constitutiva da autorização, Bénéoit nesse sentido ensina que as autorizações têm efeito constitutivo, pois são atos administrativos pelos quais a autoridade competente cria situação jurídica concernente a pessoa determinada. Esses atos, individuais segundo o autor, têm o efeito de dar nascimento a uma situação jurídica nova, pessoal e subjetiva¹⁶

Ari Sunfeld propõe ainda outra classificação que tende a acentuar a natureza constitutiva das autorizações de outorga, são as chamadas autorizações por operação e autorizações de funcionamento. No primeiro caso explica o autor que a própria realização do ato já esgota seu conteúdo (ex. poda de árvore, importação de produto), já no segundo caso o

¹⁶ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 524.

ato administrativo visa autorizar o desenvolvimento de dada atividade (funcionamento de indústria, criação de universidade), perdurando a regulamentação durante todo seu exercício.

Nas autorizações para outorga dos serviços previstos nos art. 21 XI e XII e 223 da CF, esta relação se estabelece de forma ainda mais incisiva, dada a importância econômica dos setores para o poder público. Nestes casos, o interesse do Estado não se limita à verificação de eventuais prejuízos, mas objetiva toda uma regulação posterior que não é possível de ser alcançada meramente pela edição do ato, de maneira que além de configurar o requisito de entrada do particular no setor, configura requisito para a permanência.

No que concerne à vinculação ou discricionariedade do ato ressalta o autor que também deverá levar em conta as particularidades que cada situação, não sendo correto estabelecer a licença como sempre vinculada, nem tão pouco a autorização como discricionária. No próprio exemplo da licença para construir, apresenta-se uma situação em que embora o direito possa ser aferível por elementos objetivos, pelo que se diz vinculado, é também condicionado por elementos externos que não dizem respeito ao sujeito e que variam conforme a situação, como as condições de trânsito. Esse entendimento, porém não é pacífico na doutrina, merecendo abordagem individualizada.

3.2. Vinculação e discricionariedade

Os atos administrativos podem ser classificados como vinculados ou discricionários, a depender do grau de liberdade do administrador na opção legislativa. No primeiro caso, diz-se que o “administrador é o juiz da oportunidade e conveniência”¹⁷, ou seja, a autoridade não é obrigada a atuar de determinada forma, podendo optar pelo caminho que entender mais favorável dentro dos limites legais. Já no segundo

¹⁷ POMPEU, Cid Tomanik. *Autorização administrativa*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 50.

caso há necessidade de o administrador atuar positivamente, uma vez preenchidos requisitos pré fixados pela norma.

Na concepção tradicional a autorização é classificada como ato discricionário uma vez que compete ao Estado analisar a oportunidade e conveniência de se autorizar a prática de ato que possa vir a ser prejudicial ao interesse coletivo. Todavia, na outorga para exploração de atividades estatais o quadro que se apresenta é outro, já que para além da análise de eventuais prejuízos decorrentes da atividade, a autorização visa regulamentar todo o seu exercício e desenvolvimento. Nesse contexto, os requisitos que ensejam o ato de outorga apresentam complexidade muito maior, uma vez que devem aferir desde a possibilidade de entrada do autorizado até a sua capacidade de permanência no exercício da atividade. Por conta disso é que diversos setores atribuem à autorização a natureza de ato vinculado, fixando critérios objetivos para sua outorga.

É o que ocorre com o setor de telecomunicação, que estabelece no § 1º da Lei 9472 “*autorização do serviço de telecomunicações é ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.*”

Parte da doutrina, todavia, não corrobora com a opção legislativa em atribuir ao instrumento a natureza de ato vinculado. Maria Sylvia nesse sentido, afirma que a idéia de serviço público é incompatível com a natureza vinculada do ato de outorga, já que a própria previsão dos institutos da concessão, permissão e autorização, ao lado ainda da execução direta, constituem alternativas a escolha da administração pública, não podendo consubstanciar direito subjetivo ao particular que cumpre com determinados requisitos.

Além do que, aponta a autora que a doutrina brasileira é praticamente unânime em diferenciar autorização da licença pela discricionariedade da primeira e vinculação da segunda, de modo que o emprego da expressão configura equívoco legislativo e tem por fundamento imprimir uma aparência de constitucionalidade aos serviços de

telecomunicações, já que a Constituição não prevê a opção da licença, mas sim da autorização.

No que atine ao primeiro argumento apresentado pela autora, entende-se que não merece prosperar. O fato de a legislação atribuir ao ato a natureza vinculada, não retira do legislador a possibilidade de escolha pela modalidade de exploração adequada, o que é realizado em um momento anterior à própria legislação. Ou seja, quando o legislador estabelece que determinada atividade poderá ser prestada mediante autorização – e a Constituição efetivamente lhe atribui esta competência - significa que ele já optou, por uma análise de conveniência e oportunidade, pelo meio mais adequado, não havendo problemas a partir de então em se atribuir ao ato a natureza vinculada.

No que se refere à nomenclatura, embora boa parte da doutrina realmente distinga a licença da autorização pela vinculação e discricionariedade, acredita-se não ser unânime o entendimento nesse sentido. Ari Sunfeld ao apresentar o exemplo da licença, demonstra que nem sempre o cumprimento de requisitos objetivos vincula a administração à outorga do ato, que muitas vezes depende de elementos externos a serem aferidos pelo administrador, pelo que o autor atribui ao instrumento natureza de ato constitutivo.

Também em Mattos Vasconcellos não se vê a separação entre a licença e autorização quanto ao grau de vinculação “o direito administrativo conhece também o processo da autorização, isto é, a outorga ou a licença dada ao particular para o uso e gozo de certa atividade pública, que, sem tal formalidade, não seria permitida”.¹⁸

Guimarães Menegale, a seu turno, diferencia as autorizações em contratuais e não contratuais, admitindo sua modalidade vinculada: “a simples autorização não contratual tem precariedade (...). Já a autorização sob

¹⁸ VASCONCELLOS, José Mattos de. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, p. 155.

contrato, dá origem a direitos iminentes à natureza mesma do contrato e que nele se estipulam.”¹⁹

Também nos estudos de direito comparado, verifica-se que a maior parte dos autores emprega no termo sentido amplo, abrangendo outras espécies de atos que, conforme o caso, podem se revelar como vinculados ou discricionários. Nesse sentido Ugo Forti defende que “autorizações podem ser vinculadas ou discricionárias, sendo incorreto afirmar-se ser a discricionariedade seu requisito essencial, pois equivaleria excluir os casos em que a outorga da autorização é predeterminada pelo direito de modo tão rigoroso e preciso que, ocorrendo certas condições a Administração é obrigada a autorizar”²⁰.

Para o autor, as licenças constituem-se subespécie de autorização, sendo este o entendimento adotado também por Lucifredi e Coletti²¹, para os quais, as licenças de polícia constituem subespécie de autorização administrativa.

Além disso, Almiro do Couto e Silva aponta que a própria Constituição Federal ao empregar o termo “autorização” no parágrafo único do art. 170: “*a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos salvo nos casos previstos em lei*” confere à lei a possibilidade de fixar condições para a expedição da autorização, as quais, uma vez preenchidas, poderão gerar direito subjetivo ao interessado, apresentando-se com natureza de ato vinculado.

Conforme se depreende, os autores não apresentam um ponto de vista uniforme quanto à natureza da autorização. Da mesma forma a legislação varia na acepção do termo, atribuindo por vezes natureza de ato

¹⁹ MENEGALE, J Guimarães. *Direito Administrativo e ciência da administração*. Rio de Janeiro: Metrópole, 1939, p. 90.

²⁰ FORTI, Ugo. *I controlli dell'amministrazione comunale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1915, p. 757-758.

²¹ LUCIFREDI, Roberto e COLETI, Giuseppe. *Decentramento administrativo*. Turino: Utet, 1956, p. 270.

vinculado, por vezes discricionário, o que acredita-se não configurar equívoco ou inconstitucionalidade, mas apenas reflexo da faculdade legislativa aplicada ao caso concreto. O que se defende, somente, é que nas hipóteses em que a administração atribuir ao instrumento a natureza de ato discricionário, seja estabelecido procedimento respeitante ao princípio isonômico.

Adepto deste raciocínio, Ari Sundfeld propõe que nos casos em que a administração não atribui natureza vinculada ao ato de outorga, seja realizado procedimento administrativo de competição, guiado por princípios semelhantes aos da licitação, passíveis de assegurar a igualdade de condições entre os particulares. Ressalva, contudo, que o certame licitatório não constitui princípio imanente a autorização, não sendo obrigatório em todos os casos, mas apenas naqueles em que vier constante das leis respectivas de cada setor, à vista das particularidades de cada atividade.

É preciso que se saliente também, que ausência de licitação, bem como da aplicação do regime de direito público, não configura ausência de regulação destes serviços. Pelo contrário, o ato de outorga desta autorização consubstancia nova condição ao particular, que deverá obrigatoriamente atender à normatividade específica do setor, já que, conquanto não se trate de serviço público nem de atividade econômica, estrito senso, a autorização ensejará um regime jurídico diferenciado.

3.3. Regime jurídico *sui generis*

Ao analisar o contexto dos serviços autorizáveis, Ari Sundfeld explica que tanto a Constituição quanto a lei, ao incluírem atividades que o autor denomina econômicas em sentido amplo (como as dos art. 21 XI e XII e 176 e 177 da CF), no campo de titularidade estatal, o fazem com sentido variado, não havendo um projeto constitucional único em relação a todas elas, do qual resultam objetivos comuns a serem atingidos, mecanismos de exploração uniformizados ou aplicação de regime jurídico universal.

Assevera o autor, que o fato de terem sido titularizadas ao poder público significa apenas que estão sujeitas a condicionamentos de grande intensidade, possuindo o legislador um amplo poder de conformação

sobre elas, o qual pode ser manifestado pelas técnicas de regulação. Não significa, contudo, que o desenvolvimento de todas elas deva se submeter aos mesmos princípios e regras ou ao mesmo regime jurídico. A compreensão do regime jurídico, assim, deve supor a pesquisa da legislação regente a cada uma destas atividades.

E salienta “O perigo maior quando se enfrenta problemas jurídicos concretos relativos a essas atividades é o de ignorar as normas. Isso convém alertar, vem ocorrendo com frequência: recorre-se acriticamente às lições doutrinárias tentando encaixá-las à força na realidade, sem o menor respeito ao direito positivo vigente”²²

Pois bem, quando o legislador ordinário opta pela exploração de determinada atividade mediante autorização, nas hipóteses restritas dos art. 21 XI e XII e 223 da CF, esta diante de uma categoria *sui generis* de serviços, que não se submete ao regime das concessões e permissões nem tão pouco ao das atividades econômicas, o que pode ser explicado pela conjugação de alguns fatores:

Como a competência originária de exploração é da União, estas atividades têm mantido vínculo com o Estado não sendo adequada sua total desregulamentação e abertura ao mercado, por outro lado, como não possuem ligação direta com o atendimento de necessidades coletivas, prevalecendo o interesse privado de sua exploração, também não é adequada a aplicação pura do regime de direito público. Diz-se, assim que a autorização configura uma atividade econômica especialmente regulada, com aplicação de regime jurídico de Direito Privado Administrativo aliado a aplicação da respectiva lei setorial.²³

²² SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas nos serviços de telecomunicações. In: Direito Administrativo Econômico, coordenador Sundfeld, Carlos Ari. 1ª. Ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 318.

²³ Nesse contexto, CÂMARA J, 2009, p. 90-91, defende: “Não seria concebível que a lei, pura e simplesmente, eliminasse a incidência do regime de direito público sobre uma atividade reservada pela Constituição à atuação do Estado. Todavia, isto não significa dizer que ao legislador ordinário não cabe qualquer papel em relação à disciplina jurídica de tais atividades. [...]. Em tese, é possível afirmar que (a) o legislador ordinário pode submeter parte das atividades reservadas no texto constitucional ao Estado a regime de direito privado; (b) esta

Utilizando-se da distinção feita por Almiro do Couto e Silva, apud Ruy Cirne Lima:

Este regime, *quoad extra*, no tocante às relações estabelecidas com os usuários, é predominantemente de direito privado, mas *quoad intra*, no concernente às relações entre o delegante e o delegado, é de direito público, sendo assim, de qualquer modo, visualizando o regime em seu conjunto, exorbitante do direito comum, o que bastará para qualificá-lo como especial, ou como de Direito Privado Administrativo, como preferimos dizer.²⁴

A diferença, explica Egon Bockmann Moreira, está no negócio que reveste o ato de outorga e no requisito da licitação. Diferente das autorizações de outrora, afirma o autor que nestas, o ponto de partida é o setor público dos meios de produção, de modo que o particular, quando inserido neste setor não será liberado para agir como bem entender, mas sim deverá obedecer à normatividade específica dos respectivos setores econômicos, que definirão a forma de prestação (suplementar e/ou concorrencial àquela exercida em regime direto ou de concessão) e o desenvolvimento da atividade.²⁵

A carga declaratória das autorizações de outrora, da lugar à natureza constitutiva e mandamental destas, que ao mesmo tempo em que autorizam a entrada do particular no setor, obrigam ao cumprimento de requisitos fixados em lei (e nos regulamentos). Nesses casos, não há mero exercício de “poder de polícia” em que a administração atua apenas para verificar as condições em que a atividade será exercida a fim de se evitar eventuais gravames ao interesse coletivo, aqui se instala um complexo de prestações e deveres para ambas as partes, de execução por parte do autorizado e fiscalização por parte do autorizador.

competência é de natureza dinâmica, e pode sofrer adaptações ao longo do tempo; (c) para tanto, não pode esvaziar o conteúdo mínimo que a Constituição buscou dar ao dever do Estado de ser o responsável, em termos gerais, por aquela atividade; (d) sendo assim, o juízo do legislador, nesta matéria, é passível de controle judicial, para aferição da obediência aos termos constitucionais.”.

²⁴ Ruy Cirne Lima apud SILVA, Almiro do Couto, 2002, p. 69.

²⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.76.

Assim, a natureza jurídica da autorização clássica, de ato administrativo, unilateral, discricionário e precário é posta em cheque. Como visto, para Almiro do Couto e Silva esta autorização poderá ser vinculada, quando condicionada ao cumprimento de requisitos objetivos, ou discricionária, mas regida pelos princípios da isonomia e razoabilidade, precedendo-se à licitação.

Já em Egon Bockmann Moreira, pelo mesmo raciocínio verificado em Ari Sundfeld, esta autorização assume a condição de ato constitutivo, ao inserir a pessoa privada em setor jurídico-econômico reservado Poder Público, e mandamental, ao prescrever um feixe de deveres a serem cumpridos pelo autorizado. Há criação de uma nova situação jurídica, que antes não existia e que deixará de existir quando extinta a autorização, sendo instalada sob regime de direitos, deveres estatutários e obrigações contratuais derivadas do ato administrativo autorizador²⁶.

V. Moreira, no mesmo sentido, assevera que o que melhor traduz este novo ambiente regulador da atividade econômica privada, são as *autorizações abertas*, que estão sujeitas a uma regulação permanente e contínua das situações jurídico-administrativas. O ato autorizativo, nesse contexto, não fixa de uma vez por todas o quadro jurídico da situação, mas está sujeito a uma permanente adaptabilidade às novas condições de fato e de direito, bem como as novas exigências de interesse público (que podem, por exemplo, resultar da renovação de conhecimentos trazidos pela ciência e pela técnica) e determinar alterações ou modificações posteriores ao regime definido do ato autorizativo.²⁷

Ressalta o autor, naturalmente, que essa abertura deverá estar sob reserva da lei, de modo que a administração só poderá influir sobre o ato autorizativo quando e na medida da base legal. Para além disso o próprio regime também deverá obediência aos princípios constitucionais, entre os quais se destaca o da proporcionalidade, confiança e segurança jurídica.

²⁶ MOREIRA, Egon, 2010, p.76.

²⁷ MOREIRA, Vital, 2004, p. 311.

A responsabilidade do poder público, diante deste novo contexto, também foi alterada: se antes era uma responsabilidade de execução, de satisfação direta das necessidades, hoje é cada vez mais uma responsabilidade de garantia das prestações. Ao em vez de prestar diretamente serviços de interesse coletivo, delegou sua prestação a particulares e passou a assumir posição de garante diante destas atividades. Em relação a estes, portanto, sua atuação deixou de ser direcionada ao mero controle e fiscalização (poder de polícia), para assumir a própria regulação das atividades, tendo por finalidade a satisfação das necessidades básicas universais aos cidadãos.

Em outras palavras, o que afirma é que os efeitos do ato autorizativo não se esgotam no momento de sua prática, mas funcionam como instrumento regulatório do exercício da própria atividade (ou do direito cujo exercício foi permitido), desencadeando uma relação continuada entre a administração e o particular.

Pois bem, entendendo-se a autorização como nova forma de prestação de serviços, constitucionalmente imputada ao Estado, podendo ser delegada a particulares a partir de um regime jurídico especial, resta-nos a pergunta: afinal porque autorizar determinados serviços sob este regime? Em especial, ao lado da concessão e permissão e da exploração direta?

4. CONTEXTO ECONÔMICO E RACIONALIDADE DO INSTITUTO

4.1. Legislação setorial e mercado competitivo

O contexto dos serviços autorizáveis, basicamente, consiste na prestação de específicos serviços em regime de Direito Privado Administrativo combinado com exigências típicas de um mercado competitivo. Os agentes econômicos que ingressam nessas atividades, além de se submeter a requisitos de entrada, terão que atender aos limites e objetivos fixados na lei e na regulação setorial específica, o que inclui uma gama de deveres e obrigações contratuais. Além disso, uma vez autorizados, haverá convivência (e competição) de pessoas autorizadas com concessionários, permissionários

para a prestação do mesmo serviço, que será desenvolvido sob regime de Direito Privado Administrativo.

A sobrevivência destes autorizados no mercado, portanto, exigirá muito mais esforço já que terá que superar a convivência com outros há muito mais tempo no setor e muitas vezes com público e credibilidade já bem instaurados. Por outro vértice, estas autorizações tendem a impor grande dinamicidade tecnológica em setores que tenderiam a ficar numa situação de conforto por décadas, não fosse a concorrência com estes autorizados.

Nesse sentido, acredita-se que estes serviços tendem a subverter a estabilidade dos concessionários, a qual tende a gerar abusos, assimetrias e instabilidade. Explica Egon que:

Na medida em que a qualquer instante pode haver concorrentes, o concessionário histórico terá constantes exigências. Já o ingressante se submeterá a quando menos, duas ordens de regras: aquelas do poder autorizatório e as do respectivo mercado. Desta forma, confere-se ritmo mais apurado em determinados setores de interesse público, sem se curvar às estruturas monopolísticas e sem permitir que haja redução de um serviço tido constitucionalmente como público às vicissitudes dos mercados. Não se ingressa na cilada do regime público monopolístico nem na dos mercados não regulados.²⁸

Inclusive, no que concerne à concessão, afirma V. Moreira que já não configura mais instrumento adequado para viabilizar o acesso de privados à respectiva gestão, uma vez que é sinal de uma falta de separação suficiente entre as entidades que regulam e controlam o mercado e as que nele atuam. Nesse sentido, afirma que estando em causa uma atividade privada, devolvida ao mercado, o ato jurídico que permite o acesso ao seu exercício terá de integrar a família das autorizações administrativas.

E assim explica: “é justamente o caso das novas licenças com encargos de serviço público (v.g., setor de energia elétrica) ou de serviço universal (setor de telecomunicações), que, apesar de se afastarem de

²⁸ MOREIRA, Egon, 2010, p. 79.

algumas características típicas das autorizações permissivas, não deixam de integrar a figura geral das autorizações²⁹.”

A influência deste novo modo de gestão, todavia, não é regular em todos os setores em que se prevê a autorização. A própria natureza de determinadas atividades por vezes inviabiliza a possibilidade de concorrência, como é o exemplo dos setores de monopólio natural. Além do que, a partir do momento em que se tornou tecnicamente possível a separação entre rede e serviço, diversos setores optaram pelo emprego da concorrência apenas em certas fases da atividade e não mais no serviço como um todo. Assim, uma análise mais adequada dos efeitos da autorização deverá levar em conta necessariamente as particularidades de cada setor.

Entre os setores de grande relevância nesse contexto, está o de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, em que a autorização veio acompanhada da abertura dos respectivos mercados para novas prestadoras, a partir de uma relação concorrencial regulada, sob atuação permanente das agências reguladoras com a função de monitorar, garantir o funcionamento das atividades, impedir a degradação dos serviços, aumentar a qualidade, lutar pela universalização, proteger o consumidor, atuar contra os abusos do poder econômico e, principalmente garantir a concorrência.

4.2. Regulação e concorrência

Entre as principais vantagens apontadas para o emprego da autorização na outorga das atividades descritas nos art. 21 XI e XI e 223 da CF, está a implantação da concorrência em setores que até então estariam em certa zona de conforto. Como se sabe, todavia, o estabelecimento da concorrência não é uma consequência natural do ingresso de particulares ao mercado, dependendo de toda uma reorganização da forma de exploração, da criação de estruturas de mercados favoráveis e diversos outros mecanismos que dependerão da atuação constante das agências reguladoras.

²⁹ Posição que corrobora MOREIRA, Egon, 2010, p. 77.

Ao analisar a questão, com foco nos setores de telecomunicação, energia elétrica e petróleo, Ana Maria de Oliveira Nusdeo³⁰ aponta as principais medidas estabelecidas nas legislações setoriais para esta reestruturação destas atividades, que seriam a) o desmembramento de atividades complementares ou ligadas a uma mesma cadeia produtiva b) o estabelecimento da concorrência horizontal nas fases de prestação e exploração dos serviços c) a criação de regras para evitar a concentração ou monopolização de mercados.

No que se refere à primeira medida, observa a autora que as empresas estatais de energia elétrica foram desmembradas em quatro atividades: geração, transmissão, distribuição e comercialização, a serem desenvolvidas por empresas diferentes. Já no caso do petróleo, a emenda 9/95 permitiu com que a pesquisa, exploração de jazidas, refinação do petróleo, a importação e exportação dos derivados básicos do petróleo, o transporte do petróleo bruto e seus derivados pudessem ser explorados por investidores privados em concorrência com a estatal PETROBRÁS. Além do que, no caso do petróleo ressalta a autora que a própria comercialização, revenda e distribuição já podiam ser prestadas em regime de concorrência antes mesmo da emenda constitucional.

No campo das telecomunicações, aponta Ana Nusdeo que a lei 9472/97 permitiu com que os serviços fossem divididos em diferentes modalidades, podendo ser contratados separadamente pelos consumidores. A telefonia fixa, assim, seria objeto de uma contratação, a móvel de outra, a interurbana de outra e a internet de outra. Ressalva, entretanto, que algumas fases da prestação do serviço de telecomunicação permaneceram com características de monopólio natural, sendo imprescindível nesses casos a atuação das agências reguladoras.

³⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Relações de Concorrência e Consumo In: Direito Administrativo Econômico, coordenador Sundfeld, Carlos Ari. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 169-189.

Para estes casos, defende a autora que aquilo que a doutrina americana desenvolveu no conceito das *essential facilities*, deva também ser aplicado. Explica que o raciocínio deste sistema tem como ponto de partida àquelas atividades em que não existe a possibilidade de concorrência, mas o acesso é essencial à manutenção da competição em outras fases da mesma cadeia de produção ou prestação de serviços, funcionando como um “gargalo” do sistema. Diante deles a política pública deve garantir o acesso e a passagem dos agentes por esta zona de estrangulamento para que eles possam chegar ao destino e competir em outras atividades.

Casos típicos de impossibilidade de acesso podem ser observados na transmissão dos serviços de energia elétrica, no transporte na exploração do petróleo e na interconexão das telecomunicações. Outro aspecto importante com relação ao acesso se refere à possibilidade de compartilhamento de redes entre os setores, como no caso dos postes e redes de fio que são utilizados para transportar energia elétrica e poderiam ao mesmo tempo ser usados para passar sinais de telecomunicações, possibilitando, ao menos em tese, a concorrência entre os setores. Informa a autora que a questão foi objeto de discussão conjunta entre a ANATEL, ANEEL e ANP, tendo sido aprovado um regulamento para o uso compartilhado de infraestrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicação e petróleo³¹.

Como segunda medida para instauração da concorrência, Ana Nusdeo aponta o estabelecimento da concorrência horizontal, ou seja, da possibilidade de os clientes, consumidores ou usuários optarem entre diferentes fornecedores e prestadores. O setor das telecomunicações, neste aspecto, merece especial atenção, já que foi um dos precursores em utilizar a autorização como instrumento de viabilidade efetiva da concorrência. Para efeitos de regulação, a Lei 9472/97 define a intensidade da concorrência nas telecomunicações a partir da distinção estabelecida entre os serviços de interesse coletivo e os de interesse restrito.

³¹ Resolução Conjunta n.1, de 25.11.99.

Nos serviços de interesse restrito a prestação se dá em liberdade de concorrência quase plena não havendo controle de preços e estando submetida ao regime das autorizações, à qual a lei lhe atribui a natureza de ato vinculado, só podendo ser negada em caso de impossibilidade técnica ou quando o excesso de concorrentes possa comprometer a prestação do serviço. Além disso, a lei estabelece que as regulações administrativas devem observar a exigência da mínima intervenção na livre iniciativa dos autorizados.

Já na segunda hipótese, de estar em pauta o interesse coletivo, a prestação deve se submeter aos deveres de universalização e continuidade, ressaltando, contudo, que ainda nesses casos a legislação permite a prestação concomitante em regime público e privado³². Ressalta a autora que é justamente na articulação entre as prestações sob regimes diferentes que reside a possibilidade de concorrência, sendo que, de acordo com o Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo decreto 2.534/98, apenas a telefonia local e de longa distância foram tidas como de interesse coletivo.

Pois bem, nos casos em que se possibilita a atuação concomitante entre concessionárias e autorizadas, denominadas “empresas-espelho”³³, assume importância fundamental o papel das agências reguladoras. O que havia sido mencionado genericamente sobre a dificuldade de ingresso destas autorizadas em mercados já bem estabelecidos, efetivamente é o que ocorre nos serviços de telecomunicações. Observa Ana Nusdeo que as empresas em processo de entrada, embora pertençam a grupos de grande poder econômico entram em desvantagem competitiva, sendo necessárias regras que tendam a compensar estas desigualdades.

O sistema de telefonia fixa apresentou uma solução que se baseia no próprio regime jurídico das atividades. As empresas concessionárias, que detêm maiores vantagens decorrentes da antiguidade no mercado devem se submeter ao regime de direito público com deveres de universalização e

³² V. os arts. 62-64 da Lei 9472, de 1997.

³³ Esclarece a autora que são assim referidas em razão de serem concebidas para atuar na mesma área geográfica – o espelho geográfico – das concessionárias.

continuidade. A exigência de universalização, nesses casos, impõe a realização de investimentos em mercados menos interessantes, se apresentando como um ônus para as concessionárias.

Já as autorizadas, sob um regime de direito privado são livres deste tipo de ônus, porém têm de instalar suas redes para entrar em funcionamento. O que se procura é equilibrar as vantagens e desvantagens de umas com as outras, garantindo condições de paridade e possibilitando uma espécie de concorrência regulada.

Também o setor de energia elétrica tem apresentado incentivos no sentido de possibilitar a concorrência horizontal. É o caso da Lei 9074/95 que estabelece critérios para a progressiva liberação de consumidores no setor, a partir da redução do limite mínimo de consumo necessário para a definição de consumidores livres. Fala-se na meta de liberação dos consumidores residenciais que passariam a ter liberdade de escolha do seu fornecedor de energia. Da mesma forma verifica-se a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE)³⁴, que possibilita transações de compra e venda em um sistema interligado no mercado *spot* de energia.

Fazendo reserva às etapas de transmissão e distribuição de energia, que dependem de uma estrutura complexa e cara e não podem ser multiplicados, a autora acredita que nos setores de geração e comercialização a tendência, após um período de transição, será a livre concorrência entre concessionárias, autorizadas, produtores independentes e auto produtores.³⁵

Já no setor de exploração do petróleo, uma das medidas direcionadas à abertura do mercado e a concorrência veio com a emenda constitucional 8/95 que possibilitou as outorgas de concessão e autorização às atividades que até então constituíam monopólio da União. Assim como nas

³⁴ V. o art. 12 do Decreto 2.655, de 1998, que regulamenta o mercado atacadista de energia elétrica.

³⁵ São considerados produtores independentes as pessoas jurídicas ou consórcios de empresas que recebam concessão ou autorização do poder concedente para produzir energia elétrica destinada ao comércio. Os auto produtores, por sua vez, são geradores de energia que a produzem para consumo exclusivo em suas instalações industriais ou comerciais, admitindo-se a comercialização de excedentes.

telecomunicações, assevera Ari Sundfeld³⁶ que o setor petrolífero exige a utilização de instrumentos fortes que garantam o espaço a novos empreendedores no mercado. Com este objetivo a Lei do Petróleo estabelece diversas obrigações aos donos de instalações e infra estrutura a fim de ampliar as vias de acesso.

Também com intuito de possibilitar o direito de acesso da concorrência à infra estrutura de transporte, a Lei do Petróleo determinou que a PETROBRÁS, até então dona dos oleodutos no território nacional, criasse uma subsidiária específica de transporte que seria obrigada a contratar, em igualdade de condições, tanto com a sua controladora quanto com as demais competidoras do setor, já que as atividades de produção, distribuição e transporte passaram a funcionar separadamente.

Observa o autor que, se fosse depender da criação de infra estrutura pelos próprios agentes econômicos envolvidos na indústria do petróleo, isso inviabilizaria em grande medida a implementação da concorrência. Daí a importância da intervenção regulatória.

Por fim, como terceira medida no sentido de incentivar a concorrência, Ana Nusdeo aponta a criação de regras para evitar a concentração ou monopolização de mercados. Salienta que todo esse esforço de reorganização de estruturas seria inútil se alguns anos depois do processo de privatização os mercados voltassem a ser explorados em regime de monopólio, dessa vez pela iniciativa privada.

Com este objetivo, alguns diplomas legais que regulam os setores de energia elétrica, telecomunicação e petróleo, estabelecem regras para impedir a formação de monopólio no mercado. A Lei 9472/97, que disciplina as telecomunicações, como exemplo, proíbe que uma mesma pessoa explore, de forma direta ou indireta, uma mesma modalidade de serviço

³⁶ SUNDFELD, 2006, p. 395.

nos regimes público e privado³⁷, com ressalva a raras exceções, com condicionamentos bem restritos³⁸.

Neste ponto também exerce fundamental importância os órgãos de controle como CADE³⁹, à SDE e à SEAE, que têm a competência genérica para investigar, prevenir e reprimir atos lesivos à concorrência e devem articular em conjunto com as Agências Reguladoras. Estas por sua vez, atuam na instituição de regras para evitar a concentração, a exemplo do art. 3º, VIII da Lei 9427, de 1996 que institui a ANEEL e que prevê entre suas competências o estabelecimento de limites, restrições e condições para empresas, grupos empresariais e acionistas quanto à obtenção e transferências das concessões, permissões e autorizações, bem como à concentração societária e realização de negócios destas empresas entre si.

No que respeita ao relacionamento entre os sistemas de defesa de concorrência e os órgãos reguladores, a autora aponta dois aspectos a serem levados em conta: o primeiro seria a necessidade de assegurar uma aplicação uniforme e sistêmica do direito e das políticas concorrenciais em todo o território nacional, evitando com que as agências reguladoras apliquem suas medidas por conta, instaurando fragmentação e incoerência da política de concorrência. O segundo se refere ao aproveitamento das agências reguladoras dotadas de capacitação técnica, na solução de questões que envolvam grande especificidade técnica, abordadas pelos órgãos de controle⁴⁰.

Apresentado esse breve esboço de medidas que seguem ao ato autorizativo na outorga das atividades estatais é possível verificar que os

³⁷ Art. 68. Esclarece a autora que essa regra foi detalhada pelo art. 9º do Plano Geral de Outorgas, cujo § 2º veda a qualquer empresa, sua coligada ou controladora deter qualquer autorização dentre as previstas no inciso I (telefonia fixa local e de longa distância nacional) e no inciso II (longa distância nacional e internacional). O § 3º do mesmo artigo veda a qualquer empresa, sua controladora ou coligada a titularidade simultânea de concessão e de autorização para a prestação dos serviços de telefonia fixa.

³⁸ V. art. 87 da Lei 9472 de 1997.

³⁹ Art. 54 Lei 8884 de 1994 “Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

⁴⁰ ROCHA, Bolivar Moura. Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência In: *Revista do Instituto Brasileiro de Estudo das Relações de Concorrência e Consumo* – IBRAC 5/47-48, n. 7, 1998, p 47-48.

efeitos do ato para muito além de retirarem obstáculo ao exercício do particular, como se pretendia no exercício de polícia, refletem na constituição de diversas relações jurídicas entre particulares, Estado e outras delegatárias, sob auxílio tanto das agências reguladoras atuando na criação de condições paritárias de ingresso e permanência destas no setor, quanto pelos próprios órgãos de controle que visam coibir medidas anti-concorrenciais e lesivas.

Falar, portanto, que a autorização atua meramente no exercício de polícia é afirmação que há muito não se coaduna com a realidade das relações em que o instituto se insere. Por outro lado também, objetivar como que uma regra geral que todas as atividades constantes dos art. 21 XI e XII e 223 da CF sejam autorizadas é desconsiderar as particularidades de cada caso.

A autorização enquanto ato constitutivo de relações jurídicas exige do legislador todo um estudo de viabilidade concorrencial, de possibilidade de abertura econômica do setor, de conhecimento das fases e etapas da atividade, para que, diante do caso concreto o ato de outorga não se apresente apenas como instrumento de entrada, mas possa viabilizar a efetiva permanência do autorizado ao lado de concessionários, permissionários e outros concorrentes.

4.3. O setor petrolífero

No que atine ao setor petrolífero Ari Sundfeld afirma que a opção entre concessão e autorização encontra muito mais sentido no projeto de reformulação e quebra do monopólio de exploração, do que nas características internas de cada ato. Nada obstante, é possível observar que embora a legislação não mencione expressamente a natureza constitutiva do ato de outorga lhe atribui características típicas das autorizações constitutivas, como bilateralidade e a existência de obrigações mutuas entre particulares e Administração.

Quando aborda a quebra da exclusividade no setor petrolífero observa-se que o autor não atribui tanta relevância ao fato de algumas fases terem permanecido em monopólio mesmo após a redação do § 1º do art. 177

da CF (EC 9/95) e a edição da Lei do Petróleo em 1997, o que se justifica pelo fato de mesmo nestes casos continuar sendo possível a atuação privada, sob a regulação federal.

Para o objeto deste estudo, porém, a distinção permanece útil uma vez que a presença ou não do monopólio nos serviços influencia diretamente no instrumento possível ao acesso empresarial. Deste modo, para as atividades que permanecem em regime de monopólio, o legislador deve necessariamente optar pela concessão ou pela exploração direta, não podendo fazer uso da autorização, que só será adequada para os demais casos.

Entre as atividades passíveis de concessão estão a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades supracitadas; o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país; o transporte por meio de conduto de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; o processamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados. (CF, art. 177)

Observa Ari Sundfeld que a necessidade estratégica de se utilizar a concessão nas fases de exploração e produção do petróleo pode ser explicada pela conjunção de dois fatores: primeiro que os recursos envolvidos, no caso as jazidas, são escassos e segundo que o produto deles essencial à economia, sendo interessante a reserva para a União sobre a organização e utilização destes recursos por meio da concessão. Ressalva, entretanto, que a concessão à que se refere à Lei do Petróleo deve ser compreendida apenas no sentido geral da palavra, de outorga de privilégio e não no sentido específico atribuído por outras legislações.

Como a outorga de privilégios no Brasil deve ser pautada pelo princípio da igualdade, verifica-se que a Lei do Petróleo estabelece processo competitivo para os que objetivam ingressar ao setor, todavia este procedimento não corresponde ao previsto no art. 175 da CF, que prevê o

processo licitatório e é específico aos serviços públicos, conceito em que a produção e exploração do petróleo não se enquadram.

Da mesma forma, a Lei de concessões não se aplica ao caso, já que, para o autor, não se trata de concessão de serviço público, mas sim de outorga de outro tipo de privilégio. Além do que, observa que a concessão para a exploração do petróleo é abordada tão exaustivamente pela Lei do Petróleo que acaba afastando as previsões genéricas da Lei 8987, de 1994. Para a realização do certame, portanto, aplicam-se conjuntamente a Lei do Petróleo e normas sobre procedimento editadas pela Agência Nacional do Petróleo.

Já a autorização poderá ser usada para a importação e exportação de petróleo e derivados, para o refino de petróleo e o processamento de gás, o transporte e a distribuição de combustíveis líquidos entre outros. Nestes casos, uma vez concedida a autorização pelo Poder Público, o próprio ato de outorga compromete o autorizado à observância das condições estabelecidas na regulação, enfatizando a natureza constitutiva e mandamental do ato.

Todavia, considerando a tradição doutrinária em definir a autorização como ato unilateral, o dispositivo enseja discussão no campo da constitucionalidade, já que o § 1º do art. 177 da Constituição⁴¹ fala em contratação ao se referir à relação estabelecida entre União e as empresas privadas que venham atuar no setor. Ari Sundfeld, contudo, não corrobora este posicionamento.

Ao interpretar o dispositivo, afirma que o § 1º supõe a assunção tanto pela União quanto pela empresa privada de compromissos mútuos, o que pode ser representado pelo contrato mas também pela figura da autorização que, a seu ver, também representa ato negocial com carga de bilateralidade, de modo que, ao menos no que constitucionalmente importa, as características envolvidas são as mesmas. Verifica-se assim, que as observações corroboram com a natureza constitutiva da autorização, que

⁴¹ CF, art. 177 § 1º: “A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.”

supõe o surgimento de uma relação entre estado e particular, que não se exaure com do ato de outorga.

Outra característica que a doutrina tradicional costuma apontar é a precariedade do ato, pautada na possibilidade de revogação discricionária a qualquer tempo pela administração. Neste aspecto, assevera o autor que a autorização jamais esteve ligada na Constituição a idéia de instrumento necessariamente precário. As referências constitucionais ao instituto sempre foram neutras quanto à indicação do regime jurídico.

Da mesma forma, a idéia de precariedade não encontra fundamento no direito comparado, que registra um histórico multifacetado da expressão. Assim, embora para certas atividades a autorização se apresente como instrumento precário, entende-se ser totalmente possível que em outros casos ela assuma a natureza de outorga estável, desde que a lei assim estabeleça, pelo que conclui:

“Em suma, a autorização terá ou não a nota de precariedade segundo o que houver disposto a lei. Doutrina não é lei, como se sabe.”⁴²

Especialmente no setor do petróleo a legislação não parece ter pretendido submeter a autorização ao regime de instabilidade já que a política regulatória do setor, pautada justamente na liberdade de iniciativa e livre competição, se afigura incompatível com a idéia de instabilidade. Da mesma forma, quando a Lei utiliza a expressão “revogação”, salienta o autor tratar-se de um ato sancionatório e não meramente discricionário da retirada do particular do setor.

Com base nesta breve passagem pelo setor petrolífero, bem como pelas legislações setoriais de telecomunicações e energia é possível verificar que o ato de outorga para a exploração de atividades por particulares estatais assume complexidade muito maior do de que imagina, envolvendo não somente a retirada de obstáculo a direitos individuais, mas a própria constituição e regulação do exercício destes direitos. Diferente da autorização

⁴² SUNDFELD, 2006, p. 394.

de outrora, esta não declara um direito pré-existente, mas constitui o direito com a própria realização do ato, inserindo o particular no setor e o obrigando ao cumprimento de obrigações fixadas de modo permanente nas legislações.

A vinculação ou discricionariedade também não será elemento essencial, qualificador do ato, mas deverá vir constante das respectivas legislações setoriais, com vistas às peculiaridades de cada caso. Da mesma forma a precariedade não será regra, podendo a regulação empregar estabilidade ao ato de outorga. A compreensão do instituto assim, a partir da visão clássica de poder de polícia a muito se mostra incompatível com esta autorização, não podendo ser forçada na realidade em uma tentativa de conformar a teoria à prática.

Na medida em que a autorização se relaciona com o projeto de intervenção do Estado na economia, com a viabilidade prática de implantação da concorrência em setores estatais, com a evolução tecnológica e com o contexto econômico, a devida compreensão do instituto deve necessariamente considerar a realidade em que ela se insere, desde o estudo das legislações setoriais que a prevêm, a compreensão do modo de atuação pública contemporânea até a racionalidade das relações que se firmam entre particulares e Estado na prestação dos serviços passíveis de autorização.

CONCLUSÃO:

Retomando à problemática apontada inicialmente, verifica-se que as críticas direcionadas à autorização como instrumento destinado a burlar o processo licitatório e às normas de direito público, não coadunam com a função real do instituto, principalmente considerando o contexto econômico em que ele se insere.

Ao contrário do que se imagina, a não incidência do regime de direito público tem fundamento muito mais nas características das atividades passíveis de autorização do que propriamente na autorização em si. É que, embora a titularidade dos serviços previstos nos art. 21 e 223 da CF seja da União, isso não significa que o regime jurídico deva ser necessariamente de

direito público, conquanto se tratam de atividades econômicas (ausentes no critério material). Supor isto seria desconsiderar totalmente as transformações ocorridas no modo de atuação pública nos últimos tempos. Há muito que a administração tem atuado ao lado de particulares na prestação de atividades que antes realizava isoladamente e nem por isso estes novos prestadores devem se submeter ao regime jurídico do Estado.

Se o próprio atendimento de necessidades coletivas já não é em muitos casos realizado diretamente pelo poder público, que delega atividades no setor e passa a assumir responsabilidade de garante sobre a qualidade e universalização dos serviços, quiçá no que se refere às atividades econômicas. Neste setor, a tendência tem sido justamente a liberalização do mercado, o acesso às redes públicas e o fomento à concorrência. Assim, não há motivos para supor a aplicação de um regime de direito público para as atividades previstas nos artigos 21 XI e XII e 223 da Constituição, sobretudo nos casos em que se utiliza da figura da autorização.

Mas o maior receio dos que criticam instituto, reside na possibilidade de o legislador fazer uso da autorização, sem o procedimento licitatório, para outorga das mesmas atividades a que se sujeitam à concessão permissão. E esse receio, em grande parte, tem por fundamento a desconfiança do legislativo na utilização dos critérios de conveniência e oportunidade que pautarão a escolha do instrumento.

Com todo respeito, utilizando Ari Sundfeld, essa crítica parece ter muito de política e pouco de jurídica. Primeiro que essa decisão realmente tem de ser discricionária, tanto que quando houver interesse estratégico do Estado em permanecer com a atividade, ainda que a autorização apareça como opção, o legislador terá a faculdade de não utilizá-la, optando pela concessão, permissão ou pela própria prestação direta, sob regime direito público.

Segundo que não há motivo para tanta desconfiança. A autorização aqui assume natureza de ato constitutivo, o ato de outorga consubstancia nova condição ao particular que terá necessariamente que se submeter às imposições de uma legislação setorial rígida, além de enfrentar dificuldades de um mercado competitivo. Aqueles que procurarem na

autorização assim, um instrumento fugir às responsabilidades típicas de um regime de direito público, inevitavelmente se frustrarão, pois deste lado encontrarão inúmeras outras responsabilidades não menos exigentes.

Mas como vimos não é esse o objetivo do instituto. Fugindo aos muros da relação particular e Estado, a autorização objetiva beneficiar justamente o serviço e o particular que está de fora da relação, o qual se beneficiará com efeitos da concorrência, com a diminuição dos preços, com o desenvolvimento tecnológico e com o aumento das possibilidades de escolha. Além do que, poderá ele mesmo, eventualmente, ingressar no setor e passar a explorar a atividade como autorizado.

Acredita-se assim que não haveria de ter escolha melhor para este trabalho do que a autorização. A doutrina ainda costuma abordar o instituto com timidez, sob a justificativa de que – a autorização é figura menos complexa, de menor importância perto da concessão e permissão – mas não consideram o fato de ela representar um instrumento jurídico idôneo, que se afigura como uma ótima alternativa econômica para o Estado, que poderá se voltar à posição de garante, liberalizando atividades sem perder sua titularidade e controle; para o particular, que poderá atuar em novos setores econômicos aumentando o campo de exploração, e, principalmente, para os serviços, que sendo objeto de concorrência, tenderão a uma melhor qualidade e menor custo, como protagonista da relação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, ALMIRO DO COUTO E, *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público "À Brasileira"?* In: Revista de Direito Administrativo. n 230, 2002.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

SUNDFELD, CARLOS ARI. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MOREIRA, VITAL. *Estudos de Regulação pública: Os serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

CÂMARA, JACINTHO ARRUDA. *Tarifa das concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TÁCITO, CAIO. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BÉNOIT, FRANCIS PAUL. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.

POMPEU, CID TOMANIK. *Autorização administrativa*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

VASCONCELLOS, JOSÉ MATTOS DE. *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936.

MENEGALE, GUIMARÃES. *Direito Administrativo e ciência da administração*, Rio de Janeiro: Metrópole, 1939.

FORTI, UGO. *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I controlli dell'amministrazione comunale. Milano: Società Editrice Libreria, 1915.

LUCIFREDI, ROBERTO; COLETTI, GIUSEPPE. *Decentramento administrativo*. Torino: Utet, 1956.

SUNDFELD, CARLOS ARI. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006

NUSDEO, ANA MARIA DE OLIVEIRA. Relações de Concorrência e Consumo In: *Direito Administrativo Econômico*, coordenador Sundfeld, Carlos Ari. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ROCHA, BOLIVAR MOURA. Articulação entre regulação de infra estrutura e defesa da concorrência In: *Revista do Instituto Brasileiro de Estudo das Relações de Concorrência e Consumo – IBRAC* 5. n. 7, 1998.