

**ALEXANDRE WAGNER NESTER**

**AUTORIZAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Tese de Doutorado

Orientador Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2019**



**ALEXANDRE WAGNER NESTER**

**AUTORIZAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2019**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito Universidade de São Paulo

Nester, Alexandre Wagner

Título: Autorizações de Serviços Públicos/ Alexandre Wagner Nester;  
orientador Prof. Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal – São Paulo, 2019.  
198 p.

Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em  
Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.  
Versão original

1. autorização. 2. serviço público. 3. delegação de serviço público. 4. outorga  
de serviço público. I. TOJAL, Sebastião Botto de Barros, orient. II. Autorizações de  
Serviços Públicos.

NESTER, Alexandre Wagner. **Autorizações de Serviços Públicos**. 2019. 198 p.  
Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

Professor(a) Doutor(a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor(a) Doutor(a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor(a) Doutor(a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor(a) Doutor(a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor(a) Doutor(a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_



Para Marcelina, Augusto e Marina.





## AGRADECIMENTOS

Após concluir a graduação em direito UFPR (em 1996), levei dez anos para defender dissertação de mestrado naquela mesma Universidade (em 2006). Em seguida, depois de dois filhos, mais dez anos até me aventurar em uma tese de doutorando no Programa de Pós-graduação em Direito da USP (em 2016).

Acredito esses interregnos de tempo, em que tive a oportunidade de exercer vinte anos de advocacia, produzir alguns trabalhos e conviver com várias pessoas de excepcional inteligência, me permitiram adquirir alguma experiência e a segurança para enfrentar mais esse desafio. Modestamente, assim espero.

Então elaborei uma proposta, escolhendo um tema até certo ponto pouco explorado, que eu acredito ser altamente relevante para o desenvolvimento do Direito Administrativo atual e, especialmente, para o desenvolvimento do país: as autorizações como instrumento de delegação de serviços públicos.

Submeti a proposta ao exame seletivo da Faculdade de Direito da USP e fui aprovado. A primeira reação foi de euforia, felicidade e orgulho. Em seguida, a dura realidade. Tenho que desenvolver uma tese. E aqui estou.

O primeiro agradecimento eu devo ao Professor Sebastião Botto de Barros Tojal, que aceitou me orientar nessa tarefa. Obrigado pela confiança, que gerou para mim a oportunidade única de estar aqui, entre os melhores, nesta tradicional Faculdade de Direito, defendendo minhas ideias. Uma grande honra.

Agradeço também aos demais Professores da Faculdade de Direito da USP e aos colegas, pela convivência e pelo aprendizado. Foram momentos que ficarão guardados.

Dedico agradecimento especial ao Professor Egon Bockmann Moreira, pelo inestimável apoio. A sua amizade, disponibilidade e incentivo foram essenciais. O verdadeiro mestre ensina a nunca desistir. Te devo mais essa.

Também agradeço ao meu grande amigo Professor Alexandre Ditzel Faraco, por me ajudar a clarear as ideias e encontrar o rumo para o raciocínio aqui desenvolvido.

Registro ainda a gratidão aos meus sócios e demais amigos do escritório (com destaque para Isabella, Mônica e Marina, pela ajuda com os arquivos), com os quais tenho a honra de dividir os dias de labuta. Além do exemplo e do constante incentivo, me permitiram dispor do tempo necessário para desenvolver este trabalho.

Por fim, agradeço aos meus pais, João e Rita, pelo exemplo e pelo amor (e também pelas revisões do português).

E agradeço de coração à minha querida família: minha esposa Marcelina, parceira para tudo, e meus filhos Augusto e Marina, orgulho infinito. Vocês dão sentido a tudo o que faço. Obrigado por estarem sempre lá, nos momentos mais críticos, sempre me ajudando a prosseguir.

## RESUMO

O tema central que se pretende desenvolver envolve as *autorizações* expedidas pela Administração Pública em favor de particulares para a prestação de determinadas atividades que, em princípio, são qualificadas pelo ordenamento jurídico como serviço público. Essas atividades constam do artigo 21, incisos XI e XII, da Constituição como competência da União e podem ser delegadas a particulares mediante concessão, permissão ou autorização, sem a exigência de licitação. A interpretação sistemática desse dispositivo deve ser feita em cotejo com os preceitos da Ordem Econômica, em especial o do artigo 175 da Constituição, que estabelece o dever do Poder Público prestar serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação. Para tanto, o trabalho procura explicar a evolução da noção de autorização da doutrina jurídica brasileira, desde a concepção tradicional (que concebe a autorização como ato administrativo unilateral e discricionário de caráter precário, praticado no exercício do poder de polícia, pelo qual se faculta a particulares o exercício de determinada atividade matéria) até a noção mais atual, extraída do artigo 21 da Constituição e da legislação infraconstitucional editada para determinados setores da economia (que enxerga a autorização como mecanismo de outorga de determinados serviços públicos a particulares). O objetivo é verificar no que consistem essas *autorizações de serviços públicos* e explicar a razão pela qual a Constituição de 1988 previu essas três possibilidades de outorga para essas atividades específicas, alçadas à competência da União.

**Palavras-chave:** autorização; serviço público; delegação de serviço público; outorga de serviço público.



## ABSTRACT

The central theme that will be analyzed is related to the authorizations issued by the Public Administration in favor of individuals for the provision of certain activities that, in principle, are qualified by the legal system as public service. These activities are mentioned in article 21, items XI and XII, of the Constitution, as being of the Federal Government's competence, hence they can be delegated to individuals through concession, permission or authorization without the requirement of bidding. A systematic interpretation of this provision must be made in accordance with the constitutional rules of Economic Order, in particular, that of article 175, which establishes the duty of the public administration to provide public services, either directly or by means of a concession or permit system, and always through biddings. In order to do so, this study seeks to explain the evolution of the notion of authorization under Brazilian legal doctrine, from the traditional conception (which conceives authorization as an unilateral and discretionary administrative act of precarious character, practiced in the exercise of police power, by which it is allowed to certain individuals, the exercise of a specific activity) to the most current notion drawn from article 21 of the Constitution and the infra-constitutional legislation published for certain sectors of the economy (which sees authorization as a mechanism for granting certain public services to individuals). The objective is to verify what these public service authorizations comprise and explain why the Constitution of 1988 provided for these three possibilities for granting these specific activities, which are within the competence of the Federal Government.

**Keywords:** authorization; public service; delegation of public service; granting of public service.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>17</b>
1.1 O TEMA A SER ANALISADO .....	20
1.1.1 A Ordem Econômica na Constituição.....	20
1.1.2 A atividade prestacional do Estado .....	21
1.1.3 Atividades privadas sujeitas a autorização.....	22
1.1.4 Autorização no sentido tradicional .....	22
1.1.5 Autorização relacionada com a prestação de serviços públicos .....	23
1.1.6 O teor do art. 21, incs. XI e XII, da Constituição.....	24
1.1.7 Afastamento da teoria da “imprecisão técnica” .....	25
1.2 AS PRINCIPAIS QUESTÕES A SEREM ANALISADAS.....	26
1.3 A PROPOSTA METODOLÓGICA .....	27
1.3.1 Cortes epistemológicos necessários.....	27
1.3.2 Perspectivas de estudo.....	28
1.3.3 Divisão do trabalho.....	28
<b>2 A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO .....</b>	<b>31</b>
2.1 AUSÊNCIA DE UMA DEFINIÇÃO PRECISA E ABRANGENTE DE SERVIÇO PÚBLICO .....	31
2.2 TRÊS ASPECTOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO .....	35
2.3 O NÚCLEO DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO PARA O CONTEXTO BRASILEIRO ATUAL .....	41
2.4 A DISTINÇÃO ENTRE SERVIÇO PÚBLICO E MONOPÓLIO .....	42
2.5 A DISTINÇÃO (E A APROXIMAÇÃO) ENTRE SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA “EM SENTIDO ESTRITO” .....	45
2.6 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E SERVIÇO PÚBLICO COMO OBRIGAÇÃO DO ESTADO .....	51
2.7 UM CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO .....	56
<b>3 AUTORIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>61</b>
3.1 AS MODALIDADES DE DELEGAÇÃO PREVISTAS NO TEXTO CONSTITUCIONAL .....	61
3.2 AUSÊNCIA DE DISCIPLINA UNIFORME.....	63

3.3 A AUTORIZAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES .....	65
3.4 A AUTORIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	66
3.5 A AUTORIZAÇÃO NO DIREITO POSITIVO .....	68
3.5.1 Exercício de atividades privadas potencialmente.....	68
3.5.2 O setor de telecomunicações .....	69
3.5.3 O setor de energia elétrica .....	72
3.5.4 O setor portuário.....	74
3.5.5 O setor aeroportuário .....	77
<b>4 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE AUTORIZAÇÃO NA DOUTRINA BRASILEIRA.....</b>	<b>79</b>
4.1 O CONCEITO DE AUTORIZAÇÃO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	81
4.1.1 As principais referências doutrinárias .....	82
4.1.2 O princípio da evolução.....	86
4.2 O CONCEITO DE AUTORIZAÇÃO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	87
4.3 A DIFICULDADE DECORRENTE DA REDAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	96
4.4 A SOLUÇÃO DA DOUTRINA TRADICIONAL.....	99
4.5 A EVOLUÇÃO A PARTIR DE NOVOS ENFOQUES.....	107
4.5.1 O pensamento de CARLOS ARI SUNDFELD (2000) .....	108
4.5.2 O pensamento de DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTTI (2000) .....	110
4.5.3 O pensamento de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO (2000)..	111
4.5.4 O pensamento de ALMIRO DO COUTO E SILVA (2002).....	117
4.5.5 O pensamento de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (2002).....	119
4.5.6 O pensamento de ALEXANDRE DITZEL FARACO (2003).....	120
4.5.7 O pensamento de SARA JANE LEITE DE FARIAS (2005).....	121
4.5.8 O pensamento de MARCOS AUGUSTO PEREZ (2006) .....	122
4.5.9 O pensamento de JACINTHO ARRUDA CÂMARA (2007) .....	123
4.5.10 O pensamento de JUAREZ FREITAS (2008) .....	124
4.5.11 O pensamento de VITOR RHEIN SCHIRATO (2008) .....	125
4.5.12 O pensamento de ROMEU FELIPE BACELLAR (2009) .....	129
4.5.13 O pensamento de GIOVANNA MAYER (2009).....	129
4.5.14 O pensamento de VERA MONTEIRO (2010).....	130
4.5.15 O pensamento de EGON BOCKMANN MOREIRA (2010) .....	133
4.5.16 O pensamento de JULIANE ERTHAL DE CARVALHO (2015).....	136



4.5.17 O pensamento de MARÇAL JUSTEN FILHO (2017) .....	137
4.5.18 O pensamento de GUSTAVO BINENBOJM (2017) .....	139
4.5.19 O pensamento de SERGIO FERRAZ e AMAURI FERES SAAD (2018)....	140
<b>5 AUTORIZAÇÃO COMO UM INSTITUTO EM EVOLUÇÃO.....</b>	<b>145</b>
5.1 A NOÇÃO DE AUTORIZAÇÃO EM DIFERENTES PERSPECTIVAS .....	145
5.2 O VERDADEIRO PAPEL DA DOCTRINA .....	145
5.3 A EVOLUÇÃO DA DOCTRINA .....	147
5.4 SUPERAÇÃO DO CONCEITO TRADICIONAL .....	148
<b>6 AS AUTORIZAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....</b>	<b>151</b>
6.1 AUSÊNCIA DE UM CONTEÚDO JURÍDICO ÚNICO .....	151
6.2 A AUTORIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DELEGAÇÃO .....	152
6.2.1 Autorização como uma categoria <i>sui generis</i> de outorga .....	153
6.2.2 Disciplina jurídica definida por Lei .....	155
6.2.3 Autorização e regulação .....	156
6.2.4 A natureza do ato de outorga .....	157
6.2.5 A questão da licitação .....	159
6.3 A FRAGMENTAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS E A MULTIPLICIDADE DE DISCIPLINAS JURÍDICAS .....	162
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>165</b>
7.1 PREMISSAS .....	165
7.1.1 O universo das atividades econômicas.....	165
7.1.2 As disciplinas jurídicas possíveis.....	165
7.1.3 O princípio da subsidiariedade .....	166
7.1.4 As formas de delegação de serviços públicos a particulares .....	167
7.1.5 Ausência de regime jurídico único .....	168
7.2 CONCLUSÕES.....	169
7.2.1 Primeira conclusão: autorização entre dois extremos.....	169
7.2.2 Segunda conclusão: autorização como instrumento de outorga da atividade e de sua titularidade.....	170
7.2.3 Terceira conclusão: autorização como instrumento de concorrência ..	171
7.2.4 Quarta conclusão: autorização como mecanismo de flexibilização da atuação estatal.....	175
7.3 O DISPOSITIVO DO ARTIGO 21 DA LEI 13.334/2016 (PPI).....	177

7.4 SÍNTESE CONCLUSIVA.....	179
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>183</b>

## 1 INTRODUÇÃO

É notório que o desenvolvimento da economia brasileira enfrenta óbices decorrentes dos chamados gargalos na infraestrutura. A falta de investimentos, especialmente nos empreendimentos de longo prazo, tem afetado de forma generalizada o setor produtivo nas últimas décadas. E é pacífico que o Poder Público não pode enfrentar e resolver essas carências sem contar com a parceria da iniciativa privada.

Isso vem sendo concretizado no Brasil desde as profundas alterações promovidas no plano constitucional e infraconstitucional durante a década de 1990, por meio das quais operou-se verdadeira alteração de paradigma do papel do Estado na Ordem Econômica, com a passagem de uma Administração Pública com perfil “burocrático-patrimonialista” para uma de perfil “gerencial”.<sup>1</sup>

Essas mudanças resultaram na implementação de um novo modelo regulatório, com a retirada do Estado do cenário econômico em determinados setores, especialmente em decorrência das privatizações. Em consequência, além de produzirem uma evidente redução do Estado – com o Estado Empresário dando lugar ao Estado Regulador – permitiram a implementação de um modelo econômico calcado na eficiência administrativa – com o *princípio da eficiência* incorporado ao *caput* do art. 37 da Constituição através da Emenda Constitucional n.º 19/1998.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Já tivemos a oportunidade de expor esse fenômeno em: NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência: Compartilhamento de Infra-Estruturas e Redes*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 60-77.

<sup>2</sup> LUIZ ROBERTO BARROSO sintetiza as “três transformações estruturais” decorrentes dessas reformas econômicas: (i) primeira foi a transformação substantiva da Ordem Econômica através da extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro (Emendas Constitucionais n.º 6 e n.º 7, ambas de 15/08/1995; Emenda Constitucional n.º 36, de 28/05/2002); (ii) a segunda foi a “linha de reformas que modificaram a feição da ordem econômica brasileira dos a chamada *flexibilização dos monopólios estatais*”, nos setores de gás canalizado, telecomunicações, radiodifusão, petróleo e gás natural (Emendas Constitucionais n.º 5 e n.º 8, ambas de 15/08/1995; e Emenda Constitucional n.º 9, de 09/11/1995); (iii) a terceira foi a privatização implementada pelo PND – Programa Nacional de Desestatização, que implicou a alienação “do controle de entidades estatais, tanto as que exploram atividades econômicas como as que prestam serviços públicos” e “a concessão de serviços públicos a empresas privadas” (Lei 8.031/1990, posteriormente substituída pela Lei 9.491/1997; Lei 8.987/1995 e Lei 9.074/1995) (Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 229/285, jul./set. 2002).

Por essa razão, o Direito Administrativo brasileiro vem passando por mudanças igualmente significativas, com profunda alteração dos modelos de relação do Estado com as pessoas privadas, especialmente no que diz respeito à delegação de atividades de relevante interesse coletivo, qualificadas como serviço público.

Tornou-se usual a referência ao modelo Estado Regulador: o Estado que atua para dirimir as diferenças entre os agentes do mercado (que passam a atuar com mais liberdade) e promover a concorrência (inclusive no âmbito de serviços tradicionalmente desenvolvidos em regime de serviço público com exclusividade), com vistas à realização dos objetivos de interesse coletivo contemplados pelo Estado Democrático de Direito.<sup>3</sup>

Embora essa forma de atuação estatal não tenha sido tomada como prioridade pelas últimas gestões públicas no Brasil – o que inevitavelmente acabou contribuindo para aumentar ainda mais as carências na infraestrutura e no desenvolvimento da economia brasileira – parece claro que o ordenamento jurídico não sofreu alterações que permitam abandoná-la.

Ao contrário, o desenho fornecido pela Constituição de 1988 para a Ordem Econômica reclama que sejam postas em prática as parcerias entre Poder Público e iniciativa privada, de modo a fazer frente às necessidades coletivas que exigem empreendimentos de grande porte e demandam investimentos de longo prazo de maturação.

Porém, a experiência prática tem demonstrado que os instrumentos jurídicos tradicionais são insuficientes para suprir essas necessidades. Os regimes de permissão e de concessão – tanto das concessões comuns da Lei 8.987/1995, quanto das concessões patrocinadas e administrativas (PPPs) previstas na Lei 11.079/2004 – não oferecem ferramentas jurídicas capazes de resolver todas as questões que

---

<sup>3</sup> Eis um breve resumo desse “novo” modelo de Estado: “O novo papel do Estado, enquanto regulador, implica no abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade. Enquanto na perspectiva do Estado liberal incumbe ao poder público assegurar as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado e no Estado social inverte-se este papel, passando a atividade estatal a prover necessidades coletivas, ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que um mero garantidor de pré condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de ‘mediador ativo’ de interesses” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: IBDP, n. 1, fev./mar./abr. 2005, p. 4).

surgem em razão da complexidade e da dinamicidade de determinados setores da economia.

Nesse contexto, é imprescindível a busca por um novo arsenal, que permita a prestação eficiente das atividades qualificadas como serviços públicos, com a colaboração da iniciativa privada, inclusive por meio da instituição de regimes concorrenciais entre diferentes operadores privados.

Isso se aplica especialmente em relação aos serviços elencados no artigo 21, incisos XI e XII, da Constituição, cuja prestação envolve infraestruturas complexas, que tradicionalmente foram organizadas e exploradas sob o regime de direito público, diretamente pela Administração Pública ou indiretamente mediante delegação.

Há algum tempo – e cada vez mais – tem se tornado necessário valorizar a participação da iniciativa privada e a adoção de modelos concorrenciais para o desenvolvimento determinados setores da economia. E a configuração que vem sendo historicamente adotada não elimina a possibilidade de a iniciativa privada explorar essas atividades por meio de instrumentos diversos da concessão e da permissão.

Ao contrário, essa possibilidade não apenas é admitida pelo ordenamento jurídico, como vem sendo cada vez mais cogitada em razão da evolução tecnológica, da obsolescência dos mecanismos estatais e, conseqüentemente, da crescente necessidade de o Estado valer-se dos instrumentos próprios da iniciativa privada para a satisfação dos seus objetivos.

Reflete o que FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO alinhavou como a superação do paradigma bipolar do Direito Administrativo (ilustrado por Giannini e Cassese), de modo que o indivíduo deixa de ser tratado apenas como cidadão/administrado/usuário, para ser considerado *parceiro* da Administração Pública, ou seja, um agente cuja colaboração é essencial para a consecução das funções do Estado-Administração.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Assim: “o direito administrativo não pode mais ser explicado a partir da oposição Estado/indivíduo própria do paradigma bipolar. O Estado depende dos indivíduos para cumprir seu papel. E só existe para assegurar direitos fundamentais que são titularizados pelos cidadãos” (A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. *In*: SUNDFFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Coord.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 409).

A autorização para prestação dos serviços públicos mencionados nos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição consiste em uma das modalidades disponíveis para alcançar esses objetivos, nos setores expressamente previstos, ao lado dos modelos da concessão e da permissão.

## 1.1 O TEMA A SER ANALISADO

O tema que se pretende desenvolver envolve as *autorizações* expedidas pela Administração Pública em favor de particulares para a prestação de determinadas atividades que, em princípio, são qualificadas pelo ordenamento jurídico como serviço público.

### 1.1.1 A Ordem Econômica na Constituição

O ponto de partida para o raciocínio a ser desenvolvido reside na compreensão do sistema econômico capitalista consagrado pela Constituição de 1988, que pressupõe, conforme usualmente desenvolvido pela doutrina, a coexistência de dois sistemas econômicos (o privado e o público)<sup>5</sup>, bem como no processo de aproximação entre essas duas esferas e, até mesmo, de superação dessa dicotomia em determinados casos.

O sistema econômico privado envolve a propriedade privada dos meios de produção: as atividades em que predomina a liberdade de iniciativa, de investimento, de organização e de contratação.

Nesse setor, as atividades econômicas são desempenhadas com base nos princípios descritos no artigo 170 da Constituição, com respeito à regulação estatal desenvolvida em cumprimento do artigo 174. Trata-se do campo próprio para o exercício da livre iniciativa privada, em que predomina a intervenção indireta (ainda que intensa) do Estado no domínio econômico.

Já o sistema econômico público envolve a iniciativa estatal no desempenho de determinadas atividades definidas pelo ordenamento jurídico como relevantes para a coletividade ou para a Nação.

---

<sup>5</sup> Confira-se o resumo sistematizado por EGON BOCKMANN MOREIRA: *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 59-60.

Nesse setor, que é excepcional em relação ao primeiro, vigora a exclusividade da competência estatal e a exclusão da atuação privada direta e espontânea. Predomina a intervenção do Estado no domínio econômico. Trata-se do setor regulado da economia, onde a iniciativa privada fica restrita às hipóteses de transferência expressamente permitidas pela Constituição e delineadas por Lei.

Contudo, não se olvida que as fronteiras entre esses dois campos têm se diluído nas últimas décadas em razão da evolução econômica e do avanço tecnológico. Esse fenômeno vem sendo assimilado pelo ordenamento jurídico. Cada vez mais vem se observando uma aproximação entre os regimes de prestação dos serviços tradicionalmente classificados como serviços públicos e as demais atividades econômicas.<sup>6</sup>

### 1.1.2 A atividade prestacional do Estado

A atividade estatal, dentro do segundo sistema econômico acima indicado, envolve a função administrativa prestacional e se traduz em especial pelo instituto do serviço público, conforme disposto no artigo 175 da Constituição.

Porém, também envolve o desempenho de outras atividades econômicas não qualificadas como serviço público, conforme disposto no artigo 173 – tanto aquelas autorizadas e disciplinadas pelo artigo 173, § 1º, desempenhadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista em regime de concorrência com particulares, quanto aquelas previstas no artigo 177, exercidas em regime de monopólio público.

Nesses casos, para atingir os seus objetivos e dar cumprimento aos seus deveres, a Administração Pública ora vale-se do direito privado e atua em regime de concorrência (mas sem se deixar contaminar por todas as características desse regime: daí a se falar em regime de “direito privado administrativo”)<sup>7</sup>, ora vale-se do

---

<sup>6</sup> Ver: MARQUES NETO Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 46, abr./jun. 2014; e SCHITARO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 132-135.

<sup>7</sup> Entende-se que nesse caso o regime ao qual a atividade se submete é híbrido, de direito privado administrativo, em que “o Estado atinge fins públicos, definidos em normas de direito público, mas por meio de atos e negócios jurídicos submetidos ao regime de direito privado” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 62). Ou seja, trata-se uma atividade

direito de exclusividade, mediante a criação de monopólios públicos que excluem completamente a concorrência.<sup>8</sup>

### 1.1.3 Atividades privadas sujeitas a autorização

Por outro lado, existem algumas atividades próprias do setor privado que podem estar sujeitas ao cumprimento de determinados requisitos definidos em Lei, a serem examinados e fiscalizados pelo Poder Público, conforme autorizado pelo parágrafo único do artigo 170 da Constituição.

Nessas hipóteses, em razão das características especiais da atividade (a sua “relevância pública” ou o “interesse público” envolvido), a Lei estabelece uma barreira de entrada: fixa pressupostos que, uma vez cumpridos, autorizam o particular a exercer o seu direito de livre iniciativa.

Assim, nos termos da Lei, o Poder Público expede *autorização* prévia para o particular explorar a atividade e, posteriormente, pode exercer controle sobre essa atuação. Contudo, isso não atinge a natureza da atividade nem altera o regime jurídico (de direito privado) sob o qual ela se desenvolve.

### 1.1.4 Autorização no sentido tradicional

Esse tipo de *autorização* é o que mais se aproxima da definição tradicional: “ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada”.<sup>9</sup>

---

formalmente, mas não materialmente privada, que se submete a “direito privado especial da Administração” (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STROBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Vol. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 314).

<sup>8</sup> Atividades de interesse econômico que são apropriadas pelo Estado por motivos de cunho político (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 769).

<sup>9</sup> MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 560-561. Para MARÇAL JUSTEN FILHO: “Segundo a definição tradicional, a autorização é um ato administrativo editado no exercício de competência discricionária, tendo por objeto o desempenho de uma atividade privada, o exercício de um direito ou a constituição de uma situação de fato, caracterizada pelo cunho de precariedade e revogabilidade a qualquer tempo” (*Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 337). Mas não se olvida do entendimento corrente na doutrina no sentido de que as autorizações por prazo determinado deixam de ser precárias e dão direito à indenização, sendo chamadas de “autorizações qualificadas”. Nesse sentido, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO explica que “nada há em lei ou na Constituição que



Traduz exercício do poder de polícia administrativa, ou seja, a competência da autoridade estatal para, em nível infralegal, disciplinar e limitar o exercício da autonomia privada.

### 1.1.5 Autorização relacionada com a prestação de serviços públicos

Mas existe outra figura a ser considerada. Trata-se da *autorização* relacionada com a prestação de atividades qualificadas como serviços públicos. É essa noção de *autorização* que integra o objeto do estudo ora proposto.<sup>10</sup>

Conforme previsto no artigo 175 da Constituição e na Lei 8.987/95, os serviços públicos podem ser prestados diretamente pela Administração Pública ou indiretamente por particulares, por meio de concessão ou permissão, sempre mediante prévia licitação.

Porém, a Constituição também estabelece extenso rol de tarefas de competência da União, possibilitando que elas sejam executadas ou diretamente ou por particulares, em três modalidades: concessão, permissão e *autorização*.

Logo, embora o artigo 175 não aponte a *autorização* como uma das formas de transferência da prestação de serviços públicos a particulares, há outros dispositivos constitucionais que a ela se referem como um requisito para a prestação de determinadas atividades que também são qualificadas, em princípio, como serviços públicos.

A respeito, EGON BOCKMANN MOREIRA explica que:

Apesar de não existir definição expressa a respeito, estas tarefas federais são usualmente qualificadas como serviços públicos – o que advém da interpretação sistemática do texto constitucional, a qual subordina a técnica concessionária e permissionária aos serviços

---

*determine ser a autorização necessariamente precária e vulnerável. Na doutrina mais abalizada, por seu turno, colhe-se entendimento exatamente contrário*” (Regime Jurídico dos Bens Públicos Empregados na Geração de Energia. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 232, 2003, p. 345.

<sup>10</sup> Existe ainda outra acepção do termo *autorização* – que extrapola o objeto do tema proposto – relacionada com a utilização de bem público por particulares. Nesse caso, a *autorização* é definida como o “*ato administrativo unilateral e precário, pelo qual a Administração Pública atribui a um particular a faculdade de usar transitoriamente um bem público de modo privativo ou exacerbado*” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 1.189).

públicos (art. 175). Onde está escrito “exploração direta, concessão e permissão”, lê-se “serviços públicos”.<sup>11</sup>

Logo, é usual se afirmar que existe uma reserva constitucional de direito público para as atividades que são alçadas de forma expressa à competência da União. Consequentemente, mesmo quando essas atividades forem objeto de *autorização*, o seu exercício:

não verga o regime de direito privado administrativo nem instala a racionalidade de mercado “puro-sangue”. Por isso que não tem qualquer valia para o Direito Brasileiro dar-lhes o apelido de “serviços públicos econômicos” ou ‘serviços econômicos de interesse geral’ (ou coisa que o valha). No limite, só uma reforma constitucional pode desestatizá-las em sentido substancial.<sup>12</sup>

O raciocínio a ser desenvolvido no presente trabalho acompanha esse entendimento, mas com a pretensão de dar um passo adiante.

#### **1.1.6 O teor do art. 21, incs. XI e XII, da Constituição**

No que se refere às situações em que não existe previsão constitucional para transferência mediante autorização, não há dúvidas que se aplica o artigo 175 da Constituição: exploração direta ou indireta mediante concessão ou permissão do serviço público, sempre mediante licitação.

Todavia, nos casos em que a Constituição admite também a *autorização* de atividades qualificadas como serviço público, reputa-se não ser suficiente – ou adequada – a solução usualmente conferida pela doutrina, consistente em afirmar que se trata de hipótese de mera *licença*<sup>13</sup>, ou mesmo de mero mecanismo de *regulação estatal* sobre a atividade privada<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 63-64.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 64, nota 71.

<sup>13</sup> Definida como o “ato administrativo editado no exercício de competência vinculada, por meio do qual a Administração Pública formalmente declara terem sido preenchidos os requisitos legais e regulamentares exigidos e constitui o direito de um particular ao exercício de uma profissão ou atividade privada determinadas” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 336).

<sup>14</sup> Defende-se uma compreensão de *regulação* semelhante à preconizada por CARLOS ARI SUNDFELD: uma “espécie de intervenção estatal” que se manifesta “tanto por poderes e

Essa hipótese coincide com a previsão dos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição, em que se estabelece expressamente a *autorização* – ao lado da concessão e da permissão – como uma das formas de outorga da prestação dos seguintes serviços de competência da União: telecomunicações; radiodifusão sonora, e de sons e imagens; serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos de água; navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária; transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; portos marítimos, fluviais e lacustres.

### 1.1.7 Afastamento da teoria da “imprecisão técnica”

Refuta-se, por não parecer suficiente, a solução conferida por parte da doutrina no sentido de afirmar que a *autorização* prevista nos incisos XI e XII do artigo 21 traduziria uma “imprecisão técnica” do texto constitucional.<sup>15</sup>

O tema será analisado de forma mais detida adiante. Por ora, é suficiente afirmar o entendimento no sentido de que essa previsão constitucional caracteriza, na realidade, uma terceira hipótese de transferência de serviços públicos a particulares, resultante da evolução da interpretação da Constituição, nos termos previstos na legislação e em vista das novas necessidades impostas pela evolução dos fatos.<sup>16</sup>

---

ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.)” (Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 18).

<sup>15</sup> Essa linha de raciocínio é defendida por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012), conforme bem explica JACINTHO ARRUDA CÂMARA a propósito das autorizações previstas na Lei Geral de Telecomunicações (Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 588).

<sup>16</sup> Afinal: “Não há significação na Constituição em si mesma, como um mero conjunto de palavras. Suas virtudes podem ser reconhecidas apenas no contexto da sociedade que a produziu e a quem disciplinará. Não é possível defender a cristalização da Constituição, em termos de imutabilidade, porque a sociedade não é estática. A ebulição social se comunica ao direito. Talvez se pudesse afirmar que essa dinâmica social abrange de modo insuscetível

São atividades que pertencem ao setor público e podem eventualmente ser prestadas por particulares, conforme determinado por Lei, mediante *autorização*. A identificação e a delimitação dessa hipótese de *autorização*, assim como da disciplina jurídica à qual se submetem no sistema jurídico brasileiro, compõem o tema objeto da tese ora proposta.

## 1.2 AS PRINCIPAIS QUESTÕES A SEREM ANALISADAS

O objetivo da tese consiste em verificar, em contraponto com a doutrina tradicional, dentro do contexto da Constituição de 1988, se existe a possibilidade de prestação das atividades qualificadas como serviços públicos pelos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição por agentes privados, mediante *autorização*, sob uma disciplina jurídica específica (híbrida ou exclusivamente de direito privado).

Preende-se avaliar a viabilidade, no ordenamento jurídico nacional, da convivência entre serviços públicos concedidos, permitidos e autorizados, cada qual com suas características próprias e sua própria disciplina jurídica.

Em última análise, o que se busca é identificar no que consistem essas *autorizações de serviços públicos* e explicar a razão pela qual a Constituição de 1988 previu essas três possibilidades de outorga para essas atividades específicas, alçadas à incumbência da União.

Um ponto a ser resolvido preliminarmente consiste em estabelecer uma noção de serviço público, identificada a partir do princípio da subsidiariedade da atuação estatal, bem como a sua distinção do serviço público tradicional e das atividades que constituem monopólio estatal.

A partir dessa investigação, abre-se um conjunto enorme de implicações, podendo-se indagar se existe um conteúdo jurídico mínimo para o serviço público prestado em regime de direito privado; ou se a autorização para prestação de serviço público sob regime de direito privado é um ato administrativo unilateral ou um contrato; se existe (e qual seria) a diferença entre o serviço público de direito privado e os antigos serviços públicos virtuais; ou se incide nesses casos a regra constitucional da obrigatoriedade da licitação.

---

de segregação, o próprio direito.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 289).

Dentro desse universo de possibilidades, elegem-se algumas questões principais a serem analisadas e respondidas, que são basicamente as seguintes: no contexto da Constituição de 1988, existe a possibilidade da exploração de serviços públicos por particulares mediante autorização? A exploração de serviços qualificados em princípio como serviços públicos, por particulares, mediante autorização, submete-se a uma disciplina jurídica única? Existe uma noção unívoca para a autorização expedida nessas hipóteses? Mais ainda: no que consistem as autorizações previstas no artigo 21 da Constituição de 1988? Afinal, para que elas servem? Qual o seu objetivo no contexto atual?

Em análise preliminar, entende-se que a resposta para a primeira questão é afirmativa. A resposta para a segunda questão, por sua vez, é no sentido de admitir a possibilidade de convivência de mais de uma disciplina jurídica para os serviços públicos explorados por particulares mediante autorização. Por fim, a resposta à terceira indagação é negativa, pois parece ser possível admitir-se a existência de diferentes autorizações no ordenamento jurídico brasileiro, a depender da situação concreta de que se trate e da respectiva disciplina jurídica. As demais questões permanecem por ora incógnitas e serão reveladas ao final do trabalho.

### 1.3 A PROPOSTA METODOLÓGICA

No aspecto metodológico, o objetivo principal a ser alcançado no desenvolvimento da tese consiste em evitar que as proposições formuladas revelem apenas projeções subjetivas.

Para tanto, pretende-se adotar uma linha metodológica que possibilite a verificação dos argumentos utilizados com base no Direito positivo, com suporte na doutrina brasileira.

#### 1.3.1 Cortes epistemológicos necessários

Em primeiro lugar, é preciso evidenciar que a tese não versa sobre serviço público, nem sobre a autorização tal como tradicionalmente vem sendo concebida pela doutrina jurídica tradicional no Brasil.

Não obstante, a passagem por esses temas é fundamental para fixar a compreensão que será adotada ao final do trabalho a respeito desses institutos, em especial sobre a noção de serviço público. Para tanto, serão adotados determinados

conceitos já desenvolvidos pela doutrina, reputados como indispensáveis para a análise a ser desenvolvida a respeito das autorizações.

Em segundo lugar, é indispensável delimitar o estudo ao ordenamento jurídico brasileiro. O instituto da autorização será analisado à luz do Direito positivo e da doutrina nacionais, sem incursões ao direito comparado.

Por esse motivo, serão tomados por base os trabalhos de autores brasileiros que se dedicaram ao tema, mesmo que de forma indireta, com análise crítica sobre esses trabalhos. A alusão à doutrina estrangeira será feita de forma comedida, quando se identificar a possibilidade e a necessidade de confirmar determinados raciocínios explicitados no curso do trabalho.

### **1.3.2 Perspectivas de estudo**

O exame das *autorizações de serviços públicos* será realizado segundo duas perspectivas fundamentais: estrutural e funcional.

No enfoque estrutural, prevalecem a interpretação do sentido das normas, as questões formais da eliminação de antinomias e a integração de lacunas. Isso se revelará útil para o estudo das autorizações no contexto pretendido, de modo a identificar a sua configuração pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O enfoque funcional, por sua vez, envolve a análise de situações e do confronto de avaliações já existentes, possibilitando que a pesquisa formule uma verdadeira análise do modelo dogmático atual e indique um novo enfoque para o fenômeno que é objeto do estudo.

Como elemento analítico, o enfoque será predominantemente jurídico, muito embora não se descartem elementos da ciência econômica.

### **1.3.3 Divisão do trabalho**

Em seguida à presente Introdução, o Capítulo 2 do trabalho terá por objeto o estudo da noção de serviço público no Brasil, como base para a exploração do tema central e fixação das premissas metodológicas a serem seguidas. Parte-se da noção tradicional de serviço público, passando-se pela identificação de uma noção adaptada à realidade jurídica brasileira atual.

No Capítulo 3, será analisada a noção de autorização no ordenamento jurídico brasileiro, com a sua localização no Direito Positivo.

O Capítulo 4 conterá a pesquisa realizada a respeito da evolução do conceito jurídico de autorização na doutrina jurídica brasileira, com investigação do pensamento de diversos administrativistas brasileiros e a identificação da evolução do conceito a partir da evolução da interpretação da Constituição e da evolução do Direito Positivo sobre o tema.

Os Capítulos 5 e 6 apresentarão os contornos da noção de autorização extraída a partir dos posicionamentos doutrinários analisados: a evolução da noção de autorização e suas principais características, à luz do Direito brasileiro.

Por fim, o Capítulo 7 conterá um resumo das conclusões alcançadas ao longo do trabalho, com exposição das questões que se pretendeu investigar e as respostas obtidas a partir dessa investigação.





## 2 A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A definição de serviço público – assim como a evolução desse conceito em razão da já mencionada inovação do papel do Estado na economia e na sociedade, ou do regime jurídico que se lhe aplica – já foi objeto de ampla discussão doutrinária. Diversos autores, nacionais e estrangeiros, já se debruçaram sobre esses assuntos e seus reflexos.

Uma análise profunda e esmiuçada sobre o conceito de serviço público, o percurso da sua evolução, ou mesmo sobre o regime jurídico aplicável no cenário nacional, extrapola os limites deste trabalho. Não faz sentido partir do zero, nem esgotar toda a bibliografia existente. Serão adotadas, portanto, as conclusões já alcançadas por alguns dos estudiosos brasileiros que se dedicaram a esses temas.

### 2.1 AUSÊNCIA DE UMA DEFINIÇÃO PRECISA E ABRANGENTE DE SERVIÇO PÚBLICO

A primeira dessas conclusões consiste exatamente na ausência de consenso acerca de uma definição única, precisa e abrangente de serviço público.<sup>17</sup>

Atualmente é pacífico que os contornos do conceito de serviço público dependem do contexto histórico e político em que esteja inserido, variando de acordo com o que cada ordenamento jurídico admite como função do Estado e como limites para a atuação do Estado.<sup>18</sup>

Na França, por exemplo, onde o conceito surgiu e se desenvolveu com maior intensidade, esses contornos são muito mais amplos. Lá, o serviço público coincide com praticamente toda a função estatal.<sup>19</sup> Já em outros ordenamentos, como na

---

<sup>17</sup> Não é possível “estabelecer, de modo rigoroso e inquestionável, a extensão do conceito de serviços públicos. Bem por isso, existem zonas cinzentas, que a opção de submeter certas atividades ao regime de direito público não pode ser afirmada ou impugnada com absoluta certeza” (JUSTEN filho Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 48).

<sup>18</sup> Com efeito, “o serviço público, como toda instituição jurídica, sofre as transformações impostas pelo momento histórico em que se desenvolve e, para sobreviver, precisa adaptar-se a elas” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 373).

<sup>19</sup> Sobre a evolução do conceito de serviço público no direito francês e europeu, inclusive sobre a influência do direito comunitário e da noção de *serviço de interesse econômico geral*, é indispensável a leitura do trabalho de MONICA SPEZIA JUSTEN: *A noção de serviço público*

Inglaterra, encontra-se a expressão “public service” como uma noção institucional ou funcional, que designa a função pública.<sup>20</sup>

No Brasil, a noção de serviço público assume contornos muito mais restritos do que no direito francês, mas a sua relevância é inquestionável para estabelecer os limites da atuação do Estado no domínio econômico. Isso se reflete na quantidade de trabalhos doutrinários dedicados ao tema.<sup>21</sup>

Contudo, apesar do esforço da doutrina em identificar um núcleo essencial para o serviço público, a sua compreensão acaba variando conforme o contexto, nos termos fixados pelo direito positivo.

Neste sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que, mesmo no sentido técnico-jurídico, o termo pode ser definido de diferentes modos, sendo inclusive mais adequado aludir-se a “serviços públicos”, no plural.<sup>22</sup>

Para ele:

Discutir *serviço público* conduz a enfrentar *questões políticas e jurídicas essenciais*. Trata-se de definir a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado à livre iniciativa dos particulares. Essa é uma questão histórica, e cada Estado desenvolve um modelo peculiar. O elenco dos serviços públicos reflete uma determinada concepção política.<sup>23</sup>

---

*no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. Para a autora: “Parece possível afirmar-se que o conceito de serviço público toca todo o conteúdo do direito público francês. Apesar disso, seu conceito atravessa todo um século sem ter recebido uma definição isenta de críticas. Apresenta tantas ‘frestas’ que obriga a jurisprudência e os doutrinadores a abandoná-lo por alguns momentos. Ainda assim, não há um só doutrinador francês que não tenha se dedicado à tarefa de erigir esse conceito a um posto de destaque no direito administrativo, ou mais amplamente no direito público” (idem, p. 55).

<sup>20</sup> MONICA SPEZIA JUSTEN: *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 151.

<sup>21</sup> Confira-se em especial: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003; ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Usuários de serviços públicos: Usuários, consumidores e aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2008. SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>22</sup> *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2018, p. 631.

<sup>23</sup> Serviço público no direito brasileiro. In: CARDOSO, José Eduardo Martins et al. (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 382. Para MARÇAL JUSTEN FILHO: “Um dos mais tradicionais problemas do direito público reside na determinação do conceito de serviço público, especialmente em face do conceito de atividade

EGON BOCKMANN MOREIRA, na mesma linha, pondera que os serviços públicos são “frutos dos nossos tempos e espaços” e que a “*adequação* de cada um deles é dependente do momento e do local em que são prestados”:

Com lastro em Gianini, pode-se afirmar que a qualificação de algo como serviço público deve-se sobretudo a uma consideração valorativa de prevalência: não é apenas em empreendimento fundado no Poder Público ou por ele exercido, mas sim atividade reservada ao Estado em vista das necessidades à convivência humana em determinado momento histórico.<sup>24</sup>

Significa dizer que o serviço público não é um dado da realidade. Rigorosamente, “não existe intrinsecamente nenhum serviço público”.<sup>25</sup> Trata-se, isto sim, de uma criação imposta pelo ordenamento jurídico, com base em critérios de cunho eminentemente político. O conceito é dinâmico e historicamente contextualizado, evolui e varia no tempo e no espaço, de acordo com cada ordenamento e o respectivo momento político. Definir o que é serviço público reflete,

---

econômica. Trata-se de definir, perante o modelo constitucional, a natureza de certas atividades que se desenvolvem em setores em que é problemático distinguir o público e o privado. Mais ainda, são as questões que definem o modelo constitucional para o sistema econômico (a chamada Constituição econômica). A definição dessas questões se inter-relaciona com a fixação do papel do Estado, a disciplina de sua atividade direta e o estabelecimento de sua função de intervenção da ordem econômica” (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 16).

<sup>24</sup> *Direito das Concessões de Serviço Público*: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 33 – a referência à Massimo Severo Gianini é extraída de: *Il Pubblico Potere: Stati e Amministrazioni Pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 72-73. O autor completa afirmando que “Tais demandas coletivas são definidas ao seu tempo e exigem que o serviço público seja prestado de maneira contínua, mas não imutável (afinal, a sucessão de momentos históricos traz consigo as mudanças sociais, e estas resultam na alteração das respectivas necessidades sociais)” (Idem, p. 33).

<sup>25</sup> Em texto dedicado a explicar (com base em um critério da organização empresarial) a razão da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) ter abarcado sob sua égide tanto as empresas estatais prestadoras de serviço público quanto aquelas dedicadas à exploração de atividades econômicas “em sentido próprio”, MARÇAL JUSTEN FILHO explica que “a qualificação de uma atividade como serviço público – ao menos, para o efeito da adoção de um regime jurídico próprio e diferenciado – depende de um ato legislativo específico. Arriscando despertar crítica feroz, não existe intrinsecamente nenhum serviço público” (A constitucionalidade da Lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais “empresárias” e “não empresárias”. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*. V. 1, N. 2, 2018, p. 11).

em última análise, uma questão de conveniência política.<sup>26</sup> Daí a importância de se observar que “o serviço público, no Brasil, tem *status* constitucional.”<sup>27</sup>

A evolução tecnológica (isto é, o surgimento de novas soluções materiais para problemas existentes ou até mesmo o surgimento de novos problemas em razão das novas tecnologias), assim como o desenvolvimento econômico e social, pode resultar em alterações significativas da concepção de uma sociedade acerca do que deve ou não ser considerado serviço público – tal como ocorreu recentemente com o setor de telecomunicações.<sup>28</sup>

Essa constante evolução do serviço público coincide com as concepções de “crise” que são frequentemente cogitadas pela doutrina<sup>29</sup> – no sentido de que as “crises” pelas quais passa o conceito refletem precisamente a sua mutabilidade para adaptação à evolução dos fatos e às novas necessidades impostas pela sociedade.<sup>30</sup>

Aqui, vale a síntese alcançada por ALMIRO DO COUTO E SILVA para moldar o “serviço público à brasileira”. Para ele, o que se passa no Brasil é um “razoável equilíbrio” entre o poder do Estado e as forças de mercado, que faz prevalecer um

---

<sup>26</sup> Nesse sentido: “As atividades econômicas (entendidas em acepção ampla) são desenvolvidas de modo similar ao longo do tempo e nos diversos países. No entanto, alguns adotam o instituto do serviço público e outros não. Certas atividades são qualificadas como serviço público em um país e não o são em outro” (JUSTEN FILHO, Marçal. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais “empresárias” e “não empresárias”. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*. V. 1, N. 2, 2018, p. 11).

<sup>27</sup> PEREZ, Marcos Augusto (*O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 48). Para o autor, há um significado jurídico profundo decorrente do fato da Constituição brasileira prever diretamente regras sobre a competência do Poder Público para a prestação de serviços públicos. Por um lado, essa regra “expressa uma dimensão concreta e ineliminável dos princípios da igualdade e do Estado Democrático de Direito”. E por outro lado, “evita equívocos quando à titularidade da obrigação de prestar serviços públicos” (Ibidem).

<sup>28</sup> Ver: FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 129-128.

<sup>29</sup> Preconizada especialmente por GASPARELLI, ARIÑO ORTIZ, que chega a afirmar o encerramento do ciclo (a morte...) do serviço público tradicional (*Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. 3.ed. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 600).

<sup>30</sup> Ver: JUSTEN FILHO, Marçal. Serviços de interesse econômico geral no Brasil: os invasores. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) Defensor do Estado de Direito*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 785-819; e MARQUES NETO, Flávio de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 56, out./dez. 2016.

compromisso estável entre conceitos antigos e novas realidades econômicas e tecnológicas, pois ambos são entendidos hoje de forma diversa como o eram no passado – e com isso, “rejuvenescem, ganham outra dimensão e se ajustam às novas circunstâncias, pelo trabalho da interpretação jurídica, sem contudo romper com a tradição e perder sua identidade na servil imitação de outros sistemas jurídicos”.<sup>31</sup>

Essa ponderação é necessária porque a delimitação da noção sobre os serviços públicos está intrinsecamente relacionada com as formas de prestação admitidas pelo ordenamento jurídico – uma das quais é objeto do presente trabalho. Em outras palavras: a depender do que se considera serviço público, será possível admitir que sua prestação seja realizada por meio de concessão, permissão ou autorização.

## 2.2 TRÊS ASPECTOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Para obter um conceito útil ao propósito deste trabalho, parte-se do pressuposto de que são basicamente três os aspectos relevantes para se identificar o conceito de serviço público: o aspecto *material* ou *objetivo*, segundo o qual o serviço público consiste em prestação positiva, destinada à satisfação de necessidades fundamentais; o aspecto *orgânico* ou *subjutivo*, que implica a titularidade estatal do serviço público e a obrigatoriedade da sua prestação pelos entes estatais ou por quem lhe faça as vezes; e o aspecto *formal*, com base no qual se afirma que a prestação se dá sob o regime jurídico de direito público, com afastamento, portanto, do regime jurídico de direito privado.

Sob o ponto de vista lógico, o mais relevante é o aspecto material (objetivo). Os outros dois (subjutivo e formal) são decorrentes daquele:

Uma certa atividade é qualificada como *serviço público* em virtude de dirigir-se à satisfação direta e imediata de direitos fundamentais. Como consequência, essa atividade é submetida ao regime de direito público e, na maior parte dos casos, sua titularidade é atribuída ao Estado. Em síntese: um serviço público é público porque se destina à satisfação

---

<sup>31</sup> Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira?”. RDA. Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, out./dez. de 2002, p. 74.

de direitos fundamentais, e não por ser de titularidade estatal, nem por ser desenvolvido sob regime de direito público.<sup>32</sup>

O “regime jurídico de direito público” (aspecto formal), que se tornou figura central para tentativa de fixar uma definição do serviço público para boa parte da doutrina brasileira, não encontra fundamento em nenhum dispositivo constitucional ou legal. Antes, reflete uma construção teórica estabelecida para dar respaldo a uma visão ideológica maximalista do Estado, lastreada em suposta supremacia do interesse público em relação ao interesse privado, sustentada por essa mesma doutrina.

Por conta disso, surge a crítica de SÉRGIO FERRAZ e AMAURI FERREZ SAAD, quando alertam para a necessidade de afastar esse “monocórdio e monótono canto de sereia”, já que o regime jurídico público, em especial no que se refere à prestação delegada de serviços públicos, “é mero acidente factual, não componente do conceito de serviço público, mas apenas descritivo de uma das modalidades de *regulação* de sua execução. *E tão só!*”<sup>33</sup>

Já a titularidade estatal (aspecto subjetivo), justifica-se apenas como consequência da constatação de que determinadas atividades são altamente relevantes para a coletividade, razão pela qual são retiradas da livre iniciativa e colocadas na condição de competência do Estado – e mais do que isso: fixadas como obrigação do Poder Público.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço público no direito brasileiro. In: CARDOSO, José Eduardo Martins et al. (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 374.

<sup>33</sup> *Autorização de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 28-29.

<sup>34</sup> “Característico do serviço público, com efeito, é que o Estado assuma a atividade como própria ou de sua titularidade. Os serviços públicos são atividades submetidas a uma reserva de titularidade pública. Não podem ser consideradas atividades livres à iniciativa do particular. É esta a razão para a referência ao instituto da licitação no art. 175 da Constituição Federal e o pressuposto necessário do instituto da concessão de serviço público. No serviço público a responsabilidade última pela prestação é do Estado. Se o particular, como delegado, abandona a prestação do serviço, o Estado deve assumi-la, respondendo por sua continuidade. O particular, na qualidade de delegado, responde diretamente pelos danos que produzir, mas o Estado não é irresponsável perante os usuários do serviço. Nos serviços públicos, em caso delegação de prestação, o Estado não é um terceiro indiferente, respondendo, em última instância, pela regularidade do serviço e pela atuação adequada de seus delegados, pois mantém a titularidade da atividade. Nas atividades em que o Estado não é titular, mesmo quando há interesse coletivo, não é obrigatória a assunção pelo Estado da responsabilidade de sua prestação” (MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras*

O aspecto material, que em última análise define o que é e o que não é serviço público, não decorre de uma circunstância essencial à própria atividade – é difícil encontrar diferenças ontológicas que justifiquem que determinadas atividades sejam qualificadas como serviço público (e.g. telecomunicações ou portos) e outras não (e.g. alimentos e medicamentos).

A qualificação de uma atividade como serviço público – bem como o regime jurídico ao qual se submete – é fixada pelo ordenamento jurídico, de acordo com critérios políticos. Implica dizer que serviço público será o que a Constituição e a Lei reconhecerem como tal.

Vários dispositivos da Constituição de 1988 contribuem para fixar referencial do substrato jurídico das atividades econômicas abrangidas pela titularidade estatal e que podem ser qualificadas como serviço público.<sup>35</sup> Existe, na própria Constituição, a indicação das atividades privadas que podem ser exploradas pelo Estado em regime de concorrência por meio de empresas estatais (artigo 173), a indicação de atividades que constituem monopólio público (artigo 177), e a previsão de que o Estado tem a incumbência de prestar (direta ou indiretamente) determinadas atividades qualificadas como serviço público (artigo 175) – há também a previsão da atuação estatal com agente normativo e ordenador, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (artigo 174).

Mas o artigo 175 não indica quais seriam essas atividades.<sup>36</sup> Parte dessa lista consta dos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição, que fixa a competência

---

dos Conceitos de Serviço Público, Serviços de Relevância Pública e Serviços de Exploração Econômica para as Parcerias Público-Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público*. Ano 3. Vol. 10. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. de 2005).

<sup>35</sup> De fato: “O Brasil tem uma base constitucional do serviço público. Embora não haja uma definição constitucional, vários referenciais da Lei Fundamental de 1988 demonstram o préstimo jurídico da noção. (...) Todavia, não lhes traça um regime jurídico uniforme, havendo distinção quanto aos modos de prestação dessas atividades; aos fins a que estão vinculadas; ao regime de retribuição pela prestação de serviços *uti singuli* (...)” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 372).

<sup>36</sup> Interessante o resumo de PAULO MODESTO, que destaca mais de vinte normas que se valem do conceito de serviço público, ora em sentido orgânico, ora em sentido objetivo: “Na Constituição Federal, dois conceitos de serviço público são freqüentemente utilizados: o *conceito orgânico*, com significado de *aparato administrativo do Estado* (v.g., art. 37, XIII; 39, §7º; 40, III; 40, §16º; 136, §1º, II; 198; ADCT, art. 11, 19 e 53) e o *conceito objetivo*, que remete a uma modalidade de *atividade técnica de natureza pública*, uma específica atividade estatal ou tarefa administrativa (art. 21, XIV; 30, V; 37, §6º; 54, I, a; 61, §1º, II, b; 139, VI; 145,

privativa da União para “explorar” determinadas atividades econômicas e enumera três alternativas de regime jurídico para essa exploração, que serão definidas por Lei.

Logo, somente se admite a possibilidade de restringir a exploração de uma atividade ao regime jurídico de direito público se a Lei Ordinária expressamente assim determinar.<sup>37</sup> Caso contrário, tratar-se-á de atividade privada, sujeita ao regime jurídico de direito privado, com lastro no artigo 170 da Constituição, ainda que sujeito a severas limitações e regulamentação.

Apesar de existirem diversas disposições constitucionais acerca das atividades cometidas ao Estado, é certo que esses dispositivos não têm por objetivo esgotar o elenco possível e nem estabelecer uma diferença precisa entre serviço público e atividade econômica. O objetivo desses dispositivos – em especial aqueles contidos nos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição de 1988 – consiste em fixar a competência dos entes federais para desenvolver a tarefa. Eles estabelecem que a União Federal é a titular do poder-dever de explorar determinadas atividades de especial relevância para a coletividade.

Em última análise, esses dispositivos constitucionais publicizam determinadas atividades que, a depender da opção externada pelo legislador ordinário, serão qualificadas como serviços públicos.

---

II; 175; 202, §5º; 223; 241; ADCT, art. 66)” (Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de Serviço Público, Serviços de Relevância Pública e Serviços de Exploração Econômica para as Parcerias Público-Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público*. Ano 3. Vol. 10. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. de 2005).

E mais: “No âmbito do segundo uso do conceito (sentido objetivo), pode-se identificar uma subdivisão relevante nas referências constitucionais à voz serviço público. É que a Constituição Federal, conquanto ao referir uma específica atividade pública, ora restringe o conceito de serviço público a atividades de prestação que atendem a necessidades individuais (serviços *uti singuli*, isto é, divisíveis e de fruição singular), como no art. 145, II, ora reconhece aplicável o conceito de serviço público para atividades de prestação que satisfazem necessidades genéricas e não divisíveis em uma coletividade de pessoas, como ocorre no art. 223, que trata dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (serviços *uti universi*)” (Idem).

<sup>37</sup> Nesse sentido: “É relevante destacar que a incidência do regime jurídico de direito público depende de uma qualificação normativa específica e diferencial. Não existe serviço público sem ato estatal formal assim o reconhecendo – afirmativa que não equivale a dizer que o Estado disponha de ilimitada autonomia para qualificar como serviço público uma atividade irrelevante ou deixar de aplicar o regime de serviço público para atividades essenciais à satisfação dos direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2018, p. 635).



Nessa linha, ALEXANDRE DITZEL FARACO afirma que

uma atividade não é serviço público porque, quando tomada em si mesma, apresenta determinadas características fixas à luz de certos padrões indefinidos encontrados no meio social. Todavia, quando sua titularidade no plano constitucional tiver sido atribuída ao Estado, sua prestação poderá vir a ser submetida a um regime jurídico específico assim denominado.<sup>38</sup>

A Constituição prevê a existência de um regime jurídico de direito público (artigo 175), em contraposição ao regime jurídico de direito privado (artigo 170), e estabelece que as atividades descritas nos incisos XI e XII do artigo 21 podem ser prestadas mediante concessão, permissão e autorização. Contudo, efetivamente não define de modo explícito o conteúdo desses regimes jurídicos, nem a quais atividades eles se aplicam. A Constituição deixa considerável margem de escolha para o legislador ordinário determinar a forma pela qual o Estado deverá prestar as atividades de que é titular.<sup>39</sup>

A Constituição – em especial em especial no artigo 21 – relaciona as atividades que fazem parte da competência privativa do Estado.<sup>40</sup> Ou seja, estabelece a *publicatio* em relação a determinadas atividades econômicas.<sup>41</sup> Mas cabe ao

---

<sup>38</sup> *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 124. Ainda: “o que importa distinguir no texto constitucional são as atividades de titularidade do setor privado (que só excepcionalmente poderão ser prestadas pelo Estado) daquelas de titularidade do setor público” (Idem).

<sup>39</sup> Como destaca GUSTAVO BINENBOJM ao afirmar que “é possível perceber que a Constituição brasileira concede ao Estado razoável *margem empírica de apreciação* para a escolha de instrumentos adequados de regulação a ordenação das diversas atividades econômicas” (Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei 12.996/2014. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 504).

<sup>40</sup> Para EROS ROBERTO GRAU, com base no postulado de RUY CIRNE LIMA, em relação aos “serviços públicos do tipo privativo” descritos no artigo 21, incisos X, XI e XII: “é certo que a Constituição encerra todos os elementos e critérios que permitem a identificação de quais atividades empreendidas pelo Estado consubstanciam serviço público” (*A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107).

<sup>41</sup> Conforme explica PAULO MODESTO: “A *publicatio* (a titularidade pelo Estado da atividade de serviço público, com aplicação obrigatória de regime jurídico especial) é traço característico da *concepção francesa do serviço público*, profundamente arraigada no Brasil. Em termos opostos, nos *países anglo-saxões*, do *common law*, os serviços de interesse geral estão sujeitos a uma série de obrigações, mas não há *publicatio*, razão pela qual as

legislador infraconstitucional (à Lei Ordinária) determinar quais dessas atividades merecem a qualificação de serviço público, quais permanecem no campo das atividades privadas, e qual será a disciplina jurídica da sua prestação (isto é, qual o regime jurídico que se lhes aplica).<sup>42</sup>

É certo, por outro lado, que não existe margem ilimitada de autonomia para o legislador ordinário determinar o que pode e o que não pode ser serviço público. A ressalva é bem ilustrada por MARÇAL JUSTEN FILHO, quando afirma que:

Não existe liberdade irrestrita do legislador para determinar a aplicação do regime de direito público, próprio do serviço público, para uma atividade qualquer. Somente é válido transformar em serviço público uma atividade que preencha certos requisitos. Assim, não seria possível transformar em serviço público uma atividade consistente, por exemplo, na fabricação de cachimbos ou perucas.<sup>43</sup>

No mesmo sentido, EGON BOCKMANN MOREIRA podera que “não se poderá prestigiar a geração espontânea de serviços pelo legislador ordinário, desvinculada do texto constitucional e da realidade socioeconômica brasileira”.<sup>44</sup> Afinal: “Os setores econômicos garantidos pela livre iniciativa não podem ser invadidos e convertidos em serviços públicos”.<sup>45</sup>

---

denominadas *public utilities* não são equivalentes à noção europeia (e brasileira) de serviço público” (Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de Serviço Público, Serviços de Relevância Pública e Serviços de Exploração Econômica para as Parcerias Público-Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público*. Ano 3. Vol. 10. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. de 2005).

<sup>42</sup> Embora a vontade legislativa por si só não seja suficiente, a Lei é necessária: “A instituição de um serviço público por meio de ato administrativo é inconstitucional, eis que implica a criação de vedação à atuação da iniciativa privada” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2018, p. 644).

<sup>43</sup> *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 21.

<sup>44</sup> *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 50.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 50.

## 2.3 O NÚCLEO DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO PARA O CONTEXTO BRASILEIRO ATUAL

Os serviços públicos – e os regimes jurídicos especiais correspondentes<sup>46</sup> – possuem natureza instrumental. Consistem em um dos mecanismos de que o Estado dispõe para a realização de direitos fundamentais consagrados pela Constituição.

Dentro do contexto político brasileiro atual, a questão fundamental consiste em identificar quando e por que uma determinada atividade pode (deve) ser considerada como serviço público – ou seja, quando e por que o Estado estará autorizado (obrigado) a submeter uma certa atividade a um regime jurídico específico, excludente do regime jurídico de direito privado.

Como visto, o aspecto material é o relevante. Logo, para a qualificação de uma atividade como serviço público é indispensável que exista uma relação clara entre a atividade em si e um direito fundamental. Deve haver “um vínculo de natureza direta e imediata entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais”.<sup>47</sup>

Em outras palavras, é indispensável identificar se a atividade justifica a sua qualificação especial pelo ordenamento jurídico: se ela corresponde a uma necessidade individual ou transindividual, de cunho essencial, que justifica essa qualificação. Conforme explica EGON BOCKMANN MOREIRA: “Aqui a racionalidade é toda própria, oriunda da estruturação lógica da Constituição (a ser respeitada) e do

---

<sup>46</sup> Não se olvida que o próprio regime jurídico de direito público vem passando por significativa evolução em razão da complexidade das atividades econômicas e da proliferação das normas jurídicas setoriais, a ponto de ser transmutar em diversos regimes jurídicos, conforme o setor a que se aplique. Nesse sentido, vale a ressalva formulada por MARÇAL JUSTEN FILHO: “Deixou de existir um regime jurídico único de serviço público. Existem algumas características básicas comuns, que são essencialmente a titularidade estatal, o dever de serviço universal, a submissão a princípios e regras de direito público. No entanto, cada espécie de serviço público sujeita-se a normas específicas, que não mais apresentam cunho uniforme. Por exemplo, o serviço público de telefonia fixa subordina-se a regime jurídico muito distinto da transmissão de energia elétrica” (JUSTEN FILHO, Marçal. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais “empresárias” e “não empresárias”. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*. V. 1, N. 2, 2018, p. 13).

<sup>47</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2018, p. 634. Ainda: “A advertência é relevante porque há atividades estatais que não se orientam a promover, de modo direto e imediato, os direitos fundamentais” e que, portanto, “não são serviços públicos e, bem por isso, não estão sujeitas ao regime jurídico de direito público. O exemplo é a atividade econômica em sentido estrito, desenvolvida com recursos estatais e sob regime jurídico de direito privado” (Idem, p. 634).

interesse coletivo (a ser atendido) – os quais (...) não são constantes no tempo e no espaço”.<sup>48</sup>

Nesse caso, há o reconhecimento jurídico da atividade como atribuição (obrigação) estatal. Ocorre a publicização da atividade (*publicatio*) como decorrência do próprio texto da Constituição, com posterior especificação do regime aplicável por meio de Lei em sentido formal.

Logo, o núcleo do conceito de serviço público reside no aspecto material ou objetivo. O fundamental é identificar se existe pertinência entre a utilidade ofertada e a necessidade a ser satisfeita. Uma atividade poderá ser qualificada formalmente como serviço público quando caracterizar-se como instrumental para a realização de uma necessidade indispensável à dignidade do ser humano.

Não basta a oferta de utilidades a pessoas indeterminadas.<sup>49</sup> E também não basta que seja de titularidade estatal ou esteja sujeita ao regime jurídico de direito público. Essas duas características – que correspondem aos aspectos subjetivo e formal, respectivamente – são na verdade consequências da primeira característica, esta sim, essencial.<sup>50</sup>

## 2.4 A DISTINÇÃO ENTRE SERVIÇO PÚBLICO E MONOPÓLIO

O serviço público não se confunde com o monopólio estatal para o desempenho de determinadas atividades econômicas: os chamados monopólios públicos, que são criados por Lei, a fim de permitir que o Poder Público assuma o exercício exclusivo da atividade, sem concorrência.

Como bem acentua VITOR RHEIN SCHIRATO, trata-se de institutos completamente distintos: “e o texto constitucional, não deixa margem de dúvida

---

<sup>48</sup> *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 50.

<sup>49</sup> Ou seja, “*serviço público* não é sinônimo de *serviço ao público*” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 47).

<sup>50</sup> Quanto ao aspecto formal: “o regime jurídico fornece subsídios para responder à pergunta ‘como está disciplinado o serviço público’, mas não propicia elementos para outra indagação fundamental, sobre ‘o que pode ser considerado como serviço público’” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2018, p. 636). E quanto ao aspecto subjetivo: “o serviço é de titularidade do Estado *por ser* público. Portanto, a atribuição da titularidade de um serviço ao Estado é decorrência de seu reconhecimento como serviço público. Sob o prisma logico-jurídico, o serviço é público *antes* de ser estatal” (Idem, p. 636).

quanto a isso, pois trata de ambos em dispositivos distintos e confere-lhes regimes jurídicos e consequências jurídicas absolutamente distintos”.<sup>51</sup>

A Constituição estabelece taxativamente, por razões de ordem política e estratégica, as hipóteses em que uma atividade econômica constitui monopólio do Estado.<sup>52</sup>

O principal aspecto distintivo é que essas atividades não são necessariamente vinculadas à satisfação de necessidades fundamentais, tal como ocorre com os serviços públicos. Consequentemente, o regime jurídico de exploração do monopólio é o regime de direito privado – logo, distinto do regime próprio de prestação dos serviços públicos, que pressupõe competências anômalas que se prestam a garantir a satisfação das necessidades fundamentais inerentes.

Além disso, aos serviços públicos não corresponde “*restrição imanente* à livre iniciativa e à concorrência”, ou seja, “*uma exclusividade que suprima a concorrência*”, tal como se passa com os casos de monopólio estatal, em que ocorre a supressão automática do direito dos particulares de explorar a atividade, em qualquer regime que seja, exceto nos casos expressamente permitidos por lei.<sup>53</sup>

Sobre o tema, vale conferir a obra de JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA.<sup>54</sup> Após analisar o conteúdo dos acórdãos proferidos pelo STF por ocasião do julgamento da ADI 3.273/DF (concluído em março de 2005, que reconheceu a constitucionalidade integral da Lei do Petróleo – Lei 9.478/1997 – editada na esteira da Emenda Constitucional n.º 9 de 1995) e da ADPF 46 (concluído

---

<sup>51</sup> *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 200.

<sup>52</sup> São precisamente os casos descritos no artigo 176 (jazidas e demais recursos minerais, além dos potenciais de energia hidráulica) e no artigo 177 (pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes da refinação do petróleo; transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados) que constituem monopólio da União; e no artigo 25, § 2º (exploração dos serviços locais de gás canalizado), que constitui monopólio dos Estados-membro.

<sup>53</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 200.

<sup>54</sup> *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 255-261.

em agosto de 2009, que reconheceu a constitucionalidade do regime de exclusividade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para a exploração do serviço público de correios no país), ele afirma que

atualmente há enorme proximidade, na prática, entre o regime do monopólio público do petróleo e o regime do serviço público. Em ambas, o instrumento da delegação da execução das atividades é a concessão (no caso de áreas estratégicas e do pré-sal, a partilha de produção); em ambas, a titularidade continua com o Estado.<sup>55</sup>

Ao final, MENDONÇA conclui que a diferença fundamental entre as duas situações é mesmo ontológica, pois o interesse público que justifica o serviço público, na melhor raiz do termo, é o “interesse de satisfação de necessidades coletivas, de oferecimento de comodidades aos cidadãos”; enquanto o que justifica o monopólio público é antes um interesse do Estado, ou seja, um “interesse estratégico, de segurança nacional, de defesa do país, de controle de substâncias perigosas (exemplo: material nuclear), tudo isso muitas vezes qualificado por um interesse fiscal”.<sup>56</sup>

Em suma, não há que se confundir a regra de exclusividade decorrente do monopólio estatal das atividades expressamente elencadas na Constituição, com a exclusividade à qual se submete, em determinadas situações,<sup>57</sup> a prestação de serviços públicos. Esta decorrerá da impossibilidade, material ou econômica, de que a prestação ocorra em regime de livre competição (mercado), especialmente nos casos de monopólio natural.<sup>58</sup> Já o monopólio estatal decorre de uma opção política

---

<sup>55</sup> Idem, p. 260.

<sup>56</sup> Idem, p. 260.

<sup>57</sup> Conforme explicitado VITOR RHEIN SCHIRATO, “Há uma completa inversão da lógica entre os serviços públicos e os monopólios estatais na medida em que, nos serviços públicos, a regra é a da concorrência, ao passo que, nos monopólios estatais, a regra é a da exclusividade. Enquanto nos serviços públicos a imposição de restrições ao acesso à atividade pelo Estado é excepcional, nos monopólios estatais a regra é a da exclusividade, somente se permitindo aos agentes econômicos provados algum grau de acesso à atividade em casos excepcionais (como ocorre nas atividades do petróleo após a flexibilização do monopólio estatal contemplada na Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995 e na Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997” (*Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 200-201).

<sup>58</sup> Nesse sentido: “Os serviços públicos envolvem, em grande parte, monopólios naturais. Somente nesses casos é que se justifica a exclusividade na sua prestação. Justamente por

e estratégica em relação a determinada atividade, que estabelece um afastamento imanente e *a priori* da livre iniciativa e da livre concorrência.<sup>59</sup>

## 2.5 A DISTINÇÃO (E A APROXIMAÇÃO) ENTRE SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA “EM SENTIDO ESTRITO”

Parte-se da premissa de que o universo das atividades econômicas engloba todas as atividades que envolvem a utilização de bens escassos para a satisfação de alguma necessidade, seja do agente que se dedica à prestação ou exploração da atividade, seja do seu destinatário (usuário ou consumidor).

O leque de atividades possíveis é amplíssimo. O que muda, essencialmente, é a forma como o ordenamento jurídico enxerga e disciplina cada atividade: a ponto de definir a sua titularidade e os regimes possíveis de exploração ou prestação.

Esse universo, portanto, abrange tanto os serviços públicos propriamente ditos, quanto as atividades eminentemente privadas. Todavia, não é possível ignorar a tradicional dicotomia entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, preconizada no Brasil especialmente por EROS ROBERTO GRAU.<sup>60</sup>

Pela teoria por ele concebida, seria possível visualizar na ordem econômica da Constituição a existência de um gênero (atividade econômica em sentido amplo) do qual seriam espécies o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito – o que delimitaria os campos de atuação do Estado e dos agentes privados, pois o efeito

---

isso, o art. 16 da Lei 8.987/1995 determina: ‘A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato de conveniência a que se refere o art. 5º desta Lei.’ (JUSTEN FILHO. Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2018, p. 657).

<sup>59</sup> Conforme JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA, os traços característicos do monopólio público, tal como entendido hoje em dia a partir da jurisprudência do STF, seriam: “Ele (i) implica a *exclusividade* na prestação de um serviço e/ou no fornecimento de um bem, (ii) *incide sobre uma atividade*, isto é, é o exercício exclusivo de uma atividade, (iii) *pode ou não englobar a titularidade exclusiva dos bens com base nos quais se vai exercer a atividade* (que, essa sim, sempre será exclusiva de um único operador público); (iv) *incide sobre uma atividade econômica em sentido estrito*, (v) o monopólio do petróleo *foi de algum modo ‘flexibilizado’ ou relativizado pela Emenda à Constituição nº 9/95, o que aparentemente significa poder-se admitir que entidades não públicas exerçam materialmente algumas atividades, sendo que sua titularidade será, sempre, pública*” (*Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 259).

<sup>60</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

da caracterização de uma atividade como serviço público é sua atribuição privativa ao Estado – exceto nas hipóteses de serviços públicos não privativos, como os serviços de saúde e educação.

Embora não existe uma definição constitucional explícita, essa distinção tradicional foi cogitada em função dos dispositivos contidos nos artigos 173 e 175 da Constituição de 1988. Conforme já apontado, o primeiro estabelece que o Estado poderá explorar diretamente atividades econômicas (em sentido estrito) quando isso for necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, tal como definidos em Lei. Já o segundo dispõe sobre a incumbência do Estado para a prestação de serviços públicos, diretamente ou mediante concessão ou permissão (precedidas de licitação), na forma da Lei.<sup>61</sup>

A partir desses dispositivos, tornou-se usual estabelecer uma fronteira praticamente imutável entre os regimes jurídicos aplicáveis a cada uma das atividades.

De um lado, o regime de direito público, próprio para a atuação do Estado ou de seus delegados, onde prevalecem os princípios da continuidade da prestação, igualdade entre os utentes (universalidade, neutralidade e isonomia de tarifas) e mutabilidade do serviço às novas necessidades. Esse campo somente pode ser acessado pelos particulares mediante a obtenção de um título habilitante específico (concessão ou permissão).

De outro lado, o regime de direito privado, próprio da atuação dos particulares (mas também aplicável ao Estado, quando possível, para o desempenho de atividades econômicas em sentido estrito), em que prevalecem os princípios da livre iniciativa (artigo 170 da Constituição).

Ou seja, a diferença entre o serviço público do artigo 175 e atividade econômica do artigo 173 está na incumbência (obrigação) do Estado para a prestação do primeiro, a fim de satisfazer determinados direitos fundamentais (do que decorre o direito subjetivo público à prestação estatal) e na permissão para o Estado explorar a

---

<sup>61</sup> Evidentemente, a origem da distinção não está na Constituição de 1988. Remonta a uma dicotomia muito mais antiga, do Direito Romano, entre Direito Público e Direito Privado, tal como destaca UBIRAJARA COSTÓDIO FILHO (Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 15, jul./ago./set. de 2006, p. 217-218).



segunda, segundo determinados critérios de cunho político (segurança nacional e interesse coletivo).

Em suma, essa dicotomia sistematizada por EROS ROBERTO GRAU, conjugada com as ideias preconizadas por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO de supremacia e de indisponibilidade do interesse público, que ensejam um conjunto de prerrogativas conferidas ao Poder Público, acabou consolidando para uma grande parcela da doutrina brasileira o entendimento de que os serviços públicos são prestados com exclusividade pelo Estado, com eliminação da livre iniciativa, sempre sob um regime jurídico de direito público.<sup>62</sup>

Todavia, embora tenha sido amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência ao longo dos últimos anos, essa dicotomia vem sofrendo significativa mitigação em razão das novas perspectivas apresentadas nesse campo. Parcela significativa da doutrina vem apresentando importantes revisões sobre o assunto, tendo em vista a evolução das circunstâncias sociais e econômicas observadas nas últimas décadas.<sup>63</sup>

Essa revisão tem sido fomentada pelas adaptações que foram realizadas no direito positivo, com o objetivo de conceber novas formas de prestação de determinadas atividades tradicionalmente submetidas ao regime jurídico de direito público.

---

<sup>62</sup> O interessante é que EROS GRAU e CELSO ANTÔNIO discordam a respeito de alguns desses temas. O primeiro parte do princípio de que o serviço público é uma atividade de caráter econômico, que envolve a utilização de recursos escassos para a satisfação de necessidades, e que se qualifica como uma atividade econômica de conteúdo especial, pois é necessária para a consecução da “coesão social” (*A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 94). Já o segundo repudia a ideia de que o serviço público coincida com atividade econômica, ainda que possa ser rentável, já que sua natureza está baseada em valores transcendentais, alheios à ideia de lucratividade própria do direito privado (*Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 707-708). Ainda: EROS GRAU refuta a qualificação de serviço público com base na ideia de regime jurídico (própria de CELSO ANTONIO), quando afirma ser “inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se serviço público como atividade sujeita a regime de serviço público”, pois entende “inexistir uma totalidade normativa que se possa referir como regime de serviço público” (Idem, p. 103).

<sup>63</sup> Como ressalva FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, “(...) atualmente, a delimitação entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito está cada vez mais tormentosa. (...) Nesse cenário, são várias, como vimos, as críticas sobre a diferenciação estática entre serviço público a atividade econômica” (Funções Administrativas do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de Direito Administrativo* (Coord.). São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, Vol. 4, 2014, p. 159)

Consequentemente, vem-se observando uma intensa aproximação entre as noções de serviço público e de atividade econômica “em sentido estrito”, tal como qualificada por EROS GRAU. O exemplo mais claro se extrai do setor de telecomunicações, cujas alterações legislativas promovidas desde meados da década de 1990 acabaram alterando formalmente esses conceitos.

Nesse sentido, vale a análise de MARÇAL JUSTEN FILHO sobre a crise do serviço público vivida nos últimos anos, em que defende a necessidade de sua adequação às novas circunstâncias.<sup>64</sup>

O autor afirma que isso implicaria diversas alterações no respectivo regime jurídico, tais como; (a) a dissociação entre as atividades de regulação e prestação do serviço, mediante a criação de entidades reguladoras com autonomia mínima para exercer a regulação; (b) a extinção da uniformidade do regime jurídico, conforme o serviço de que se esteja tratando; (c) a diferenciação qualitativa entre os serviços, de modo que somente aqueles essencialmente vinculados a direitos fundamentais, mantêm as características clássicas e o rígido regime publicístico inerente; (d) a eliminação da exclusividade na prestação, mediante a criação de esquemas competitivos que impeçam o (indesejável) monopólio público, assim como o (insuportável) monopólio privado, ou minimizem os efeitos nocivos da concentração de poder econômico, e de modo que a exclusividade dependa tão somente da impossibilidade material ou econômica de se desempenhar o serviço em regime de concorrência; e, por fim, (e) o tratamento jurídico peculiar para os serviços prestados com base em rede e infraestruturas, o que se obtém por meio da fragmentação das atividades (*unbundling*) a ampliação da competição econômica onde esta for possível e desejável, a dissociação entre propriedade e exploração da rede, o estabelecimento de obrigação de compartilhamento da rede com novos concorrentes (*essential facility doctrine*), assim como a submissão do tratamento dos prestadores de serviço a padrões comparativos (*yardstick regulation*).<sup>65</sup>

Também é digno de nota o estudo de UBIRAJARA COSTÓDIO FILHO, que propõe uma interessante revisão da dicotomia serviço público *versus* atividade econômica em sentido estrito, já que se mostra imperfeita sob qualquer um dos

---

<sup>64</sup> Serviço público no direito brasileiro. In: CARDOSO, José Eduardo Martins et al. (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 370-392.

<sup>65</sup> Idem.

critérios que se analise: material, formal, subjetivo e finalístico. A revisão teria for finalidade preservar a dicotomia em vista da impossibilidade de simplesmente colocá-la de lado. Afinal as expressões “atividade econômica” e “serviços públicos” integram o texto constitucional e devem ser levadas em conta na interpretação jurídica.<sup>66</sup>

Dito isto, o autor propõe que critério jurídico adequado para justificar a distinção entre as duas categorias reside na ideia de *dever* do Estado. Aponta, para tanto, que o artigo 175 da Constituição prescreve a *incumbência* do Estado para a prestação de serviços públicos, ao passo que o artigo 173 veicula uma permissão ao Estado para exploração direta das atividades econômicas em sentido estrito. E conclui:

doutrinariamente falando e à luz do texto da Constituição Econômica brasileira, o traço distintivo entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito reside na presença, no primeiro caso, e na ausência, no segundo, de dever estatal quanto à sua prestação à população.<sup>67</sup>

Por fim, é indispensável a menção ao trabalho de VITOR RHEIN SCHIRATO, em especial na parte em que formula a crítica à noção do serviço público como atividade bloqueadora da livre iniciativa. Para esse autor, o cenário acima descrito permite que o Estado, dotado de prerrogativas, atue de forma exclusiva no mercado e, conseqüentemente, atue de forma ineficiente:

Cria-se uma relação verticalizada entre Estado e cidadãos, na qual os cidadãos são obrigados a consumir serviços públicos prestados em regime de exclusividade por um Estado pleno de prerrogativas e poderes esteados em concepções doutrinárias projetadas sobre formulações desprovidas de maior concreção e vinculação com a realidade, como a supremacia do interesse público sobre o particular e a separação das atividades econômicas entre as de sentido amplo e as de sentido estrito.<sup>68</sup>

Nessa linha, conclui que:

---

<sup>66</sup> Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 15, jul./ago./set. de 2006, p. 222-224.

<sup>67</sup> Idem.

<sup>68</sup> *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 93.

a diferenciação essencial entre os artigos 173 e 175 da Constituição não reside na reserva de um ou de outro ao Estado ou à iniciativa privada, nem tampouco nos regimes jurídicos da atividade, mas, sim, na existência de uma obrigação de intervenção pelo Estado no caso do artigo 175 e de uma faculdade de empreendimento no caso das demais atividades econômicas.<sup>69</sup>

Mas o ponto fundamental consiste em que a prestação de serviços públicos não é propriamente oposta à lógica de mercado. E sob essa perspectiva, a dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas não prevalece, conforme explica FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

não há fundamento jurídico para existência de um regime jurídico único para a prestação de serviços públicos, dotado de prerrogativas publicísticas, alheio à lógica de mercado. De rigor, nesses campos, pode-se afastar o regime da liberdade de concorrência, mas, para isso, é necessário que exista uma razão pública apta a justificar tal derrogação, mais especificamente, que tal restrição seja adequada a salvaguardar a prestação de serviços essenciais à população (sob as diretrizes dos deveres de universalização e da continuidade), nas franjas desses serviços em que essa exclusividade se mostrar essencial à sua viabilidade econômica. Isto é, se houver risco de supressão de atividades essenciais, estará justificado o afastamento do regime concorrencial. Porém, mesmo justificada, essa restrição só poderá existir na medida em que seja necessária e suficiente à preservação das obrigações sociais que lhe são subjacentes. Afinal, a limitação à livre iniciativa não pode ser automática ou presumida.<sup>70</sup>

Assim, a obrigação imposta ao Estado pelo artigo 175 não implica uma vedação *per se* à coexistência de atividades prestadas em regime de serviço público e em regime privado – tal como ocorre nos setores da saúde e da educação.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Idem, p. 132.

<sup>70</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 56, out./dez. 2016, p. 84.

<sup>71</sup> É o que consta dos artigos 199 e 209 da Constituição.

Tampouco impede que o serviço público seja prestado em ambiente concorrencial<sup>72</sup> – até porque, no mais das vezes, os serviços públicos são prestados por particulares por meio de delegação (concessão ou permissão) e podem ser submetidos a um ambiente de concorrência regulada.<sup>73</sup>

Em última análise, o que não existe no ordenamento jurídico brasileiro é a titularidade originária da iniciativa privada em relação a determinadas atividades qualificadas como serviço público. O ordenamento jurídico assegura, nos limites da regulamentação específica, a exploração privada das atividades econômicas em geral. Contudo, uma vez que recebe o rótulo de serviço público, a atividade é retirada do campo da livre iniciativa e somente poderá ser prestada por particulares mediante delegação do titular.

## 2.6 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E SERVIÇO PÚBLICO COMO OBRIGAÇÃO DO ESTADO

Reconhecer que o serviço público será imposto ao Estado para a satisfação de necessidades fundamentais, e que essa é a sua razão de ser, não significa dizer que as necessidades fundamentais serão sempre realizadas por meio da atuação estatal. O serviço público não é a única via para satisfazer direitos fundamentais.

Ao contrário, a atividade será qualificada como serviço público – e, portanto, será imputada ao Estado – se e quando for indispensável para a satisfação de determinadas necessidades fundamentais, porque não existe outra via para tanto. Essa qualificação é consequência da natureza funcional do regime jurídico de direito

---

<sup>72</sup> Sobre o tema dos serviços público em regime de concorrência, sem olvidar da obra exhaustiva de VITOR RHEIN SCHIRATO (*Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012), já tivemos a oportunidade de afirmar a possibilidade – mais do que isso: a necessidade – de introdução de uma lógica concorrencial em vários campos até então dominados pela lógica do serviço público tradicional (A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 435).

<sup>73</sup> Já nos manifestamos nesse sentido em: A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 413-438.

público: há um fim a ser atingido e o regime jurídico é o meio formal para que isso ocorra.<sup>74</sup>

Em outras palavras, o ordenamento jurídico qualifica uma atividade econômica como serviço público – e submete-a ao regime jurídico próprio – em razão da constatação de que essa atividade não será desempenhada de forma satisfatória e espontânea pela iniciativa privada – com base no regime jurídico de direito privado.

Existe o requisito do vínculo com a realização de direitos fundamentais (núcleo material do conceito). Mas além disso é indispensável que se verifique a inadequação dos mecanismos da livre-iniciativa privada para a satisfação das necessidades que se pretende atender com aquela atividade.

Daí a noção de subsidiariedade do serviço público em relação à atividade privada: serão qualificadas como serviço público – isto é, como obrigação do Estado – as atividades relacionadas com a satisfação de necessidades fundamentais que não estejam sendo desenvolvidas de forma adequada pela iniciativa privada. Em princípio, há espaço para a livre iniciativa (que foi alçada à condição de princípio fundamental da República pelo artigo 1º, inciso IV, da Constituição – com eficácia plena e aplicabilidade imediata)<sup>75</sup>. Se essa for insuficiente, incumbe ao Estado suprir a necessidade coletiva em jogo.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2018, p. 635.

<sup>75</sup> BARROSO, Luis Roberto. Crise econômica e direito constitucional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 6/32, 1994.

<sup>76</sup> Vale a pena conferir a obra de JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA, que tece severa crítica acerca da subsidiariedade da intervenção do Estado na economia. O autor defende a subsidiariedade não como um princípio constitucional, mas como uma “diretriz político-administrativa de organização do Estado”, afirmando que ela não se sustenta como argumento jurídico, mas apenas como argumento político (*Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 230).

Discorda-se dessa interpretação. Parte-se do pressuposto de que, essencialmente e em princípio, todas as atividades econômicas são alheias ao Estado. Isso não significa afirmar o Estado mínimo, mas reconhecer que, antes do Estado, há liberdade para o exercício de qualquer atividade. Não há justificativa – afora o totalitarismo – para que o Estado assumas para si atividades que são (ou que podem ser) prestadas de forma satisfatória e eficiente pela iniciativa privada. Por outro lado, sempre haverá justificativa para que o Estado intervenha (*ex ante* ou *ex post*) para coibir (prevenir ou sancionar) o abuso. Em última análise, o *princípio da subsidiariedade* não nega o Estado prestador, nem afirma o Estado mínimo. Antes, confirma a ideia de Estado regulador, ou seja, o Estado que, pressupondo a livre iniciativa como fundamento da República (art. 1º, inc. IV, da Constituição), exerce as funções normativa e reguladora (art. 174 da Constituição) para intervir com o objetivo de garantir o equilíbrio de forças no cenário econômico, de modo a aliviar a tensão entre os valores consagrados pelo

Ou seja, se a iniciativa privada for capaz de desenvolver de modo adequado e suficiente a atividade, não haverá nem mesmo sentido para o Estado imiscuir-se no seu desenvolvimento e na sua prestação – a menos que seja para regulamentar a atividade, em vista do seu caráter de “interesse geral”, de modo a adequá-la aos padrões de qualidade desejáveis, sob os aspectos técnico e social. Nesses casos, caberá ao Estado alocar seus recursos e seus esforços para o desenvolvimento de outras atividades, que estejam a exigir a sua intervenção direta.

Conforme explica FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, se a liberdade de iniciativa foi eleita pela ordem constitucional “como princípio vetorial, automaticamente resta a intervenção estatal (direta ou indireta) cingida pelo princípio da subsidiariedade”.<sup>77</sup>

Assim:

A atuação estatal sobre o domínio econômico há de ser residual. Isso não a faz desnecessária ou dispensável. Ela é imperativa sempre que a capacidade dos atores econômicos ou põe em risco um valor de natureza coletiva (o meio ambiente, o uso de um bem escasso, um serviço de relevância social), ou se mostra

---

art. 170 da Constituição, e atuando diretamente (ou por quem lhe faça as vezes) apenas quando for necessário para assegurar o interesse coletivo (art. 173 e 175 da Constituição).

O papel de agente regulador da economia, vale lembrar, é dinâmico e admite inúmeras variações: “Em suma, a Constituição atribui ao Estado competência para exercer o papel de agente regulador da economia. Porém, tal competência admite infinitos matizes. Variará conforme a combinação dos vetores de regulação setorial (quando houver) com a regulação geral (sempre incidente, em maior ou menor grau, conforme a relevância econômica do setor e os interesses envolvidos). Variará de abrangência e de intensidade, conforme se houver, respectivamente, o legislador (a quem compete prever a incidência de uma determinada carga regulatória específica) e agente regulador (a quem competirá manejar os instrumentos regulatórios colocados à sua disposição pelo legislador, sopesando em cada momento, o grau de incidência regulatória necessário à situação e aos objetivos da regulação)” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 1, jan./mar. 2003, p. 76).

<sup>77</sup> Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 1, jan./mar. 2003, p. 82. Ver também o texto de JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, para quem: “A subsidiariedade não é apenas um simples princípio de repartição de competências entre órgãos ou coletividades estatais. Ela fixa o próprio princípio de competências, daí decorre que a subsidiariedade possa ser um princípio de Direito constitucional. A busca do princípio da subsidiariedade, como princípio de Direito constitucional, aparece na organização administrativa do Estado, sendo que o debate não é apenas o da descentralização, mas da desconcentração” (O princípio da subsidiariedade: conceito e revolução. *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 200, abr./jun. 1995, p. 54).

insuficiente para se atingir uma finalidade de interesse geral da coletividade (a universalização de um serviço, a acessibilidade de uma comodidade, o incremento da competição, a satisfação dos usuários de um bem essencial etc). Apenas existindo uma e outra situação é que se fará cogitável a ação estatal sobre o domínio econômico. As mesmas peias genéricas que se põem para a atuação estatal direta na economia, existem para restringir a atuação regulatória no domínio econômico.<sup>78</sup>

Não caberá argumentar, em sentido contrário, que o Estado deve se apropriar de atividades essenciais por razões de “interesse público” ou por razões estratégicas. O serviço público não é instituído como um benefício para o Estado. É equivocado pressupor que uma atividade deverá ser qualificada como serviço público apenas porque está direta e imediatamente relacionada com a satisfação de um direito fundamental.<sup>79</sup>

O mercado de medicamentos comprova esse raciocínio: é inquestionável que medicamentos são indispensáveis e estão relacionados com necessidades fundamentais (vida, saúde, existência digna), mas não são qualificados como serviço público.<sup>80</sup> O mesmo ocorre com a produção de pólvora para fins bélicos ou a fabricação de veículos e equipamentos militares, que são indispensáveis para a segurança nacional.

Em suma, esse é um aspecto fundamental a ser considerado para o desenvolvimento do presente trabalho: a qualificação das atividades econômicas como serviços públicos com base no princípio da subsidiariedade.

E mais, a ponderação de que a possibilidade de a iniciativa privada ser capaz de produzir (de forma espontânea ou induzida) todos os bens e serviços indispensáveis à satisfação de todas as necessidades da sociedade (individuais e

---

<sup>78</sup> Idem, p. 82. Ver do mesmo autor: *Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011; *Regulação econômica e suas modulações. Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 28, p. 27-39, out./dez. 2009; e *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>79</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2018, p. 635.

<sup>80</sup> Nesse sentido: “a produção e o fornecimento de alimentos e medicamentos são atividades diretamente relacionadas à satisfação de direitos fundamentais. No entanto, não são qualificadas como serviço público por se evidenciar que a atuação econômica privada é plenamente apta a produzir a sua satisfação de modo adequado” (JUSTEN, FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2018, p. 634).



coletivas) poderá até mesmo conduzir ao desaparecimento do serviço público, já que não será dispensada a atuação prestadora do Estado, restando-lhe nesse caso, apenas a atuação regulatória das atividades privadas.

Tal como afirma MARÇAL JUSTEN FILHO:

Tal se passará se o sistema econômico privado dispuser de condições para assegurar a satisfação dos direitos fundamentais de todos os integrantes da sociedade. Justamente por isso, o elenco de serviços públicos em uma sociedade economicamente desenvolvida tende a ser muito mais reduzido do que se passa em países com sistema econômico deficiente.”<sup>81</sup>

Porém, enquanto isso não ocorre e nem se revela plausível diante do estágio de desenvolvimento econômico atual, continua sendo indispensável que o Estado assuma para si, ou melhor, que o ordenamento jurídico atribua ao Estado a obrigação de atuar concretamente para satisfazer determinadas necessidades que a iniciativa privada não é capaz de resolver de forma plena e eficiente.<sup>82</sup>

Nesse estágio, vale dizer, é perfeitamente possível a coexistência de atividades desenvolvidas com a roupagem de serviço público e de atividades tipicamente privadas. Ou seja, nada impede que existam, paralelamente, atividades que, apesar de compartilhar o mesmo objetivo vinculado com a satisfação das mesmas necessidades, são desenvolvidas de modo diverso, com base em regimes jurídicos diversos.

---

<sup>81</sup> *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2018, p. 634. Contudo, mais adiante ao comentar o dilema sobre a “morte do serviço público”, tal como propugnada por GASPAR ARIÑO ORTIZ, o autor completa afirmando que: “O serviço público somente desaparecerá se e quando houver viabilidade de satisfação dos direitos fundamentais mediante atuação privativa da iniciativa privada, sem a intervenção estatal – alternativa que não se afigura plausível, pois conduz ao desaparecimento da justificativa da existência do próprio Estado. Deve-se reconhecer que a atuação estatal não se reduz à prestação dos serviços públicos e que o exercício da competência regulatória é um instrumento para impor aos particulares a promoção dos direitos fundamentais. Mas há limites para a substituição do serviço público pela regulação. Isso fica evidente no âmbito de setores como saúde e educação, nos quais a atuação direta do Estado é uma garantia da manutenção da democracia” (Idem, p. 663).

<sup>82</sup> Conforme CARLOS ARI SUNDFELD, ao delinear as atividades do Estado: “Em princípio, a Constituição do Brasil [artigo 170] reserva aos particulares a exploração de atividade econômica”, logo, “O Estado desenvolve apenas as atividades que a ordem jurídica lhe atribui, estando proibido de fazer o que a Constituição ou as leis não autorizam expressamente” (*Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 78 e 79).

Em última análise, portanto, o fator determinante para a qualificação de uma atividade (relacionada com a realização de necessidades fundamentais) como serviço público pelo ordenamento jurídico é a constatação sobre possibilidade (ou não) dela ser desenvolvida de forma satisfatória pela iniciativa privada, no ambiente de mercado.

Se isso não se verificar, a atividade poderá (deverá) ser atribuída em caráter obrigatório ao Estado: será qualificada pela Lei como serviço público, ficará excluída do campo privado e poderá ser acessada somente mediante delegação e explorada sob regime jurídico especial.

Já as atividades que não receberem essa qualificação especial (o rotulo de serviço público) permanecem na esfera das atividades privadas, sujeitas ao regime jurídico de direito privado, ainda que sujeitas à regulação estatal.<sup>83</sup>

## 2.7 UM CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Com o propósito de se projetar uma noção genérica de serviço público, tanto quanto possível, não podem ser ignoradas as diversas definições propostas pela doutrina especializada.

Assim, para CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO o serviço público será:

toda atividade de oferecimento de atividade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de

---

<sup>83</sup> Por *regulação estatal*, compreende-se “a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: IBDP, n. 1, fev./mar./abr. 2005, p. 2). Nesse sentido, a regulação estatal “compreende a utilização de diversos instrumentos e atividades com lastro no texto constitucional como a de fiscalizar, planejar, coordenar, coibir condutas nocivas, regulamentar e fomentar atividades econômicas” (Idem, p. 2).

restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.<sup>84</sup>

Já MARÇAL JUSTEN FILHO define-o como

uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.<sup>85</sup>

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, por seu turno, conclui após ampla investigação que os serviços públicos

são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.<sup>86</sup>

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, reconhecendo a complexidade do conceito, afirma que

Em sentido estrito, pode-se conceber serviço público como as atividades dotadas de conteúdo econômico, revestidas de especial relevância social cuja exploração a Constituição ou a Lei cometem à titularidade de uma das esferas da federação como forma de assegurar o seu acesso a toda gente, permanentemente.<sup>87</sup>

Também VITOR RHEIN SCHIRATO contribui afirmando que

---

<sup>84</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 687.

<sup>85</sup> *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2018, p. 632.

<sup>86</sup> *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 151.

<sup>87</sup> A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: IBDP, n. 1, fev./mar./abr. 2005, p. 6

o que é elemento marcante dos serviços públicos e, portanto, deve fazer parte do núcleo de sua definição, é o conjunto formado pelo caráter obrigacional da atividade (que impõe ao Estado o dever de prestação da atividade ou garantia dela), sua vinculação aos direitos fundamentais (que, de novo, pautam as relações entre cidadãos e Estado) e sua consubstanciação na exploração de uma atividade econômica material (não normativa, nem diretiva, portanto) pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, substituindo seu dever de garantidor.<sup>88</sup>

E por fim, na síntese de SERGIO FERRAZ e AMAURI FERREZ SAAD, o serviço público será (ou, a qualificação de serviço público poderá recair sobre):

toda e qualquer atividade de relevância social, constitucionalmente titularizada pelo Estado e legalmente tida como serviço público, por ele executada diretamente ou mediante delegação, em concretização de interesses, necessidades ou utilidades da coletividade.<sup>89</sup>

Com base nesse cabedal, acredita-se ser possível apontar alguns traços gerais que caracterizam o serviço público no contexto brasileiro: trata-se de (i) atividade administrativa de prestação positiva, (ii) destinada à satisfação concreta de interesses, necessidades ou utilidades relacionadas com direitos fundamentais, (iii) que o ordenamento jurídico assume e qualifica como essencial para a coletividade, (iv) cuja prestação é atribuída ao Estado, pela Constituição e pela Lei Ordinária, como obrigação do Poder Público, porque a sua satisfação não é atingida de forma adequada pelos mecanismos da livre iniciativa privada, (v) para ser executada diretamente pelos entes estatais ou através de empresas privadas mediante delegação, (vi) com base em regime jurídico fixado por Lei, e (vii) cujo resultado é aproveitado por todos os usuários de forma igualitária, regular e contínua.

Para efeito metodológico, sem pretensão de esvaziamento do tema, adota-se o conceito de serviço público delineado por essas características básicas, mas sem deixar de considerar o ponto fundamental, de que o serviço público consiste em um instrumento de que se vale o Estado para a realização de direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico. Não há prerrogativa estatal com relação aos

---

<sup>88</sup> *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 138.

<sup>89</sup> *Autorização de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 27.

serviços públicos. O Estado é titular dessas atividades, mas apenas porque tem a obrigação de explorá-las em benefício dos usuários. E se, nesse escopo, a alternativa da delegação a particulares, com instauração de regime competitivo, com assimetria regulatória, se revelar a forma mais eficiente de atingir os objetivos desta mesma atividade, não haverá razão para restringir o exercício da atividade por particulares, ou mesmo sujeita-la a um único regime jurídico.

Nessa perspectiva, avultam os novos desafios à noção de serviço público, que inicia com a análise sobre a aplicabilidade (e os limites) do princípio da livre concorrência, passando pelas características que diferenciam os serviços públicos das demais atividades econômicas, até a discussão relacionada com o regime jurídico da atividade, especialmente no tocante às formas de acesso por particulares e ao modo como deve se realizar a prestação em regime de competição (livre mercado).

Atualmente, portanto, quando se fala em serviço público e nos novos paradigmas relacionados com a sua prestação, salta à evidência a importância da regulação estatal, para garantir o equilíbrio entre os destinatários dos serviços (usuários) e os operadores econômicos encarregados da sua prestação.

Enfim, conforme destacam FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e RAFAEL ROQUE GAROFANO:

falar em serviço público nos dias de hoje não significa decretar a morte do instituto, mas a revisitação de seus postulados para introduzir ingredientes de complexidade e dinamicidade no tratamento de sua organização e de sua prestação, sujeitas agora à exploração por agentes privados em regime concorrencial com outros agentes privados; ou com o próprio Estado em regime de direito público (assimetria de regimes); ou ainda com o Estado atuando em regime de direito privado (com menor incidência de normas de direito público).<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 46, abr./jun. 2014; e SCHITARO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012



### 3 AUTORIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

#### 3.1 AS MODALIDADES DE DELEGAÇÃO PREVISTAS NO TEXTO CONSTITUCIONAL

A regra mestra a respeito dos serviços públicos, como já se observou, é extraída do artigo 175 da Constituição, a qual determina que *incumbe* ao Poder Público (poder-dever) a prestação de serviços públicos, na forma da Lei, diretamente ou por meio de concessão ou permissão, necessariamente precedidas de licitação.

Nesse dispositivo se tem a linha básica sobre delegação de serviços públicos pelo Poder Público a particulares. Em primeiro lugar, a delegação deve ser feita na forma da Lei: lei geral e/ou, se houver, lei específica do setor.<sup>91</sup> Em segundo lugar, a delegação deve ser feita por meio de concessão ou permissão, que são as duas formas mais básicas de delegação. Por fim, deve sempre ser precedida de licitação (ou o devido processo de inexigibilidade), de modo a garantir que a escolha do parceiro privado, que irá assumir a execução do serviço público em nome do Estado, seja feita com o maior grau de objetividade possível, seguindo os critérios republicanos de isonomia, imparcialidade, impessoalidade, moralidade, probidade, publicidade, economicidade, eficiência e sustentabilidade, típicos do Estado Democrático de Direito.

Assim, tradicionalmente distinguem-se a concessão e a permissão como os dois modos básicos de delegação de serviços públicos a particulares. A primeira seria contrato com prazo determinado, recomendável para empreendimentos de grande porte e investimentos (por isso tem natureza estável e dá direito à indenização). Já a segunda é usualmente qualificada ato unilateral, discricionário e precário, recomendável para casos transitórios (e por isso passível de ser revogado a qualquer tempo, sem direito à indenização).

---

<sup>91</sup> Conforme destaca EGON BOCKMANN MOREIRA: “A Lei 8.987/1995 é a lei-quadro, a Lei Geral que dá aplicação ao parágrafo único do art. 175 da CF, configurando ‘o caráter especial’ dos contratos de concessão e permissão (inciso I). Mas isso não significa que ela detenha a exclusividade da disciplina das concessões e permissões. É válida – e, na maioria das vezes, imperiosa – a edição tanto daquelas leis reguladoras do funcionamento de concessões, permissões e autorizações em setores econômicos que assim o exijam (...) como de leis que criem novas modalidades de concessões (...). A Lei Geral (...) incide de forma transversal em todas essas leis específicas e respectivas alterações” (*Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 50-51).

Hoje ambas as figuras encontram-se regulamentadas por diversos diplomas: desde a Lei 9.491/1997 (antecedida Lei 8.031/1990), que dispôs sobre o Plano Nacional de Desestatização (PND), cujo objetivo é reordenar a posição estratégica do Estado na economia, concentrando esforços nas áreas em que a atuação estatal é fundamental e transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público)<sup>92</sup>; passando pela Lei 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões)<sup>93</sup>, pela Lei 9.074/1995 (que complementou a Lei Geral estabelecendo normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões existentes) e pela Lei 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas); e incluindo as diversas Leis setoriais (inclusive em razão da previsão contida no artigo 1º da Lei 8.987/1995 a respeito das “normas gerais pertinentes”), tais como a Lei 9.427/1996 (Energia Elétrica), a Lei 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações), a Lei 11.445/2007 (Saneamento Básico) e a Lei 12.815/2013 (Lei dos Portos – antecedida pela Lei 8.630/1993).<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> Confira-se o teor do artigo 1º da Lei: “Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.”

<sup>93</sup> “Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.”

<sup>94</sup> Sem desconsiderar ainda a Lei 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratações Administrativas), a Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal) e a Lei 8.884/1994 (Lei de Defesa da Concorrência), que podem ser aplicadas subsidiariamente às concessões e permissões, no que couber. E aqui vale a ressalva bem posta por EGON BOCKMANN MOREIRA, de que as leis específicas sobre concessão e permissão prevalecem em detrimento das leis gerais sobre contratação administrativa: “Assim – e o alerta reporta-se sobretudo à Lei de Licitações e Contratações Administrativas –, o contrato de concessão ostenta normatividade toda própria, extraordinária no que diz respeito aos demais negócios jurídicos da Administração. A conclusão advém do inciso I do parágrafo único do art. 175 da CF: a lei reclamada pelo texto constitucional tem como finalidade dispor sobre o *regime jurídico* das concessionárias e permissionárias e o *caráter especial* de seu contrato. Logo o regime jurídico e o contrato são fora do comum (e o comum está na Lei 8.666/1993)” (*Direito*



Reputa-se que o regime geral estabelecido pela Lei 8.987/1995 praticamente fez desaparecer as diferenças entre concessão e permissão (esta passando a ser definida como contrato de adesão, mas ainda precário). Essa afirmação é corroborada por boa parte da doutrina, mas ainda refutada por parcela significativa. Ou seja, mesmo com a Lei 8.987/95, remanescem as dúvidas sobre a definição e natureza dos dois institutos, exigindo que se investigue a legislação setorial para definir cada hipótese de concessão e de permissão – a qual, de modo geral, não é uniforme e tampouco presta deferência à doutrina tradicional.<sup>95</sup>

Mas há outra regra fundamental, estabelecida pelo artigo 21, incisos XI<sup>96</sup> e XII, da Constituição, que estabelece a competência da União para desenvolver determinadas atividades de interesse coletivo, e admite que a sua transferência a particulares sena feita inclusive mediante autorização.

A regulamentação da *autorização* prevista no artigo 21 da Constituição também consta de Leis específicas, setoriais, que estabelecem o desenho e os limites dessa forma de prestação na medida da necessidade e de acordo com as particularidades das atividades inerentes ao setor.

### 3.2 AUSÊNCIA DE DISCIPLINA UNIFORME

Não existe distinção clara na Constituição de 1988 a respeito dos institutos da concessão, permissão e autorização. O texto constitucional não estabelece um modelo único para o Estado prestar serviços à coletividade (ou admitir o uso de seu

---

*das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53-54).*

<sup>95</sup> Em linhas gerais, o setor de telecomunicações (pioneiro) é ilustrativo: trata a permissão como ato administrativo para situações transitórias, sem direito à indenização – o que acabou condenando-a ao desuso. No setor de transporte coletivo urbano municipal ainda se discute a precariedade das permissões, que acabaram sendo o instrumento mais utilizado por razões históricas. No setor elétrico admite-se somente uma hipótese de permissão: para distribuição de energia por cooperativas de eletrificação rural para consumidores não cooperados. No setor de transporte aéreo, admite-se a permissão para a exploração comercial de serviços aéreos. Já os setores de portos, de petróleo e de gás não contemplam a permissão.

<sup>96</sup> Com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8 de 1995. A redação original do inciso XI do artigo 21 não falava em autorização: “XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União”.

patrimônio por particulares), nem tampouco regimes jurídicos bem definidos sobre as formas de transferência de serviços públicos a particulares. Não há uma disciplina uniforme para cada hipótese – o que se repete inclusive na legislação infraconstitucional.

Consequentemente, a própria referência às três formas é variável. Os artigos 175 e 30, inciso V, por exemplo, referem-se apenas a concessão e permissão. O artigo 21, incisos XI e XII, assim como o artigo 223, *caput*, aludem expressamente à concessão, permissão e autorização. Já os artigos 25, § 2º e 49, inciso XII (assim como o artigo 66 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) utilizam apenas o termo concessão.

Como destaca VERA MONTEIRO:

Os três instrumentos são usados como sinônimo de ato jurídico e têm a função de abrir a possibilidade de contratação de terceiros (ente público ou empresa privada, pessoa jurídica ou pessoa física) na exploração de serviços públicos e serviços monopolizados e no uso de bens públicos.<sup>97</sup>

Essa lacuna tem sido suprida pela doutrina, que tem se dedicado com mais profundidade a respeito da concessão e da permissão, mas com pouca atenção a respeito da autorização.

E aí reside o ponto crucial, que justifica o interesse pelo tema: a controvérsia e a perplexidade que decorre dessa terceira hipótese, especialmente em razão (i) da insistência em se definir a autorização como ato discricionário e unilateral da Administração para liberação de atividades privadas, como consequência do exercício do poder de polícia (conforme a noção mais tradicional conferida pela doutrina) e, ao mesmo tempo, (ii) da previsão expressa contida nos incisos XI e XII do artigo 21 e no artigo 233 da Constituição admitindo a possibilidade de transferência a particulares da prestação de atividades de incumbência da União, qualificadas como serviços públicos, sem a exigência de prévia licitação para outorga.

---

<sup>97</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.

### 3.3 A AUTORIZAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES

Antes da Constituição de 1988, a figura da autorização e atividades de natureza pública aparecia de forma mais tímida. As Constituições de 1824 (Império) e de 1891 (República) nem sequer continham a expressão “autorização” em seu texto.

A Constituição de 1934 foi a primeira a incorporar a expressão, ao admitir a exploração de minas e aproveitamentos hidrelétricos mediante autorização ou concessão federal (artigo 119)<sup>98</sup>. De modo similar, a Constituição de 1937 previa que a exploração de minérios e energia hidráulica dependia de autorização da União (artigo 143)<sup>99</sup>.

No contexto das Constituições de 1934 e 1937 os minerais, a água e a energia não eram necessariamente qualificados como de titularidade estatal. Logo, as autorizações eram mesmo meramente liberatórias, para que os particulares explorassem esses recursos na sua própria cadeia produtiva.

Já a Constituição de 1946 estabelecia um leque maior, admitindo que os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que ligassem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transpusessem os limites de um estado seriam prestados mediante concessão ou autorização (artigo 5º, inciso XII)<sup>100</sup>. Da mesma forma o aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica (artigo 153)<sup>101</sup>.

E a Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, estabelecia que os serviços de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea

---

<sup>98</sup> “Art. 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei”.

<sup>99</sup> “Art. 143 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal”.

<sup>100</sup> “Art. 5º - Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado”.

<sup>101</sup> “Art. 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei”.

e transporte marítimo ou terrestre interestadual ou internacional seriam prestados mediante autorização ou concessão (artigo 8º, inciso XV)<sup>102</sup>.

De modo geral, portanto, as previsões contidas nas Constituições anteriores à atual admitiam autorizações como instrumento para exploração privada de atividades consideradas públicas.

Todavia, na prática essa exploração dava-se, invariavelmente, em proveito próprio do particular autorizado – e precisamente por isso a construção doutrinária da época limitou-se a esse contexto, conforme se verá adiante em capítulo específico.

### 3.4 A AUTORIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Esse quadro foi profundamente alterado com o advento da Constituição de 1988 e, mais adiante, com a edição da Emenda Constitucional n.º 8 de 1995, no contexto do movimento de alteração da forma de atuação estatal na economia e de delegação das atividades qualificadas como serviços públicos.

A autorização de atividades titularizadas pelo Estado (União), ganhou nova conotação com a redação do artigo 21 (incisos XI e XII)<sup>103</sup>, que estabeleceu a competência da União para o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, e também do artigo 223<sup>104</sup>, que previu a possibilidade de outorga e

---

<sup>102</sup> “Art. 8º - Compete à União: (...) XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações; b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza; c) a navegação aérea; d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de um Estado, ou Território”.

<sup>103</sup> “Art. 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 organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 15/08/1995); XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 15/08/1995); 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”.

<sup>104</sup> “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”.

renovação de concessões, permissões e autorizações para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal).

Significa que a União *deve* desenvolver essas atividades – seja diretamente, seja por meio de transferência à iniciativa privada mediante concessão, permissão ou autorização.

Além desses, a autorização administrativa também é exigida para as atividades de exploração (pesquisa, lavra e aproveitamento) de jazidas, recursos minerais e potenciais de energia hidráulica (artigo 174)<sup>105</sup> – exceto o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida – e para as atividades de ensino (art. 209)<sup>106</sup>.

Já o parágrafo único do artigo 170 (que estabelece os fundamentos da ordem econômica: valorização do trabalho humano e livre iniciativa), assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei – ou seja, trata-se, aqui sim, da autorização no sentido clássico, liberatória de atividades privadas, que se faz necessária sempre que a Lei assim determinar.

---

<sup>105</sup> “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 6 de 1996). § 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei. § 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente. § 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida”.

<sup>106</sup> “Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.

### 3.5 A AUTORIZAÇÃO NO DIREITO POSITIVO

A legislação brasileira prescreve a autorização administrativa de atividades (ora públicas, ora privadas) em vários setores, com diferentes configurações. Os exemplos são diversos. Adiante encontra-se breve descrição daqueles reputados como sendo os mais relevantes.

Não se pretende aqui desenvolver uma explanação exaustiva de todas as situações contempladas pelo Direito positivo. Por esse motivo, serão mencionados os traços gerais de três setores que se considera sejam os mais emblemáticos a respeito da autorização de serviços públicos: setor de telecomunicações, setor de energia elétrica e setor portuário.

#### 3.5.1 Exercício de atividades privadas potencialmente

Antes ainda, vale mencionar o caso paradigmático de atividade potencialmente nociva é a autorização para posse, porte ou comercialização de armas de fogo – que coincide com o exemplo clássico de autorização administrativa como exercício de poder de polícia.

Essas atividades são permitidas Lei 10.826/2003, mas expressamente submetidas à autorização da Polícia Federal, que será expedida pelo SINARM – Sistema Nacional de Armas mediante a comprovação dos requisitos legais.<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> “Art. 4º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos: I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos; II – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa; III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei. § 1º O Sinarm expedirá autorização de compra de arma de fogo após atendidos os requisitos anteriormente estabelecidos, em nome do requerente e para a arma indicada, sendo intransferível esta autorização. (...) § 5º A comercialização de armas de fogo, acessórios e munições entre pessoas físicas somente será efetivada mediante autorização do Sinarm”.

“Art. 5º O certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa”.

O mesmo se passa com as habilitações para condução de veículos automotores terrestres (que exige a Carteira Nacional de Habilitação – CNH que é expedida pelos órgãos de trânsito nos termos da Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro)<sup>108</sup>, aeronaves (que exige a licença da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC nos termos da Lei 13.475/2017)<sup>109</sup> ou embarcações (que exige a Carteira de Habilitação de Amador – CHA expedida mediante autorização das Capitânicas dos Portos, nos termos da Lei 9.537/1997)<sup>110</sup>.

### 3.5.2 O setor de telecomunicações

O setor de telecomunicações é, por assim dizer, pioneiro no tratamento das autorizações sob o enfoque do artigo 21 da Constituição. Foi disciplinado pela Lei 9.472/1997 logo após as alterações promovidas pela Emenda Constitucional n.º 8 de 1995, com o forte viés em prol da concorrência.

Com efeito, a tônica da Lei é estabelecer um ambiente concorrencial, com base no princípio da ampla e justa competição entre todas as operadoras (artigo 6º).<sup>111</sup>

---

“Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm”.

<sup>108</sup> “Art. 140. A habilitação para conduzir veículo automotor e elétrico será apurada por meio de exames que deverão ser realizados junto ao órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato, ou na sede estadual ou distrital do próprio órgão, devendo o condutor preencher os seguintes requisitos: I - ser penalmente imputável; II - saber ler e escrever; III - possuir Carteira de Identidade ou equivalente”. (...)

“Art. 141. O processo de habilitação, as normas relativas à aprendizagem para conduzir veículos automotores e elétricos e à autorização para conduzir ciclomotores serão regulamentados pelo CONTRAN. § 1º A autorização para conduzir veículos de propulsão humana e de tração animal ficará a cargo dos Municípios”.

<sup>109</sup> “Art. 1º Esta Lei regula o exercício das profissões de piloto de aeronave, comissário de voo e mecânico de voo, denominados aeronautas. § 1º Para o desempenho das profissões descritas no *caput*, o profissional deve obrigatoriamente ser detentor de licença e certificados emitidos pela autoridade de aviação civil brasileira”.

<sup>110</sup> “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, ficam estabelecidos os seguintes conceitos e definições: I - Amador - todo aquele com habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações de esporte e recreio, em caráter não-profissional; II - Aquaviário - todo aquele com habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional”.

<sup>111</sup> “Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica”.

Para tanto, os artigos 60 e seguintes da Lei 9.472 definem os serviços de telecomunicação e os regimes admissíveis de prestação. Em especial, o dispositivo do artigo 63 estabelece que os serviços de telecomunicação podem ser prestados em regime público ou privado.<sup>112</sup>

O regime público é prescrito pelo parágrafo único do artigo 63 e configurado pelos artigos 79 e seguintes, com a característica essencial de admitir a prestação mediante contrato de concessão ou permissão<sup>113</sup>, primando pela observância dos princípios da universalização e continuidade.<sup>114</sup>

Já o regime de direito privado é configurado de forma muito próxima do regime das atividades econômicas do setor privado, com liberdade de ação, inclusive no tocante aos preços (artigos 126 a 129).<sup>115</sup> O artigo 128, em especial, estabelece que

---

“Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência [ANATEL] poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações”.

<sup>112</sup> “Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados. Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade”.

<sup>113</sup> A permissão mediante processo licitatório simplificado, especificamente “para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedor do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão” (artigo 118).

<sup>114</sup> “Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público. (...)”.

<sup>115</sup> “Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica”.

“Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir: I - a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade; II - a competição livre, ampla e justa; III - o respeito aos direitos dos usuários; IV - a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público; V - o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços; VI - a isonomia de tratamento às prestadoras; VII - o uso eficiente do espectro de radiofrequências; VIII - o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes; IX - o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor; X - a permanente fiscalização”.

“Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que: I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do



qualquer condicionamento ao direito de exploração deve observar a exigência de mínima intervenção na vida privada.

Nessa linha, o artigo 131 da Lei 9.472 estabelece que a exploração do serviço de telecomunicações no regime privado dependerá de prévia autorização da ANATEL, a qual vem delineada pelo parágrafo primeiro como “ato administrativo vinculado”, por meio do qual se “faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”.<sup>116</sup>

O artigo 132 define as condições objetivas para a obtenção da autorização e o artigo 133 as condições subjetivas, que serão dispostas pela ANATEL (artigo 134), a qual poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, “condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade” (artigo 135).

Já o artigo 136 dispõe que não haverá limite para o número de autorizações, salvo em caso de impossibilidade técnica ou quando o excesso de prestadores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo (*caput*). E o parágrafo segundo estabelece que a seleção das prestadoras será feita por meio de processo licitatório simplificado, nos previstos nos artigos 88 a 92 – isto é, o mesmo previsto para as concessões.

Por fim, o artigo 138 garante que a autorização “não terá sua vigência sujeita a termo final, extinguindo-se somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação” (que são disciplinados respectivamente nos artigos 139, 140, 141, 142 e 143), garantido o devido processo legal (artigo 144).

---

Poder Público; II - nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante; III - os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes; IV - o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser; V - haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos”.

“Art. 129. O preço dos serviços será livre, ressalvado o disposto no § 2º do art. 136 desta Lei, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria”.

<sup>116</sup> “Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias. § 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. § 2º A Agência definirá os casos que interdependem de autorização. (...)”.

Dentre essas hipóteses de extinção, a do *decaimento* estabelecida pelo artigo 141 merece destaque, pois corresponde à extinção unilateral por razões de interesse público. Nesse caso, há regra expressa garantindo ao autorizatário o direito de manter suas próprias atividades regulares por prazo mínimo de cinco anos, salvo desapropriação (artigo 141, § 2º). Ou seja, a garantia de prazo mínimo para exploração do serviço.

Por outro lado, a hipótese da *renúncia* prevista no artigo 142, que corresponde à extinção por desinteresse do autorizatário, não o desonera de suas obrigações perante terceiros.

Em resumo, a Lei 9.472/1997 definiu a autorização do setor de telecomunicações como ato administrativo vinculado, a ser outorgado mediante o preenchimento de condições objetivas e subjetivas, assegurando um prazo mínimo para o autorizatário explorar o serviço e inclusive o direito à indenização prévia, em caso de paralização ou extinção da autorização por razões de interesse público.

### **3.5.3 O setor de energia elétrica**

O setor de energia elétrica também passou por significativas modificações ainda em meados de 1990, logo após as reformas constitucionais. Para tanto, foram editadas a Lei 9.074/1995 e a Lei 9.427/1996, estabelecendo as diretrizes para a desestatização do setor – inclusive por meio da desverticalização das respectivas atividades: geração, transmissão, distribuição e comercialização.

A Lei 9.074/1995 estabeleceu de forma expressa a modalidade de autorização para as hipóteses de geração e comercialização de energia elétrica – resguardando a modalidade de concessão para as atividades de transmissão e distribuição, que se desenvolvem em redes de infraestrutura caracterizadas como monopólio natural – isto é, redes com custo proibitivo de duplicação.

Assim, na área de geração, o artigo 6º dessa Lei admitiu a exploração mediante autorização, independentemente de licitação, de usinas termelétricas destinadas à produção independente.<sup>117</sup> Já o artigo 7º determinou que a autorização, independentemente de licitação, será utilizada obrigatoriamente para os

---

<sup>117</sup> “Art. 6º As usinas termelétricas destinadas à produção independente poderão ser objeto de concessão mediante licitação ou autorização”.

empreendimentos destinados ao aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 5.000 kW e igual ou inferior a 50.000 kW.<sup>118</sup>

A Lei 9.427/1996, por sua vez, previu a autorização como a modalidade adequada para diversas atividades, dentre as quais: (i) o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e igual ou inferior a 30.000 kW (trinta mil quilowatts), destinado a produção independente ou autoprodução, mantidas as características de pequena central hidroelétrica; (ii) a compra e venda de energia elétrica, por agente comercializador; e o (iii) o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e igual ou inferior a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts), destinado à produção independente ou autoprodução, independentemente de ter ou não característica de pequena central hidroelétrica.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> “Art. 7º São objeto de autorização: o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e igual ou inferior a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts) destinados a uso exclusivo do autoprodutor e a produção independente de energia” – a redação foi conferida pela Lei 13.360/2016 – a redação original previa potenciais hidráulicos de potência superior a 3.000 kW (três mil quilowatts) e igual ou inferior a 10.000 kW (dez mil quilowatts).

<sup>119</sup> “Art. 26. Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar:

I - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e igual ou inferior a 30.000 kW (trinta mil quilowatts), destinado a produção independente ou autoprodução, mantidas as características de pequena central hidroelétrica – a redação foi conferida pela Lei 13.360/2016 – a redação original previa potenciais hidráulicos de potência superior a 3.000 kW (três mil quilowatts) e igual ou inferior a 30.000 kW (trinta mil quilowatts);

II - a compra e venda de energia elétrica, por agente comercializador – redação dada pela Lei 9.648/1998;

III - a importação e exportação de energia elétrica, bem como a implantação das respectivas instalações de transmissão associadas, ressalvado o disposto no § 6º do art. 17 da Lei 9.074;

IV - a comercialização, eventual e temporária, pelos autoprodutores, de seus excedentes de energia elétrica – redação dada pela Lei 9.648/1998;

V - os acréscimos de capacidade de geração, objetivando o aproveitamento ótimo do potencial hidráulico incluído pela Lei 10.438/2002;

VI - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e igual ou inferior a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts), destinado à produção independente ou autoprodução, independentemente de ter ou não característica de pequena central hidroelétrica – redação dada pela Lei 13.360/2016 – a redação original previa potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW (mil quilowatts) e igual ou inferior a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts)”.

### 3.5.4 O setor portuário

O setor portuário é atualmente regido pela Lei 12.815/2013, que produziu completa reformulação no marco regulatório do setor portuário brasileiro, revogando a Lei 10.233/2001. A nova legislação foi editada em resposta às disputas que vinham ocorrendo no setor, inclusive na esfera judicial, em vista das crescentes investidas do setor privado na exploração das atividades portuárias, em flagrante concorrência com os portos públicos.

Essa Lei manteve a distinção já existente entre as atividades e infraestruturas portuárias públicas e privadas, estabelecendo como critério diferenciador o fato de as primeiras serem desenvolvidas dentro da área do *porto organizado* e as segundas exploradas fora da área do *porto organizado*.<sup>120</sup>

Assim, as *instalações portuárias*<sup>121</sup> desenvolvidas dentro do porto organizado poderão ser exploradas diretamente pela União (ou por meio de *delegação* a Municípios e Estados)<sup>122</sup> ou indiretamente por particulares, mediante *concessão* ou *arrendamento*,<sup>123</sup> sempre mediante licitação prévia (artigo 175 da Constituição e artigo 4º da Lei 12.815).

Já as instalações portuárias localizados fora da área do porto organizado (*terminais de uso privado, estações de transbordo de cargas, instalações portuárias*

---

<sup>120</sup> “Art. 2.º Para os fins desta Lei, consideram-se: I – porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária; II – área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado; (...).”

<sup>121</sup> “Art. 2.º Para os fins desta Lei, consideram-se: (...) III – instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário; (...).”

<sup>122</sup> “Art. 2.º Para os fins desta Lei, consideram-se: (...) X – delegação: transferência, mediante convênio, da administração e da exploração do porto organizado para Municípios ou Estados, ou a consórcio público, nos termos da Lei n. 9.277, de 10 de maio de 1996; (...).”

<sup>123</sup> “Art. 2.º Para os fins desta Lei, consideram-se: (...) IX – concessão: cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado; (...) XI – arrendamento: cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado; (...).”

*públicas de pequeno porte e instalações portuárias de turismo*),<sup>124</sup> poderão ser exploradas por particulares mediante *autorização*<sup>125</sup>, sem necessidade de licitação prévia, mas mediante processo prévio de chamada ou anúncio público (artigo 8º da Lei 12.815).

A modalidade de autorização possui um regime jurídico próprio. Configura ato formalizado por meio de contrato de adesão, firmado entre a autoridade portuária competente e o operador portuário,<sup>126</sup> com prazo certo, precedido de processo prévio de chamada ou anúncio públicos.

A Lei exige que esses contratos contenham cláusulas essenciais dispendo especificamente sobre: objeto; área; prazo; modo, forma e condições da exploração da instalação portuária; critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade, assim como as metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço; investimentos de responsabilidade do contratado; direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas; responsabilidades das partes; direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado; forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução das atividades, bem como à indicação dos órgãos ou entidades competentes para exercê-las; garantias para adequada execução do contrato; responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades; hipóteses de extinção do

---

<sup>124</sup> “Art. 2.º Para os fins desta Lei, consideram-se: (...) IV – terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado; V – estação de transbordo de cargas: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do porto organizado e utilizada exclusivamente para operação de transbordo de mercadorias em embarcações de navegação interior ou cabotagem; VI – instalação portuária pública de pequeno porte: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros ou mercadorias em embarcações de navegação interior; VII – instalação portuária de turismo: instalação portuária explorada mediante arrendamento ou autorização e utilizada em embarque, desembarque e trânsito de passageiros, tripulantes e bagagens, e de insumos para o provimento e abastecimento de embarcações de turismo; (...).”

<sup>125</sup> “Art. 2.º Para os fins desta Lei, consideram-se: (...) XII – autorização: outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão; e (...).”

<sup>126</sup> “Art. 2.º Para os fins desta Lei, consideram-se: (...) XIII – operador portuário: pessoa jurídica pré-qualificada para exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado.”

contrato; obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente e demais autoridades competentes; adoção e ao cumprimento das medidas de fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas; acesso ao porto organizado ou à instalação portuária pelo poder concedente e demais autoridades competentes; penalidades e sua forma de aplicação; e foro (artigo 8º, § 1º, c/c o artigo 5º).

Logo, não se trata de ato estritamente discricionário (embora também não se trate de ato completamente vinculado), já que não basta o mero preenchimento dos requisitos necessários ao desenvolvimento da atividade. Tampouco é ato precário, pois o contrato é firmado com prazo certo, na medida em que exige significativos investimentos e, conseqüentemente, longo prazo de amortização.

O contrato de adesão que formaliza a autorização de instalação portuária privada envolve uma gama de direitos e obrigações incompatíveis com o desenho tradicional da autorização. Trata-se de atividade privada, porém sujeita a intensa regulação, conforme se extrai do conteúdo obrigatório dos contratos de adesão, ou mesmo do prazo máximo de três anos imposto pela Lei para o início das operações, após a assinatura do contrato de adesão (artigo 26, § 1º).

Embora as autorizações portuárias estejam relacionadas com atividades privadas, desenvolvidas fora da área do porto organizado, a Lei dos Portos exige que essas outorgas sejam concedidas com respeito aos princípios da publicidade e transparência e, em havendo mais de um interessado, que a disputa seja realizada com isonomia e objetividade.

Para tanto, a Lei prescreve uma sistemática própria para a outorga das autorizações nela previstas. Estabelece um *processo prévio de anúncio público* ou de *chamada pública* – que assume especial relevo em se tratando de autorização para exploração de terminais de uso privado que atuarão em concorrência (assimétrica) com as instalações portuárias localizadas dentro do porto organizado.

O artigo 8º da Lei prevê expressamente que as autorizações serão formalizadas por contrato de adesão, serão precedidas de *chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público*.<sup>127</sup> Em seguida, os artigos 9º a 12 disciplinam o

---

<sup>127</sup> Antes ainda, o § 3º do artigo 3º estabelece que as concessões, os arrendamentos e as autorizações serão outorgados a pessoa jurídica *que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco*.

rito a ser seguido nesse processo prévio. O regulamento (Decreto 8.033/2013), por sua vez, disciplina o tema nos artigos 27 a 35. Por fim, existe ainda a Resolução 3.290-ANTAQ, que regulamenta e especifica o trâmite desse processo prévio no âmbito daquela Agência.<sup>128</sup>

Esse processo prévio difere do processo licitatório propriamente dito, exigível para as concessões e arrendamentos de instalações e infraestruturas do porto organizado. Aliás, é pacífico que as autorizações previstas na Lei dos Portos dispensam a licitação pública, que é exigida apenas para as concessões e os arrendamentos (artigo 175 da Constituição e artigos 4º e 6º da Lei).

O processo prévio específico das autorizações configura um rito de escolha simplificado, aplicável nos casos em que houver disputa entre mais de um particular interessado. Essa conclusão se extrai não apenas da disciplina conferida pela Lei 12.815 e pelo Decreto 8.033, mas do exposto teor do artigo 12, § 3º, da Lei. Isso significa que também as autorizações – e não apenas as concessões e os arrendamentos portuários – devem ser outorgadas como resultado de um processo público que permita selecionar a solução mais vantajosa dentre as que estiverem disponíveis. Não basta que o particular interessado preencha os requisitos legais para que a autorização seja automaticamente expedida. Havendo mais de uma opção, deve ser escolhida aquela que se revelar mais adequada aos interesses coletivos inerentes à atividade portuária.

### **3.5.5 O setor aeroportuário**

Já o setor aeroportuário, regido pela Lei 7.565/1986 (dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica) e pela Lei 11.182/2005 (cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC), possui diversas atividades que podem ser desempenhadas por particulares mediante autorização: algumas delas propriamente privadas (e nesse caso a autorização é meramente liberatória), outras de caráter público (e nesse caso a autorização assume a função de outorga).

---

<sup>128</sup> Nos termos do artigo 3º, parágrafo único, do Decreto 8.033, recai sobre a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ a competência para a realização da chamada pública para autorização de instalações portuárias, em cumprimento ao plano geral de outorgas em vigor.

Em um breve resumo, podem ser relacionadas as seguintes atividades previstas na Lei 11.128/2005<sup>129</sup>: (i) exploração de serviços aéreos; (ii) exploração da infraestrutura aeroportuária; (iii) serviços aéreos prestados por aeroclubes, escolas e cursos de aviação civil; (iv) serviços aéreos de aerolevanteamento; e (v) transporte de explosivo e material bélico em aeronaves civis.

Além de outras tantas previstas na Lei 7.565/1986: serviços de infraestrutura aeronáutica (art. 25, § 1º); construção e utilização de aeródromos (arts. 34, 35 e 36); estabelecimentos comerciais em aeroportos (art. 41); serviço de telecomunicações aeronáuticas (art. 48, parágrafo único); vôo Experimental para as aeronaves construídas por amadores (art. 66, § 3º); acesso aos Destroços de Aeronave (art. 88-N); aeroclubes, escolas e cursos de aviação (art. 98); utilização de aeronaves (vôo propriamente dito); (art. 114); transporte aéreo público (operação ou exploração de aeronave por companhia aérea ou de táxi-aéreo) (art. 123 e art. 180).

---

<sup>129</sup> “Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: (...) XIII – regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos; XIV – conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos; XXIV – conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte; XXXII – regular, fiscalizar e autorizar os serviços aéreos prestados por aeroclubes, escolas e cursos de aviação civil; (...) § 4º Sem prejuízo do disposto no inciso X do caput deste artigo, a execução dos serviços aéreos de aerolevanteamento dependerá de autorização emitida pelo Ministério da Defesa. § 5º Sem prejuízo do disposto no inciso XI do caput deste artigo, a autorização para o transporte de explosivo e material bélico em aeronaves civis que partam ou se destinem a aeródromo brasileiro ou com sobrevôo do território nacional é de competência do Comando da Aeronáutica.”



#### 4 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE AUTORIZAÇÃO NA DOUTRINA BRASILEIRA

O estudo da autorização administrativa foi desenvolvido pelos manuais e cursos de Direito Administrativo, mais especificamente nos capítulos que tratam das categorias formais de manifestação da Administração Pública em relação às atividades privadas. Assim é que a autorização tem aparecido na doutrina tradicional do Direito Administrativo brasileiro, ora como manifestação do poder de polícia, ora classificada ao lado dos institutos da concessão e da permissão.

Embora os trabalhos específicos tenham sido escassos durante bastante tempo, houve quem dedicasse maior atenção ao tema, como JOSÉ CRETELLA JÚNIOR no artigo lançado em 1976 com o título “Definição da autorização administrativa”<sup>130</sup>, e CID TOMANIK POMPEU, que lançou obra específica intitulada “Autorização Administrativa”<sup>131</sup>, com a primeira edição em 1992.

A baixa atenção acabou resultando em certa imprecisão terminológica – tanto por parte da doutrina quanto pela jurisprudência e pelo direito positivo – e, conseqüentemente, acarretando confusão entre a autorização e outros institutos afins, mas ontologicamente distintos, como a concessão, a permissão e a licença.<sup>132</sup>

Ainda assim, é preciso reconhecer que já houve relativo consenso a respeito da definição e dos usos para a autorização administrativa. Em geral, e por longo período, a autorização foi utilizada para indicar um ato administrativo expedido no uso do poder de polícia, com o objetivo de habilitar um particular ao desempenho de uma atividade privada proibida pelo ordenamento, ou para conferir o direito de uso de um bem público. Em determinado momento, até se chegou a cogitar da autorização para

---

<sup>130</sup> *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 71. São Paulo, jan. 1976, p. 99-121.

<sup>131</sup> *Autorização Administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>132</sup> TÁCITO, Caio. *Autorização Administrativa*. In: *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 735. Ainda: “No direito brasileiro, o conceito de *autorização* tem trazido inúmeras confusões ao espírito dos doutrinadores, penetrando o próprio direito positivo, confundindo-se, não raro, a *autorização* com a *permissão*, a *admissão*, a *licença* e a *concessão*” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Definição da autorização administrativa*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 71. São Paulo, jan. 1976, p. 100).

outorgar ao particular um serviço com relevância perante terceiros ou vinculado à satisfação de um interesse coletivo.<sup>133</sup>

Mas essas visões, algumas demasiadamente genéricas, são insuficientes para apreender a complexidade do instituto tal como aparece atualmente na Constituição e no nosso Direito Positivo.

Daí porque esse cenário de relativo desinteresse sobre a autorização administrativa tem sido paulatinamente alterado. Cada vez mais se observa a evolução da noção de autorização para algo mais complexo do que a doutrina tradicional enxergava. Cada vez mais percebe-se que a autorização pode servir para situações muito mais amplas que outrora se vislumbrava. E cada vez mais a doutrina tem se dedicado a explorar esse instituto para desvendar as suas diversas facetas.

Esse desenvolvimento tem ocorrido a partir do texto da Constituição de 1988 (em especial dos incisos XI e XII do artigo 21, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 8 de 1995, assim como do artigo 223), de alguns regimes jurídicos diferenciados para determinadas atividades, estabelecidos por Lei, assim como de posicionamentos doutrinários mais inovadores. Acima de tudo, ele surge a partir da própria evolução dos fatos e da constatação da insuficiência dos mecanismos atuais por meio dos quais o Poder Público delega a particulares as atividades de sua incumbência.

Neste capítulo, dedicado a investigar a contribuição de alguns dos maiores expoentes da doutrina brasileira para a formação das bases do estudo sobre o tema analisado, procura-se desenhar uma linha de evolução do conceito jurídico de autorização pelos estudiosos, chamando a atenção para as possibilidades que esse instituto jurídico pode abrir no futuro próximo.

Vale aqui a ressalva feita por MARÇAL JUSTEN FILHO a propósito da revolução que vem sendo causada no direito público pelos “serviços invasores” – tais como Uber, Airbnb e WhatsApp. Para ele, esse estudo deve evitar tanto o risco do idealismo jurídico (“recusar qualquer interferência dos fatos sobre a ordem jurídica”) quanto o risco da autonomia fático-normativa (“reputar que os fatos produzem uma normatividade bastante e suficiente, que deve ser superposta à estruturação

---

<sup>133</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 337.

normativa estatal), para se alcançar um equilíbrio que possa resultar em mecanismos adequados, que permitam a adaptação do direito aos novos tempos. Isso exige o afastamento de um enfoque absolutamente dogmático e a rejeição da incorporação de novas soluções isentas de críticas. Busca-se, enfim, evitar “um posicionamento apriorístico, favorável ou contrário às inovações” e também “a mera justificação para posições favoráveis ou contrárias que tenham sido adotadas”.<sup>134</sup>

#### 4.1 O CONCEITO DE AUTORIZAÇÃO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Durante muito tempo, prevaleceu na doutrina a noção de autorização como uma manifestação do poder de polícia estatal, utilizada para habilitar eventuais interessados ao exercício de atividades vedadas pela Lei.

A partir da conformação dada pela doutrina estrangeira<sup>135</sup>, a autorização foi utilizada como prevenção, para garantir segurança e salubridade das atividades privadas potencialmente danosas, mediante um controle negativo por parte do Estado (inexistência de lesão a interesses públicos) e algum grau de fiscalização posterior, durante a exploração, que poderia acarretar até mesmo a cassação da autorização.

O exemplo mais recorrente era o porte de armas: uma atividade sujeita a proibição geral por questão de segurança, mas que poderia ser autorizada mediante requerimento do interessado, a critério da Administração Pública e desde que preenchidos determinados requisitos.

Esse ato administrativo autorizatório da atividade vedada, portanto, seria exercido de forma discricionária e precária. A autorização seria concedida com base na oportunidade e na conveniência da Administração Pública – isto é, quando atendesse ao “interesse público” – e não conferiria ao autorizatório nenhuma

---

<sup>134</sup> Serviços de interesse econômico geral no Brasil: os invasores. *In*: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 787-788.

<sup>135</sup> Conforme OTTO MAYER, por exemplo, as atividades consideradas perigosas seriam em princípio vedadas aos particulares em geral, demandando a prática de um ato estatal – a autorização – para poderem ser exploradas. Esse ato removeria a proibição, restabelecendo a liberdade para o seu exercício (*Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: De Palma, 1982, Tomo II, Parte Especial, p. 59).

estabilidade, podendo ser revogada a qualquer tempo pelo mesmo motivo – ou seja, por “interesse público” – sem que se pudesse cogitar direito a indenização.

Isso é o que se extrai a partir da doutrina de mestres como THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, MIGUEL REALE, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR e HELY LOPES MEIRELLES, aqui transcritos para representar esse legado.<sup>136</sup>

#### 4.1.1 As principais referências doutrinárias

THEMÍSTOCLES, no tópico sobre “Autorização ou permissão de polícia” do seu Curso de Direito Administrativo, explicava sucintamente que “Uma das modalidades por que se manifesta o poder de polícia consiste na concessão, permissão, licença ou autorização de polícia”.<sup>137</sup>

Mencionando precisamente o exemplo do porte de armas, o autor definia a autorização como uma medida de natureza preventiva e excepcional, de caráter restrito e sujeita ao controle jurisdicional, tolerável em virtude de condições peculiaríssimas:

O caráter excepcional e discricionário é que define a permissão de polícia. Pressupõe, no entretanto, precipuamente, a competência da autoridade para conceder o privilégio dentro das normas gerais traçadas pela lei.

Sob o ponto de vista das medidas e serem tomadas para tornar efetiva a obediência às leis e regulamentos de polícia, é preciso ter sempre em vista a sua natureza preventiva.

(...)

As medidas policiais visam antes, a manutenção da ordem pública, e se aplicam contra as atividades nocivas aos interesses

---

<sup>136</sup> Sem prejuízo de outros tantos inescutíveis, tais como MÁRIO MASAGÃO (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986), RUI CIRNE LIMA (*Princípios de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007) e PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Título II. Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 38).

<sup>137</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 129.

sociais ou que infrinjam as disposições legais ou regulamentares, estranhas à alçada criminal.<sup>138</sup>

MIGUEL REALE enquadrou a autorização como o ato pelo qual a Administração Pública, “à vista da satisfação pelo particular de determinadas condições previamente estabelecidas, remove o obstáculo legal que antes lhe impedia a prática de determinada atividade.”<sup>139</sup> Em tais casos, autorização “poderá implicar o estabelecimento de um regime jurídico ao qual deverá se sujeitar o ‘autorizado’ para poder continuar no desfrute garantido do *status* reconhecido em seu favor” – tal como se passa com a autorização concedida para funcionamento de um estabelecimento de crédito.<sup>140</sup>

Para OSWALDO ARANHA, que traduz bem o postulado tradicional bastante replicado, a autorização “seria o ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada”.<sup>141</sup>

Os exemplos elencados pelo autor seriam o porte de armas e a pesquisa e lavra de jazidas. Para essas atividades, “o atendimento ao pedido do interessado ficaria a critério da Administração Pública, tendo em vista considerações de conveniência e oportunidade públicas”.<sup>142</sup> E em razão do seu caráter precário, a autorização pode ser “revogada livremente, e a qualquer tempo, por motivo de interesse público, salvo disposição de lei em contrário, ou se dada a prazo certo”.<sup>143</sup>

---

<sup>138</sup> Idem, p. 130. E também mencionava o exemplo dos veículos especiais: “O mesmo acontece em matéria de tráfego, onde numerosos privilégios são concedidos pela lei aos veículos que atendem ao serviço público, o que não exclui, também, a faculdade atribuída às autoridades para permitir certos favores, de acordo com situações peculiares a cada caso. É o que ocorre, notadamente, com a licença para estacionamento, ou para, com caráter provisório, dirigir o veículo independentemente de licença” (Idem, p. 129).

<sup>139</sup> Natureza jurídica da permissão e da autorização. In: *Direito Administrativo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 154.

<sup>140</sup> Idem.

<sup>141</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Vol. I. São Paulo: Forense, 1979, p. 552.

<sup>142</sup> Idem, p. 552.

<sup>143</sup> Idem, p. 552.

OSWALDO ARANHA preocupava-se em sistematizar as manifestações estatais, classificando os atos administrativos constitutivos de direito<sup>144</sup>, distinguindo-os em concessão, permissão, autorização, aprovação, dispensa, ordem, sanção administrativa e renúncia. A figura estaria então ligada apenas às hipóteses de atividade material em princípio vedada por lei, que é desenvolvida no interesse do sujeito autorizado e pode ser revogada com base no interesse público.

Sob esse aspecto, a autorização seria diferente da concessão (por meio da qual se atribui poderes e deveres que devem ser exercidos no lugar do concedente para a prática de atos jurídicos, a construção de obras ou a prestação de serviços públicos), da permissão (que faculta a execução de obras e serviços de utilidade pública ou mesmo o uso excepcional de bem público e a prática de ato jurídico de ofício público), da aprovação (pela qual a Administração Pública controlaria a prática de outro ato jurídico, facultando os atos a serem praticados ou dando eficácia aos já praticados), da dispensa (por meio da qual, em caráter de exceção, se exonera o particular de observar determinada exigência legal), da ordem (que se prestaria a impor uma ação ou omissão), da sanção administrativa (ato pelo qual se aplicam sanções pela inobservância de deveres) e da renúncia (ato pelo qual se abdica de um direito).

Já CRETELLA JÚNIOR, no escopo de estabelecer unidade terminológica e adequação dos termos à realidade prática, valia-se da doutrina italiana para pontuar que “autorização é o ato unilateral do poder público, mediante o qual, por provocação do interessado, a Administração remove o obstáculo legal para facultar-lhe o exercício de uma atividade, de outro modo, proibida” – ou seja, removida a barreira, surge o direito.<sup>145</sup> A autorização, portanto, teria a natureza jurídica de ato discricionário,

---

<sup>144</sup> Estes, ao lado dos atos administrativos declaratórios (admissão, licença, homologação, isenção, recusa, decisão e habilitação) e dos atos administrativos de conhecimento (visto, parecer, proposta, assentamento ou documentação, certidão, participação, comunicação, publicação, citação, intimação, notificação e voto), segundo a classificação dos atos jurídicos quando à causa formal (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Vol. I. São Paulo: Forense, 1979, p. 546-547).

<sup>145</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da autorização administrativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 71. São Paulo, jan. 1976, p. 101 e 120.

“porque a Administração, ao editá-lo, consulta apenas a *oportunidade* ou a *conveniência* da medida”.<sup>146</sup>

HELY LOPES MEIRELLES, por sua vez, representou um certo avanço em relação à doutrina que até então classificava a autorização como um ato liberatório para o exercício de atividade privada legalmente proibida. Na sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, editada pela primeira vez em 1964, ele tratou do tema no capítulo dedicado aos serviços públicos, após definir os serviços concedidos e os permitidos.

Assim, HELY definiu os *serviços autorizados* como

aqueles que o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular, para atender interesses coletivos instáveis ou emergência transitória. São serviços delegados e controlados pela Administração autorizante, normalmente sem regulamentação específica, e sujeitos, por índole, a constantes modificações no modo de sua prestação ao público e a supressão a qualquer momento, o que agrava a sua precariedade.<sup>147</sup>

Os exemplos mencionados pelo autor eram de hipóteses que não exigiriam execução pela própria Administração, nem demandariam especialização na sua prestação, tais como serviços de táxi, despachantes, pavimentação de ruas pelos moradores, guarda particular de estabelecimentos ou residências – esses serviços, embora não caracterizassem “atividade pública típica”, demandavam controle por parte do Poder Público, que deveria conhecer e credenciar os executores.<sup>148</sup>

Para ele, portanto, os serviços autorizados não eram propriamente atividades privadas proibidas (para estas, HELY reservou a hipótese da licença), mas atividades

---

<sup>146</sup> Idem, p. 102. O autor também mencionava a figura da autorização de uso: “Ainda entre nós autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário, mediante o qual a Administração faculta ao particular a utilização privativa do bem público”. E explicava que pode ser “simples”, quando outorgada sem *termus ad quem* fixado, “qualificada”, quando outorgada por determinado tempo. No primeiro caso a autorização é *precária*, e no segundo caso, “é *irrevogável* durante a fluência do prazo outorgado, a não ser que haja ‘distorção’ da outorga, pelo interessado” (Idem, p. 120).

<sup>147</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 352. Tendo em vista o objetivo de resgate da evolução do instituto em questão ao longo do tempo, será levado em conta apenas o texto da última edição lançada pelo autor em vida (14<sup>a</sup> edição atualizada pela Constituição de 1988).

<sup>148</sup> Idem, p. 353.

de interesse coletivo que o Poder Público (por meio de ato unilateral, precário e discricionário) admite que sejam desenvolvidas por particular em situações específicas e transitórias.

Essas atividades, enfim, não seriam acompanhadas de nenhuma prerrogativa própria das atividades públicas, pois o particular autorizado auferiria apenas as “vantagens que lhes forem expressamente deferidas no ato da autorização, e sempre sujeitas à modificação sumária dada a precariedade ínsita desse ato”.<sup>149</sup>

#### 4.1.2 O princípio da evolução

Isso revela ter havido, mesmo antes da Constituição de 1988, uma evolução no entendimento da doutrina sobre a noção e os usos da autorização. Talvez não seja possível visualizar de forma nítida diferentes correntes de pensamento, mas pode-se perceber uma clara alteração sobre a percepção da doutrina quanto à aplicabilidade do instituto.

Inicialmente, a finalidade da autorização era meramente liberatória. A autorização se prestava apenas para habilitar um particular ao exercício de uma atividade legalmente proibida (e.g. porte de armas) no seu interesse próprio. Essas atividades, enfim, estariam adstritas ao domínio econômico privado, em princípio sem relevância para nenhum interesse coletivo.

A autorização equiparava-se somente à *licença*, pois serviria para controlar (no exercício do poder de polícia) a atividade do particular. Pela autorização, a Administração Pública admitia que o particular desempenhasse determinada atividade em princípio vedada por motivo de segurança ou saúde, precisamente por entender que o desempenho da atividade não acarretaria ameaça à coletividade.

Cogitava-se ainda da autorização de uso de bem público: ato que faculta ao particular o uso de um bem que, embora público, passa a servir preponderantemente

---

<sup>149</sup> Idem, p. 353. Ainda: “seus executores não são agentes públicos, nem praticam atos administrativos; prestam, apenas, um serviço de interesse da comunidade, por isso mesmo controlado pela Administração e sujeito à sua autorização” (Idem, p. 353). E por fim: “A contratação desses serviços com o usuário é sempre uma relação de direito privado, sem participação ou responsabilidade do Poder Público. Qualquer irregularidade deve ser comunicada à Administração autorizante, mas unicamente para que ela conheça a falta do autorizatário e, se for o caso, lhe aplique a sanção cabível, inclusive a cassação da autorização” (Idem, p. 353).



ao seu interesse privado. Exemplos seriam a autorização para acesso a uma fonte de água, para o uso do passeio para instalação de banca de jornal, das ruas para instalação de barracas de feira ou para eventos culturais ou esportivos.

Mais adiante, passou-se a falar da autorização como ato que habilita o particular ao exercício de determinadas atividades de interesse coletivo. Ou seja, atividades que extrapolariam a esfera própria do particular e que, portanto, precisariam de maior atenção da Administração Pública no momento de autorizar o seu exercício, inclusive para exercer controle sobre a própria execução.

Os exemplos seriam determinadas situações de interesse coletivo, tais como os serviços de taxi, despachantes, pavimentação de ruas por conta dos moradores, guarda particular de estabelecimentos e residências<sup>150</sup>; ou as situações temporárias de interesse coletivo e de caráter emergencial, para as quais o Poder Público não tivesse tido tempo suficiente para conferir a solução jurídica mais elaborada, como a autorização para empresas de turismo explorarem o serviço de transporte urbano em período de greve.

Estabeleceu-se, por outro lado, um certo consenso sobre determinados aspectos da autorização administrativa: seria definida com base nos seguintes elementos: (i) ato administrativo (e não contrato) praticado unilateralmente pelo Poder Público; (ii) com caráter precário, ou seja, que pode ser desfeito a qualquer tempo sem direito à indenização do particular interessado; e (iii) discricionário, isto é, praticado segundo um critério de conveniência e oportunidade do Poder Público.

#### 4.2 O CONCEITO DE AUTORIZAÇÃO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

As ideias acima indicadas passaram a servir de postulado para o desenvolvimento da doutrina, desde então. Os autores que se dedicaram ao tema sempre partiram dessas premissas para continuar trabalhando com uma noção de autorização “liberatória” (ou “autorização de polícia”), que apenas habilita o particular ao exercício de uma determinada atividade exclusivamente privada (do interesse exclusivo do próprio particular), ou de interesse coletivo, mas em caráter excepcional.

---

<sup>150</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 353.

Mas não havia ainda quem defendesse, na doutrina brasileira, a utilização da figura da autorização como mecanismo de intervenção do Poder Público nos setores regulados da esfera econômica, nem tampouco como mecanismo de transferência permanente de atividades qualificadas como serviço público.

Uma obra bastante ilustrativa e muito bem esquematizada foi escrita por CID TOMANIK POMPEU.<sup>151</sup> Trata-se de livro específico sobre autorizações, em que analisou diversas possibilidades de emprego do instituto, alertando para a impossibilidade de se alcançar uma definição universal.

Contudo, o livro não contém uma análise crítica das hipóteses de autorização de serviços públicos, mas apresenta a especial qualidade de visualizar o tema de forma abrangente. Assim, POMPEU qualificou a autorização de serviço público como uma modalidade para raras hipóteses, tais como nos casos de transporte terrestre e aquaviário, nas quais o serviço é prestado em caráter precário.<sup>152</sup>

Ao final, concluiu pela definição da autorização administrativa em termos amplos, qualificando-a como:

ato discricionário que faculta a prática de ato jurídico, administrativo ou não, e o exercício de atividade material, na qual pode estar incluído, também, o uso privativo de bem público, desde que vise atender interesse imediato do autorizado e não a interesse geral, pois, então, estar-se-ia diante de outros institutos: da permissão, se a outorga fosse mediante ato e da concessão, se por meio de contrato.<sup>153</sup>

E pontuou a ressalva de que essa definição é extraída das formas “predominantemente” utilizadas no direito brasileiro, já que “as leis federais sobre *radiodifusão, telecomunicações e águas*, inovando o direito objetivo pátrio, a instituem sob a forma de *ato vinculado*” – o que caracterizaria, na sua visão, uma aplicação incorreta do instituto.<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> POMPEU, Cid Tomanik. *Autorização Administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. A primeira edição foi lançada em 1992.

<sup>152</sup> Idem, p. 168.

<sup>153</sup> Idem, p. 200.

<sup>154</sup> Idem, p. 200.

CAIO TÁCITO, embora também atrelado aos postulados anteriores à Constituição de 1988, já descrevia a autorização como

o ato administrativo que habilita ao exercício de um direito individual sujeito a controle preventivo. Não cria direito novo, mas possibilita a eficácia de direito preexistente que a lei condicionou, para sua efetiva fruição, à manifestação liberatória do Poder Público, em atenção a interesse coletivo respeitável.<sup>155</sup>

O autor buscava base na doutrina alemã e italiana (entre Otto Mayer, Flaminio Franchini e Renato Alessi)<sup>156</sup> para concluir que a autorização tem sentido “desinibitório”, pois remove um limite imposto pela lei ao exercício espontâneo do direito pelo seu titular.

Assim, segundo TÁCITO, “A autorização tem conteúdo constitutivo na medida em que é essencial para transformar o direito potencialmente válido em uma situação jurídica plenamente eficaz”.<sup>157</sup> Ou seja, funcionaria como um ato de controle preventivo, que se caracteriza pela função de condicionamento da eficácia de uma situação jurídica precedente: “O titular de um direito é, em suma, legítimo portador de um direito, mas não dispõe da faculdade de exercê-lo, até que seja autorizado”.<sup>158</sup>

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO também dedicou-se ao tema, definindo a autorização como “um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, incluído na categoria dos atos negociais ou receptícios, porque envolve uma provocação do interessado, a cuja aceitação fica condicionada a sua eficácia”.<sup>159</sup>

---

<sup>155</sup> TÁCITO, Caio. Serviço de Utilidade Pública. Autorização. Gás Liquefeito de Petróleo. In: *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1.233.

<sup>156</sup> FLAMINIO FRANCHINI, em obra exaustiva dedicada ao tema, pontuou que a autorização “rimuovere un limite all’esercizio di un diritto che già appartiene all’autorizzato, sai pure allo stato potenziale” (*Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l’Amministrazione e i privati*. Milão, 1957).

<sup>157</sup> TÁCITO, Caio. Serviço de Utilidade Pública. Autorização. Gás Liquefeito de Petróleo. In: *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1.235.

<sup>158</sup> TÁCITO, Caio. Autorização Administrativa. In: *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 736.

<sup>159</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Gestão Alternativa de Serviços Públicos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 219, jan./mar. 2000, p. 193.

Para esse autor, a autorização não seria o mesmo que mera licença (ato vinculado), mas ainda seria caracterizada pela unilateralidade e precariedade:

Difere da licença, que também é formalizada por um alvará, porque esta é ato vinculado e definitivo, não podendo, em regra, ser negada nem desfeita pelo Poder Público se preenchidos os requisitos exigidos em lei para a sua outorga. Assemelha-se à permissão, que também é discricionária e precária, porque nesta ocorre um equilíbrio entre o interesse público e o privado, ao passo que na autorização predomina o interesse público.<sup>160</sup>

Daí que, ao outorgar uma autorização,

o Poder Público chancela um interesse privado em atividade definida como serviço público desde que não afete, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade (variável a qualquer tempo), o interesse da coletividade. Não se trata de delegação de serviço público, mas de controle de atividades e interesses privados em setores legalmente definidos como serviços públicos.<sup>161</sup>

Portanto, nos casos em que o interesse público prevalecer sobre o particular, não se deveria utilizar a autorização, mas sim a concessão ou a permissão, precedidas de licitação:

Se o interesse que predomina é privado, não deve ser outorgada a autorização em hipóteses que violem direitos ou interesses de terceiros, o que, em matéria de serviços públicos, exigiria licitação e a definição de obrigações em termo circunstanciado que assegurasse um mínimo de direitos para o Poder Público, usuários e para o fornecedor do bem ou serviço.<sup>162</sup>

Diversos outros juristas de peso seguiam mais ou menos essa linha de entendimento, analisando o instituto como uma hipótese de consentimento do Poder Público com uma atividade desempenhada preponderantemente no interesse do particular, ou ainda como atividade capaz de satisfazer interesses da coletividade

---

<sup>160</sup> Idem.

<sup>161</sup> Idem.

<sup>162</sup> Idem.

apenas em caráter excepcional e transitório – daí a caracterização como ato discricionário e precário.

ODETE MEDAUAR, por exemplo, afirmou que: “Em geral, pela autorização “se transferem a particulares serviços pouco complexos, nem sempre com remuneração por tarifas”.<sup>163</sup> Seriam os casos de “autorização para conservação de praças, jardins ou canteiros de avenidas, em troca da afixação de placa com nome da empresa”.<sup>164</sup>

Para LÚCIA VALLE FIGUEIREDO: “A autorização, sim, é ato administrativo, unilateral e precário, que se presta para serviços públicos *emergenciais, não constantes*”.<sup>165</sup> Portanto, ela mantém as suas características de “ato (e não de contrato), de conteúdo parcialmente discricionário, unilateral e precário, porque passível de ser revogado, quando necessário ao interesse público”.<sup>166</sup> Como exemplo de situação de necessidade aleatória e passageira, a autora menciona a autorização para empresas de turismo prestarem serviços de transporte durante greves.

De forma similar, CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA admite que a autorização como instrumento de delegação ocasional, por prazo limitado e usualmente curto, para a prestação de serviços em situação de emergência ou especialidade<sup>167</sup>; EDMIR NETTO DE ARAÚJO reconhece a possibilidade de autorizações como instrumento para delegação de serviços públicos “com as características antes atribuídas à permissão precária”, geralmente outorgada por portaria, decreto ou outro ato hábil, mas desde que não contratual<sup>168</sup>; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO reconhece que as hipóteses de delegação de serviços públicos não estão limitadas às do artigo 175 da Constituição, podendo se dar também por meio de convênios ou de autorizações – estas definidas como ato administrativo unilateral e precário, utilizados geralmente “quando o parceiro privado não necessita fazer grandes desembolsos financeiros” ou “quando se trate de atender

---

<sup>163</sup> MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 16.

<sup>164</sup> Idem.

<sup>165</sup> FIGUEIREDO. Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112.

<sup>166</sup> Idem.

<sup>167</sup> *Estudos sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 175-176.

<sup>168</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 165.

interesses ‘instáveis’ ou ‘precários’<sup>169</sup>; e LUCAS ROCHA FURTADO, atendo-se ao conceito tradicional (de autorização como instrumento para o exercício do poder de polícia do Estado, que define as condições para o exercício de atividade privada), admitiu haver situações excepcionais “em que a *autorização assume função distinta e serve para transferir a particulares serviços públicos*. São casos como dito, excepcionais e dependem de previsão legal” – o exemplo citado é o da Lei 9.472/1997.<sup>170</sup>

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO definiu a autorização como “o ato unilateral pelo qual a Administração, *discricionariamente*, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário”, tal como ocorre com a autorização para exploração de jazida mineral.<sup>171</sup> Logo, seria diferente da licença, que é caracterizada como “o ato *vinculado*, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade”, desde que demonstrado o preenchimento dos requisitos legais, tal como a licença para edificar.<sup>172</sup>

MARÇAL JUSTEN FILHO, quando lançou em 1997 o *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074*, consignou que as atividades caracterizadas como serviço público em regra não comportam autorização, e que as atividades econômicas em sentido estrito sujeitas a autorização não se confundem com serviço público.<sup>173</sup>

---

<sup>169</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 392-393.

<sup>170</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 494.

<sup>171</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 444. De modo semelhante, FABIO KONDER COMPARATO afirma que: “A autorização distingue-se da concessão porque é um ato unilateral e não um contrato, e também porque o autorizado não desempenha propriamente serviço público, mas uma atividade considerada de interesse coletivo aproxima-se das permissões na medida em que, como estas, é um ato discricionário” (As autorizações de funcionamento de instituições financeiras. *In: Direito público: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 241). Ver ainda: LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. *Revista de Direito Administrativo*, v. 246, set./dez. 2007, p. 116.

<sup>172</sup> *Ibidem*.

<sup>173</sup> *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074*, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997, p. 64 e 90. Ver ainda: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 137-138; BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 226.

Ou seja, a autorização serviria para os serviços que não são públicos, mas cujo desempenho por particulares exige uma fiscalização mais rigorosa por parte do Poder Público, com base no disposto no artigo 170, parágrafo único, da Constituição. Por isso, o exercício de determinadas atividades (os chamados *serviços públicos virtuais*, tais como o transporte por meio de taxi, as profissões regulamentadas, os hotéis, os bancos, os seguros etc.) pode exigir, conforme definido por Lei, autorização estatal prévia, destinada a verificar o preenchimento dos requisitos necessários pelo particular interessado.<sup>174</sup>

Portanto, os institutos da autorização, concessão e permissão não seriam fungíveis entre si, e a adoção de um ou de outro não dependeria de mera opção da Administração Pública:

concedem-se serviços públicos; autorizam-se serviços privados. Obviamente, são distintos entre si os regimes jurídicos de autorização, permissão e concessão. Os poderes, direitos e deveres que decorrem para as partes, nas três hipóteses, são inconfundíveis entre si. É impossível substituição de concessão e permissão por autorização.<sup>175</sup>

Para MARÇAL, a expressão autorização seria incompatível com a existência de um serviço público, pois configura ato meramente declaratório, que não se confunde com a transferência, para o particular, do exercício de uma atividade pública.<sup>176</sup>

Consequentemente, não se admite que a Administração Pública utilize autorização no lugar de concessão, com o intuito de outorgar serviços públicos e,

---

<sup>174</sup> Logo: “A intervenção do Estado, nesses casos, não atinge a natureza do serviço nem altera o regime jurídico sob o qual se desenvolve” (Idem, p. 90).

<sup>175</sup> Ibidem.

<sup>176</sup> Da mesma forma, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE afirma que “o art. 21, XI e XII, da CF/1988 (...) não trata apenas dos serviços públicos e, por isso, as atividades nele mencionadas não são todas redutíveis a essa condição. Entretanto, a par disso, saliente-se que a figura da *autorização* não compadece com a existência de um serviço público, vulnera o previsto no art. 175 da CF/1988 (...) e apenas é cogitada, *ex vi* do parágrafo único do art. 170, para certas atividades econômicas *stricto sensu*, cuja natureza e importância exigem fiscalização mais ampla e intensa do Estado” (Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Soluções Práticas de Direito*. 1. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 289).

dessa forma, evitar os “inconvenientes” desse modelo – ou seja, a limitação dos seus poderes e os direitos assegurados aos particulares. E é por isso que “não terá qualquer efeito a palavra ‘autorização’ quando se verificar que versa sobre serviço público e adota regime característico de concessão ou permissão”.<sup>177</sup>

Não obstante, de modo a conjugar esse entendimento com o disposto no artigo 21, inciso XII, da Constituição, MARÇAL admitiu que “a rejeição à figura da *autorização de serviço público* não impede exploração econômica (em sentido estrito) *marginal* de atividades qualificadas como serviço público”<sup>178</sup> – tal como nos casos de aproveitamento de potencial hidráulico para instalações de energia elétrica para consumo próprio (Lei 9.074/1995).

E completa afirmando que:

A atividade caracterizará serviço público naquilo em que se configurar como de relevante importância (seja sob o ângulo econômico, seja no tocante ao interesse público) para a comunidade em geral. Em algumas hipóteses, haverá possibilidade de exploração privada de outros aspectos secundários da atividade, onde não estará em jogo o interesse público. A autorização será reservada para tais hipóteses. Onde não houver, inclusive, oferta de utilidades ao mercado, segundo o princípio da universalidade do serviço público.<sup>179</sup>

Por outro lado, MARÇAL também admitiu a existência de situações excepcionais em que o desempenho de atividades de conteúdo econômico atenuado, que estariam mais relacionadas com a satisfação de interesses públicos do que com a obtenção de lucro, seria feito por particulares mediante figura assemelhável à autorização. Seriam os casos de seguridade social, saúde, previdência e educação, em que o particular atua de forma similar ao Estado. A peculiaridade dessa autorização consistiria na ausência de exclusividade e no cunho não competitivo da seleção. Ou seja, todos os interessados poderiam obter o “credenciamento”, desde que preenchidos os requisitos previamente estipulados.<sup>180</sup>

---

<sup>177</sup> *Concessões de serviços públicos*: comentários às Leis 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997, p. 90.

<sup>178</sup> Idem, p. 91.

<sup>179</sup> Ibidem.

<sup>180</sup> Idem, p. 92.



Mencionou ainda a hipótese, cogitada pela doutrina, de serviços públicos desempenhados por particulares mediante autorização em situações excepcionais, com acentuado cunho de precariedade, em situação mais restrita do que a da permissão – a saber, os casos de calamidade pública, emergência ou similares.

E também considerou a possibilidade – prevista no artigo 4º e seguintes da Lei 9.074/1995 – da utilização de determinados bens públicos mediante autorização, com exclusividade, para o desempenho de determinadas atividades por particulares.

Nesses casos, diz MARÇAL, “não se trata apenas de autorizar o exercício de uma atividade econômica, mas de transferir para um particular o direito de explorar com exclusividade, um bem público”<sup>181</sup> – mais especificamente: a exploração de potencial hidráulico, de titularidade da União, no desempenho de uma atuação empresarial privada.

A característica essencial dessa autorização, é que seria outorgada em benefício do particular, ou seja, o produto obtido a partir da autorização seria destinado ao próprio particular (autoconsumo) e não para ser colocado no mercado e usufruído por outros destinatários (usuários). Rigorosamente, continuaria a existir serviço público, prestado por particular mediante autorização, para si próprio.<sup>182</sup>

E MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, até a 17ª edição da sua obra mais difundida (*Direito Administrativo*), também definiu a autorização administrativa em sentido amplo como o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público “faculta ao particular o uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos”.<sup>183</sup>

A autora mencionou a autorização de serviço público prevista no artigo 21, inciso XII, da Constituição, ressaltando que “ela inexistente como delegação de serviço

---

<sup>181</sup> Idem, p. 399.

<sup>182</sup> Idem, p. 399-400. Segundo MARÇAL, a própria Lei 9.074/1995 distingue as hipóteses de concessão e de autorização no âmbito da geração de energia elétrica: “A distinção funda-se em critérios de destinação da energia, de dimensão da capacidade produtiva e de fonte de produção. Assim, a produção de energia elétrica para fornecimento a terceiros, configurando serviço público, faz-se através de concessão” (Idem, p. 406-407).

<sup>183</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 219.

público prestado ao público; na autorização, o serviço é prestado no interesse exclusivo do autorizatário”.<sup>184</sup>

A partir da 18ª edição do *Direito Administrativo* (de 2005)<sup>185</sup>, MARIA SYLVIA passou a adotar entendimento um pouco diverso, acrescentando a possibilidade de autorização para prestação de serviço público de titularidade da União (artigo 21 da Constituição), por ato discricionário, mas apenas quando for desenvolvido no interesse próprio do prestador (“o que não deixa de ser também interesse público”), de modo a excluir a sua oferta a terceiros.<sup>186</sup>

Assim, ampliou a definição, passando considerar autorização administrativa, em sentido amplo, como:

o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização de polícia).<sup>187</sup>

#### 4.3 A DIFICULDADE DECORRENTE DA REDAÇÃO CONSTITUCIONAL

Mas o fato é que a Constituição trouxe algo novo, aparentemente diverso da autorização meramente liberatória, da autorização precária para prestação de serviços menos complexos ou de serviços públicos apenas em situações emergenciais, ou mesmo da autorização para a prestação de serviços públicos no interesse do próprio prestador.

Conforme apontado no Capítulo 3.4 acima, a Constituição previu a autorização tanto para atividades tipicamente privadas (artigo 170), quanto para atividades mais complexas qualificadas como serviço público (artigo 21, incisos XI e XII).

Seriam os serviços de telecomunicações (artigo 21, inciso XI – com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8 de 1995); e os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (c/c artigo 223); os serviços e instalações de energia elétrica e o

---

<sup>184</sup> Idem, p. 219.

<sup>185</sup> *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

<sup>186</sup> *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 233-234.

<sup>187</sup> Idem, p. 234.

aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; e os portos marítimos, fluviais e lacustres (artigo 21, inciso XII).

O Direito Positivo também inovou ao disciplinar algumas dessas atividades, estabelecendo a possibilidade de o Poder Público delegar, por meio de concessão, permissão e autorização, a sua prestação.

Apesar da resistência de parte da doutrina em reconhecer esse fenômeno, foi o que aconteceu concretamente nos setores de energia elétrica (Lei 9.074/95), de petróleo e gás (Lei 9.478/97), de telecomunicações (Lei 9.742/97) e de portos (Lei 10.233/01 e depois Lei 12.815/13), em que se estabeleceu por Lei regimes jurídicos inovadores para a autorização de determinados serviços.

Não que tenha havido uma definição e sistematização precisas sobre o assunto. Muito ao contrário. São usuais as ressalvas sobre a falta de clareza tanto do texto constitucional sobre os instrumentos de concessão, permissão e autorização, quando dos diferentes diplomas legais que se valeram da figura para regular setores distintos da economia.

Essa ressalva é feita por VERA MONTEIRO, quando afirma que

não há um projeto constitucional único em relação ao modo como o Estado deve prestar serviços públicos à coletividade ou autorizar o uso de seu patrimônio por particulares. Daí porque a menção a concessão, permissão e autorização em alguns dispositivos não é suficiente para afirmar que haja mecanismos de exploração uniformizados ou regime jurídico universal com relação a eles e objetivos comuns a atingir.<sup>188</sup>

Mas é inevitável admitir que a Constituição alterou o panorama ao estabelecer que determinadas atividades qualificadas como serviço público, de competência da União, poderiam ser prestadas por particulares também por meio de autorização. Isso

---

<sup>188</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 78-79. E a autora completa: “Assim, a partir da constatação de que não há um conceito constitucional para *concessão*, *permissão* e *autorização*, é a doutrina que, tradicionalmente, tem definido os institutos” (Idem, p. 79).

criou um impasse de difícil solução, capaz de atormentar os adeptos da doutrina clássica.

Ou seja, houve uma ampliação das normas e dos mecanismos pelos quais se dá a participação da iniciativa privada no terreno no serviço público. Além da concessão e da permissão, diversas leis passaram a admitir também a autorização.

Daí a questão: será isso possível à luz do direito brasileiro? Com base no desenho da Constituição, poderá o Poder Público delegar a particulares a prestação de um serviço público por *mera* autorização?

A resposta extraída do texto Constitucional é uma incógnita. Pela leitura dos artigos 25, § 2º, 30, inciso V e 175 da Constituição, a resposta é negativa. Contudo, a resposta é positiva a partir do disposto no artigo 21, incisos XI e XII (e também do artigo 223), que admitem expressamente a possibilidade de prestação, por particulares, mediante concessão, permissão e autorização de serviços titularizados pela União – que são usualmente compreendidos como serviços públicos.<sup>189</sup>

Seja como for, o fato é que, a partir desse ponto perdeu o sentido reconduzir todo e qualquer raciocínio a respeito de autorização à concepção tradicional de autorização, meramente liberatória, ou mesmo limitar as soluções aos quadrantes da doutrina tradicional.

Essa noção de autorização (“de polícia”) não pode ser praticada no setor público da economia, conforme bem destacado por EGON BOCKMANN MOREIRA:

Quando se confere ao termo “autorização administrativa” este sentido tradicional (ou equivalente), não se está a falar de bens e direitos de competência da União (e a recíproca é verdadeira: quando a Constituição se refere à autorização para execução de atividades cometidas à União, não está a tratar das autorizações do setor privado da economia). Tais autorizações liberatórias não podem ser praticadas no setor público da economia, tal como definido pela Constituição. O que se tem é, no setor econômico privado, a necessidade do exame e da liberação administrativa como condição ao exercício de determinadas atividades próprias, de titularidade das pessoas privadas (e,

---

<sup>189</sup> Idem, p. 84-85.

reitere-se, este é apenas um dos sentidos jurídicos da palavra).<sup>190</sup>

Nas palavras de JACINTHO ARRUDA CÂMARA, essa polêmica se evidencia no descompasso entre a doutrina tradicional (que apregoa, como visto, a autorização como ato discricionário e precário que, por isso, pode ser revogado unilateralmente sem direito à indenização pelo autorizado) e o direito positivo (que muitas vezes confere à autorização segurança e estabilidade jurídicas).<sup>191</sup>

Focando na Lei Geral de Telecomunicações (editada na esteira do artigo 21, inciso XI), JACINTHO alerta sobre o conflito entre a opção seguida pelo legislador e o conceito de autorização arraigado na Teoria Geral do Direito Administrativo, o qual, para muitos, “levaria a uma conclusão inevitável: a LTG [e.g.] traria um erro grosseiro na aplicação que previu para as autorizações”.<sup>192</sup>

#### 4.4 A SOLUÇÃO DA DOUTRINA TRADICIONAL

Esse momento da evolução doutrinária sobre o instituto da autorização foi capitaneado por um dos maiores expoentes do nosso Direito Administrativo. Foi especialmente CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO quem defendeu que o uso do termo autorização pelo texto da Constituição seria equivocado.

Na 13ª edição do seu *Curso de Direito Administrativo*, ao diferenciar os serviços públicos “privativos” da União (relacionados no artigo 21, inciso XII, prestados diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão) dos serviços públicos “não privativos” (que o Poder Público pode desempenhar sob regime jurídico de direito público, mas sem proscrever a livre iniciativa – tais como saúde e educação), o autor acrescenta nota afirmando que

---

<sup>190</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos e seus Regimes Jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 61. Do mesmo autor: *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58-60.

<sup>191</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 587.

<sup>192</sup> Idem, p. 587.

O Texto Constitucional usa as expressões “autorização, concessão ou permissão”, por uma insuficiência técnica. Deveria ter-se referido a “concessão ou permissão”, pois a autorização diz respeito a atividades privadas que supõem, para seu exercício, prévia manifestação aquiescente do Poder Público, ao passo que a permissão, quanto a isso análoga à concessão, concerne a atividades de alçada do Estado, suscetíveis, entretanto, de serem exercitadas por particulares desde que o Poder Público os invista em tal poder.<sup>193</sup>

Posteriormente, a partir da 14ª edição do *Curso de Direito Administrativo*, lançada em 2002, CELSO ANTÔNIO alterou em parte seu enfoque e passou a defender uma posição mais conciliatória para o texto constitucional, mas ainda conferindo um papel coadjuvante para as autorizações do artigo 21.

Cabe transcrever o raciocínio completo do Mestre, para captar e compreender o seu ponto de vista:

26. A Constituição, afora o uso do termo “concessão”, ao falar da prestação de serviços públicos tanto usa da expressão “autorização” como da voz “permissão”.

A concessão, no Brasil, é mencionada como um *contrato*, tanto na legislação como no próprio Texto Constitucional; a permissão é qualificada pela quase totalidade da doutrina brasileira como *ato unilateral do Poder Público* e que não garantiria ao permissionário situação jurídica da mesma força que a outorgada pela concessão. Restará saber-se o que pretendeu a Lei Magna ao se referir, além destas duas modalidades, também à *autorização*.

Nota-se que, no art. 21, para referir a outorga a terceiros do direito de prestar um serviço público fez uso destas três expressões. Já no art. 175, sua dicção é específica ao dizer que: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de *concessão* ou *permissão*, a prestação de serviços públicos”. Ou seja, neste versículo fica bastante claro que só contempla duas formas normais de outorga a terceiros de titulação para prestar serviços públicos.

---

<sup>193</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 608.

Como conciliar os preceptivos em apreço?

Revisando ponto de vista anterior, entendemos, hoje, que a resposta se encontra no art. 175, que é aquele que cogita da normalidade da prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado. Já a expressão “autorização”, que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira duas espécies de situações:

a) uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço de telecomunicação, como o de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibras óticas, *mas não propriamente serviço público*, mas serviço de interesse privado delas próprias. Aí, então, a palavra “autorização” foi usada no sentido corrente em direito administrativo para exprimir o ato de “polícia administrativa”, que libera alguma conduta privada, propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público;

(b) outra, a de abranger casos em que efetivamente está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão. Por isto mesmo, a palavra “autorização” está utilizada também no art. 223 da Constituição.<sup>194</sup>

Ou seja, para CELSO ANTÔNIO, a autorização prevista no artigo 21 presta-se (i) para as situações em que o serviço é executado no interesse do próprio autorizado e, portanto, corresponderia à hipótese da tradicional autorização liberatória, ou (ii) para os casos de serviços públicos, efetivamente, que são autorizados em caráter emergencial – algo que, como já observado, foi consignado também por outros autores como ODETE MEDAUAR e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO.

Apesar da alteração de panorama promovida pela Constituição, boa parte da doutrina jurídica seguiu mais ou menos esse mesmo entendimento. Houve em geral apego aos conceitos até então desenvolvidos, e uma recusa a se admitir a utilização da autorização como instrumento de delegação de serviços públicos.

---

<sup>194</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 608. O mesmo entendimento consta do *Grandes Temas de Direito Administrativo* 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 287-288.

Na maior parte dos casos, a autorização continuou a ser vista como ato discricionário, concessivo de um direito a título precário, com possibilidade de extinção unilateral a qualquer tempo por conveniência e oportunidade da Administração Pública.

BENEDICTO PORTO NETO, por exemplo, alertou para a possível confusão entre a autorização referida no art. 21 e as formas de transferência da prestação de serviços públicos a terceiros.<sup>195</sup>

Para ele, a despeito dessas atividades (arroladas no artigo 21) serem reservadas à União, “a lei pode fixar com mais precisão os contornos dos seus conceitos, excluindo da noção daqueles serviços algumas atividades, que, assim, ficam submissas ao regime de direito privado”.

Portanto: “O desempenho dessas atividades fica sujeito à prévia autorização do Poder Público” – que deverá verificar, “no exercício da sua competência genérica para conformar a atuação dos particulares ao interesse público”, se essas atividades não invadem o campo dos serviços públicos, que é reservado ao Estado.<sup>196</sup>

Não obstante, com o passar do tempo instaurou-se um debate salutar, especialmente a propósito das disposições contidas na Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), o qual propiciou um processo de paulatina revisão do fenômeno da autorização das atividades descritas no artigo 21 da Constituição.

Nesse contexto, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO enfrentou o dilema admitindo que os serviços públicos autorizados corresponderiam a serviços privativos da União que podem ser delegados a particulares. Mas com a ressalva de que, nesses casos, os serviços autorizados serão equiparados aos serviços públicos impróprios, não exclusivos do Estado, tais como saúde e educação.<sup>197</sup>

Em seguida, MARIA SYLVIA analisou o tema sob o enfoque da Lei Geral de Telecomunicações, para rejeitar a utilização do termo autorização como ato vinculado, tal como previsto no artigo 131, parágrafo primeiro, da Lei (que define expressamente a autorização de serviço de telecomunicação como ato vinculado).

---

<sup>195</sup> *Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 140.

<sup>196</sup> *Idem*.

<sup>197</sup> *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 233-234.



Para ela, o emprego do vocábulo autorização pela Lei 9.472/1995 ocorreu apenas para dar a impressão de que o texto legal “se afeiçoa aos termos do artigo 21, XI, da Constituição (que fala em concessão, permissão e autorização)”<sup>198</sup> e, portanto, não foi utilizado corretamente, pois não se amolda ao conceito doutrinário. Ou seja: “O uso indevido do vocábulo não justifica a alteração do conceito”.<sup>199</sup>

Esse mesmo entendimento constou do seu *Parcerias da Administração Pública*, onde foi colocado de forma mais completa, reconhecendo que a autorização figura ao lado da permissão e da concessão de serviços públicos – assim como de uso de bens públicos – podendo-se falar até mesmo em uma gradação entre os institutos, na mesma linha exposta por MIGUEL REALE.

Ali, a autora afirmou que a autorização de serviços públicos “é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém”, já que “ele não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo”.<sup>200</sup> Por isso, embora continue sendo de titularidade da União, essa autorização não vem acompanhada da outorga de prerrogativas públicas, pois é conferida no exercício do poder de polícia.<sup>201</sup>

Tecendo severa crítica à técnica utilizada pela Lei Geral de Telecomunicações (em especial na parte que faz referência ao serviço de telecomunicação em regime público, em contraposição aos que são prestados em regime de direito privado<sup>202</sup>), MARIA SYLVIA explicou que a autorização fugiu aos conceitos tradicionais e ao

---

<sup>198</sup> Idem, p. 234.

<sup>199</sup> Idem, p. 234.

<sup>200</sup> *Parcerias da Administração Pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 139.

<sup>201</sup> Idem, 140.

<sup>202</sup> Afirma que o cuidado que o legislador teve “em não mencionar a expressão serviço público se justifica exatamente pela sua intenção de excluir da abrangência do art. 21, XI, uma parte dos serviços de telecomunicações para considerá-la como atividade econômica livre à iniciativa privada” (Idem, p. 143).

E ainda que: “Foi com o mesmo intuito que o legislador falou em serviços de telecomunicações em regime público e privado. No entanto, sabe-se que todo serviço público prestado por particular, seja mediante concessão, permissão ou autorização, está em grande parte sujeito ao direito privado. Não em sentido dizer que, quando prestado por concessão ou permissão, submete-se ao regime público, pois, se assim fosse, grande parte da vantagem dos institutos deixaria de existir. O que realmente o legislador quis fazer, repita-se, foi considerar como serviço público apenas uma parte do serviço de telecomunicações, deixando outra parte livre à iniciativa privada, que ficará sujeita tão somente à autorização (entenda-se licença) do Poder Público, como tantas outras atividades privadas submetidas ao poder de polícia do Estado” – para ao final concluir que a Lei nº 9.472 inverteu o sentido da norma do artigo 21, inciso, XI (Idem, p. 143).

sistema constitucional. Por isso interpreta que a opção legislativa, nesse caso, representaria um equívoco ao definir a autorização como ato vinculado:

Na realidade, a doutrina do direito administrativo brasileiro é praticamente unânime em distinguir autorização e licença pela discricionariedade da primeira e pela vinculação da segunda. No caso de que se trata, tem-se que entender que o vocábulo autorização, da Lei 9.472, foi utilizado indevidamente, no lugar de licença.<sup>203</sup>

Em texto mais recente, porém, em que aborda a disciplina da Lei 12.815/2013 (Nova Leis dos Portos), MARIA SYLVIA descreve a autorização de terminais portuários localizados fora da área do porto organizado, diferenciando-a da figura do arrendamento de terminais no porto organizado, contudo sem apontar que se trataria de uso indevido do vocábulo. Nesse caso, indica que os regimes seriam inteiramente diversos, previstos em Lei.<sup>204</sup>

MARÇAL JUSTEN FILHO, por seu turno, abraçou a tese de que a referência à autorização, contida na Constituição, decorre da possibilidade de certas atividades configurarem ora serviço público ora atividade econômica em sentido estrito, conforme as circunstâncias e as características da atividade em si. Ou seja, as atividades descritas no artigo 21 poderão ou não ser qualificadas como serviços públicos, de acordo com as circunstâncias e segundo a estruturação que se verificar necessária.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> Idem, p. 142.

<sup>204</sup> Alteração da poligonal de porto organizado: requisitos materiais segundo a Lei nº 12.815/2013. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 256-257.

<sup>205</sup> É o que afirma também FERNÃO JUSTEN DE OLIVEIRA, quando trata do livre acesso às atividades econômicas sob serviço público: "(...) permanecem condicionantes de ordem administrativa para o acesso dos não delegatários ao exercício de atividades materiais sob serviço público. O livre acesso se consoma, portanto, de modo organizado (não indiscriminado) por meio de aprovação estatal como os denominados títulos habilitantes, que possuem, de regra, conteúdo meramente declaratório (como o alvará). Outra condição para as atividades dispostas nos incisos XI e XII do art. 21 é a autorização sem competência discricionária – se a chancela estatal não for precária, pois onerosa ao agente privado, nem revogável a qualquer tempo, face ao prazo determinado. Tais autorizações, assemelhadas à licença e operacionais em setores fortemente submetidos à regulação, 'prestam-se a franquear a um particular a exploração de uma atividade que poderá ser materialmente concorrente de um serviço público, mas prestada em outro regime que não o de serviço público'" (Serviços Públicos e Concorrência. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: constituições econômica e social*. Vol. 3. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2014, p. 352-353).

Como visto acima, quando MARÇAL escreveu o *Concessões de Serviços Públicos*, em 1997, afirmou que a autorização não seria fungível com a concessão e a permissão, e que a autorização prescrita no artigo 4º da Lei 9.074/1995<sup>206</sup> seria diferente, pois não se limita a admitir que o particular exerça uma atividade privada, mas também transferir ao particular o direito de explorar um bem público com exclusividade, em seu benefício próprio (autoconsumo).<sup>207</sup>

Em seu *Teoria Geral das Concessões*, lançado em 2003, reiterou o mesmo entendimento, afirmando que a redação do artigo 21 não faz supor a fungibilidade dos três institutos (autorização, concessão e permissão) – por isso não seria admissível que a Administração se valesse da autorização para encobrir uma concessão ou uma permissão. E mais: a expressão *autorização* seria absolutamente incompatível com a existência de um serviço público: “Havendo serviço público, não é o caso de outorga de autorização. Sendo outorgada autorização, não existirá serviço público”.<sup>208</sup>

Na sua obra mais atual (*Curso de Direito Administrativo*), MARÇAL inicia afirmando a existência de diversos sentidos para o vocábulo *autorização*. Em seguida, volta a atenção para a sua utilização em situações que não são compatíveis com a noção de ato unilateral e precário, expedido no exercício da competência discricionária: a autorização do artigo 170, parágrafo único, da Constituição, é incompatível com a concepção de uma competência discricionária; e a autorização do artigo 21, incisos XI e XII, da Constituição, refere-se a atividades configuradas como serviço público (o que seria impossível).<sup>209</sup>

Diante disso, afirma que a figura da autorização tem sido usualmente utilizada para fazer referência a atos administrativos destinados a facultar a particulares “o desempenho de atividades privadas dotadas de relevância perante terceiros ou vinculadas à satisfação de um interesse coletivo.”<sup>210</sup>

---

<sup>206</sup> “Art. 4º As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei nº 8.987, e das demais.”

<sup>207</sup> *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 399.

<sup>208</sup> *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 45.

<sup>209</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 337

<sup>210</sup> *Idem*, p. 337-338.

E por isso assevera que é “indispensável identificar o sentido jurídico atribuído ao vocábulo ‘autorização’ em cada caso concreto”. E se houver sido concedida por prazo certo, independentemente de ter sido ou não condicionada ao preenchimento de determinados requisitos, não se admite a revogação da autorização “mediante simples invocação de conveniência administrativa”.<sup>211</sup>

Assim, as atividades prescritas no artigo 21 podem ou não ser qualificadas como serviço público, de acordo com as circunstâncias – isto é, a depender da constatação de que as necessidades coletivas relacionadas com a atividade podem ser adequadamente satisfeitas pelos mecanismos de mercado ou não. Em caso positivo, pode ocorrer a despublicização da atividade, que caracterizará atividade econômica em sentido estrito, inclusive sem perder o interesse econômico geral.

E por fim, após afastar a interpretação literal do artigo 21, pois esta acarretaria resultados indefensáveis (e.g. considerar toda e qualquer atividade relacionada com radiodifusão sonora e de sons e imagens como serviço público), MARÇAL conclui que não existe a outorga de autorização de serviços públicos, ressalvadas situações anômalas e transitórias em que o particular é autorizado a “desempenhar” atividades de serviço público (e.g. o transporte coletivo de passageiros em caso de greve ou calamidade), mas que são tão excepcionais que o artigo 175 da Constituição nem mesmo se referiu a elas.<sup>212</sup>

Portanto:

Adota-se a orientação de que o art. 21, XI e XII, da CF/1988 utiliza a expressão *autorização* no segundo sentido [a que se destina a remover um impedimento ao desempenho de atividades privadas quando isso for exigido por lei]. Nessas

---

<sup>211</sup> Idem, p. 338.

<sup>212</sup> “Não se outorga *autorização de serviço público*, ressalvadas hipóteses anômalas e transitórias. Admite-se tradicionalmente que o Estado edite autorização para que particulares ‘desempenhem’ atividades de serviço público, em tais situações. O exemplo típico é a greve ou a calamidade, em que seja necessário recorrer a particulares para o atendimento de necessidades coletivas. Por exemplo, um particular pode ser autorizado, de modo excepcional e precário, a transportar pessoas para suprir as deficiências do serviço público de transporte coletivo.

Mas essa é uma situação tão excepcional que não faria sentido que a Constituição a ela se referisse. Tanto é assim que o art. 175, ao disciplinar os serviços públicos, alude apenas às alternativas de prestação direta pelo Estado ou de sua delegação a particulares mediante concessão ou permissão. Não há referência alguma, naquela regra específica, à figura da autorização” (Idem, p. 340).

passagens, a Constituição reconhece que determinadas atividades podem constituir objeto de serviço público (prestadas diretamente pelo Estado ou delegadas a particulares mediante concessão ou permissão) como também podem ser qualificadas como atividades econômicas privadas (exploradas por particulares mediante uma autorização).<sup>213</sup>

Mas já é possível observar, a partir dessas passagens, que já estava em curso uma significativa mudança, no sentido de admitir que as autorizações não se resumem apenas a atos discricionários revogáveis a qualquer tempo.

#### 4.5 A EVOLUÇÃO A PARTIR DE NOVOS ENFOQUES

Em que pese o esforço de vários autores em explicar a autorização artigo 21 da Constituição como “hipóteses de exceção”, ou mesmo de admitir a possibilidade de autorizações vinculadas e por prazo certo (capazes até mesmo de gerar direito adquirido ao autorizatário), o fato é que o direito positivo e parte da doutrina têm revelado algo ainda mais inovador.

Após a promulgação da Constituição de 1988 e, em especial, da Emenda Constitucional n.º 8 de 1995, a noção de autorização de polícia revela-se insuficiente, pois não consegue mais contemplar as diferentes possibilidades conferidas pelo texto constitucional.

Surge então a preocupação em explicar como a noção de autorização se encaixa no texto da Constituição, por força do que consta expresso no artigo 21,

---

<sup>213</sup> Idem, p. 641. No mesmo sentido CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA, comentando a delegação na forma do artigo 175: “Alude-se à concessão ou à permissão como instrumentos de delegação. Não é casual que a Constituição não menciona a autorização. Este não é um instrumento de delegação de serviço público, mas de liberação para a realização de atividade privada, ainda que sujeita a regulação estatal. Há uma contradição em termos ao se aludir a uma autorização de serviço público. Ao qualificar uma atividade como serviço público, o Estado a coloca sob a sua responsabilidade última. Delega-a por meio de instrumentos que lhe permitam manter e cumprir essa responsabilidade. Porém, nem todas as atividades de interesse coletivo são qualificadas como serviço público e postas sob tal responsabilidade do Estado. As que não o são é que se sujeitam a autorização, instrumento adequado apenas para a habilitação do particular à realização de atividades não qualificadas como serviço público” (Serviço Público na ordem econômica da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: constituições econômica e social*. Vol. 3. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2014, p. 245-246). Ver também: DIAS, Eduardo Rocha. A cobrança pela Outorga de Concessões, Permissões e Autorizações de Serviços de Telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 6, abr./jul. 2004, p. 53.

incisos XI e XII, concomitantemente com a concessão e a permissão previstas no artigo 175 (tidas como as formas básicas que a Administração Pública deve fazer uso para a prestação indireta dos serviços públicos).<sup>214</sup>

Ou seja, como haveria de ser interpretada, à luz do que a doutrina já havia fixado ao longo do tempo para definir o instituto da autorização, a locução expressa do artigo 21, incisos XI e XII. Seria essa uma terceira modalidade de delegação, ou teria sido mesmo um equívoco do legislador constitucional?

A exposição adiante tem por objetivo enfocar esse impasse, relacionando de forma pontual e objetiva – tanto quanto possível – as diferentes leituras realizadas pelos administrativistas e, em especial, a posição externada por alguns dos estudiosos que, após a colocação do problema, enxergaram no instituto da autorização uma função diferente daquelas usualmente conferidas pela doutrina tradicional.

#### **4.5.1 O pensamento de CARLOS ARI SUNDFELD (2000)**

CARLOS ARI SUNDFELD, com a habitual perspicácia, foi um dos primeiros administrativistas a contribuir para estabelecer as fundações dessa nova perspectiva em torno das autorizações, quando chamou a atenção para o debate, “um tanto surdo”, que estava em curso no Brasil a propósito da “possibilidade de exploração de serviço de titularidade estatal, como os de telecomunicações e energia elétrica, ser feita *em regime privado*”.<sup>215</sup>

Ele identificou que essa possibilidade foi estabelecida nas leis de reestruturação editadas com o intuito de introduzir desregulamentação parcial desses setores, inclusive por meio de mecanismos como a liberalização do acesso ao mercado por novos exploradores. E ponderou que essa solução não encontrava

---

<sup>214</sup> Conforme questiona VERA MONTEIRO: “A ampliação da participação privada em um campo que antes era restrito a poucos operadores fez com que se multiplicassem normas regulatórias admitindo a prestação de serviços públicos por outros mecanismos que não as tradicionais concessão e permissão. É o caso da *autorização* de serviço público, responsável por fazer surgir novo conflito entre a doutrina e as opções normativas: é possível o uso da autorização para a prestação de serviço público?” (*Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 84)

<sup>215</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 33.

respaldo em boa parte da doutrina, que entende ser possível extrair da Constituição um regime jurídico de direito único (público) para a exploração de serviços estatais.

Partindo desse quadro, CARLOS ARI nega a existência, na Constituição, desse regime jurídico único para a exploração por particulares das atividades reservadas ao Estado e conclui que caberá à lei disciplinar os direitos e deveres dos prestadores, aos usuários e do Poder Público.<sup>216</sup>

E propõe aos administrativistas que abandonem o “hábito de viajar por mundos e galáxias com duas ou três idéias românticas e vagas sobre o Estado ideal”, pois, “A partir de agora, ou nos enfronhamos nas particularidades – não só as normativas, mas inclusive as técnicas e as econômicas – de cada setor da economia ou nada teremos a dizer sobre o Direito vigente”.<sup>217</sup>

Tratando especificamente sobre as autorizações no setor do petróleo, CARLOS ARI critica o fascínio da doutrina do Direito Administrativo pelas assertivas equivocadas a respeito da precariedade da relação gerada a partir desses atos:

É que a autorização jamais esteve ligada, na Constituição, à idéia de instrumento necessariamente precário. As referências constitucionais a ela sempre foram neutras, não contendo a indicação de seu regime jurídico quanto ao ponto. A idéia de precariedade como sinônimo de autorização também não tem fundamento no Direito Comparado, no qual se registra um histórico multifacetário em torno dessa expressão. Mesmo o Direito Positivo legislado é rico e complexo. Desde tempos imemoriais, na legislação, há autorização precária para uma série de atividades, especialmente no âmbito municipal. Mas também há autorização com o significado de ato de outorga estável.<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> Daí a afirmar que “essa crítica tem pouco de jurídica e muito de política, pois, de um lado, inspira-se no desejo de ver o modelo estatal e monopolista de exploração e, de outro, traduz grande desconfiança quanto à idoneidade do atual legislador brasileiro para disciplinar os serviços (donde a pretensão de esses juristas concorrerem para o estabelecimento de rígidos limites ao poder de legislar sobre ‘serviços públicos’ por via de uma interpretação muito pessoal da Constituição)” (Idem, p. 33-34).

<sup>217</sup> Idem, p. 34. E completa: “É claro que as visões de síntese são possíveis e necessárias, mas elas devem surgir como resultado da comparação – isto é, do exame cuidadoso das diferenças e semelhanças –, jamais, como tem sido com frequência, como alguma espécie de *revelação*, piedosamente oferecida à Humanidade por juristas místicos” (Idem).

<sup>218</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Regime Jurídico do Setor Petrolífero. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 394.

Ou seja, o autor admite a existência de autorizações estáveis, quando admitido por Lei: “E doutrina não é Lei, como se sabe”.<sup>219</sup>

#### 4.5.2 O pensamento de DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTTI (2000)

Também DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTTI tratou do tema, partindo da premissa de que existiriam três possibilidades a se considerar sobre a referência da Constituição ao regime de “autorizações”: ou o artigo 175 teria deixado de mencionar a autorização ao lado da concessão e da permissão, ou a referência teria sido introduzida erroneamente, e portanto, traduziria uma insuficiência técnica (tal como apontado por CELSO ANTÔNIO), ou o regime de autorização revelaria que alguns serviços elencados nos artigos 21 e 223 não são públicos, ou seja, constituiriam “atividade econômica”.<sup>220</sup>

A última interpretação é a que fundamenta a prestação de certas modalidades de serviços públicos em regime privado, tais como telecomunicações, energia elétrica e portos.

Para ela, portanto, o tratamento dado à autorização do serviço público de telecomunicações “inovou na matéria e rompeu com os conceitos tradicionais do Direito Administrativo Brasileiro e o sistema constitucional”, já que a Lei 9.472/1995, indo contra a concepção tradicional, contemplou a possibilidade de que determinados serviços reservados ao Estado sejam submetidos ao regime de Direito Privado mediante autorização, e não apenas por meio de concessão ou permissão<sup>221</sup> – também menciona as autorizações previstas para os setores de energia elétrica e portos.

Ao final, DINORÁ conclui não existir dúvida de que o regime de alguns serviços públicos

---

<sup>219</sup> Idem.

<sup>220</sup> Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 66. Ver também: *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 163-164.

<sup>221</sup> Idem, p. 67. Para ela: “Não se trata de reservar algumas atividades ao Estado. A lei prevê claramente que cada modalidade de serviço pode ser prestada exclusivamente no regime público, exclusivamente no regime privado, ou concomitantemente nos regimes público e privado (art. 65). A tarefa de definir cabe ao Presidente da República (art. 18, I), salvo a telefonia fixa, que terá um prestador em regime público” (Idem, p. 67-68).



passou a assumir uma nova postura diante das inovações trazidas pelas leis infraconstitucionais, que, indubitavelmente, estão acarretando muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, em especial diante da possibilidade ou não da compatibilidade das políticas que levam à fragilização na prestação do serviço público pelo Estado com o texto constitucional brasileiro”.<sup>222</sup>

Em texto recente a respeito no novo marco legal do setor portuário, a autora novamente menciona essas inovações ao admitir que, dentro da previsão constitucional da exploração dos portos marítimos, pelo artigo 21, inciso XII, letra “f”, existe uma margem de escolha para o legislador ordinário optar pelo modelo de exploração a ser aplicado: mais público ou mais privado. Daí a afirmar que “É a Lei, portanto, que deve estabelecer, em linhas gerais, o regime jurídico regente do setor portuário”.<sup>223</sup>

Por fim, ao analisar detalhadamente o regime legal das diferentes formas de outorga de terminais portuários, menciona as autorizações de terminais de uso privado localizados fora do porto organizado (artigo 2º, inciso IV, da Lei 12.815/2013), que serão formalizadas mediante contrato de adesão (artigo 8º, § 1º), com prazo fixo (colocando em dúvida o traço da precariedade), e exploradas em regime de liberdade de preços dos serviços, tarifas e frete, e em ambiente de livre e aberta competição (artigo 43, inciso II).<sup>224</sup>

#### **4.5.3 O pensamento de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO (2000)**

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO seguiu a mesma linha. Em texto publicado em 2000, descrevendo a revolução tecnológica e jurídica por que havia passado o direito das telecomunicações – com a supressão do monopólio da União sobre o setor (TELEBRÁS), a introdução da autorização na redação do artigo 21, inciso XI (pela EC 8/95), a edição da Lei Geral de Telecomunicações (inovadora e bombardeada de críticas que foi), a instauração de um ambiente de concorrência entre

---

<sup>222</sup> Idem, p. 71.

<sup>223</sup> Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 153-154.

<sup>224</sup> Idem, p. 162.

os prestadores (com assimetria regulatória) e a criação de um ente regulador do setor (ANATEL) – ele assevera que, nos termos da legislação do setor, a autorização é o instrumento jurídico para a prestação, por particulares, do serviço de telecomunicações em regime privado, enquanto a concessão e a permissão são os instrumentos jurídicos adequados para a prestação do serviço em regime público.<sup>225</sup>

Para FLORIANO, portanto, a autorização prevista para o setor de telecomunicações, com base no artigo 21, inciso, XI, é compatível tanto com o artigo 170 da Constituição, pois vem prevista em lei, quanto com o artigo 175, já que os serviços autorizados não são prestados em regime de direito público, mas em regime privado: “Só assim se consegue a necessária integração sistêmica do texto constitucional”.<sup>226</sup>

E destaca que essas autorizações (para a prestação de serviços em regime privado) estão presentes em diversos outros setores da economia, tais como saúde, educação e venda de armas – assumindo diferentes configurações, a depender das necessidades de cada setor específico.<sup>227</sup>

Esse entendimento foi reiterado pelo autor em diversos outros trabalhos, a respeito de diferentes campos. Ao discorrer sobre o novo marco regulatório dos portos, por exemplo, FLORIANO tomou como certa a intenção do constituinte em

---

<sup>225</sup> Direito das Telecomunicações e Anatel. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 314.

<sup>226</sup> Idem, p. 315.

<sup>227</sup> “Assim como o sistema jurídico cunhou a interpretação conforme a Constituição para permitir o fechamento do sistema e o aplainamento de contradições internas ao ordenamento, sem a retirada de normas supostamente colidentes com o texto constitucional (o que levaria à criação de lacunas normativas comprometedoras do próprio sistema), a configuração dos ordenamentos setoriais procede, informal e tacitamente, a interpretações conformes não à Constituição, mas interpretações conformes da própria Carta Maior, de modo a adequar suas preconizações às necessidades e especificidades de cada subsistema. Bom exemplo deste processo nos fornece o conceito de ‘autorização’ referido em alguns dispositivos do artigo 21 da Constituição Federal, bem como no seu artigo 173. De modo a viabilizar a estruturação dos diversos arcabouços normativos setoriais (ou tais subsistemas), o conceito de ‘autorização’ foi apropriado de forma distinta por vários setores. Assim, o termo é empregado e concretizado de forma distinta quando estamos no âmbito do setor de telecomunicações, de energia elétrica, de petróleo ou no setor da educação. Não só o conceito legal muda, como mudam o seu emprego, a sua finalidade, abrangência e, conseqüentemente, a sua utilização na construção da estrutura regulatória de cada subsistema” (Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 33, jan./mar. 2011, p. 85-86).

estabelecer por meio do artigo 21 duas ordens de exploração portuária (a pública e a privada):

Isso é evidente quando, a um só tempo, o art. 21 estipula a competência da União para a exploração, caracterizando os portos como um serviço público, e, no entanto, faculta que essa exploração ocorra mediante autorização. Sabe-se, então, que os mecanismos de delegação de um serviço público são a concessão e permissão, consoante disciplina do art. 175 da CF/1988. Quando a Lei Maior previu que a exploração também pode ter lugar mediante autorização, “estabeleceu que parte dos serviços compreendidos na atividade portuária transbordasse do conceito estrito de serviços públicos e do regime público sobre ele incidente, admitindo a sua prestação em caráter mais lasso e privado”.<sup>228</sup>

Quando analisou o setor de aeródromos privados, em texto conjunto com MARINA FONTÃO ZAGO, consignou que a atividade de interesse público exercida em regime privado não se confunde com serviço público, ainda que possa oferecer, de forma mais ou menos intensa, uma utilidade pública, tal como se pressupõe do serviço público.<sup>229</sup>

Afinal, “*autorizar, regular ou fiscalizar uma atividade não a torna, de modo algum, um serviço público*” E uma vez concedida a autorização, “*a atividade continuará sendo prestada em regime privado, sob as regras basilares da livre iniciativa, porém com a observância das normas que regem o setor econômico no qual a atividade se insere*”.<sup>230</sup>

Logo:

Propagar que a exigência de prévia autorização estatal é prova de que não estamos diante de uma atividade econômica regulada, mas sim diante de um serviço público, não apenas contraria a Constituição (que expressamente determina que a

---

<sup>228</sup> Delimitação da poligonal dos portos organizados e o regime jurídico dos bens públicos. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 329.

<sup>229</sup> Regime jurídico dos aeródromos privados, inexistência de bem público e sua desapropriação por Município. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 41, jan./mar. 2013, p. 81.

<sup>230</sup> Idem, p. 81.

delegação de serviço público deve ocorrer por meio de concessão e permissão), mas também não considera os fundamentos jurídicos que embasam a exigência de prévia autorização.”<sup>231</sup>

Mas ressaltou que não existem óbices jurídicos para que as atividades de interesse coletivo possam ser exercidas tanto sob regime privado, quanto no regime público, conforme se extrai dos setores de telecomunicações, gás, portos, energia elétrica, transportes terrestre e aéreo.<sup>232</sup>

Mas essa autorização a que o autor se refere é substancialmente diversa do conceito tradicional de autorização, conforme ele explica em texto escrito a respeito do setor de energia elétrica, ao afirmar que a análise dos marcos legais e constitucionais evidencia a inexistência de determinação que indicasse ser a autorização precária e vulnerável:

O que prediz a maior ou menor precariedade ou fragilidade de uma autorização não é o fato de ser ela uma concessão ou de parte da doutrina vir repetindo, inadvertidamente, ao longo do tempo, que autorização é "discricionária, precária ou instável". Se a autorização for conferida com prazo certo, compromissos de investimento, obrigações para o particular, cláusulas de reversão e indenização, procedimentos para sua extinção etc. (...), restará esvaziada a aludida fragilidade do instituto.<sup>233</sup>

Mais recentemente, em obra completa sobre serviços públicos, FLORIANO desenvolveu de modo mais detalhado essa linha de raciocínio. Ele destacou a dificuldade cada vez maior de se delimitar os campos do serviço público e das atividades econômicas [em sentido estrito], mas que essa diferença confere um modo

---

<sup>231</sup> Idem, p. 82.

<sup>232</sup> Idem, p. 82. Assim: “Essa possibilidade de dupla incidência de regime jurídico pode ser facilmente encontrada, no âmbito federal, em alguns dos incisos do artigo 21, da Constituição Federal. Referido artigo arrola serviços de competência da União, isto é, atividades que devem ser por ela providas, direta ou indiretamente. Entretanto, ele possibilita que esses serviços sejam prestados por meio de concessão, permissão ou autorização. Tendo em vista que a própria Constituição determina que os serviços públicos apenas poderão ser delegados por meio de concessão ou permissão (artigo 175), conclui-se que o constituinte autorizou que a mesma atividade fosse prestada tanto em regime público (no caso de escolha pela concessão ou permissão), como no regime privado (no caso de autorização)” (Ibidem).

<sup>233</sup> Regime Jurídico dos Bens Públicos Empregados na Geração de Energia. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 232, 2003, p. 345.

didaticamente útil para compreender os institutos da concessão e da autorização e as transformações que esta última atravessa atualmente.<sup>234</sup>

Nesse escopo, observou que a própria diferença entre concessão e autorização mostra-se insuficiente e vaga, especialmente em razão da multiplicidade de espécies de autorização e da sua utilização para franquear a prestação de serviços públicos em regime de liberdade (e não em regime público).<sup>235</sup>

Ao fim, conclui que a noção de autorização atual afasta-se paulatinamente da concepção administrativista clássica, tornando-se plúrima e bastante diferenciada:

Assim, com vistas a assegurar o investimento privado em áreas que dele dependiam para o seu desenvolvimento e para a construção da infraestrutura do país, diversos setores econômicos promoveram a revisão das características tradicionais da autorização, o que culminou em marcos regulatórios que passaram a prever *autorizações vinculadas e estáveis*, de acordo com as especificidades do setor regulado.<sup>236</sup>

Mas o que parece mais essencial, para FLORIANO, é caracterizar a autorização, nesses moldes, como um instrumento de regulação estatal sobre essas atividades econômicas.

Para o autor, a autorização não seria um instrumento de delegação de atividades qualificadas como serviço público. Ele rejeita expressamente a possibilidade de se delegar a prestação de serviços públicos por meio de autorização, pois isso cumpriria essencialmente ao instituto da concessão.

Ao emitir uma autorização, o Poder Público não apenas consente com a exploração da atividade por particulares, mas regula o acesso a essa atividade, por

---

<sup>234</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de Direito Administrativo* (Coord.). São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, Vol. 4, 2014, p. 159.

<sup>235</sup> Idem, p. 160.

<sup>236</sup> Idem, p. 163. Aliás, algo que o próprio autor já havia observado especificamente a propósito dos setores de telecomunicações (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das Telecomunicações e Anatel. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 135); da energia elétrica (Regime Jurídico dos Bens Públicos Empregados na Geração de Energia. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 232, 2003, p. 345); e do etanol (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello; ZAGO, Marina Fontão. Extensão e limites da nova regulação do etanol – A Lei nº 12.490/11 e a exigência de prévia autorização. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 38, abr./jun. 2012, p. 57-85).

entender que ela é atividade relevante para a coletividade e, como tal, exige controle regulatório.

Isso fica evidenciado na seguinte passagem da sua obra *Concessões* (2015):

Autorização não se presta a delegar coisa alguma, pelo simples fato de que o comando “autorizar” remete a admitir, possibilitar, anuir, e ao comando “cometer”. O que ocorre na autorização de serviço público, prevista na CF (art. 21, incs. XI e XII), é que por ela se admite a exploração de um serviço público (mormente já delegado a outro particular) a outros privados que queiram explorar em regime privado. Só assim se pode dar coerência hermenêutica à conjugação do art. 21 vis-à-vis o art. 175 da Constituição.<sup>237</sup>

Em texto escrito a respeito do setor de etanol, FLORIANO apontou que, no caso da Lei 9.478/97 (alterada pela Lei 12.490/11, que dispõe sobre biocombustíveis), a exigência de autorização (prevista no artigo art. 68-A) “corresponde a típico instrumento regulatório, por meio do qual o Poder Público estabelece regramentos para uma atividade exercida em regime privado, condicionando o próprio acesso a tal atividade. Ou seja, trata-se de autorização exigida “com base no poder de polícia estatal, que permite a limitação (subsidiária e proporcional) da livre-iniciativa para alcançar objetivos regulatórios ou proteger interesses tidos por relevantes para a coletividade”.<sup>238</sup>

Para ele, portanto, a autorização seria instrumento de acesso do particular a uma atividade que não vem acompanhada de obrigações em nome do Poder Público (embora o particular tenha que se submeter a um regime jurídico-regulatório específico) – ao contrário da concessão, que seria por excelência o veículo de delegação a particulares para a efetivação de competência (conjunto de deveres e direitos) do Poder Público.<sup>239</sup>

Em suma: “a autorização se presta à admissão, à aceitação, à anuência [pelo Poder Público] em face da atuação do particular” – mas sem caráter translativo (sem

---

<sup>237</sup> *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 118, nota 459.

<sup>238</sup> Extensão e limites da nova regulação do etanol – A Lei nº 12.490/11 e a exigência de prévia autorização. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 38, abr./jun. 2012, p. 70-71.

<sup>239</sup> *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 119.

delegação), sem caráter contratual (apenas ato) e independentemente de licitação (pois se admite um universo amplo de autorizados).<sup>240</sup>

#### 4.5.4 O pensamento de ALMIRO DO COUTO E SILVA (2002)

Outro autor que se debruçou sobre o assunto, destoando da doutrina que rechaçava a possibilidade de uma autorização vinculante, foi ALMIRO DO COUTO E SILVA.

Em trabalho abrangente, ao cotejar o disposto no artigo 175 com o artigo 21, o autor observou que:

Em lugar de lapso, uma impropriedade ou um ‘cochilo’ do legislador constituinte, isto parece ser, antes, um forte indício de que sua intenção – que, no caso, se confunde com a própria *ratio legis* – foi a de possibilitar maior flexibilidade à atuação da União em face de certas atividades econômicas de interesse coletivo. A ela será dado escolher entre a execução direta da atividade ou do serviço ou permitir a execução por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão.<sup>241</sup>

Ainda:

Conquanto um critério de definição de serviço público a partir das formas ou espécies pelas quais ele possa ser delegado a terceiros seja lógica e cientificamente insustentável, de qualquer maneira, a coexistência desses três termos, autorização, concessão e permissão, no corpo da Constituição, a qual não pode ter expressões incongruentes, excrescentes ou inúteis, obriga o intérprete a buscar o adequado sentido de cada um deles dentro do sistema.<sup>242</sup>

Para ele, nunca houve dúvida de que a autorização é ato administrativo, muito embora “se pudesse e se possa questionar, em face do princípio da igualdade, a

---

<sup>240</sup> Idem, p. 120.

<sup>241</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira?”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, out./dez. 2002, p. 59.

<sup>242</sup> Idem.

existência de discricionariedade na escolha de quem irá executar os serviços por esse modo delegados pela União”.<sup>243</sup>

Diante disso, após acurada análise (partindo da premissa de que se deve começar a interpretar a Constituição a partir da própria Constituição), ALMIRO DO COUTO E SILVA ponderou que nem todos os conceitos jurídicos são unívocos e aceitos indiscrepantemente na doutrina; e que a Constituição “nem sempre emprega a palavra ‘autorização’ como sinônimo de ato administrativo discricionário, concessivo de alguma vantagem, geralmente a título precário”.<sup>244</sup>

Com outras palavras, ALMIRO explica que o conceito constitucional de autorização “é mais amplo do que o corrente no direito administrativo nacional, compreendendo tanto atos discricionários, como atos vinculados, que a doutrina chama de licença.”<sup>245</sup>

Contudo, ele chama a atenção para o fato de que não se deve confundir a autorização como ato de delegação de serviço público com a autorização de certas atividades que, “embora possam ter a aparência de serviço público, não implicam satisfação de interesses gerais ou coletivos (...), mas visam a atender exclusiva ou principalmente, interesses privados” – tal como ocorre com o serviço de transporte coletivo de passageiros, mantido por uma empresa para seus funcionários.<sup>246</sup>

Com base nessa premissa, ele aceita que a autorização configure delegação de serviços públicos como a concessão e a permissão – tal como a Lei estabelece nos setores de telecomunicações, energia elétrica e portos, desde que seja respeitado o princípio da igualdade na seleção do particular a ser escolhido para a prestação:

Ainda que prestados em regime privado, e situados em ambiente de competição e concorrência, mas num mercado constantemente vigiado pelo estado, os serviços por este delegado a particulares mediante concessão, permissão e autorização, continuam sendo, em quaisquer hipóteses, serviços

---

<sup>243</sup> Idem, p. 61.

<sup>244</sup> Idem, p. 70-71.

<sup>245</sup> Idem, p. 70-71. Por essa linha de pensamento “chega-se a perceber que a autorização para prestar serviço público de telecomunicações em regime privado, com a natureza de ato vinculado, como prevista na legislação ordinária, está em perfeita harmonia com a Constituição, não só no que tange às disposições do inciso XI, do art. 21, como também com o princípio da igualdade” (Ibidem).

<sup>246</sup> Idem, p. 71.



públicos, devendo ser assim considerados para todos os efeitos (...).

Recomenda-se, porém, atenção constante para que os atos de delegação de serviços públicos, especialmente quando assumem a forma de autorização, respeitem o princípio da igualdade.<sup>247</sup>

#### 4.5.5 O pensamento de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (2002)

Já ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO consignou que as autorizações envolvem atividades de titularidade privada:

ao se referir à prestação de serviços públicos mediante autorização, a Constituição incluiu entre os serviços públicos atividades não titularizadas pelo Poder Público. Apenas a concessão e a permissão transferem a particulares a execução de serviços públicos de titularidade estatal. As autorizações são instrumentos de ordenação pública de atividades de titularidade privada.<sup>248</sup>

ARAGÃO reconheceu a possibilidade de “autorizações vinculadas”, a serem conformadas pela lei ordinária, necessárias para conferir segurança jurídica aos empreendimentos nos setores da economia onde são utilizadas.<sup>249</sup>

Porém, nega a possibilidade de autorizações para delegação de serviços públicos, e também a possibilidade de uma autorização “contratual”, afirmando o seguinte:

Quando leis que regulam setores de serviços públicos se referem à autorização administrativa pode haver duas circunstâncias: ou a atividade em questão integra o setor, mas não é serviço público (ex.: serviço de telefonia móvel, autogeração de energia), e a autorização será então um ato de poder de polícia; ou, caso verse realmente sobre serviço público,

---

<sup>247</sup> Idem, 73.

<sup>248</sup> *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 151.

<sup>249</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 218-219. Também em: *Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação*. *Revista de Direito Público e Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 10, p. 9-48, abr./jun. 2005.

recebendo inclusive uma estrutura contratual em razão da titularidade estatal da atividade, estaremos materialmente diante não de uma autorização, mas sim de uma delegação de serviço público (concessão caso haja bens reversíveis, e, caso não os haja, em princípio permissão...). Teremos, portanto, uma autorização em sentido apenas nominal; teremos uma “autorização” contratual.<sup>250</sup>

Em texto mais recente, escrito em conjunto com CAROLINA BARROS FIDALGO a propósito da Nova Lei dos Portos (Lei 12.815/2013), ARAGÃO asseverou que, com esse novo marco legal, “As diferenças entre os regimes jurídicos incidentes sobre as atividades objeto de arrendamento e de autorização ficaram bem menos evidentes”.<sup>251</sup>

#### **4.5.6 O pensamento de ALEXANDRE DITZEL FARACO (2003)**

Em trabalho exaustivo sobre o setor de telecomunicações, ALEXANDRE DITZEL FARACO dedicou-se a explicar a questão dos serviços públicos na organização dos setores de infraestrutura sob regime concorrencial concluindo que, dentre as atividades econômicas descritas na Constituição, existe uma margem de escolha para o legislador ordinário definir quais atividades devem receber a qualificação de serviço público e se submeter ao regime jurídico próprio.<sup>252</sup>

Assim, quando houver menção expressa sobre o regime jurídico de direito público, o legislador ordinário deve mantê-lo. Todavia, nos outros casos a Lei poderá definir a forma de prestação – o que se verifica, basicamente, no tocante às atividades descritas no artigo 21 da Constituição, para as quais a figura da autorização é empregada juntamente com a concessão e a permissão.<sup>253</sup>

---

<sup>250</sup> Idem, p. 727.

<sup>251</sup> Regime jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas? *Revista dos Tribunais*, v. 946, ago./2014, p. 15.

<sup>252</sup> *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 124-125.

<sup>253</sup> Idem, p. 125.

E como o artigo 175, ao tratar do regime de serviço público, refere-se apenas à concessão e à permissão, “conclui-se que a expressão *autorização* abre a alternativa para estabelecer-se um regime diverso às respectivas atividades”.<sup>254</sup>

Conseqüentemente:

É possível, assim, que tais atividades sejam prestadas diretamente sob regime de serviço público (ou que sejam delegadas a particulares através de concessões ou permissões). Pode-se, ainda, abrir esses setores da economia à iniciativa privada em geral, submetendo-os a um regime concorrencial ou mantendo sobre eles uma forte regulação, afastando ou limitando em determinado grau a liberdade de ação dos agentes econômicos ainda que sem adotar-se o regime de serviço público.<sup>255</sup>

#### 4.5.7 O pensamento de SARA JANE LEITE DE FARIAS (2005)

SARA JANE LEITE DE FARIAS visualizou a diferença entre as autorizações discricionárias tradicionais e as autorizações previstas Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), destacando que o “referido instituto passou a ser adotado como um instrumento viabilizador da competição, sob a denominação de ‘autorização vinculada’”.<sup>256</sup>

Para ela, essas novas autorizações, estáveis, seriam o resultado de uma limitação à precariedade do ato, conforme as características da atividade para a qual estaria sendo outorgada.

Ou seja:

não se trata de nova ‘modalidade’ de autorização ou ato autorizatório, mas de uma evolução do provimento decorrente do novo cenário propiciado pelo processo de desestatização, caracterizado pela prestação de alguns serviços públicos num

---

<sup>254</sup> Idem.

<sup>255</sup> Ibidem. Porém: “a circunstância de ter o legislador infraconstitucional uma certa margem de escolha não significa que lhe tenha sido conferida uma discricionariedade absoluta. É preciso sempre manter em perspectiva (lembrando aquele aspecto sob o qual foi elaborado o conceito clássico de serviço público) que a existência do poder estatal e, conseqüentemente, a titularidade sobre certas atividades, justifica-se em razão de determinadas funções que o Estado deve desempenhar” (Idem, p. 126).

<sup>256</sup> *Regulação jurídica dos serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86.

regime de direito privado, o qual sobrevive ao lado do regime de direito público, por meio de concessão por permissão.<sup>257</sup>

E finaliza afirmando que “a referida autorização, por opção legal, pode ser discricionária ou vinculada. Aquela, caracteriza-se pela precariedade, enquanto esta, pela estabilidade”.<sup>258</sup>

#### 4.5.8 O pensamento de MARCOS AUGUSTO PEREZ (2006)

Ao desenvolver seu trabalho sobre os riscos no contrato de concessão de serviço público, MARCOS AUGUSTO PEREZ, marcou posição discordando da tese que afirma a autorização como uma forma de delegação de serviços públicos ao lado da concessão e da permissão.<sup>259</sup>

Isso porque as referências do artigo 21 da Constituição, da Lei 9.472/97 (telecomunicações) e da Lei 9.074/95 (energia elétrica) não tratam, na sua visão, sobre autorizações que não diferem em fundamento das autorizações tradicionais do Direito brasileiro, as quais, como barreira de entrada, facultam ao particular o desempenho de uma atividade econômica submetendo-o à polícia administrativa.<sup>260</sup>

Assim:

A Constituição Federal, neste caso, simplesmente ampliou o leque de possibilidades do legislador, facultando-lhe a passagem de alguns serviços públicos de regência direta ou delegada (prestados em regime predominantemente de Direito Público), para a regência meramente regulada, típica dos chamados *serviços públicos impróprios* (que remete à prestação do serviço sob regência predominante do Direito Privado).<sup>261</sup>

Contudo, apesar de repisar que não enxerga na autorização um instrumento de delegação da gestão de serviços públicos, MARCOS PEREZ reconhece a polêmica em torno do assunto, em razão das inovações legislativas, para reconhecer a

---

<sup>257</sup> Idem.

<sup>258</sup> Ibidem.

<sup>259</sup> *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 92 (nota 178) e p. 98 (nota 187).

<sup>260</sup> Idem.

<sup>261</sup> Idem, p. 92 (nota 178).

inviabilidade de se atribuir um sentido único ao instituto da autorização e que “sua definição dependerá do contexto normativo em que esta é utilizada”.<sup>262</sup>

#### 4.5.9 O pensamento de JACINTHO ARRUDA CÂMARA (2007)

Outro representante dessa nova linha de pensamento, também já mencionado, é JACINTHO ARRUDA CÂMARA, que reage à tendência de se interpretar os institutos jurídicos com base na doutrina, sem consideração ao direito positivo. Mais especificamente, ele critica o fato de não se interpretar o direito posto (para se revelar o significado dos institutos), mas se tomar como fonte conceitual a própria doutrina, como se se tratasse de paradigma a ser observado pelo legislador (mesmo o constituinte originário...),<sup>263</sup>

Tratando das telecomunicações, o autor esclarece a incompatibilidade, para esse setor, do conceito tradicional de autorização, em especial pelo caráter vinculado da autorização prevista no artigo 131, §1º, da Lei 9.472/97. Daí que, “Ao contrário do que apregoa a clássica doutrina brasileira, o legislador optou por atribuir a esse instrumento de outorga segurança e estabilidade jurídica”.<sup>264</sup>

JACINTHO descreve a disciplina da Lei Geral de Telecomunicações, destacando que a autorização foi concebida nesse setor para viabilizar a prestação dos serviços de telecomunicações no regime de direito privado – que por sua vez é aplicável a todos os serviços de telecomunicações, inclusive ao serviço de telefonia fixa (o qual admite também, concomitantemente, o regime público). Nesse contexto, explica que a autorização da Lei 9.472/97 não é precária (eis que prevê um prazo de cinco anos para a autorizatária continuar explorando a atividade em caso de extinção por razões de interesse público, bem como o direito à indenização em caso de extinção imediata – artigo 141), nem configura ato discricionário, conforme

---

<sup>262</sup> Idem, p. 97 (nota 186).

<sup>263</sup> As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a teoria geral do direito administrativo. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*. Vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, jul./dez. de 2007, p. 55-68. O assunto foi retomado em outros textos do autor e, mais recentemente, consolidado no artigo: Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 590 (primeira edição em 2008).

<sup>264</sup> Idem.

expressamente estabelecido no parágrafo primeiro do artigo 131 (eis que não existe margem para juízo de oportunidade e conveniência, já que a sua emissão depende do preenchimento das condições subjetivas e objetivas previstas no artigo 132 e 133).<sup>265</sup>

Por fim, reiterando a crítica severa à doutrina clássica nacional (que “se autoproclama fonte normativa ao próprio Texto Constitucional, como se não fosse dado ao legislador mudar ou construir os conceitos jurídicos”), nega a possibilidade de uma fórmula pré-concebida ou de um modelo único de autorização, mesmo no direito comparado – algo que, para ele, está claro no direito posto e jamais existiu fora dos manuais.<sup>266</sup>

#### **4.5.10 O pensamento de JUAREZ FREITAS (2008)**

JUAREZ FREITAS propõe uma releitura da autorização de serviço público. Solidamente embasado no direito comparado, ele afirma que o estudo aprofundado do tema revela “que não é de agora que se criticam a precariedade e a discricionariedade na esfera das autorizações de serviços públicos” – e com base na evolução da legislação brasileira, constata que “tudo leva a crer que as autorizações de serviços públicos não podem mais ser vistas e controladas fora dos parâmetros exigidos pela noção da menor precariedade possível”.<sup>267</sup>

Logo, já não cabe mais “sustentar a possibilidade de revogação puramente discricionária da autorização, faculdade cada vez mais criticável em todas as esferas do Direito Administrativo”.<sup>268</sup>

Ou seja, para JUAREZ, não se deve simplesmente dizer que as autorizações administrativas podem ser sumariamente revogadas sem direito à indenização.

---

<sup>265</sup> Idem, p. 591-594.

<sup>266</sup> Idem, p. 597.

<sup>267</sup> FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviços público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 312 e 313 (primeira edição em 2008).

<sup>268</sup> Idem, p. 314.

#### 4.5.11 O pensamento de VITOR RHEIN SCHIRATO (2008)

O tema das autorizações foi objeto de análise por VITOR RHEIN SCHIRATO em diversos textos escritos a propósito dos setores de gás natural, portos e energia elétrica.

Nos trabalhos sobre o setor de gás natural<sup>269</sup>, sempre cuidando para distinguir as autorizações desse setor específico<sup>270</sup>, VITOR ateu-se ao entendimento antes externado por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, no sentido de que as atividades econômicas sujeitas ao regime de autorização, independentemente da nomenclatura,

são atividades da iniciativa privada para as quais a lei, face à sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo-se ainda a sua contínua sujeição à regulação da autoridade autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial.<sup>271</sup>

Nos trabalhos sobre portos<sup>272</sup>, o autor reconhece que a Constituição de 1988, ao tratar das autorizações, deu-lhe regime jurídico absolutamente distinto do existente

---

<sup>269</sup> Texto Escrito em conjunto com ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO: Algumas considerações sobre a regulação para concorrência no setor de gás natural. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 14, abr./jun. 2006; e também: O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 32, out./dez. 2010

<sup>270</sup> Nesse sentido, o autor pontuou que a autorização prevista no artigo 56 da Lei nº 9.478/97 não se confunde com as autorizações necessárias ao desempenho de atividades econômicas em sentido estrito, cujas características peculiares demandam intensa regulação e controle estatal. Assim: “entendemos que as autorizações para operar instalações de transporte dutoviário de gás natural, por se referirem a atividades titularizadas pelo Poder Público (monopólios), não têm natureza de ato administrativo, mas sim natureza contratual, posto que a Constituição Federal apenas permite o acesso de particulares a tais atividades por meio de contratos (§1º do artigo 177 da Constituição Federal)” (Algumas considerações sobre a regulação para concorrência no setor de gás natural. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 14, abr./jun. 2006, p. 39-40).

<sup>271</sup> Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. *Revista de Direito Público e Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 10, p. 9-48, abr./jun. 2005.

<sup>272</sup> A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 23, jul./set. 2008; e também: Serviços Portuários e as infraestruturas privadas. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 39, p. 227-246, jul./set. 2012. Ambos os textos foram escritos ainda na vigência da Lei 8.630/1993, posteriormente foi substituída pela Lei 12.815/2013.

até então, eis que passaram a ser, dentre outras finalidades, instrumentos de outorga do direito de exploração de atividades que passaram a ser desenvolvidas no mesmo campo dos serviços públicos, que exigem grande monta de recursos<sup>273</sup> – tal como ocorre com os serviços de telecomunicações e geração de energia elétrica.

Mais que isso: manter-se atado à noção tradicional de autorização significa pretender fazer com que a doutrina seja fonte normativa acima da Constituição, o que nem de longe pode ser cogitado. Quando elaborada, pela doutrina mais tradicional, a noção de autorização (consoante definição trazida à baila acima) não havia a ordem jurídica atual; as autorizações tinham papel absolutamente distinto no Ordenamento Jurídico e prestavam-se a atividades bem menos relevantes. Com a alteração da ordem jurídica, é mais do que evidente que se deve alterar a noção doutrinária. Afinal, a doutrina serve para interpretar o Direito posto e não para criar Direito paralelo, apegado a concepções tradicionais que se recusam a aceitar o dinamismo inerente a toda e qualquer realidade social como o Direito.<sup>274</sup>

Por esse motivo, para essas autorizações a discricionariedade e a precariedade deixaram de ser compatíveis. Vale a transcrição:

Nesta toada, entendemos que as autorizações para a construção, operação e manutenção de infra-estrutura portuária de uso privativo *não* são atos precários, visto que a precariedade é diametralmente oposta a um ato cuja concreção demanda investimentos de altíssimas montas. Pode-se até afirmar que é contrário ao sentido de autorização constante no inciso XII do artigo 21 da Constituição Federal que a autorização possa, de alguma forma, ser ato precário.<sup>275</sup>

Já nos textos sobre energia elétrica<sup>276</sup>, VITOR tratou da atuação dos particulares dedicados à geração para afirmar que as atividades sujeitas à autorização

---

<sup>273</sup> A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 23, jul./set. 2008, p. 185.

<sup>274</sup> Idem.

<sup>275</sup> Idem.

<sup>276</sup> Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 31, jul./set. 2010; e também: A



não são serviços públicos, pois o artigo 175 da Constituição não se refere à autorização como forma passível de delegação de serviços públicos.<sup>277</sup>

Nessa linha, concluiu:

Portanto, segundo entendemos, as autorizações são instrumento para conferir a particulares acesso a atividades sujeitas a algum grau de regulação pelo Estado, cuja natureza demanda um controle da entrada de agentes no mercado.<sup>278</sup>

Esse entendimento foi mantido em sua obra específica sobre os serviços públicos (*Livre iniciativa nos serviços públicos*), quando analisou as formas de acesso dos particulares às atividades estatais que se encontram fora no regime de serviço público, mas que são materialmente concorrentes.<sup>279</sup>

De forma genérica – isto é, sem considerar nenhum setor específico – VITOR pontuou que esse acesso pode variar desde a vedação absoluta ao empreendimento privado até a liberdade plena (sem controle estatal), passando por níveis diferentes de títulos habilitantes (inclusive a autorização) e condicionamentos impostos no contexto da administração ordenadora.<sup>280</sup>

Nessa linha, o autor critica as formulações doutrinárias tradicionais a respeito das autorizações, reafirmando que a autorização descrita nos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição e no direito positivo atual não correspondem com a noção de autorização discricionária e precária de outrora, pois incidem sobre atividades que demandam altas montas de investimentos, “que não podem ficar sujeitas a

---

regulação do setor elétrico brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 53, jan./mar. 2016.

<sup>277</sup> Acerca da competência material das atividades do setor elétrico, ressaltou que, nos termos do artigo 21, inciso XII, alínea “b”, da Constituição (que fixa a competência privativa da União), “todas as atividades do setor de energia elétrica são de competência da União Federal, a qual poderá, conforme juízo de conveniência e oportunidade, delegá-las a terceiros por meio de concessão, permissão ou autorização” (A regulação do setor elétrico brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 53, jan./mar. 2016).

<sup>278</sup> Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 31, jul./set. 2010, p. 151, nota 14.

<sup>279</sup> *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 309 e segs.

<sup>280</sup> *Idem*, p. 309.

intempéries da administração pública na avaliação da existência de conveniência e oportunidade de manutenção do ato”.<sup>281</sup>

Consequentemente, VITOR conclui que o regime jurídico específico das autorizações mencionadas no artigo 21 da Constituição será decorrente da legislação aplicável, de acordo com a atividade autorizada que venha a constituir o objeto da autorização.

Nesse passo, a autorização poderá ser precária ou estável (com prazo determinado), discricionária ou vinculada, unilateral ou bilateral. Mas, em última análise, essas autorizações não terão como objeto a delegação de um serviço público, mas sim a delegação “de atividades desenvolvidas em setores que muitas vezes são setores de serviços públicos, as quais, não raro, serão materialmente concorrentes dos serviços públicos” – e que ali desempenham um papel fundamental para a prestação concorrencial, em assimetria de regimes.<sup>282</sup>

Por fim, em texto versando sobre o novo marco regulatório do setor portuário, VITOR mantém esse entendimento, pontuando que as autorizações configuram instrumentos do controle exercido pelo Estado “para o desempenho de atividades privadas em mercados que demandam algum controle de ingresso e/ou atuação de seus agentes” – e nesse contexto, as autorizações portuárias previstas na Lei 13.815/2013 “são instrumentos regulatórios utilizados pelo Estado para controlar o ingresso de agentes privados no setor, bem assim o desempenho de suas atividades após sua inserção”.<sup>283</sup>

Em última análise, o autor reafirma que as leis regulamentadoras dos seguros regulados, editadas após a Constituição de 1988, conferiram novo regime às autorizações, que passaram se outorgadas por prazo certo (“sempre compatível com o prazo necessário para a amortização dos investimentos realizados pelo particular autorizatário”) e de forma vinculada.<sup>284</sup>

---

<sup>281</sup> Idem, p. 313.

<sup>282</sup> Idem, p. 316.

<sup>283</sup> As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Portos e seus Regimes Jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 334.

<sup>284</sup> Idem, p. 335.

#### 4.5.12 O pensamento de ROMEU FELIPE BACELLAR (2009)

Em obra que reúne reflexões sobre o direito administrativo atual, ROMEU FELIPE BACELLAR reconheceu o extremo cuidado que a doutrina vinha conferindo para as autorizações previstas no artigo 21 da Constituição. Contudo, atentou para as perplexidades que o conceito genericamente enunciado – autorização como ato administrativo unilateral, discricionário e precário, praticado no interesse exclusivo do particular – poderia produzir.<sup>285</sup>

Afinal, definido dessa forma e aplicado para atender necessidades coletivas (mesmo que emergenciais e transitórias), o instituto apresentaria demasiada fragilidade, pois permitiria ao Poder Público a revogação a outorga por conveniência e oportunidade.

Por outro lado, ROMEU também reconheceu a possibilidade de a autorização ser configurada como ato vinculado (e não discricionário). Nesse caso, “cumprida a liturgia estipulada para o alcance de determinado provimento, à Administração cumpre expedir o ato, não podendo desconstituí-lo sem o devido processo legal” – ou seja, o eventual desfazimento do ato estaria submetido às “solenidades próprias dos chamados atos negociais”.<sup>286</sup>

#### 4.5.13 O pensamento de GIOVANNA MAYER (2009)

GIOVANNA MAYER, em dissertação de mestrado defendida em 2009 na Universidade Federal do Paraná, abordou a questão da autorização portuária, tecendo relevantes considerações a respeito da sua natureza jurídica.<sup>287</sup>

Embora ainda na vigência da Lei 8.630/1993 (que posteriormente foi substituída pela Lei 12.815/2013), esse trabalho propõe uma explicação didática sobre quatro posicionamentos adotados pela doutrina a respeito das autorizações, em torno dos binômios discricionariedade/vinculação, ato unilateral/ato bilateral, ato precário/ato definitivo: (i) autorização como exercício do poder de polícia (atividade exercida no

---

<sup>285</sup> *Reflexões sobre o direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 199.

<sup>286</sup> *Ibidem*.

<sup>287</sup> *Regulação portuária brasileira: uma reflexão sob a luz da análise econômica do direito*. 2009. 151 p. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

interesse do particular), (ii) autorização como outorga de serviços públicos em caráter emergencial, (iii) autorização e atividades privadas (de interesse coletivo), tais como os serviços de telecomunicações, e (iv) autorização como ato vinculado constitutivo de direitos, utilizada como forma alternativa de o Estado prestar indiretamente determinada atividade, denominada de serviço público.

Posteriormente, GIOVANNA retornou ao tema em textos específicos sobre o regime jurídico dos portos e sobre as autorizações do setor portuário, já à luz na Nova Lei dos Portos (Lei 12.815/2013).<sup>288</sup>

Nessas oportunidades, ela definiu a autorização portuária como um “contrato de adesão, que gera direitos e obrigações para o contratante com prazo determinado, destinado a explorar áreas fora do porto organizado”. Ou seja, nesse contexto, a autorização seria “constitutiva do direito de exploração de atividade portuária”.<sup>289</sup>

#### **4.5.14 O pensamento de VERA MONTEIRO (2010)**

VERA MONTEIRO tratou do tema em seu livro *Concessão* (2010), quando situa as três formas básicas previstas na Constituição para a transferências de atividades titularizadas pelo Estado: concessão, permissão e autorização.

Ela admite a possibilidade de autorização como instrumento de transferência de atividades públicas (tradicionalmente tidas como serviço público) a particulares, como ocorre no setor de telecomunicações. Atenta para o fato de que, de modo geral, a legislação não é uniforme e tampouco presta deferência à doutrina tradicional ao disciplinar as formas de delegação de serviços públicos – o que vale tanto para a concessão e a permissão, quanto para a autorização.<sup>290</sup>

E, no exercício de diferenciar as três figuras, explica que não é possível identificar na Constituição regimes jurídicos bem definidos para cada hipótese e que o regime geral estabelecido pela Lei 8.987/1995 praticamente fez desaparecerem as

---

<sup>288</sup> Notas sobre o regime dos portos brasileiros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Portos e seus Regimes Jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 75-110; e A autorização portuária ainda à procura de sua identidade. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 547-556.

<sup>289</sup> Idem, p. 547.

<sup>290</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 80.

diferenças entre concessão e permissão – a qual passou a ser definida como contrato de adesão, mas ainda precário – o que é reconhecido por alguns estudiosos, tal como MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, mas negado por outros, tal como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.<sup>291</sup>

De forma objetiva, pontua que “a depender do que se entende por ‘serviço público’, é possível aceitar que a autorização seja instrumento para a transferência do serviço público a particulares”.<sup>292</sup>

VERA toca no ponto crítico ao questionar se, de fato, a Constituição teria realmente definido a natureza jurídica da autorização e, além disso, se seria ela ato ou contrato. Ainda, sendo ato, seria discricionário e precário? E mais: seria ato unilateral, negocial ou bilateral?<sup>293</sup>

A Constituição trata a autorização como ato jurídico, mas não responde essas dúvidas. Assim, criticando a doutrina tradicional, a autora percebe que a legislação brasileira utiliza a figura da autorização com características diversas, nem sempre como ato unilateral, discricionário e precário – podendo até mesmo lhe ser atribuída (a partir de uma análise estritamente constitucional) a natureza de contrato administrativo (“autorização contratual”) e não de ato administrativo – o que apenas não ocorre com frequência porque esse espaço vem sendo bem preenchido pela concessão e pela permissão.<sup>294</sup>

---

<sup>291</sup> Ou seja, mesmo com a Lei 8.987/1995, remanescem as dúvidas sobre a definição e natureza dos dois institutos – daí a necessidade de se investigar a legislação setorial para se definir, em cada hipótese, como o direito positivo delinea a concessão e a permissão (Idem, p. 82)

<sup>292</sup> Idem, p. 87.

<sup>293</sup> Ibidem. A distinção entre os três tipos de atos jurídicos a autora extrai da lição de CARLOS ARI SUNDFELD, para quem a característica do ato unilateral é a posição de autoridade desfrutada pelo Estado, que impõe deveres aos sujeitos que com ele se relacionam. Quando, ao contrário, a Administração busca uma adesão voluntária, ela lança mão de atos negociais e de atos bilaterais. Em quaisquer desses últimos casos a relação jurídica nasce com a aquiescência das partes. Mas nos atos negociais, ainda que a concorrência de vontades seja essencial para a formação do vínculo, nenhum papel ela desempenha na determinação de seu conteúdo (exemplo: licença para dirigir veículo). Nos atos bilaterais não só a formação do vínculo mas também o conteúdo dele dependem do entrelaçamento da vontade das partes (exemplo: contratos) (*Licitação e Contrato Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 197-198).

<sup>294</sup> Idem, p. 88-89.

E mais: a palavra autorização, por si só, não implicará necessariamente a adoção de um regime jurídico típico dos atos de polícia administrativa, quando a autorização for utilizada para a prestação de serviço público. Nesse caso “deve-se” reconhecer a natureza contratual do instrumento.

Logo:

O melhor enfrentamento do problema não está em decidir entre o bom e o mau, mas em aceitar que a concessão, a permissão e a autorização são *instrumentos de regulação*, os quais podem assumir múltiplos formatos [em nota: inclusive a autorização de cunho contratual], conforme a conveniência e as peculiaridades de um dado setor econômico e das partes envolvidas.<sup>295</sup>

Afinal, do ponto de vista constitucional, “todos são instrumentos para regular relações, cabendo à legislação setorial, a partir de suas peculiaridades, definir suas específicas funções e regimes jurídicos”.<sup>296</sup> Seria essa, portanto, a melhor maneira de evitar subjetivismos e dar concretude às regras de competências fixadas no texto constitucional – em especial no artigo 21, que não contempla restrição sobre as opções do legislador ordinário acerca do melhor modelo contratual para cada caso concreto.

Enfim, a pergunta: as expressões concessão, permissão e autorização seriam palavras vazias na Constituição? Para VERA, a resposta é negativa – o que não significa que esses institutos não tenham nenhuma função no texto constitucional, pois sua função é justamente remeter o intérprete a experiências históricas anteriores, mas não sem adaptação às novas particularidades sociais e econômicas.<sup>297</sup>

E conclui afirmando que a ausência de um conceito constitucional fechado para autorização, permissão e concessão não gera insegurança jurídica ao aplicador da norma. Afinal: “Remeter à Lei a definição de suas funções e âmbito de aplicação é permitir que os instrumentos sirvam verdadeiramente ao seu objeto”.<sup>298</sup>

---

<sup>295</sup> Idem, p. 94.

<sup>296</sup> Ibidem.

<sup>297</sup> Idem, p. 96.

<sup>298</sup> Idem, p. 97.

#### 4.5.15 O pensamento de EGON BOCKMANN MOREIRA (2010)

Uma contribuição fundamental para a nova configuração das autorizações de serviços públicos foi conferida por EGON BOCKMANN MOREIRA. Em seu livro *Direito das Concessões de Serviço Público* (2010), após contextualizar a evolução da figura no Direito brasileiro, conclui que a previstas nos artigos 21 e 223 da Constituição, expedida em sede de serviço constitucionalmente atribuídos ao Estado (União), não coincide mais com a autorização *nihil obstat* (com efeitos declaratórios, consumativos e instantâneos), que simplesmente remove o obstáculo ao exercício da livre iniciativa (com a finalidade de limitar o pessoal em prol do coletivo). Essa autorização não apenas declara o direito do particular, mas “assume a condição de *ato constitutivo*, ao inserir a pessoa privada em setor jurídico-econômico reservado ao Poder Público, e *mandamental*, ao prescrever um feixe de deveres a serem cumpridos pelo autorizado”.<sup>299</sup>

Com isso, o autor visualizou essas autorizações como um *tertius genus* em relação à concessão e à permissão e destacou a necessidade de se enfrentar o tema a partir de duas controvérsias principais: a natureza da autorização como ato discricionário e a necessidade de prévia licitação para a outorga da execução de serviços públicos por particulares.

Ou seja, a diferença entre as espécies reside no negócio que reveste o ato de outorga (e o requisito da licitação). Poderá haver concessões e permissões submetidas às exigências do artigo 175, como também autorizações, nos termos do artigo 21 da Constituição – ou seja, em regime de direito privado administrativo, com aplicação da lei setorial, sem licitação.<sup>300</sup>

Assim, se a lei positivar a possibilidade de autorização em determinado setor – e isso poderá ocorrer naquelas hipóteses expressamente admitidas pelo texto constitucional – “haverá convivência (e competição) de pessoas autorizadas com concessionárias, permissionárias e outros autorizados para a prestação do mesmo

---

<sup>299</sup> *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 68-69; e também em: *Autorizações e contratos de serviços públicos. Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 31, p. 57-65, jul./set. 2010.

<sup>300</sup> *Idem*, 65-67.

serviço” e mais, com “todos desenvolvendo o empreendimento sob o regime de direito privado administrativo”.<sup>301</sup>

A autorização, portanto, como instrumento *sui generis* de outorga de serviços específicos, imputados pela Constituição ao Poder Público, é implementada sob um regime especial de direito privado administrativo, configurando atividade econômica especialmente regulada.<sup>302</sup>

Posteriormente, em texto sobre o setor portuário, EGON analisa a legislação específica para demonstrar como a Lei Ordinária, nesse caso, estabeleceu um regime próprio de autorização formalizada mediante contrato de adesão, com prazo de até vinte e cinco anos, com o objetivo de implementar concorrência no setor – um regime que não é nem o regime próprio dos serviços públicos tradicionais, nem o extrato comum das atividades econômicas privadas.<sup>303</sup>

Novamente, portanto, reconhece nas autorizações do artigo 21 um caráter constitutivo (e não meramente declaratório), com forte carga mandamental, finalizando o raciocínio com uma passagem que já se tornou recorrente:

Com a devida licença pelo jogo de palavras e números, é preciso dissociar as autorizações do século XIX das autorizações do art. 21 – estas, sim, apropriadas ao Direito Administrativo deste século XXI. Afinal, não mais vivemos no Estado liberal oitocentista, em que as pessoas privadas eram definitivamente proibidas de ingressar no setor público da economia (e, se

---

<sup>301</sup> Idem, 67.

<sup>302</sup> Ibidem. Nesse mesmo sentido, confira-se a dissertação de mestrado defendida por FERNANDO MENEGAT (Autorizações administrativas regulatórias: a evolução do direito administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura. 2014. 363 p. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba). O trabalho conclui que “assiste plena razão a Egon Bockmann MOREIRA ao afirmar que a atividade autorizada nos termos do art. 21, XII e XIII da Constituição surge como um *tertium genus*, ou seja, algo que se situa *entre o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito*: não se trata de serviço público, posto que este não pode ser alvo de autorização, nos termos do art. 175 da CF; mas também não se trata uma atividade econômica em sentido estrito (ao menos não ‘ordinária’), porquanto não é titularizada pelos privados, e sim pelo Estado. O autor propõe, para definir tais atividades, a expressão ‘atividades econômicas especialmente reguladas’.”

<sup>303</sup> Esse texto foi publicado inicialmente na *ReDAC* (Exploração privada dos portos brasileiros: concessão *versus* autorização. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 0. São Paulo: RT, 2013, p. 31-45) e mais tarde em obra específica coordenada pelo autor: *Portos e seus Regimes Jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.



excepcionalmente o fizessem, só haveria duas modalidades a permitir essa extravagância: a concessão e a permissão de serviços públicos). Em suma, talvez seja mais adequada a interpretação constitucional a partir da própria Constituição – e não por meio de lentes cognitivas oriundas de outros séculos.<sup>304</sup>

Ele estaca que, com esses mecanismos, a nova legislação passou a regular o setor portuário sob nova racionalidade, própria do século XXI – isto é, fora da ótica estrita do Estado Liberal oitocentista e a partir de uma interpretação da Constituição a partir da própria Constituição: “não mais em atenção aos portos, mas sim em cuidado e dedicação aos usuários dos serviços portuários e, também, aos novos investidores”.<sup>305</sup>

Nessa oportunidade, EGON resume de forma bastante didática o entendimento já exposto pelas principais instâncias decisórias no Brasil a respeito do assunto (em ordem cronológica): o Supremo Tribunal Federal, que definiu (no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.668/DF) que são constitucionais as leis (do setor de telecomunicações) que disciplinam o regime jurídico de direito privado para os serviços imputados à União pelo art. 21 da Constituição; o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, quando reconheceu (ao apreciar o Ato de Concentração n. 08012.007452/2009-31) que as autorizações para o funcionamento de portos privados atende ao princípio da livre concorrência, e, ao contrário de estabelecer concorrência assimétrica, aprimora a concorrência no setor; a Justiça Federal (por meio do Tribunal Regional Federal da 4ª Região), que decidiu apelação em ação civil pública (n. 5013397-37.2011.404.7201/SC) confirmando que as autorizações já concedidas para exploração do serviço portuário são válidas; e o Tribunal de Contas da União, quando reconheceu (no âmbito da Representação n. 015.916/2009-0) a validade das autorizações já concedidas para exploração do serviço portuário.<sup>306</sup>

---

<sup>304</sup> Exploração privada dos portos brasileiros: concessão *versus* autorização. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 0. São Paulo: RT, 2013, p. 39.

<sup>305</sup> *Idem*, p. 45.

<sup>306</sup> *Idem*, p. 40-43.

#### 4.5.16 O pensamento de JULIANE ERTHAL DE CARVALHO (2015)

JULIANE ERTHAL DE CARVALHO, escrevendo sobre as autorizações no setor portuário, definiu-as de forma ampla como “um instituto jurídico que pode ser modulado por diferentes vieses, a depender da finalidade a que se destine”, podendo ser exigida para a utilização de bens públicos até a prestação de atividades econômicas.<sup>307</sup>

Questionando a definição tradicional, ela anota que

essa concepção de autorização de polícia de caráter unilateral, precário e discricionário não é compatível com todas as hipóteses em que é prevista a possibilidade de emprego da autorização, tal como no caso da previsão contida no art. 21, inc. XII, da CF/1988. Isso porque nesse caso, a autorização é empregada em relação às atividades econômicas de interesse coletivo, o que envolve a satisfação de interesses da mais alta relevância e não apenas a habilitação de um particular para exercer determinada atividade econômica.<sup>308</sup>

Especificamente a respeito das autorizações portuárias, JULIANE observa que se trata de autorização vinculada<sup>309</sup>, já que a outorga será condicionada ao cumprimento de determinados requisitos pelo pretense autorizatário. E que, embora seja formalizada por meio de contrato de adesão, sua constituição se dá por meio de ato unilateral – ou seja, ato vinculado que habilita o interessado ao exercício de atividade

---

<sup>307</sup> A natureza jurídica da autorização para exploração da infraestrutura portuária. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 530 (primeira edição em 2005).

<sup>308</sup> Idem, p. 524-525.

<sup>309</sup> Também assim considerou FLAVIO AMARAL GARCIA e RAFAEL VÉRAS DE FREITAS, em texto publicado na mesma obra, quando afirmam que as novas autorizações portuárias têm natureza jurídica de uma *autorização vinculada*: “título habilitante por meio do qual a Administração Pública confere um *título* para que o particular explore determinada atividade *privada de interesse público, mediante o atendimento de certas condições preestabelecidas*” – e como se trata de ato administrativo unilateral que disciplina o exercício de uma atividade econômica privada regulada, “não pode ser objeto de obrigações excessivas (típicas dos serviços públicos), sob pena do desvirtuamento da assimetria regulatória instituída para esse setor” (Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – os títulos habilitantes para a exploração. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Portos e seus Regimes Jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 256 e 258).

de relevante interesse coletivo – o que elimina o caráter da discricionariedade e da precariedade.<sup>310</sup>

#### 4.5.17 O pensamento de MARÇAL JUSTEN FILHO (2017)

Em artigo recente, escrito a propósito das atividades inovadoras que se estabeleceram de forma espontânea no cenário brasileiro a partir da evolução da *Internet* e da experiência estrangeira – precisamente Uber, Airbnb e WhatsApp, MARÇAL JUSTEN FILHO reafirma seu entendimento anterior sobre a problemática da autorização prevista no artigo 21, inciso XI, enquanto forma de transferência de atividade estatal: “É pacífico que a autorização de serviço público não é utilizável para atribuir a um particular o desempenho contínuo e permanente de uma atividade de serviço público”.<sup>311</sup>

Considerando que a Constituição faz referência à autorização tanto no artigo 21, incisos XI e XII, quanto no artigo 170 (e mesmo no sentido vulgar), ele reitera a sua opção preferencial no sentido de assemelhar as duas hipóteses – e ainda “reconhecendo que podem existir diversos regimes jurídicos para a autorização, mas em todos os casos existe sempre uma atividade desenvolvida sob regime privado e segundo o postulado da livre iniciativa”.<sup>312</sup>

Embora admita o fato de que a Lei vem estabelecendo diversas hipóteses de autorização como instrumento de despublicização de serviços públicos, MARÇAL reitera que a autorização é “ato estatal que reconhece a titularidade pelo particular de requisitos para a exploração de uma atividade, a se fazer segundo requisitos estabelecidos pelo Estado”.<sup>313</sup>

Mas também reconhece a possibilidade de autorização vinculada, que obriga, e que não pode ser revogada por mera conveniência e oportunidade da Administração Pública.

---

<sup>310</sup> Idem, p. 534-535.

<sup>311</sup> Serviços de interesse econômico geral no Brasil: os invasores. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 794.

<sup>312</sup> Idem, p. 795.

<sup>313</sup> Ibidem.

E mais, que a autorização pode ser outorgada tanto por prazo indeterminado quanto por prazo certo, nesse caso gerando direito adquirido para o particular, especialmente nos casos que exigem investimentos relevantes – exigindo-se licitação em caso de inviabilidade material ou econômica da outorga para todo e qualquer interessado e, inclusive, regulação estatal intensa, especialmente nos casos em que, apesar da autorização para atividade privada, o serviço público foi mantido paralelamente.<sup>314</sup>

Em outro trabalho, em que aborda o regime jurídico das atividades portuárias à luz da Nova Lei dos Portos, MARÇAL identifica as atividades econômicas de interesse coletivo, que são desenvolvidas por particulares fora do âmbito do porto organizado e subordinadas à regulação estatal intensa.

Para essas atividades, “o instrumento jurídico para investir o particular no poder jurídico para a sua prestação é a autorização” – que “não atribui ao autorizado a sujeição ao regime de serviço público, ainda que lhe imponha submissão à regulação setorial proveniente dos órgãos estatais especializados”.<sup>315</sup>

Em nota, o autor destaca três correntes doutrinárias que explicam a figura da autorização na atualidade, nos seguintes termos:

Um dos temas jurídicos que suscitam maior debate no atual estado da doutrina, é a “autorização”, referida no art. 21, inc. XII, da CF/1988. Existem três correntes distintas. No posicionamento tradicional, trata-se de autorização para prestar serviço público, com cunho extraordinário, precário e sem qualquer garantia para o autorizatário. Nesse sentido, confira-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (...). Para uma segunda corrente, aplica-se ao caso a disciplina do art. 170, parágrafo único, da CF/1988, que prevê que a lei pode condicionar a exploração de certas atividades econômicas a um ato de autorização estatal. Uma terceira corrente defende a autonomia do instituto da autorização referido no art. 21, inc. XII, da CF/1988. Essa terceira corrente, no entanto, não explicita exatamente o regime jurídico correspondente. Adota-se a segunda corrente (...). Para

---

<sup>314</sup> Idem, p. 795-796.

<sup>315</sup> O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 286-287s.

uma apresentação da terceira corrente, veja-se MOREIRA, Egon Bockmann (...).<sup>316</sup>

#### **4.5.18 O pensamento de GUSTAVO BINENBOJM (2017)**

GUSTAVO BINENBOJM, por sua vez, focando no setor de transporte coletivo de passageiros, observou com propriedade as alterações promovidas na Lei 10.233/2001 (que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre) após a edição da Lei 12.996/2014.<sup>317</sup>

Com essas modificações, a Lei 10.233/2001 passou a admitir expressamente a possibilidade de outorga dos serviços de transporte terrestre coletivo regular interestadual e internacional de passageiros por meio de autorização, independentemente de licitação.

Em vista disso, o autor reconhece que essas alterações fazem parte de um processo de flexibilização da titularidade estatal sobre determinadas atividades (tal como já se passa nos setores de telecomunicações, energia elétrica e portos), com a abertura para a prestação concorrencial, com diferentes regimes (regulação assimétrica), a fim de alcançar níveis ótimos de competição.

Assim, para este autor, o modelo de autorização deste setor não encontra óbice em nenhum preceito constitucional, pois, dentro da margem de conformação estabelecida no texto constitucional (isto é, dentro das opções reconhecidas pelo artigo 21, inciso XII, alínea “e”), “o legislador optou por criar um modelo de assimetria regulatória para os serviços de transporte coletivo de competência da União”.<sup>318</sup>

E conclui:

Assim, de forma legítima, convivem em um mesmo sistema (transporte coletivo) níveis de intervenção regulatória distintos, o

---

<sup>316</sup> Idem, p. 286, nota 7.

<sup>317</sup> Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei 12.996/2014. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 502-515.

<sup>318</sup> Idem, p. 510.

que se reflete, na prática, pela escolha do instrumento de outorga (concessão, permissão ou autorização).<sup>319</sup>

Em suma, GUSTAVO BINENBOJM observa que as hipóteses de outorga estão bem delimitadas e justificadas pela legislação do setor. Optou-se pela concessão nos casos que, em regra, dependem de investimentos mais significativos pelo particular, além de envolverem obras de infraestrutura, razão pela qual não faz sentido abertura para ampla concorrência. Paralelamente, optou-se pela permissão nos casos em que seria inviável um mercado livre, no qual os particulares tenderiam a operar apenas linhas superavitárias (deixando de lado as deficitárias), ou seja, em que há elementos que justificam a criação de barreiras de entrada. E optou-se pela autorização nos casos em que “o melhor cenário (o mais eficiente, para se utilizar um conceito econômico) pressupõe ampla competitividade entre os agentes privados interessados na execução do serviço”.<sup>320</sup>

#### **4.5.19 O pensamento de SERGIO FERRAZ e AMAURI FERES SAAD (2018)**

Por fim, é indispensável fazer uma descrição pormenorizada da linha de interpretação desenvolvida por SERGIO FERRAZ e AMAURI FERES SAAD em obra recente sobre o tema ora analisado.<sup>321</sup>

Os autores propõem uma definição de serviços público (já mencionada) e contextualizam as modalidades de sua execução (concessão, permissão e autorização), destacando que a modalidade de delegação contratual tem sido a mais utilizada (caso das concessões) em razão da segurança maior desse instrumento em vista da complexidade do plexo de deveres assumidos pelo delegatário (o vulto dos ônus e investimentos necessários, a necessidade de garantias ao usuário e, conseqüentemente, o equilíbrio econômico-financeiro da avença).

---

<sup>319</sup> Ibidem.

<sup>320</sup> Idem, p. 510-512.

<sup>321</sup> *Autorização de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2018.

Em seguida, apontam o fenômeno da contratualização por que passou a permissão<sup>322</sup> e, na mesma linha, mais recentemente, o mesmo em relação às autorizações (em vista do elencado no artigo 21 da Constituição de 1988):

Estamos a dizer que a nota da precariedade e instabilidade das autorizações se viu gradativamente atenuada nos últimos tempos de sorte que não constitui qualquer delírio, de nossa parte, anunciar que estamos a iniciar uma nova era conceitual, marcada, dentre outras tendências, pela *contratualização* das *autorizações* de serviços públicos.<sup>323</sup>

Posteriormente, tomando por base os serviços públicos de transporte coletivo de passageiros no âmbito estadual, os autores analisam as recentes alterações promovidas pela Lei 12.996/2014 a respeito das autorizações das atividades descritas no artigo 21, inciso XII, alínea “e”, da Constituição<sup>324</sup>, para pontuar e refutar as objeções usualmente apostas pela doutrina, quais sejam: (i) o apego às fórmulas clássicas de concessão, permissão e autorização (ato administrativo pelo qual a Administração permite ao particular o exercício de atividade que, sem tal permissão, seria proibida), (ii) limitação à adoção de autorização pelos estados-membro (já que a Constituição menciona apenas a competência da União para esses serviços em especial), (iii) a ideia de hiperconstitucionalização da Administração Pública e do Direito Administrativo em geral (de modo que haveria pouco espaço para o legislador infraconstitucional dispor sobre esses temas), e (iv) a questão do dever de licitar (de

---

<sup>322</sup> “A distinção entre o contrato de concessão e o de permissão reside, mais claramente, na maior densidade deste último no que respeita à característica e à amplitude da *adesividade* bem como à maior força impositiva das cláusulas regulamentares. Em contrapartida, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (CF, art. 37, XII) passa a se aplicar também às permissões” (Idem, p. 31).

<sup>323</sup> Idem, p. 32. Ainda: “E mesmo antes de a tanto se chegar, como aqui se chega, insta ver que, por força de densos princípios constitucionais (para simples exemplos: boa-fé, responsabilidade patrimonial do Estado por danos causados, razoabilidade, adimplemento substancial etc.), não mais assiste à Administração a faculdade de abruptamente, sem *motivação expressa*, dar por finda uma autorização” (Ibidem).

<sup>324</sup> Resumindo: “Sob autorizativo específico da Constituição Federal (art. 21, XII, “e”), a União, por meio da Lei federal 12.815, de 5.6.2013, que alterou a Lei federal 10.233, de 5.6.2001, passou a adotar a modalidade de autorização para parcela significativa dos serviços de transporte titularizados por aquele ente, incluindo-se aí o serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros” (Idem, p. 36). Ver também o tópico anterior, sobre o pensamento de GUSTAVO BINENBOJM.

modo que a autorização significaria verdadeira manifestação de “fuga do direito administrativo”).<sup>325</sup>

A partir dessas objeções, eles tecem crítica à doutrina jurídica brasileira que insiste em argumentar contra a Lei, ou mesmo ignorar solenemente as matrizes normativas que fixam novos caracteres para as autorizações de serviços públicos (tal como explica JACINTHO DE ARRUDA CÂMARA, já mencionado).<sup>326</sup>

Exposta a crítica, os autores afirmam que a compatibilização do mandamento contido no artigo 175 da Constituição com os demais dispositivos constitucionais que preveem a modalidade de autorização pode levar a duas conclusões equivocadas: (i) a de que a autorização é reservada apenas às atividades que não configuram serviços públicos e (ii) a de que para os serviços que não são referidos pela Constituição como passíveis de delegação por autorização restaria apenas os caminhos da concessão ou da permissão. O equívoco resultaria da confusão entre a noção de serviço (atividades socialmente relevantes) com o próprio regime da sua prestação.<sup>327</sup>

Em seguida, concluem que as disposições do artigo 175 – isto é, a delegação apenas por concessão e permissão, sempre mediante licitação – serão obrigatórias sempre que se estiver tratando de delegação de serviços públicos por meio de mecanismos contratuais. Desse modo, se a delegação ocorrer “mediante formas não contratuais – e nada impede que isto aconteça –, então, caberá ao ente federado delegante formalizar a delegação mediante ato administrativo (autorização)”.<sup>328</sup>

Consequentemente, para SERGIO FERRAZ e AMAURI FERES SAAD, o ordenamento jurídico brasileiro admite a adoção da concessão, da permissão ou da autorização, como modalidades de delegação de serviços públicos a particulares. E como a decisão sobre a modalidade de outorga não está predeterminada no texto da Constituição, caberá ao direito positivo (à Lei) a adoção de formas contratuais

---

<sup>325</sup> Idem, p. 38-39.

<sup>326</sup> Idem, p. 47-48.

<sup>327</sup> Idem, p. 51.

<sup>328</sup> Idem, p. 59. Nesse ponto, os autores se valem da lição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, que rejeita “qualquer vedação à União, Estados, Distrito Federal ou Municípios para, no exercício de suas respectivas autonomias político-administrativas, disporem, como melhor lhes parecer, sobre os regimes que mais lhes convier para prestarem serviços públicos, somente limitados no caso de pretenderem se valer especificamente das formas contratuais da concessão e da permissão, modelos constitucionalmente uniformizados (CF, art. 175)” (*Curso de Direito Administrativo*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 393).



(concessão e permissão) ou outras modalidades de outorga que são formalizadas por ato administrativo próprio do ente público concedente (autorização).<sup>329</sup>

Portanto, eles consideram que “a qualificação de uma atividade como serviço público não acarreta, por si só, a adoção do rígido regime de concessões e permissões”. E, mais importante: “Nem, inversamente, a adoção do regime de autorização significará uma ‘despublicização’ de serviços públicos prestados sob sua égide”.<sup>330</sup>

Consequentemente, tendo em vista que a titularidade estatal sobre os serviços públicos corresponde a prerrogativas instrumentais necessárias para a sua prestação, o fato de a Administração Pública delegar a prestação desses serviços a particulares – mediante concessão, permissão ou autorização – não significa que a Administração Pública renuncie às prerrogativas e deveres inerentes à titularidade – pois esta competência, como qualquer outra, é irrenunciável.<sup>331</sup>

Em conclusão, os autores afirmam que o regime de autorização não é suficiente para descaracterizar ou de qualquer forma prejudicar a prestação dos serviços de titularidade estatal (de qualquer ente federativo):

o regime de autorização, longe de ser uma “fuga do direito administrativo”, representa novo gênero de prestação – com defeitos, é verdade, mas também com virtuosidades que podem ser aproveitadas em prol do interesse público.<sup>332</sup>

Afinal, conforme leciona EROS ROBERTO GRAU, o regime de prestação não afeta a natureza de serviço público de uma atividade. O serviço público, mesmo que

---

<sup>329</sup> Idem, p. 61.

<sup>330</sup> Idem, p. 67. Os autores exemplificam afirmando que “uma atividade de inegável relevância coletiva, como v.g., a produção de alimentos, não poderá ser considerada um serviço público [isto é, atividades de competência estatal e relevância social] porque nem a Constituição nem as leis atribuem competência quer para sua produção, quer para sua distribuição, a qualquer das esferas de governo. Do mesmo modo, imaginando-se que o Estado qualificasse normativamente como serviço público a produção de alimentos, tal qualificação seria inválida, pelo fato de que a produção e o fornecimento de alimentos, apesar de relevantes socialmente, não demandam, em condições normais, a intervenção estatal (o setor privado já atende de forma eficiente a essa necessidade social)” (Ibidem).

<sup>331</sup> Idem, p. 67-68.

<sup>332</sup> Idem, p. 69

delegado por autorização, continuará submetido a um “regime publicístico”, embora mais flexível.

Daí a afirmarem que, do ponto de vista da natureza da atividade, é indiferente a modalidade de outorga:

Esta [a outorga] se encontra em plano diverso, das relações entre o poder concedente e o delegatário, e entre este último e seus concorrentes quando houver. O dever do poder concedente de fornecer o serviço aos usuários, nota característica da noção de serviço público (...), permanece intacto, e o grande desafio da Administração Pública na regulamentação de regimes alternativos de delegação (dos quais a autorização é apenas uma das possibilidades) está em conceber modelos aptos à prestação de um serviço adequado.<sup>333</sup>

Em suma: “descabe ao analista prejudicar modelos, concluindo, sem analisar os marcos regulatórios concretos e as experiências decorrentes de sua aplicação, que são incapazes de servir à consecução do interesse público”.<sup>334</sup>

---

<sup>333</sup> Idem, p. 71

<sup>334</sup> Ibidem.

## 5 AUTORIZAÇÃO COMO UM INSTITUTO EM EVOLUÇÃO

### 5.1 A NOÇÃO DE AUTORIZAÇÃO EM DIFERENTES PERSPECTIVAS

As opiniões explicitadas e as passagens transcritas no capítulo anterior revelam que a autorização administrativa é um instituto jurídico *multifacetário*, em plena evolução conceitual e prática.

Mais do que isso, revelam (da mesma forma que ocorre com o serviço público e a concessão) que não existe propriamente um só *conceito* de autorização. O que existe são *noções* de autorização, que podem se prestar a diferentes propósitos.

Com efeito, a experiência a respeito da figura da autorização demonstra que os conceitos arbitrados acabam sendo de pouca utilidade, especialmente se não correspondem com o Direito posto, e com o tempo tendem a ser tornar obsoletos, na medida em que a realidade dos fatos e a própria realidade normativa evolui de forma mais dinâmica.

Isso permite observar a figura da autorização sob diferentes perspectivas, não necessariamente excludentes entre si.

Assim, a autorização é noção (i) *polissêmica*, pois é utilizada com diferentes significados no ordenamento jurídico brasileiro (pode ser uma coisa para um setor da economia e outra para outro setor); (ii) *polivalente*, pois presta-se a resolver gama muito grande e diversificada de situações, de acordo com o setor a que se refere (no qual está inserida); (iii) *fragmentada*, pois encontra-se dispersa na legislação (e, para ser identificada, exige interpretação sistemática); e (iv) *dinâmica* (mutante), pois está em constante adaptação às necessidades concretas.

### 5.2 O VERDADEIRO PAPEL DA DOCTRINA

Na mesma linha exposta por VERA MONTEIRO e JACINTHO ARRUDA CÂMARA, dentre outros críticos, não encontramos motivo para se supor que a doutrina jurídica é sempre digna de crédito, enquanto que o resultado da atividade normativa seria sempre pernicioso.<sup>335</sup>

---

<sup>335</sup> Respectivamente: *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 93; e *Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações*. In: ARAGÃO, Alexandre

A doutrina jurídica não é o oráculo do Direito. Não é seu papel organizar a desordem, categorizando tudo o que é disposto em lei em modelos estanques. Ou mesmo criar conceitos juridicamente imutáveis e eternos.<sup>336</sup>

Nesse aspecto, deve-se dar máxima atenção à ressalva de SERGIO FERRAZ e AMAURI FERREZ SAAD, de que um dos maiores defeitos da doutrina jurídica brasileira consiste em analisar os institutos jurídicos como se fossem definitivos, com pretensão de universalidade, afastando assim a criatividade do administrador – o qual, para não ser responsabilizado (inclusive por improbidade) acaba se atendo às fórmulas engessadas e “mais seguras” – e, em última análise, qualquer possibilidade de aproveitamento das melhorias e dos incrementos de eficiência decorrentes de novas – e mais adequadas – interpretações, de ideias inovadoras e de novos modos de organização das tarefas alçadas à competência estatal – ao final, com prejuízo ao próprio “interesse público” que alegam defender.<sup>337</sup>

Em suma, o papel da doutrina jurídica é contribuir de forma crítica para a construção do Direito, mas sem subverter a norma posta. Cabe-lhe encontrar soluções jurídicas úteis para os problemas complexos, mas sempre com respaldo no próprio Direito Positivo.

Eis o desafio contínuo do intérprete: focar no arsenal normativo vigente, romper a barreira do passado e construir novas soluções jurídicas, sempre adequadas às mudanças tão rapidamente operadas nestes tempos de pós-modernismo jurídico.

---

Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 589.

<sup>336</sup> Fenômeno já relevado por LUÍS ROBERTO BARROSO, quando aponta que “uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo” (Dez Anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?). *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 20/39, 1997).

<sup>337</sup> Confira-se: “O cacoete de analisar os institutos jurídicos *sub specie aeternitatis* é um dos maiores defeitos da doutrina jurídica brasileira. Dito de outro modo: muitos autores tendem a definir institutos jurídicos, e proceder à sua classificação em face dos demais, tendo por fundamento a pressuposição de um conteúdo essencial e, por isso mesmo, *definitivo* do fenômeno que analisam. O resultado desta operação é que as formulações dogmáticas passam a ser dotadas de uma pretensão de universalidade; têm por objetivo não apenas *descrever* o direito, exercendo sua função precípua de mediadoras e facilitadoras das relações humanas que subjazem às próprias relações jurídicas, mas também, e sobretudo, condicioná-lo, convertendo-se, de fato, em fonte jurídica primária” (*Autorização de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 40).

### 5.3 A EVOLUÇÃO DA DOUTRINA

A noção tradicional de autorização atendia às necessidades da época anterior à realidade vivenciada a partir da Constituição de 1988. A evolução do conceito veio a reboque da evolução dos fatos e da necessidade de o Direito dar conta de cenários cada vez mais complexos, especialmente em razão do desenvolvimento tecnológico, por meio da ampliação das situações concretas a serem atendidas e conformadas pelos instrumentos jurídicos.

Recentemente, vários autores brasileiros passaram a desenvolver ideias mais avançadas sobre o tema da autorização, com o objetivo de explicar essa nova realidade. As noções de serviço público e atividade econômica em sentido estrito, embora possuam inquestionável fim didático, passaram a ser bem mais fluídas, relativizando a dicotomia até então afirmada.

Da mesma forma se passa com os meios de delegação da prestação de algumas atividades – originalmente atribuídas ao Estado – para a iniciativa privada. Como visto, o Direito Positivo passou a conformar essas novas possibilidades.

Essa nova fase do direito administrativo, portanto, procura ater-se ao que consta da legislação setorial, em vez de prestar deferência plena aos postulados doutrinários tradicionais, com pretensão universal e definitiva, desenvolvidos fora do contexto da Constituição de 1988, ou quando menos com base em conceitos oriundos de realidade já ultrapassada.

Logo, se outrora a noção clássica de autorização – como ato unilateral, precário e discricionário, que habilita o favorecido ao exercício de uma atividade privada em princípio vedada pela lei, ou faculta o uso de um bem público – era suficiente, isso não mais ocorre.

Também não é suficiente a ideia de uma autorização de serviços públicos aplicável apenas em hipóteses transitórias e excepcionais, evidenciadas quando não houve tempo hábil para se formalizar a delegação da respectiva prestação por meio de concessão ou de permissão.

Conforme bem exposto por EGON BOCKMANN MOREIRA:

Em assim sendo, de duas uma: ou se atribui um e somente um significado à palavra “autorização”, como se fossemos reféns de um dicionário antigo, tornando eterna e estática a compreensão outrora cunhada para as “autorizações de polícia” – e assim se

defende a confusão entre os conceitos, os setores econômicos e os preceitos da Constituição brasileira (como se tudo fosse uma coisa só e os artigos 21, 170 e 175 tratassem da mesma coisa), ou se dissociam as autorizações administrativas tradicionais (art. 170) das autorizações do art. 21 da Constituição – e, em decorrência, se firma a autonomia destas autorizações em face do art. 175. Isso com a densidade normativa que vier a ser dada para os respectivos setores econômicos – tanto em consequência das previsões ao art. 22 (competência normativa da União) como daquela do próprio art. 175 (a demandar a lei para as concessões e permissões).<sup>338</sup>

Ou seja, a realidade normativa atual evidencia que a figura da autorização pode se prestar a diversos usos, sem prejuízo da concessão e da permissão. É o que se tem visto nos diferentes setores em que ela tem sido empregada, mesmo a contragosto da doutrina.

É preciso saber aproveitar a elasticidade do conceito de autorização para aplicá-lo onde puder ser utilizado de forma eficiente e eficaz. Essa tarefa cabe ao Direito Positivo (à Lei, com base no que prescreve a Constituição), conforme a realidade o exigir.

À doutrina jurídica, por sua vez, cabe o papel de interpretar o Direito Positivo sem se ater às concepções hermenêuticas teimosamente emperradas, que prejudicam o manejo adequado dos instrumentos postos à disposição.

#### 5.4 SUPERAÇÃO DO CONCEITO TRADICIONAL

Em conclusão, refuta-se a opinião da doutrina tradicional a respeito das formas de outorga de serviços públicos, descrita no Capítulo 4.1 acima, que relegava à autorização a função de liberar o particular para o exercício de atividades tipicamente privadas.

De um modo geral, conforme sintetizado por SERGIO FERRAZ e AMAURI FERREZ SAAD, essa parte da doutrina reflete com poucas variações esse arquétipo de autorização como um ato administrativo como:

---

<sup>338</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos e seus Regimes Jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 62.

(i) instrumento precário; (ii) que outorga com caráter discricionário; (iii) relacionado com atividades privadas ou uso de bens públicos; (iv) que promove a retirada de um obstáculo ao exercício de direitos titularizados pelo particular; e (v) sem gerar nenhuma expectativa de ressarcimento de prejuízos ao autorizado – ignorando assim não apenas as modificações que o direito imprimiu à autorização dentro do campo do poder de polícia, mas especialmente aquelas produzidas em outras áreas do direito administrativo, em especial no campo das atividades qualificadas como serviço público.<sup>339</sup>

Todavia, e conforme amplamente destacado, a partir da Constituição de 1988 e, em especial, da Emenda Constitucional n.º 8 de 1995 – e das leis setoriais que se seguiram (e.g. telecomunicações, energia elétrica, aeroportos, portos) – a figura da autorização ganhou dimensões completamente diversas daquela que lhe era anteriormente atribuída.

Permanece a noção de autorização liberatória, equiparável à licença, para as atividades privadas que assim o exigirem, com base na legislação específica (e.g. o porte, a posse e a comercialização de armas de fogo, com base na Lei 10.826/2003 e demais atos normativos infralegais que detalham a regulamentação dessas atividades).

Mas, para as atividades submetidas à *publicatio*, qualificadas como serviço público, o conceito tradicional não existe mais, ao menos à luz do Direito Positivo. Nesses casos, a noção de autorização é outra.

---

<sup>339</sup> *Autorização de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 42.





## 6 AS AUTORIZAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

### 6.1 AUSÊNCIA DE UM CONTEÚDO JURÍDICO ÚNICO

Conforme exposto no início deste trabalho e pelo que se pode observar ao longo do seu desenvolvimento, o vocábulo "autorização" não possui um conteúdo jurídico único no Direito brasileiro.

A denominação é largamente utilizada no sentido comum – ação ou ato de autorizar (quando a lei, o judiciário ou a assembleia autorizam) – e também para designar um instituto jurídico específico que, na realidade, se refere a um conjunto de hipóteses heterogêneas.<sup>340</sup>

Assim, a exposição do Direito Positivo e da doutrina nacional evidenciam que a autorização é utilizada com diferentes significados, para diferentes hipóteses. Cada vez que a Constituição se vale da expressão, refere-se a figuras jurídicas distintas: como no artigo 170 (que coincide com a autorização de polícia – para exploração de atividade privada, quando previsto em Lei), no artigo 176, § 1º (que novamente coincide com a autorização de polícia – para exploração de atividade que caracteriza monopólio estatal), e no próprio artigo 21 (desta vez designando o instrumento de delegação de atividades de titularidade estatal).

Da mesma forma a legislação infraconstitucional, quando se refere à autorização para o porte de arma de fogo (artigo 10 da Lei 10.826/2003), à autorização para exploração dos serviços de telecomunicações (artigos 48 e 131 da Lei 9.472/1997), ou à autorização para exploração de instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado (artigo 8º da Lei 12.815/2013).

A constatação parece óbvia, mas é extremamente relevante. Os vocábulos polissêmicos exigem cuidado extremo do intérprete, a fim de evitar confusões e contradições, mesmo que aparentes.

---

<sup>340</sup> Com efeito: “É impossível adotar, com base num exame fiel do direito positivo, um conceito geral que envolva todas as aplicações do instrumento *autorização*. É inegável a existência de autorizações vinculadas, que podem conviver com autorizações de outro tipo, marcadas pela discricionariedade e precariedade. É o que se extrai do ordenamento jurídico brasileiro, com respaldo na experiência internacional” (CÂMARA, Jacintho Arruda. *Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 597).

Quando se utiliza uma mesma expressão para indicar situações e disciplinas jurídicas distintas, é imprescindível recorrer ao Direito Positivo, evitando-se ao máximo a utilização de conceitos cristalizados pela academia. Aliás, é comum encontrar casos de conceitos jurídicos moldados sem base em norma positivada. Muitas vezes concebidos em época na qual a doutrina de fato exercia intenso papel na formatação dos institutos jurídicos do Direito Administrativo, como ocorre precisamente com as autorizações.

Consequentemente, deixa de ser relevante o uso das palavras tal como se fossem sinais estanques a respeito de determinada realidade.<sup>341</sup> Passa a ser mais importante investigar o verdadeiro significado conferido pela Constituição e pela Lei para a expressão que se pretende utilizar.

Como destacam SERGIO FERRAZ e AMAURI FERREZ SAAD, com base na lição de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, “O estudioso do direito não pode se afastar do direito positivo, sob pena de deslegitimar o seu raciocínio”.<sup>342</sup> Significa que quem se dedica à análise dos institutos jurídicos deve buscar na norma positivada o fundamento para a investigação, e “caso entenda inválida ou ineficaz determinada norma ou matriz normativa positivas, deve explicitar, no curso da argumentação, as razões pelas quais assim o entende”.<sup>343</sup>

## 6.2 A AUTORIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DELEGAÇÃO

Os incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição atribuem rol específico de atividades à União. São atividades de *competência* da União, sobre as quais recai a *publicatio*.

A consequência prática imediata desta *publicatio* é a vedação da sua livre prestação por particulares (vedação de acesso). Limita-se a liberdade de iniciativa, de empresa e de concorrência. Essas atividades são automaticamente retiradas do

---

<sup>341</sup> Como pondera MARÇAL JUSTEN FILHO: “Discutir sobre palavras é um dos grandes equívocos da ciência. Não que as palavras sejam irrelevantes – muito pelo contrário. Mas não é relevante concordar sobre o conceito e divergir quanto aos termos usados para referi-lo. Mas uma outra manifestação do problema é usar uma mesma palavra para indicar conceitos distintos” (Prorrogação contratual: a propósito da Lei 13.448/201. Artigo publicado no *JOTA*).

<sup>342</sup> *Autorização de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 46.

<sup>343</sup> *Ibidem*.

campo da livre iniciativa e somente podem ser acessadas por quem estiver devidamente habilitado, nos termos da Lei.

E é o próprio artigo 21 que define as modalidades possíveis de prestação dessas atividades: além da exploração direta (pelo corpo próprio ou por ente integrante da administração indireta), existem a concessão a particulares, a permissão a particulares e a autorização a particulares.

Em princípio, as duas primeiras situações de outorga (concessão e permissão) remetem ao regime jurídico de direito público, permeado por normas privatísticas excepcionais. Já a terceira situação admitida pela Constituição (autorização) remete a um regime jurídico privado diferenciado por normas publicísticas excepcionais.<sup>344</sup>

Ou seja, essas atividades escapam à solução do artigo 175 da Constituição e ao regime da Lei 8.987/95: outorga apenas por meio de concessão ou permissão, sempre através de licitação. Como existe previsão constitucional expressa, a outorga da sua gestão pode se dar também por meio de autorização, não necessariamente precedida de licitação. Mas para que isso ocorra é indispensável a previsão legal positiva.

### **6.2.1 Autorização como uma categoria *sui generis* de outorga**

A dúvida que se põe existe em razão da opção feita pelo legislador em alguns setores regulados, quando atribuiu à autorização a função de instrumento de outorga em determinadas situações, com os atributos da segurança e da estabilidade jurídica. Ou seja, configuração bastante diferente daquela que a doutrina tradicional usualmente atribuía à autorização: autorização discricionária ou como mera licença.

Como pano de fundo, está o aparente conflito entre o artigo 175 e o artigo 21 da Constituição: de um lado, se estabelece que os serviços públicos poderão ser prestados por particulares mediante concessão ou permissão, sempre mediante licitação; de outro, se estabelece que algumas atividades de competência da União também podem ser prestadas por particulares mediante autorização.

A solução, para alguns, passa pela conciliação dos dispositivos a partir da classificação tradicional, sistematizada por EROS ROBERTO GRAU, que separa as

---

<sup>344</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 66.

atividades econômicas em sentido amplo entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito.<sup>345</sup>

Assim, concessão e permissão seriam mecanismos contratuais para delegação da prestação de serviços públicos, enquanto a autorização seria ato de polícia administrativa, por meio do qual o Estado disciplina o exercício de direitos e liberdades dos particulares que pretendem desempenhar determinada atividade econômica (em sentido estrito). Ou seja, autorização seria – continuaria sendo – uma espécie de licença, ou ainda, uma forma de intervenção estatal em setores regulados da economia.

Por outro lado, há autores que afirmam algo diverso. Entendem que o Direito Positivo pode estabelecer a prestação de serviços públicos em regime privado, ou seja, sem as conformações próprias do (assim chamado) regime jurídico de direito público.<sup>346</sup>

A presente tese está alinhada com essa corrente de pensamento. A conclusão que se extrai, a partir da pesquisa realizada, é no sentido de que a autorização mencionada nos artigos 21 e 223 da Constituição caracteriza hipótese *sui generis* de outorga de determinadas atividades expressamente relacionadas naqueles dispositivos, que o ordenamento atribui ao Estado (o dispositivo diz que *incumbe* à União), com base na disciplina jurídica estabelecida por meio de lei ordinária específica, que diferirá da disciplina geral estabelecida pela Lei 8.987/95 para as concessões e permissões. Caso a caso, Lei a Lei.

---

<sup>345</sup> Vide Capítulo 4.4 acima.

<sup>346</sup> Aqui, vale a advertência de SERGIO FERRAZ e AMAURI FERES SAAD: “o fato de no art. 175 da CF não se mencionar a autorização não implica a impossibilidade de usar a figura em tela para delegar a prestação de serviço público”. Ainda: “Se isso fosse verdade – o que não é –, chegaríamos ao impensável absurdo de não considerar públicos os serviços de correios, telecomunicações, radiodifusão, transporte e tantas outras prestações essenciais à coletividade para as quais expressamente os arts. 21 e 30 (para mera exemplificação) da CF preconizam a modalidade da autorização. A par disso, insta considerar que a titularidade de tais serviços, constitucionalmente distribuída aos entes federados (União, Estados, Municípios, Distrito Federal), importa a atribuição a eles do poder de escolher, para as pertinentes delegações, o modelo que considerarem mais adequado para a plena consecução dos interesses coletivos visados” (*Autorização de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 29).

### 6.2.2 Disciplina jurídica definida por Lei

A partir do texto constitucional, não é possível extrair que atividades qualificadas como serviços públicos devam, sempre, ser desenvolvidas (exploradas, delegadas) sob um “regime jurídico de direito público”. Ao contrário. O que se extrai é que as atividades que o ordenamento jurídico atribui ao Estado – como de sua incumbência e obrigação – podem ser delegadas por diferentes mecanismos, inclusive a autorização.

Ou seja, a Constituição não encerrou definitivamente as possibilidades sobre o regime jurídico a ser aplicado – diferentemente do que se passa com as atividades descritas no artigo 25, § 2º (serviço local de gás canalizado) e no artigo 30, inciso V (serviço de transporte coletivo de competência municipal), que admitem apenas a possibilidade de concessão e de permissão.

Para as atividades descritas nos incisos XI e XII do artigo 21, a Constituição transferiu ao legislador ordinário, dentro de um espaço de liberdade para conformação, com base em dados empíricos e na orientação política majoritária, a faculdade de definir e delimitar esse regime jurídico (disciplina jurídica), determinando o instrumento de outorga mais adequado e, conseqüentemente, da função a ser desempenhada pelo Estado em cada caso.

Portanto, nos limites delineados pela Constituição, a Lei é que irá definir o modelo aplicável em cada hipótese:

A Constituição fixa a regra e transfere ao legislador ordinário a competência para decidir se o serviço será: *ou* prestado única e diretamente pela União (sob regime imaculado de direito público nos casos de *régie directe* ou sob regime de direito privado administrativo se criada pessoa nos termos do art. 173 da CF); *ou* prestado mediante outorga pela União a particulares, através de concessões e permissões de serviços públicos (regime de direito privado administrativo, com aplicação do art. 175 da CE, Lei Geral de Concessões e lei setorial específica); *e/ou* prestado pelas pessoas privadas mediante autorizações (regime de direito privado administrativo, com aplicação da respectiva lei setorial).<sup>347</sup>

---

<sup>347</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 66.

Em cada situação, a Lei especificará as possibilidades em vista das especificidades do respectivo setor, isto é, as formas compatíveis de prestação, atentando para que o interesse geral (que justifica a *publicatio*) seja alcançado e prevaleça tanto sobre o interesse do Estado-titular, quanto do sujeito privado que venha a desempenhar a atividade.

Ao cabo, caberá ao Estado-titular (ente político incumbido da atividade) optar pelo instrumento de delegação que se relevar mais adequado e eficiente, dentro do quadro estabelecido pela legislação.

### 6.2.3 Autorização e regulação

A autorização configura uma dessas possibilidades. Mas não se confunde com a atividade de regulação propriamente dita.<sup>348</sup> Rejeita-se o entendimento que qualifica a autorização (o próprio ato de autorização) como hipótese de regulação.<sup>349</sup>

Na visão ora preconizada, a autorização caracteriza instrumento de outorga e não de regulação. Pode existir regulação sobre a atividade autorizada, em maior ou

---

<sup>348</sup> Além da definição conferida por CARLOS ARI SUNDFELD no Capítulo 1.1.6 acima, convém ainda mencionar a definição proposta por ALEXANDRE DITZEL FARACO, com acentuado caráter teleológico: “a regulação visa limitar a liberdade dos agentes econômicos, de forma a afastar determinados efeitos indesejáveis de um sistema que é baseado nessa ação livre. Assim, a atuação reguladora é necessária quando o agir dos agentes econômicos, sustentado em seus próprios interesses, é falho em alcançar determinados resultados socialmente rejeitados” (*Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 141). Sem seguida, FARACO explica que “a ação reguladora terá, essencialmente, um caráter normativo. Obviamente, isso não fica limitado à lei em sentido formal, mas também compreende qualquer norma jurídica validamente positivada que afete a liberdade de ação dos agentes econômicos” (Idem, p. 143-144).

Já MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO explica que “a regulação deve ser considerada sobre três aspectos, a saber, a regulação de monopólios, em relação aos quais devem ser minimizadas as forças de mercado através de controles sobre os preços e a qualidade do serviço, regulação para a competição, para viabilizar a sua existência e continuidade, e regulação social, assegurando prestação de serviços públicos de caráter universal e a proteção ambiental” (*Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 438).

<sup>349</sup> Nesse ponto, portanto, discorda-se da posição firmada por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, para quem “Autorização não se presta a delegar coisa alguma, pelo simples fato de que o comando ‘autorizar’ remete a admitir, possibilitar, anuir, e ao comando ‘cometer’. O que ocorre na autorização de serviço público, prevista na CF (art. 21, incs. XI e XII), é que por ela se admite a exploração de um serviço público (mormente já delegado a outro particular) a outros privados que queiram explorar em regime privado. Só assim se pode dar coerência hermenêutica à conjugação do art. 21 vis-à-vis o art. 175 da Constituição” (*Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 118, nota 459).

menor grau. Mas o ato de autorização, por meio do qual o Poder Público admite o acesso do particular a determinada atividade, por mais que se preste a controlar o ingresso de agentes em determinado setor, não se confunde com a regulação exercida sobre o desempenho dessa mesma atividade.

O ato de autorização ocorre antes da regulação, no momento da escolha do Poder Público por um ou outro modelo de outorga (dentro dos limites prescritos na Lei específica). Por meio desse ato o Poder Público manifesta a sua escolha. O particular autorizado fica investido nos direitos e obrigações correspondentes. Posteriormente, incide a regulação – seja aquela já expedida por meio de lei e atos infralegais, seja a nova, que será estabelecida com base nas necessidades futuras.

Sob esse aspecto, portanto, a autorização consiste no *gatilho da regulação*. É o ato que, uma vez praticado, dispara a incidência da disciplina jurídica correspondente à atividade, vinculando o autorizatário.

Como se trata de atividades alçadas à competência estatal (da União), os princípios da livre iniciativa e da liberdade de concorrência se lhes aplicam de forma atenuada em comparação com as demais atividades econômicas que não foram alvo da *publicatio* e, portanto, se encontram na esfera privada.<sup>350</sup>

Os agentes econômicos privados interessados em desenvolver essas atividades gozam de livre iniciativa para optar pelo ingresso nesse campo e concorrem entre si para garantir esse ingresso – seja no âmbito de processo licitatório (concorrência *ex ante*), quando couber, seja em razão do próprio ambiente de competição (concorrência *ex post*), quando houver. Mas, uma vez dentro, devem se sujeitar à regulação específica do setor.

#### **6.2.4 A natureza do ato de outorga**

A diferença das autorizações do artigo 21 para as demais formas de delegação de serviço público, conforme acentua EGON BOCKMANN MOREIRA, “está no negócio que reveste o ato de outorga” e no requisito da licitação.<sup>351</sup>

---

<sup>350</sup> Por outro lado, a liberdade de empresa – ou seja, liberdade de escolha dos mecanismos de gestão da atividade (meios de produção e organização) – é ampla.

<sup>351</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67.

Na autorização, diferentemente das concessões e das permissões, a outorga se processa por meio de ato administrativo (que pode ser seguido de contrato de adesão) e não por meio de contrato administrativo.<sup>352</sup>

Esse aspecto é evidenciado por SERGIO FERRAZ e AMAURI FERES SAAD, que visualizam precisamente nesse particular a verdadeira justificativa para a distinção entre os dois institutos e a previsão do artigo 175 da Constituição. Para eles, “as disposições do art. 175 serão obrigatórias sempre que a delegação de serviços públicos pelos entes federados se der mediante formas contratuais”. Contudo, se a delegação “se der mediante formas não contratuais – e nada impede que isto aconteça –, então, caberá ao ente federado delegante formalizar a delegação mediante ato administrativo (autorização)”.<sup>353</sup>

Esse raciocínio é integralmente acolhido no presente trabalho. Tal como os autores acima citados, reputa-se que os instrumentos da concessão e da permissão (quando couber) são formalizados mediante contrato. Já o instrumento da autorização se processa mediante ato administrativo (ou negócio jurídico administrativo, nos termos explicitados por MARCOS AUGUSTO PEREZ).<sup>354</sup> Esse ato pode ou não ser seguido de contrato de adesão (eis o negócio) e, por outro lado, pode ser discricionário ou vinculado, tudo a depender da disciplina jurídica fixada pela Lei específica (Lei setorial).

---

<sup>352</sup> Assim: “A depender do caso concreto, [a autorização] ou terá a natureza de *ato administrativo contratual* ou de *contrato administrativo de adesão*. Porém (...), nas duas alternativas este ato/contrato autorizará o exercício da atividade em regime de direito privado administrativo em sua execução, no relacionamento do autorizado com a Administração autorizadora, com os concorrentes na prestação do serviço e os respectivos usuários” (Idem, p. 70).

<sup>353</sup> *Autorização de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 59.

<sup>354</sup> O negócio jurídico administrativo. In: Medauar, ODETE. SCHIRATO, Vitor Rhein. (Org.). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011, p. 263-273. Após explicar a relação entre as manifestações de vontade de qualquer pessoa jurídica de direito privado e as decisões tomadas pela Administração pública, MARCOS AUGUSTO PEREZ afirma que “não há divórcio entre o Direito Civil brasileiro e nosso Direito Administrativo. O conceito de negócio jurídico pode ser tomado emprestado do Direito Civil ou da Teoria Geral do Direito como um gênero do qual o ato administrativo seria uma espécie. Assim, para nós, todos os atos administrativos são negócios jurídicos (negócios administrativos ou negócios jurídicos administrativos, ainda que entendamos conveniente essa inovação em matéria terminológica), em que pese nem todos os negócios jurídicos (notadamente aqueles de natureza essencialmente privada) serem atos administrativos” (Idem, p. 271-272).



Mas o fundamental é a constatação de que o regime de autorização, enquanto modalidade *sui generis* (um *tertium genus* que admite diferentes configurações), tende a ser consideravelmente menos rígido que o regime das concessões e das permissões, mas sensivelmente mais intrusivo do que o regime das atividades privadas sujeitas “apenas” à regulação estatal.

Nas palavras de EGON BOCKMANN MOREIRA: “Autorizar por meio de atos administrativos negociais é menos do que conceder e permitir, mas é muito mais do que só regular e muitíssimo mais que liberalizar”.<sup>355</sup>

Significa, em última análise, que dentro do espectro das atividades econômicas possíveis, existe uma gradação entre os instrumentos de delegação à disposição do Poder Público. A delegação de atividades qualificadas como serviço público se faz com base na intensidade de carga pública que se deseja imprimir para a atividade.

Dentro dessa zona de possibilidades, a autorização aparece como a modalidade mais maleável, ainda que admita, ela mesma, regulação estatal com diversos níveis de intensidade.

### 6.2.5 A questão da licitação

Como decorrência dessas constatações, revela-se outro aspecto de extrema relevância a respeito das autorizações do artigo 21 da Constituição: a desnecessidade de licitação.

Não existe regra geral determinando que sempre haja licitação para a exploração de todas as atividades econômicas submetidas à *publicatio* pela Constituição. A exigência de licitação, que é expressa para os instrumentos da

---

<sup>355</sup> *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70. Conforme explica o autor, os atos administrativos negociais encontram-se em franca expansão no Direito brasileiro, alcançando vários ambientes, dois dos quais merecem destaque: “por um lado, os *atos administrativos negociais que dizem respeito a negócios celebrados no setor público da economia (autorizações de telefonia e portos, por exemplo)*, por outro, os atos administrativos negociais que são celebrados em processos sancionatórios (administrativos ou judiciais), como meio de alterar a conduta da pessoa privada, ao mesmo tempo em que inibe a punição administrativa (v.g., os acordos de leniência e os termos de ajustamento de conduta)” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Atos Administrativos Negociais*. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 369-370 - original sem grifo).

concessão e da permissão (artigo 175), simplesmente não existe para a delegação mediante autorização das atividades de titularidade estatal elencadas pelo artigo 21.

Logo, a obrigatoriedade de licitação aplica-se se a atividade for qualificada como serviço público e quando sua delegação se processar mediante concessão ou permissão. Para ser mais exato, “o legislador infraconstitucional somente tem a prerrogativa de estabelecer a licitação como um requisito no caso das permissões e concessões. Se o fizer para as autorizações, a lei será inconstitucional”.<sup>356</sup>

Não é o artigo 21 (nem o artigo 223) que fala em licitação. Logo, para as autorizações estabelecidas com base nesse dispositivo, não vale o que está escrito no artigo 175: não se fala em regime jurídico de serviço público, nem tampouco em licitação.

Nem cabe o argumento de que a licitação seria sempre obrigatória por força da interpretação sistemática da Constituição, com base em máximas tais como a de que o processo licitatório “atende ao interesse público” ou “coaduna-se com o princípio da impessoalidade”. Não que isso seja incorreto, mas não acarreta uma regra geral da licitação para todas as contratações ou negócios realizados pela Administração Pública. Fato é que a Constituição não estabelece regra nesse sentido. E sempre que determina o dever de licitar, o faz de forma expressa e específica.

Sobre esse tema, vale transcrever a lição precisa de CARLOS ARI SUNDFELD e GUILHERME JARDIM JURKSAITIS, quando explicam a inexistência de um “princípio universal da licitação” no texto da Constituição de 1988:

A Constituição cravou com clareza em suas normas as situações específicas – de resto, bastante abrangentes – em que a licitação seria mandatória. O constituinte, portanto, não optou pelo laconismo; tampouco por ser taxativo. Foi, ao contrário, indiscutivelmente claro e taxativo, não deixando margem a dúvidas.

As hipóteses em que é inequívoco dever de licitar, apesar de bastante amplas, foram bem delimitadas pelo texto

---

<sup>356</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Exploração privada dos portos brasileiros: concessão *versus* autorização. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 0. São Paulo: RT, 2013, p. 36.

constitucional. Afora elas não se pode *presumir* a imposição do dever de licitar pela Constituição.<sup>357</sup>

Pela Constituição (artigo 22), é a Lei que define a aplicação do regime de concessão, permissão ou autorização (um ou mais de um) para essas atividades. É o que ocorre, por exemplo, com o setor de telecomunicações há mais de quinze anos e, mais recentemente, se admitiu para o setor portuário, para a implementação de instalações portuárias fora do porto organizado.

Sobre esse ponto, adota-se a mesma linha defendida por SERGIO FERRAZ e AMAURI FERREZ SAAD, que chamam a atenção para a objeção que usualmente se faz à figura da autorização, a pretexto de supostamente configurar violação do dever de licitar inscrito nos artigos 37, inciso XXI e 175 da Constituição<sup>358</sup>, para então concluir que não se aplica às autorizações, as quais pressupõem amplo acesso de todos os interessados que satisfaçam às condições (subjetivas e objetivas) fixadas na legislação e impostas pela Administração Pública para a expedição do ato.

Com efeito, em se tratando de atividade autorizada, a competição prévia mediante processo licitatório fica esvaziada: seja porque não existe nenhum benefício estatal em disputa (tal como a exploração com exclusividade ou o acesso à rede historicamente estabelecida), seja porque a disputa *ex ante* revela-se mesmo inviável.<sup>359</sup>

Nesses casos, a verdadeira competição ocorre *ex post*, durante a exploração da atividade autorizada em regime de concorrência com outros autorizatários ou com

---

<sup>357</sup> Onde está o princípio universal da licitação? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Coord.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 25. E arrematam: “Com isso não queremos dizer que seja vedado ao legislador instituir, por meio de lei, dever de licitar para os casos não expressamente aludidos pelo texto constitucional. Nessa hipótese ele nada mais faria do que desempenhar sua regular competência normativa, dentro do espaço de discricionariedade conferido pela Constituição. Ocorre que, ao fazê-lo, ele não estaria se limitando a colocar em evidência obrigação explícita ou implícita no texto constitucional. Ao revés, instituiria obrigação *nova*, eventualmente compatível com a Constituição – a depender do conteúdo da lei, claro –, mas, efetivamente, não por ela *imposta*” (Idem, p. 26).

<sup>358</sup> Assim: “A adoção do modelo de autorização como técnica de delegação representaria mais uma manifestação da tão propagada ‘fuga’ do direito administrativo” e, conseqüentemente, um desvirtuamento do sentido daqueles dispositivos constitucionais” (*Autorização de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 39).

<sup>359</sup> Idem, p. 72.

os concessionários já estabelecidos no setor – o que, como se verá adiante, acaba configurando a verdadeira razão de ser das autorizações ora analisadas.

### 6.3 A FRAGMENTAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS E A MULTIPLICIDADE DE DISCIPLINAS JURÍDICAS

Em se tratando de autorizações, portanto, não é possível ignorar o texto da Constituição – isto é, o rol das atividades que os incisos XI e XII do artigo 21 submete à competência da União – e nem tampouco as diferentes disciplinas jurídicas estabelecidas pela legislação setorial dessas mesmas atividades, que estabelecem os modelos jurídicos de autorização para cada setor específico.

Esse raciocínio conduz a uma questão essencial, relacionada com a fragmentação dos institutos jurídicos.

A unicidade dos institutos jurídicos (e da disciplina jurídica correspondente) é um dado pressuposto na concepção tradicional do Direito Público. Para essa concepção tradicional, existem "o" serviço público, "a" concessão, "a" autorização. Cada figura encerra um conceito estanque, que está bem localizado dentro de uma classificação lógica.

Para fins didáticos, esse tipo de classificação pode ter utilidade. Porém, a realidade prática releva dificuldades diversas. A necessidade de solucionar problemas concretos por meio de instrumentos jurídicos engessados, produzidos com base na realidade do passado, pode resultar em óbices muitas vezes intransponíveis.

A evolução econômica e tecnológica se traduziu em peculiaridades muito intensas quanto às diversas atividades, nos diferentes setores da economia. Logo, a existência de um gênero dotado de características muito amplas e abstratas tornou-se uma questão superada. Cada atividade passou a ser subordinada a regras muito próprias, mais adequadas às particularidades do respectivo setor.

Assim, é possível cogitar-se na autorização para geração de energia elétrica, que não se confunde com a autorização para transporte rodoviário interestadual de passageiros, nem com a autorização para exploração de portos, ferrovias ou aeroportos, e assim por diante.<sup>360</sup>

---

<sup>360</sup> O tema é explorado por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO a propósito das concessões de serviço público (*Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, 158).

Admite-se que esses regimes jurídicos especiais contemplem uma regulação (mais ou menos intensa) da atividade, não apenas no que diz respeito ao acesso (exigência de autorização mediante o preenchimento de determinados requisitos), mas também no tocante à prestação propriamente dita, podendo até mesmo incluir a fixação de preços, o número de autorizados, a localização geográfica da prestação, deveres de universalidade etc.

Essas espécies de *autorização*, além de caracterizarem *ato declaratório* do direito do particular de exercer a atividade, igualmente podem caracterizar *ato constitutivo* (ao inserir o particular no setor público reservado ao Poder Público pela Constituição) e *ato mandamental* (ao prescrever um feixe de deveres a serem cumpridos pelo autorizado).<sup>361</sup>

A hipótese *sui generis* ora aventada, novamente vale reiterar, difere substancialmente da autorização administrativa de polícia, em que o Estado só autoriza o particular a desenvolver uma determinada atividade privada – e por isso a autorização não cria nenhuma espécie de obrigação, pois, uma vez autorizado, o particular apenas exerce o direito à livre iniciativa.

Na hipótese de atividades de incumbência do Estado, a transferência à iniciativa privada mediante autorização libera a atividade e cria obrigações ao particular autorizado. Ou seja, o ato não apenas *autoriza*, mas também estabelece direitos e *obrigações*.

O que se afirma, em última análise, é não apenas a possibilidade de espécies diferenciadas de *autorização* no contexto da Constituição de 1988, mas também a existência de diferentes disciplinas jurídicas setoriais (regimes jurídicos), que podem estabelecer desde um regime privado administrativo até um regime exclusivamente privado – tendo no centro diferentes configurações de disciplinas jurídicas, submetidas a diferentes graus de regulação estatal.

---

<sup>361</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 68-69.



## 7 CONCLUSÃO

### 7.1 PREMISSAS

Diante de todo o exposto nos tópicos anteriores, extraem-se algumas premissas para orientar as conclusões alcançadas no presente trabalho.

#### 7.1.1 O universo das atividades econômicas

A ordem econômica é constituída por um largo campo de atividades econômicas em sentido amplo (prestações de serviços, fornecimento de bens, beneficiamento de insumos, extração de recursos naturais ou exploração de recursos).

Esse espectro abrange desde aquelas atividades desempenhadas por particulares em ambiente de mercado, sob regime de direito privado (puro sangue), quanto aquelas que o ordenamento jurídico (a Constituição e a Lei) define como de incumbência do Poder Público, que são prestadas em regime de direito público (puro sangue), e que caracterizam os serviços públicos (em sentido estrito).

Se em determinado momento e circunstância histórica já foi possível identificar com precisão esses dois campos, hoje certamente isso não mais ocorre, especialmente no cenário brasileiro.<sup>362</sup>

#### 7.1.2 As disciplinas jurídicas possíveis

Atualmente, entre os dois extremos do espectro das atividades econômicas observa-se uma enorme zona cinzenta de regimes jurídicos possíveis, isto é, um espaço em que se admitem diversas *disciplinas jurídicas*, fragmentadas, que variam de acordo com as especificidades de cada atividade.<sup>363</sup>

Ainda existe o campo do serviço público, em que predomina o regime jurídico de direito público (puro sangue). Existem os monopólios (públicos ou privados), como áreas de exclusividade definidas por Lei. Também existe o vasto campo das atividades privadas, em que predomina o regime jurídico de direito privado – o qual,

---

<sup>362</sup> Vide Capítulo 2.5 acima.

<sup>363</sup> Vide Capítulo 6.3 acima.

embora seja norteador pela livre iniciativa e livre concorrência, ainda assim está sujeito à intervenção estatal, em maior ou menor grau – isto é, está sujeito a algum nível de regulação por parte do Estado.

Mas existe uma crescente tendência à *miscigenação de regimes jurídicos*, de modo a se permitir que determinadas atividades, em princípio qualificadas como serviço público – ou mesmo qualificadas como de interesse coletivo – sejam sujeitas a regimes jurídicos mesclados (público-privados). E vice-versa.

São os casos da geração de energia elétrica, da comercialização de energia elétrica, da telefonia móvel e da telefonia fixa, da construção e exploração de portos privados, do transporte ferroviário de passageiros e cargas, do transporte interestadual e internacional de passageiros pela via rodoviária, do transporte municipal e intermunicipal de passageiros pela via rodoviária, dos aeroportos privados.<sup>364</sup>

### 7.1.3 O princípio da subsidiariedade

Em regra, todos os recursos econômicos disponíveis podem ser apropriados pelos particulares. Com base no artigo 170 da Constituição, é livre o desenvolvimento de qualquer atividade econômica, desde que observadas as exigências e respeitados os limites impostos pela Lei.

Logo, e em princípio, todas as atividades são livres e sujeitas à livre iniciativa e livre concorrência. Mas o ordenamento jurídico pode estabelecer limitações, tanto por meio da exigência de requisitos de acesso, quanto por meio da regulação do próprio exercício da atividade, que pode variar em diferentes níveis de intensidade, de acordo com a relevância do interesse coletivo que está sendo tutelado.

O Estado pode assumir para si o desempenho de determinadas atividades – com base no artigo 173 ou até mesmo em regime de monopólio – ou, por razões de

---

<sup>364</sup> Como destaca MARÇAL JUSTEN FILHO: “Todas essas atividades se constituíam no passado em serviços públicos, que eram explorados diretamente pelo Estado ou, quando muito, mediante concessões. Passaram a ser exploradas sob regime de livre iniciativa e livre concorrência por sujeitos titulares de autorização” (Serviços de interesse econômico geral no Brasil: os invasores. *In*: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 796).



conveniência política, qualificar a atividade como serviço público, excluindo desses campos a livre iniciativa.

A identificação de *quem* deve ser responsável pelo desempenho de cada uma dessas atividades (a iniciativa privada ou o Poder Público) é feita com base no *princípio da subsidiariedade*.<sup>365</sup> O ordenamento jurídico (a Constituição e a Lei) atribuem ao Poder Público o desenvolvimento das atividades de interesse coletivo que a iniciativa privada não é capaz (ou não tem interesse) de desenvolver de modo satisfatório. A decisão é eminentemente política.

#### **7.1.4 As formas de delegação de serviços públicos a particulares**

Em relação às atividades econômicas atribuídas ao Poder Público, não existe um projeto constitucional bem sistematizado em relação ao modo como essas atividades devem ser prestadas à coletividade.<sup>366</sup>

Em linhas gerais, admite-se que as atividades econômicas atribuídas ao Estado (não se incluem aqui as atividades administrativas indelegáveis) podem ser desenvolvidas diretamente pelo Poder Público ou por delegação a particulares. E existem diferentes mecanismos de delegação (para particulares) das atividades que o ordenamento jurídico qualifica como serviço público e atribui ao Poder Público.

A Constituição prevê genericamente possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de concessão e de permissão (artigo 175), assim como a prestação das atividades especificadas no artigo 21, incisos XI e XII c/c artigo 223 por meio de concessão, permissão e autorização.

Existe enorme dificuldade em se definir de forma estanque esses três instrumentos jurídicos: concessão, permissão e autorização. Não é possível identificar na Constituição regimes jurídicos definidos para cada hipótese. Mais do que isso, nem mesmo a lei define, em termos gerais, um regime jurídico único para cada hipótese.

A Constituição admite as três hipóteses, mas é a Lei que define a disciplina jurídica (regime jurídico) aplicável a cada setor (artigo 22).<sup>367</sup> Consequentemente, os

---

<sup>365</sup> Vide Capítulo 2.6 acima.

<sup>366</sup> Vide Capítulo 6.6.2 acima.

<sup>367</sup> É o que afirma EGON BOCKMANN MOREIRA: “É o legislador ordinário que detém a competência para disciplinar o modo pelo qual o agente econômico privado pode ingressar circunstancialmente no setor público da economia (e lá permanecer enquanto permanecer

três institutos de delegação admitem diferentes configurações para cada subsistema (setor econômico) em que se inserem.<sup>368</sup>

### 7.1.5 Ausência de regime jurídico único

A partir dessa constatação, é possível extrair que a concessão e a permissão não possuem um regime jurídico único, mas é possível identificar elementos comuns nas concessões e permissões admitidas pelo Direito brasileiro. A Lei Geral de Concessões identifica e normatiza esses elementos comuns.

Todavia, o mesmo não vale para a autorização. Nesse caso, não é possível identificar elementos comuns entre as diferentes hipóteses (de autorização) admitidas no Direito Positivo. Ou, quando menos, os poucos elementos comuns não são suficientes para identificar com precisão uma “espécie única” de autorização. Mesmo em se tratando de autorizações relacionadas com atividades qualificadas como serviços públicos, não é possível traçar um perfil único.

---

válido e eficaz o negócio jurídico-administrativo definido em lei e implementado na prática)” (Exploração privada dos portos brasileiros: concessão *versus* autorização. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 0. São Paulo: RT, 2013, p. 35).

<sup>368</sup> Conforme expõe FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO: “Assim como o sistema jurídico cunhou a interpretação conforme à Constituição para permitir o fechamento do sistema e o aplainamento de contradições internas ao ordenamento, sem a retirada de normas supostamente colidentes com o texto constitucional (o que levaria à criação de lacunas normativas comprometedoras do próprio sistema), a configuração dos ordenamentos setoriais procede, informal e tacitamente, a interpretações conformes não à Constituição, mas interpretações conformes da própria Carta Maior, de modo a adequar suas preconizações às necessidades e especificidades de cada subsistema. Bom exemplo deste processo nos fornece o conceito de ‘autorização’ referido em alguns dispositivos do artigo 21 da Constituição Federal, bem como no seu artigo 173. De modo a viabilizar a estruturação dos diversos arcabouços normativos setoriais (ou tais subsistemas), o conceito de ‘autorização’ foi apropriado de forma distinta por vários setores” (Regulação econômica e suas modulações. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 28, out./dez. 2009, p. 33).

Em outra oportunidade: “Dito de outro modo, cada subsistema regulatório se apresenta como uma forma distinta de engate entre os sistemas jurídico, político, econômico e social. Compreender e operar em cada um destes subsistemas é um desafio que o operador do direito não pode enfrentar munido apenas do conhecimento geral do sistema jurídico na sua generalidade. É preciso compreender as condicionantes do sistema político, econômico e social ao mesmo tempo em que domina as especificidades do subsistema regulado. É necessário, pois, conhecer não apenas a floresta e suas principais árvores, mas também ter noção da sua importância para o meio-ambiente como um todo e, além disso, reunir conhecimentos sobre cada um dos ecossistemas nela contidos. Uma tarefa cada vez mais desafiadora” (Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 33, jan./mar. 2011, p. 86).

Em suma, dentro do amplo panorama das atividades econômicas, admite-se diversos tipos de autorização, conforme o grau de interferência que o Estado pretende exercer sobre a atividade em questão. Essas diferentes disciplinas jurídicas (regimes jurídicos) são definidas por Lei específica.

Significa que a atividade autorizada pode ser prestada mediante diferentes disciplinas jurídicas, que variam de acordo com uma determinada gradação: de um regime jurídico mais “publicizado” a um regime jurídico mais “privatizado”.

A legislação específica do setor econômico em que a atividade se insere é que cuidará de definir os contornos da disciplina jurídica aplicável – isto é, caberá ao legislador ordinário prescrever se será o caso de autorização, no que consiste a autorização, quais são os seus requisitos de acesso, como ela deve ser formalizada, e quais direitos e deveres ela instaura para o agente econômico interessado em explorar a atividade.<sup>369</sup>

## 7.2 CONCLUSÕES

Tomando por base essas premissas, colhem-se as conclusões adiante explicitadas, com o objetivo de responder aos questionamentos formulados no Capítulo 1.2, que compõem a tese ora proposta

### 7.2.1 Primeira conclusão: autorização entre dois extremos

A autorização é um instituto dinâmico e altamente maleável, que pode se prestar a diversos propósitos. Assim, as autorizações expedidas pelo Poder Público podem ser utilizadas para diferentes finalidades, mas especialmente para duas:

- (i) formalizar a aquiescência do Poder Público com o exercício, por um particular, de uma atividade privada para a qual a lei exige expressa fiscalização de

---

<sup>369</sup> Afinal, conforme alerta ALEXANDRE DITZEL FARACO: “quem pode o mais (afastar totalmente os particulares desta esfera da economia), certamente pode o menos (permitir que os particulares atuem, mas submetendo-os a um estrito esquema de regulação)” (*Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 126). Porém, segundo o autor: “A circunstância de ter o legislador infraconstitucional uma certa margem de escolha não significa que lhe tenha sido conferida uma discricionariedade absoluta. É preciso sempre manter em perspectiva (...) que a existência do poder estatal e, conseqüentemente, a titularidade sobre certas atividades, justifica-se em razão de determinadas funções que o Estado deve desempenhar” (Ibidem).

acesso (para o exercício) por parte do Poder Público (autorização como *licença* – sentido tradicional);

- (ii) outorgar a particulares uma atividade que o ordenamento atribui ao Poder Público e que, portanto, é em princípio qualificada como serviço público (autorização como *outorga*).

Logo, as autorizações do artigo 170 (declaratórias – para o setor privado da economia) não se confundem com as autorizações do artigo 21 (constitutivas – para o setor público da economia).

### **7.2.2 Segunda conclusão: autorização como instrumento de outorga da atividade e de sua titularidade**

As diversas hipóteses de autorização de atividades qualificadas como serviço público são disciplinadas por Lei, para diferentes subsistemas legais (diferentes setores). Mas quando a Lei, com arrimo na Constituição, estabelece a autorização como instrumento para o Poder Público transferir a um particular o exercício de uma atividade, ocorre algo diverso do que se passa com a concessão e a permissão.

Nos casos de concessão e permissão (que se submetem à Lei Geral e à Lei específica), o Poder Público transfere para o particular o exercício (a prestação do serviço), mas permanece titular da atividade. E a partir daí passa a exercer sobre ela uma regulação relativamente intensa, por meio de atos negociais e de atos normativos.

Por outro lado, nos casos de autorização (que se submetem apenas à Lei específica), o Poder Público transfere a própria atividade: não apenas o exercício (a prestação do serviço), mas a própria titularidade, com determinadas condicionantes (uma espécie de “doação com condição” ou de “exploração condicionada”). E a partir daí passa a exercer regulação sobre essa atividade, como faria com qualquer atividade privada, tanto por meio de atos normativos, quanto por meio de atos negociais. Essa regulação, contudo, tende a ser menos intensa do que a regulação exercida sobre concessões e permissões.

Ou seja, o Poder Público “abre mão” daquela atividade em favor do particular, que a assume como se fosse própria e passa a exercê-la sob um regime jurídico de direito privado. Como essa outorga não envolve transferência física de bens públicos, não é necessária autorização legislativa (desafetação).

Portanto, nas hipóteses de autorização de atividades em princípio qualificadas como serviço público, ocorre não apenas a outorga da atividade a um particular. Nesses casos ocorre a outorga da atividade e uma espécie de *renúncia temporária* da sua titularidade, pelo Poder Público, em favor do particular autorizado.

O Poder Público autoriza o particular a desenvolver aquela atividade porque parte do pressuposto de que ela não precisa mais ficar acobertada pelo “regime jurídico de direito público” – mesmo que seja um regime jurídico de direito público “temperado”, como se tem visto em determinadas hipóteses de concessão e permissão.

Isso não impede que, em determinados casos, o Poder Público continue desempenhando a mesma atividade paralelamente – tal como ocorre nos setores de saúde, educação e assistência social. E também não impede que o Poder Público intervenha nessa atividade por meio de regulação, com maior ou menor intensidade, conforme o caso.

### **7.2.3 Terceira conclusão: autorização como instrumento de concorrência**

O objetivo, em última análise, é o estabelecimento de ambiente concorrencial.<sup>370</sup> A adoção de disciplinas jurídicas que contemplam a autorização como modalidade de delegação, paralelamente à concessão e à permissão, visam a implementar uma nova racionalidade para os setores da economia em que se

---

<sup>370</sup> LEILA CUÉLLAR esclarece que a “concorrência é a situação na qual se encontram, atual ou potencialmente, dois ou mais empresários que, operando no mesmo âmbito de mercado, oferecem bens e serviços suscetíveis de satisfazer, ainda que com meios distintos, a mesma necessidade, e, por conseguinte, encontram-se em uma situação de conflito de interesses em relação à clientela” (Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro. *In*: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 32). GEORGE FREDERIK STANLAKE, por sua vez, ensina que “A rivalidade económica ou concorrência é outra característica essencial de uma economia de livre empresa. A concorrência, tal como os economistas a vêem, é essencialmente concorrência através de preços. O modelo da economia de mercado pressupõe uma situação em que, no mercado de cada bem, existe um grande número de compradores e vendedores. Cada comprador e cada vendedor representa apenas uma parcela insignificante da indústria e, por isso, não exerce qualquer influência sobre a procura ou sobre a oferta do mercado. É a acção da procura total e da oferta total que determina os preços no mercado, e cada participante, comprador ou vendedor, tem que tomar este preço como um dado, porque ele escapa à sua influência ou ao seu controlo. Teoricamente, pelo menos, a concorrência é o mecanismo regulador do capitalismo” (*Introdução à Economia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 30).

constatar que, sob o ponto de vista do usuário, as necessidades que justificaram a publicização das atividades a eles inerentes (interesses coletivos de alta relevância) podem ser atingidas de modo mais eficiente em regime de concorrência (vários prestadores, entre concessionários, permissionários e/ou autorizatários), em vez de um regime de exclusividade (um prestador: concessionário ou permissionário).<sup>371</sup>

A autorização de determinadas atividades em princípio qualificadas como serviço público, portanto, permite que o Poder Público coloque em prática um arsenal jurídico diferenciado, com o objetivo de promover concorrência em determinados setores econômicos, eliminando o regime jurídico único geralmente orientado a preservar os atuais prestadores do serviço público.

Alinhamos com a conclusão de VITOR RHEIN SCHIRATO, para quem

as atividades autorizadas reguladas têm um papel essencial na prestação concorrencial dos serviços públicos, na medida em que, em diversos setores de serviços públicos (não apenas federais, mas também estaduais e municipais, conforme as respectivas legislações locais), a concorrência depende da outorga de *autorizações* a terceiros para que eles possam oferecer atividades materialmente concorrentes dos serviços públicos. É o que ocorre no caso dos serviços de telecomunicações, de energia elétrica, de gás natural canalizado, de transporte rodoviário e aéreo de passageiros, dentre outros em que a entrada de concorrentes aos prestadores sujeitos ao *regime de serviços públicos* dependa de autorizações”.<sup>372</sup>

O pressuposto é o de que a concorrência com regulação assimétrica – isto é, concorrência entre sujeitos submetidos a regimes jurídicos assimétricos<sup>373</sup> – se

---

<sup>371</sup> Como ressalta CARLOS ARI SUNDFELD: “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 da concorrência’ (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la (A Administração Pública na era do Direito Global. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 161).

<sup>372</sup> *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 317.

<sup>373</sup> Essa assimetria ocorre porque as autorizações não implicam a existência de regime de serviço público. Assim: “No caso da concorrência entre agentes detentores de concessões e

traduzirá em preços mais baixos e serviços de melhor qualidade, sempre em benefício do usuário.

Paradoxalmente, essa concorrência precisa ser instalada pelo Estado, já que as respectivas atividades foram antes submetidas à *publicatio* pela própria Constituição.

Para atingir esse escopo, influenciando a atuação dos agentes econômicos, o Estado pode se valer de diversos mecanismos, além da mera aplicação do direito antitruste – a saber: (i) facilitação à entrada no mercado, (ii) redução do espaço de titularidade estatal exclusiva, (iii) relativa liberdade de preços, (iv) assimetria regulatória, (v) desverticalização e desconcentração, (vi) separação entre gestão da infraestrutura e prestação dos serviços, (vii) competição entre setores distintos de serviços públicos, e, por fim, (viii) o compartilhamento de infraestruturas.<sup>374</sup>

---

agentes detentores de autorizações, haverá sempre uma concorrência com assimetria de regimes” (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Idem*, p. 317). E também FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO: “A maior transformação neste cenário parece ser mesmo a introdução da competição em um mesmo serviço com distintas incidências regulatórias, ou seja, com a concomitância entre prestadoras sujeitas ao regime público e ao regime privado, ainda que ambas subordinadas a restrições de acesso para exploração da atividade econômica específica (necessidade de prévia licença – concessão, permissão ou autorização, conforme o caso)” (A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: IBDP, n. 1, fev./mar./abr. 2005, p. 23).

<sup>374</sup> Conforme já expusemos e outra oportunidade: “A *facilitação à entrada no mercado* corresponde basicamente à adoção de políticas econômicas que permitam a abertura, à iniciativa e investimentos privados, dos setores reservados aos serviços públicos de feição tradicional. Nesse sentido, estabelecem-se somente as restrições indispensáveis ao atendimento dos interesses públicos em jogo, relacionadas com as metas de universalização e à cobrança de preços acessíveis.

Paralelamente (...), pode também ocorrer a *redução do espaço de titularidade estatal exclusiva*, a fim de que também a titularidade dos serviços públicos de feição tradicional passe aos particulares que os assumem – e não apenas a execução dos serviços, tal como ocorria nos regimes de concessão ou permissão. Trata-se de verdadeira *despublicização* da atividade, que passa a ter natureza de *atividade privada de interesse público*. A idéia que permeia esse mecanismo é a de que a titularidade estatal somente será mantida quando a livre iniciativa não for capaz de dar cumprimento aos interesses públicos envolvidos na atividade.

Outro mecanismo (...) é a concessão de (relativa) liberdade de preços, que passam a ser determinados pela livre concorrência, sem (ou com menos) interferência estatal. Por certo, essa liberdade somente deve existir caso não afete as políticas públicas de universalização e traga consigo efeitos positivos para os consumidores, constatação esta que depende do efetivo controle (fiscalização) por parte do Estado.

[Também se cogita em] *assimetria regulatória*, que significa interferir de forma distinta (conferindo regimes jurídicos distintos: mais abertos ou mais fechados à concorrência) de acordo com as peculiaridades de cada atividade.

Logo, um dos meios para promover a concorrência consiste justamente a viabilização do acesso aos novos entrantes naqueles setores da economia, coincidentes com os serviços públicos tradicionais, que vinham sendo organizados sob o regime de monopólio, com base na noção de que um só prestador estaria mais apto a desenvolver a atividade de forma mais adequada.

A atuação de agentes autorizatários tende incrementar o mercado, impondo uma dinâmica mais acelerada, baseada em inovação tecnológica e novas formas de gestão. O operador tradicional (concessionário ou permissionário), quando existir, ficará sujeito a um novo ritmo de prestação, perdendo o conforto e a estabilidade que tinha – cuja tendência era gerar abusos, assimetrias e instabilidade.<sup>375</sup>

Em última análise, o objetivo da autorização (no sentido ora atribuído) é estabelecer concorrência para determinadas atividades econômicas, naqueles setores em que se constatar não apenas a inadequação da atuação direta do Poder Público, mas a ineficiência (em termos econômicos: preços mais altos e serviços de menor qualidade) da atuação de particulares por meio de concessão ou permissão.

---

*A desverticalização e a desconcentração da atividade correspondem à desagregação vertical (ou unbundling) [isto é, a separação das diferentes etapas de uma atividade, tal como se passa no setor de energia elétrica, com a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização]. (...)*

*A separação entre gestão da infra-estrutura e prestação dos serviços (...) [é] mecanismo especialmente aplicável às infra-estruturas organizadas em rede, a fim de permitir que as atividades de gestão da rede e de prestação do respectivo serviço sejam realizadas por pessoas distintas, com estabelecimento de concorrência na segunda hipótese.*

*De outra parte, pode-se dar ensejo à competição entre setores distintos de serviços públicos, sempre que se mostrar viável a produção de um mesmo resultado através de dois modos diferentes. (...)*

*Por fim, o último mecanismo é o compartilhamento de infra-estruturas (redes de cabos de telecomunicações ou de transmissão e distribuição de energia elétrica, dutos de água, gasodutos e oleodutos, portos e armazéns portuários, aeroportos e demais instalações adjacentes, ferrovias e estações ferroviárias etc.)” (NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência: Compartilhamento de Infra-Estruturas e Redes*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 39).*

<sup>375</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 69. E arremata: “Dessa forma confere-se ritmo mais apurado a tais setores de interesse público, sem se curvar às estruturas monopolísticas e sem permitir que haja a redução de um serviço tido constitucionalmente como público às vicissitudes dos mercados” (Ibidem).



Nesses casos, o que o Poder Público almeja é a criação de uma competição “mais livre”, sem necessidade da regulação no grau de intensidade próprio dos regimes de concessão e permissão.

As autorizações de serviços públicos (tal como ora concebidas) prestam-se a essa finalidade. Permitem não apenas possibilitar o desenvolvimento de atividades privadas em setores públicos, mas principalmente estabelecer regimes de concorrência em setores historicamente constituídos com base na noção de serviços públicos (com garantia de exclusividade para o prestador) ou mesmo de monopólios públicos – mas desprovidos da característica de monopólio natural.<sup>376</sup>

#### **7.2.4 Quarta conclusão: autorização como mecanismo de flexibilização da atuação estatal**

A opção refletida na Constituição caracteriza uma clara preferência pela flexibilização da atuação da União em relação a determinadas atividades econômicas de interesse coletivo.

Trata-se de permitir que o Estado se valha de ferramentas diferentes para alcançar, por meio da implementação de concorrência e, portanto, com maior eficiência, as vantagens (externalidades positivas) que se pretende obter por meio do serviço público.

A autorização se encaixa nesse plano, sob o pressuposto de que em determinados setores da economia, a concorrência com assimetria regulatória revela-se mais adequada para atingir esses objetivos do que a manutenção da atividade no modelo de serviço público exclusivo ou de monopólio.

A autorização é o mecanismo jurídico apto para a implementação de uma disciplina jurídica com essas características, cabendo à regulação posterior

---

<sup>376</sup> O monopólio natural coincide com as situações em que a atividade econômica está “vinculada a uma complexa infra-estrutura ou mesmo recursos naturais, cuja multiplicação seja inviável. Em razão dos custos envolvidos, ou mesmo das características técnicas da atividade, a única forma eficiente de desenvolvê-la para atender a demanda do mercado consiste na utilização da infra-estrutura ou dos recursos por uma única empresa” (NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência: Compartilhamento de Infra-Estruturas e Redes*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 39). Logo: “Diante de uma situação de monopólio natural, a concorrência pode até ser possível, sob o ponto de vista fático-material, mas é economicamente impossível diante dos custos envolvidos com a duplicação da infra-estrutura necessária ao desempenho da atividade” (Idem, p. 41).

estabelecer, com base em dados técnicos e na técnica regulatória adequada, a dose certa de concorrência para cada atividade, a fim de garantir (tanto quanto possível) o equilíbrio de forças no mercado.

Tal como explicam FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e RAFAEL VÉRAS DE FREITAS:

Caberá, pois, à regulação como uma metodologia de equilíbrio de subsistemas jurídico-econômicos, modular as 'doses' de concorrência que incidirão na prestação de serviços de utilidade pública, de modo que possam ser equacionados: de um lado, o direito do cidadão de receber serviços essenciais; e, de outro, o direito de exploração de atividades econômicas por particulares. Para tanto, o regulador deverá se valer de estudos econômicos, da oitiva dos setores regulados, de aspectos consequenciais, de análises de custo-benefício, e não meramente de ensinamentos doutrinários considerados imutáveis.

Tudo isso resultará na instituição de uma adequada assimetria regulatória, assim caracterizada pela distinção de atividades, aplicando-lhes uma maior ou menor dose de concorrência, de acordo com as peculiaridades de cada uma delas.<sup>377</sup>

Em suma, a Constituição abandonou um sistema puramente binário (atividades econômicas públicas *versus* atividades econômicas privadas) e assumiu um sistema que comporta diferentes configurações, isto é, um modelo com diferentes formas assimétricas, com tratamento jurídico "ora mais severo, ora mais brando, ora com um peso maior de normas de direito público, ora com um peso maior de normas de direito privado."<sup>378</sup>

Ainda que a doutrina tente oferecer conceitos estanques, a leis podem definir funções diferentes e específicas para cada instituto, diante de cada caso concreto. Nesse sentido, a autorização funciona como um verdadeiro *coringa* à disposição do Poder Público. Será utilizada sempre que (nos termos definidos por Lei) se reputar

---

<sup>377</sup> Uber, WhatsApp Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. *In: Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 56, out./dez. 2016, p. 102-103.

<sup>378</sup> MARQUES NETO Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 46, abr./jun. 2014.

que a atividade em questão não precisa mais ficar acobertada pelo regime jurídico de direito público. Por isso, o Poder Público libera a atividade para ser prestada pelo particular, por sua conta e risco<sup>379</sup>, tal como se fosse o próprio titular.

### 7.3 O DISPOSITIVO DO ARTIGO 21 DA LEI 13.334/2016 (PPI)

Por fim, vale mencionar a disciplina da Lei 13.334/2016, editada recentemente para converter em Lei a Medida Provisória 727, criando o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI do governo federal.

O PPI não contém inovações no que diz respeito aos mecanismos de intervenção estatal ou da participação da iniciativa privada nos setores de infraestrutura. Não tem por objetivo criar nenhuma nova modalidade de contratação pública ou de processo de seleção.

A tônica desse programa está na criação de um novo paradigma – ou melhor, a retomada de um paradigma anteriormente adotado – para a relação do Estado com a iniciativa privada, por meio de *contratos de parceria* para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e outras medidas de desestatização.

Ou seja, além de se valer das figuras contratuais já existentes do ordenamento jurídico em vigor (a saber: concessão comum, concessão patrocinada, concessão administrativa, concessões previstas na legislação setorial, permissão de serviço público, arrendamento de bem público, concessão de direito real e “os outros negócios público-privados”, conforme expresso no artigo 1º, § 2º), essa Lei estabelece que as parcerias do Poder Público com a iniciativa privada serão orientadas pela mesma lógica estabelecida pelo Programa Nacional de Desestatização – PND, de 1997.

Esse escopo de fortalecer o papel regulador do Estado, inclusive com a *reativação* da autonomia das Agências Reguladoras Independentes consta expressamente dos *objetivos* fixados pelo artigo 2º da Lei 13.334.<sup>380</sup>

---

<sup>379</sup> Sobre a compreensão do que significa a expressão “por conta e risco” nos contratos de concessão, confira-se o trabalho específico e exaustivo de MARCOS AUGUSTO PEREZ, em que propugna a “necessidade de desenvolvimento, a partir da teoria das áleas ordinária e extraordinária, de uma explicação mais criteriosa e minudente sobre os riscos mais frequentes nas concessões e como, em cada caso, pode se dar o arranjo contratual de sua prevenção e de sua divisão, tudo com vistas voltadas a uma maior economicidade da contratação” (*O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 132-133).

<sup>380</sup> São eles: (i) ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento

Paralelamente, o artigo 3º da Lei 13.334 estabelece determinados *princípios* a serem observados pelo PPI: (i) estabilidade das políticas públicas de infraestrutura; (ii) legalidade, qualidade, eficiência e transparência da atuação estatal; e (iii) máxima segurança jurídica aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos.

Esses *princípios* sinalizam ao mercado que o Direito deve ser respeitado. Os empreendimentos a serem promovidos dentro do PPI devem ser estáveis (devem ser pautados em políticas públicas de longo prazo), devem observar os princípios republicanos que pautam a atuação da Administração Pública (previstos no artigo 37 da Constituição) e devem ser permeados das garantias necessárias a proporcionar segurança jurídica a todos os envolvidos.

A Lei 13.334 não trata especificamente das autorizações de serviços públicos, mas o seu desfecho é bastante pertinente. No último dispositivo (artigo 21, coincidentemente), a Lei estabelece que as suas disposições também se aplicam aos empreendimentos empresariais privados concebidos em regime de *autorização administrativa*, que concorram ou convivam, em setor de titularidade estatal ou de serviço público, com empreendimentos públicos a cargo de entidades estatais ou outros particulares (concessionários, permissionários etc.).<sup>381</sup>

---

social e econômico do País; (ii) garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas e preços adequados; (iii) promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços; (iv) assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos; e (v) fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.

É interessante constatar a convergência (e a sobreposição) desses objetivos com aqueles que haviam sido estipulados pelo artigo 1º da Lei 9.491/97 para o Programa Nacional de Desestatização: (i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (ii) contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; (iii) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; (iv) contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; (v) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; (vi) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o PND.

<sup>381</sup> “Art. 21. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos empreendimentos empresariais privados que, em regime de autorização administrativa, concorram ou convivam,

Em suma, existe norma legal expressa concretizando a diretriz do atual modelo de Estado Regulador, de viés concorrencial. Essa regra evidencia e reforça, ainda mais, a possibilidade de utilização do mecanismo da autorização de serviços públicos para atingir os objetivos desse modelo.

#### 7.4 SÍNTESE CONCLUSIVA

O tema das autorizações previstas no artigo 21 da Constituição é um daqueles temas limítrofes, provocativos, que passeiam no limite do conhecimento consolidado, desafiando as ideias consagradas pela doutrina, e até mesmo pela jurisprudência das altas Cortes, e flertando com as ideias mais inovadoras e ousadas, que extrapolam esse limite.

O papel do Direito Positivo é fundamental. A partir da Constituição se extraem diversas possibilidades – e artigo 22 atribui à União a competência para legislar sobre esses temas, transferindo ao legislador a atribuição de definir como essas hipóteses serão executadas – tal como vem ocorrendo em diversos setores da economia.

Logo, seguindo a lógica da subsidiariedade, a Lei define quais atividades o Estado deve tomar para si, ou seja, quais atividades devem receber a qualificação de serviço público. E também estabelece a forma como essas atividades serão desenvolvidas: se serão prestadas diretamente ou serão exploradas por particulares (por meio de concessão ou permissão ou, ainda, por meio de autorização).

Em última análise, o que muda é o grau de concorrência que se pretende imprimir para cada situação. E é a Lei que estabelece, em cada setor da economia, qual o nível de concorrência deverá ser imposto a cada atividade.

Conforme exposto no início deste trabalho, a partir da década de 1990 o Brasil passou a vivenciar profundas alterações nas concepções sobre as formas e o grau de intensidade da intervenção do Estado no domínio econômico e, em especial, acerca dos modelos de acesso de empresas privadas no mercado de serviços públicos. Esse fenômeno seguiu a tendência internacional dos países capitalistas, especialmente na Europa, tal como já estudado por diversos autores brasileiros.<sup>382</sup>

---

em setor de titularidade estatal ou de serviço público, com empreendimentos públicos a cargo de entidades estatais ou de terceiros contratados por meio das parcerias de que trata esta Lei”.

<sup>382</sup> *Vide* Capítulo 1 acima.

Antes, o mercado dos serviços públicos era fechado, com porta estreita para a entrada de particulares: somente poderia acessá-lo aqueles que, mediante licitação complexa, firmassem contrato de concessão com o Poder Público, assumindo a gestão do serviço no regime jurídico de direito público – ainda que temperado por normas de direito privado.

Nesse caso, a preocupação do Estado consistia em garantir a prestação dos serviços públicos (com continuidade, qualidade e modicidade tarifária), estabelecendo obrigações e metas aos concessionários (ou permissionários), a fim de que os objetivos essenciais, garantidos pela Constituição, fossem atingidos.

Pelo novo enfoque, centrado no modelo de Estado Regulador, a alternativa mais adequada para se atingir os objetivos de interesse coletivo consagrados na Constituição em relação a determinadas necessidades consiste na criação de ambientes competitivos, com mais de um prestador – o que tende a gerar eficiência, com redução de preços e aumento da qualidade dos serviços.<sup>383</sup>

Assim, diversas atividades em princípio qualificadas como serviço público passam a ter o acesso facilitado, por meio de instrumentos de delegação mais maleáveis, com o objetivo de instaurar um regime de concorrência regulada. A preocupação do Estado, aqui, é estabelecer condições de competição e garantir o equilíbrio de forças no mercado<sup>384</sup>, a fim de que sejam atingidos os objetivos essenciais garantidos pela Constituição.

É o que ocorre com a autorização prevista no artigo 21, incisos XI e XII da Constituição. Havendo permissivo legal, o Estado pode abrir o mercado para novos

---

<sup>383</sup> Analisando esses dois enfoques, CARLOS ARI SUNDFELD faz um balanço para concluir que: “O valor da concorrência venceu a batalha conceitual contra a ortodoxia jurídica do serviço público (ortodoxia de clara inspiração anticoncorrencial), mas tem saído ferido na grande guerra política” (*Contratações Públicas e o Princípio da Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 36*). E isso ocorre porque, “em matéria de acesso ao mercado de serviço público a Justiça tende a manter as opções pró-concorrenciais feitas pelo legislador, mas não a reverter as opções contrárias que ele faça. Já, o mundo político oscila: para o Legislativo e o Executivo a concorrência não parece ser propriamente um valor fundamental, mas uma opção de conveniência” (*Idem, p. 37*).

<sup>384</sup> GASPAR ARIÑO ORTIZ afirma que “No difícil equilíbrio entre mercado e regulação, a concorrência é o objetivo prioritário e a regulação é o instrumento necessário para defender a concorrência (para criá-la quando ela não exista) ou para substituí-la quando seja impossível sua criação diante da existência de elementos de monopólio natural” (*Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. 3.ed. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 606 - tradução livre do original*).

prestadores. Pode emitir autorização para quem tiver interesse, para que desenvolva aquelas atividades sob o regime jurídico de direito privado, concorrendo com outros agentes sob o mesmo regime ou mesmo em regime diverso (concessão ou permissão).

Com isso, eliminam-se os entraves do contrato de concessão e privilegia-se, de forma efetiva, a livre iniciativa e a livre concorrência, admitindo que empresas privadas explorem aquelas atividades efetivamente “por sua conta e risco” – tal como já ocorre, por exemplo, nos setores de telecomunicações, portos e transporte de gás por dutos.

Em suma, por meio da autorização (ato), o Estado não apenas transfere a gestão da atividade a um particular (delegação), mas abre mão da sua titularidade sobre aquela atividade (despublicização), optando assim pelo estabelecimento de um regime de mercado.

Essa autorização funciona como um “gatilho regulatório”, que dispara a regulação estatal sobre a atividade. Diante de um setor com agentes privados em atuação, cabe ao Estado interferir por meio da expedição de normas e regulamentos que terão por objetivo estabelecer o equilíbrio entre os agentes do mercado, antecipando (na medida do possível) e corrigindo (sempre que necessário) as eventuais imperfeições.





## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 3. ed. Milão: Giuffrè, v. 1, 1974.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quarter Latin, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. Regime jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas? *Revista dos Tribunais*, v. 946, ago./2014, p. 15-45.
- \_\_\_\_\_. Autorizações administrativas. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, v. 2, nov. 2012, p. 1317-1341.
- \_\_\_\_\_. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. Delegações de serviço público. *Interesse Público*. São Paulo: Nota Dez, n. 40, p. 109-161, 2006.
- \_\_\_\_\_. Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. *Revista de Direito Público e Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 10, p. 9-48, abr./jun. 2005.
- \_\_\_\_\_. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 2, p. 59-124, abr./maio/jun. de 2003.
- \_\_\_\_\_. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. 3.ed. Granada: Editorial Comares, 2004.
- \_\_\_\_\_; GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la competencia en sectores regulados: fusiones y adquisiciones - control de empresas y poder político*. Granada: Comares Editorial, 2001.
- \_\_\_\_\_. *La regulación económica: Teoría y práctica de la regulación para la competencia*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Administração Pública entre o Direito Público e o Direito Privado. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, v. 8, 2011, p. 203-226.
- \_\_\_\_\_. As concessões, permissões e autorizações de serviço público. *In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coord.). Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 393-412.
- \_\_\_\_\_. *Reflexões sobre o direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BAER, Werner. *A Economia Brasileira*. 2. ed. São Paulo: Nobel, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 229/285, jul./set. 2002.

\_\_\_\_\_. Dez Anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?). *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 20/39, 1997.

\_\_\_\_\_. Crise econômica e direito constitucional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 6/32, 1994.

BINENBOJM, Gustavo. Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei 12.996/2014. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 502-515.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 587-598.

\_\_\_\_\_. Autorização de serviço de telecomunicações ou aditamento da concessão? In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Pareceres: direito administrativo contratual: concessões, contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Tarifas nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. A autorização na doutrina brasileira: a autorização na Lei geral de telecomunicações, autorização no direito comparado contemporânea, as autorizações vinculadas e a teoria geral do direito administrativo. In: CÂMARA, Jacintho Arruda; ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). *Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 619-633. JPOT 341.3

\_\_\_\_\_. As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a teoria geral do direito administrativo. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, n. 2, jul./dez. 2007, p. 55-68.

CARNEIRO, Dálcio Moreira. Exercício de atividade econômica (CF, art. 170): autorização. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, jul./set. 2005.

CARVALHO, Juliane Erthal de. A natureza jurídica da autorização para exploração da infraestrutura portuária. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 527-538.

\_\_\_\_\_. A noção contemporânea de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 0. São Paulo: RT, 2013, p. 121-138.

CARVALHO, Vinicius Marques de; CASTRO, Ricardo Medeiros de. Políticas públicas regulatórias e de defesa da concorrência: qual espaço de cooperação? *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 28, out./dez. 2009, p. 145-173.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. A crise brasileira nos transportes e a experiência federalista regulatória norte-americana. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 22, abr./jun. 2008, p. 161-192.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

CHEVALIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Soluções Práticas de Direito*. 1. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 289-328.

COMPARATO, Fábio Konder. As autorizações de funcionamento de instituições financeiras. In: *Direito público: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 353, 1965, p. 14-26.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 15, jul./ago./set. de 2006, p. 217-218.

COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira?”. *RDA*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, out./dez. de 2002, p. 45-74.

\_\_\_\_\_. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 230, 2002, p. 45-74.

CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da autorização administrativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 71. São Paulo, n. 71, jan. 1976, p. 99-121.

CUÉLLAR, Leila. Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu; BRANCO, Adriano Murgel. *O Financiamento de Obras e de Serviços Públicos*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alteração da poligonal de porto organizado: requisitos materiais segundo a Lei nº 12.815/2013. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 253-267.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *Parcerias da Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. Contratos de gestão: contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 45-46, jan./dez. 1996, p. 173-194.
- \_\_\_\_\_. O sistema de parceria entre os setores público e privado. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, n. 9, set. 2000, p. 586-590.
- DIAS, Eduardo Rocha. A cobrança pela Outorga de Concessões, Permissões e Autorizações de Serviços de Telecomunicações. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 6, p. 43-66, abr./jul. 2004.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 9. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.
- DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constituinnel*. 3. ed. Paris: De Boccard, 1928.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- FABRI, Andréa Queiroz. A contradição entre a concessão administrativo em monopólio e o direito de acesso aos mercados: desafios para a regulação e para os direitos dos usuários dos serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 23, p. 41-55, jul./set. 2008.
- FARACO, Alexandre Ditzel. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Savaira, 2009, p. 33-103.
- \_\_\_\_\_. *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.
- FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação jurídica dos serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto e mercato: Il caso degli Stati Uniti*. Torino: G. Giapichelli Editore, 1992.
- FERRAZ, Sergio; SAAD, Amauri Ferez. *Autorização de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2018.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 105-118, jul./set. 1999.
- FERRER, Juan de la Cruz. *Principios de regulación en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FREITAS, Marina Cardoso de. As autorizações administrativas no direito brasileiro. 2016. 259 p. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviços público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 305-323.

\_\_\_\_\_. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 21. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1986.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – os títulos habilitantes para a exploração. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Portos e seus Regimes Jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 221-261.

GARCÍA. Maria Yolanda Fernández. *Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red*. Madrid – Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. vol. II, 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992.

GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1981.

GIFFORD, Daniel J.; RASKIND, Leo J. *Federal Antitrust Law – cases and materials*. St. Paul: West Publishing, 1983.

GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. *O Contrato Administrativo: uma Instituição do Direito Administrativo no Nosso Tempo*. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Licínio Lopes. Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital (Org.). *Estudos de Regulação Pública I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 173-317.

GONZÁLES-VARAZ IBÁÑEZ, Santiago. *El Derecho Administrativo Privado*. Madrid: Montecorvo, 1996.

GOUVEIA, Rodrigo. *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 151-167.

\_\_\_\_\_. Regime jurídico das telecomunicações autorização, permissão e concessão. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, v. 5, nov. 2012, p. 717-727.

\_\_\_\_\_. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 182-231.

\_\_\_\_\_. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39-71.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Concessão Administrativa: Um novo modelo para os contratos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 31, jul./set. 2010, p. 71-102.

JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif – La notion de service public, les individus au service public e le statut des agent publics*. T. 2. Paris: Dalloz, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018.

\_\_\_\_\_. O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 283-302.

\_\_\_\_\_. A constitucionalidade da Lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais “empresárias” e “não empresárias”. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 1, n. 2, 2018. Disponível em: <http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/doutrina/a-constitucionalidade-da-lei-13-3032016-a-distincao-entre-sociedades-estatais-empresarias-e-nao-empresarias>.

\_\_\_\_\_. Prorrogação contratual: a propósito da Lei 13.448/2017. Artigo publicado no JOTA. Disponível em: <https://jota.info/artigos/prorrogacao-contratual-a-proposito-da-lei-13-4482017-12062017>

\_\_\_\_\_. Serviços de interesse econômico geral no Brasil: os invasores. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) Defensor do Estado de Direito*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 785-819.

\_\_\_\_\_. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 1, p. 96, jan./mar. 2003.

\_\_\_\_\_. Serviço público no direito brasileiro. In: CARDOSO, José Eduardo Martins et al. (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 370-392.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Org.). *Estudos em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 403-423.

\_\_\_\_\_. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abr./jun. de 1998, p. 109.

\_\_\_\_\_. *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN, Monica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

KAHN, Alfred E. *Lessons from Deregulation: Telecommunications and Airlines after the Crunch*. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004.

\_\_\_\_\_. *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*. 2. ed. The MIT Press: Massachusetts, 1988.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La Autorización Administrativa*. Madri: Civitas, 2006.

LAMBAUER, Roberto Zilsch. Autorização para exploração de terminal portuário na nova Lei dos portos. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 62, jul./set. 2015.

LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. *Revista de Direito Administrativo*, v. 246, set./dez. 2007.

LASHERAS, Miguel Ángel. *La regulación económica de los servicios públicos*. Barcelona: Editorial Ariel, 1999.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Pareceres de Direito Público*. Porto Alegre: Sulina, 1963.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Serviço portuário e concorrência: equilíbrio competitivo entre o regime público e o privado. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 15, jan. 2007, p. 149-176.

MARQUES, Fabio Ferraz. A prestação privada de serviços públicos no Brasil. 2009. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Delimitação da poligonal dos portos organizados e o regime jurídico dos bens públicos. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 321-341.

\_\_\_\_\_; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 56, out./dez. 2016, p. 75-108.

\_\_\_\_\_. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

- \_\_\_\_\_. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Coord.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 353-415.
- \_\_\_\_\_; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 46, abr./jun. 2014, p. 63-77.
- \_\_\_\_\_; KLEIN, Aline Lícia. Funções Administrativas do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Tratado de Direito Administrativo* (Coord.). São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, Vol. 4, 2014.
- \_\_\_\_\_. Os serviços de interesse econômico geral nas recentes transformações dos serviços públicos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; *et alli* (Coord.). *Direito Público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 531-547.
- \_\_\_\_\_; ZAGO, Marina Fontão. Regime jurídico dos aeródromos privados, inexistência de bem público e sua desapropriação por Município. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 41, jan./mar. 2013, p. 73-104.
- \_\_\_\_\_; CYMBALISTA, Tatiana Matiello; ZAGO, Marina Fontão. Extensão e limites da nova regulação do etanol – A Lei nº 12.490/11 e a exigência de prévia autorização. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 38, abr./jun. 2012, p. 57-85.
- \_\_\_\_\_. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 33, jan./mar. 2011, p. 79-94.
- \_\_\_\_\_. Regulação econômica e suas modulações. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 28, out./dez. 2009, p. 27-39.
- \_\_\_\_\_. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- \_\_\_\_\_. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: IBDP, n. 1, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 5 de outubro de 2018.
- \_\_\_\_\_. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 1, jan./mar. 2003, p. 69-93.
- \_\_\_\_\_; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 42, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 228, abr./jun. de 2002, p. 23.
- \_\_\_\_\_. Universalização de Serviços Públicos e Competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 34, 2001, p. 34-50.



\_\_\_\_\_. A Nova Regulação Estatal e as Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 72-98.

\_\_\_\_\_. Direito das Telecomunicações e Anatel. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 300-316.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. Regulação Sectorial e Concorrência. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 9, jan./fev./mar. de 2005, p. 187-205.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. O Acesso aos Mercados não Regulados e o Direito da Concorrência. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 2, abr./maio/jun. 2003, p. 303-316.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 333-364.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2005.

MAYER, Giovanna. A autorização portuária ainda à procura de sua identidade. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 547-556.

\_\_\_\_\_. Notas sobre o regime dos portos brasileiros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Portos e seus Regimes Jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 75-110.

\_\_\_\_\_. Regulação portuária brasileira: uma reflexão sob a luz da análise econômica do direito. 2009. 151 p. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. A figura da concessão. In: MEDAUAR, Odete (Coord.). *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 189, jul./set. 1992, p. 100-113.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Vol. I. São Paulo: Forense, 1979.

\_\_\_\_\_. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 208-209. 1995.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENEGAT, Fernando. Autorizações administrativas regulatórias: a evolução do direito administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura. 2014. 363 p. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

\_\_\_\_\_. Serviço Público e Concorrência: ensaio para uma quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Ano 12. Vol. 49. Belo Horizonte: Fórum, jul./ago./set. de 2012, p. 207-246.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Título II. Rio de Janeiro, Forense, 1987.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de Serviço Público, Serviços de Relevância Pública e Serviços de Exploração Econômica para as Parcerias Público-Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público*. Ano 3. Vol. 10. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. de 2005.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *A caracterização do contrato de concessão após a Lei 11.079/2004*. 2009. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. Atos Administrativos Negociais. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) Defensor do Estado de Direito*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 363-371.

\_\_\_\_\_. Portos e seus regimes jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Portos e seus Regimes Jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 33-74.

\_\_\_\_\_. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Coord.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo; Malheiros, 2014, p. 107-139.

\_\_\_\_\_. Exploração privada dos portos brasileiros: concessão versus autorização. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. Ano 1. Vol. 0. São Paulo: RT, 2013, p. 31-45.

\_\_\_\_\_. *Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. Riscos incertezas e concessões de serviços públicos. *In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Estudos de Direito Econômico*. Vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 99-114.

\_\_\_\_\_. Autorizações e contratos de serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 31, jul./set. 2010, p. 57-65.

\_\_\_\_\_. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. *In: Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 53-98.

MOREIRA, Vital. Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Européia. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 1, jan./fev./mar. 2003, p. 227-248.

\_\_\_\_\_. *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. Serviço Público e Concorrência: A Regulação do Sector Eléctrico. *Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, Studia Iuridica 60, Colloquia – 7, Separata de “Os Caminhos da Privatização da Administração Pública” – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 223-247.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Legalidade da autorização para a prestação do serviço de transporte escolar. *Revista Zênite - Informativo de Direito Administrativo e LRF*, v. 10, n. 114, jan. 2011.

NESTER, Alexandre Wagner. A evolução do conceito jurídico de autorização na doutrina brasileira. *In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) Defensor do Estado de Direito*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 108-128.

\_\_\_\_\_. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. *In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 413-438.

\_\_\_\_\_. O processo prévio para outorga de autorizações portuárias. *In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). Direito Portuário Brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 539-548.

\_\_\_\_\_. *Regulação e Concorrência: Compartilhamento de Infra-Estruturas e Redes*. São Paulo: Dialética, 2006.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. A Regulação e o Direito da Concorrência: Agências Reguladoras e Concorrência. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 159-189.

OLIVEIRA, Alessandro V. M. Regulação da oferta no transporte aéreo: do comportamento de operadoras em mercados liberalizados aos atritos que emergem da interface público-privado. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009, 151-178.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. Serviços Públicos e Concorrência. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: constituições econômica e social*. Vol. 3. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2014, p. 335-356.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de. Atividades impactantes. Licenças e autorizações administrativas. *Interesse Público*, v. 12, n. 60, mar./abr. 2010.

PELTZMAN, Sam. The economic theory of regulation after a decade of deregulation. In: Robert Baldwin, Colin Scott, Christopher Hood (Orgs.). *A reader on regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 93-130. Publicado em português na coletânea MATTOS, Paulos (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: Usuários, consumidores e aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Serviço Público na ordem econômica da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: constituições econômica e social*. Vol. 3. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2014, p. 244-266.

\_\_\_\_\_. Modelos contratuais alternativos no setor portuário: arrendamento sem licitação, contratos de uso temporário e autorização de uso não exclusivo. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 02, n. 13, out. 2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Economia Brasileira: Uma Introdução Crítica*. 3. ed. São Paulo: Ed. 34, 1997.

PEREZ, Marcos Augusto. Controle da Administração Pública no Brasil: um breve estudo do tema. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, v. 14, n. 52, jan./mar. de 2016, p. 69-74.

\_\_\_\_\_. O negócio jurídico administrativo. In: Medauar, ODETE. SCHIRATO, Vitor Rhein. (Org.). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011, p. 263-273.

\_\_\_\_\_. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 15, jul./set. 2006, p. 131-148.

POMPEU, Cid Tomanik. *Autorização Administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998.

POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and Its Regulation*. Washington: Cato Institute, 2001.

\_\_\_\_\_. Theories of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, n. 2, 1974. Publicado em português na coletânea MATTOS, Paulos (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

PRIEST, Geroge L. Repensando o Direito da Concorrência na era das indústrias de rede. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 27, jul./set. 2009, p. 97-131.

PRISCO, Alex Vasconcellos. Autorização administrativa da atividade de transporte dutoviário de gás natural: conformações pós-Lei nº 11.909/2009. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito do petróleo e de outras fontes de energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-16.

REALE, Miguel. Natureza jurídica da permissão e da autorização. In: *Direito Administrativo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

REIS, Sérgio, L. B. F. O setor de transporte aéreo brasileiro e o limite de participação do capital estrangeiro: uma incongruência atual. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 31, jul./set. 2010, p. 107-125.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Regulação e Concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Revisitando os poderes do administrador público. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* Defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 1.189-1.207

\_\_\_\_\_. A regulação do setor elétrico brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 53, jan./mar. 2016.

\_\_\_\_\_. As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Portos e seus Regimes Jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 325-343.

\_\_\_\_\_. As concessões de serviços públicos em evolução. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; *et alli* (Coord.). *Direito Público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 565-588.

\_\_\_\_\_. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Serviços Portuários e as infraestruturas privadas. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 39, jul./set. 2012, p. 227-246.

\_\_\_\_\_. O novo regime jurídico da indústria do gás natural no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 32, out./dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 31, jul./set. 2010.

\_\_\_\_\_. A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 23, jul./set. 2008.

\_\_\_\_\_. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas considerações sobre a regulação para concorrência no setor de gás natural. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 14, abr./jun. 2006.

SILVA, Leandro Novais e. Regulação e concorrência no setor aéreo nos Estados Unidos e no Brasil Parte I: a desregulação nos EUA. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 14, abr./jun. 2006, p. 117-139.

\_\_\_\_\_. Regulação e concorrência no setor aéreo nos Estados Unidos e no Brasil Parte II: a regulação e a concorrência no setor aéreo no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 15, jul./set. 2006, p. 49-70.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. *Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

\_\_\_\_\_. Gestão Alternativa de Serviços Públicos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 219, jan./mar. 2000, p. 179-203.

SOUZA, Rodrigo Pagani de; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Radiodifusão é serviço de telecomunicações? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. Vol. 5. Ano 2. São Paulo: RT, fev./2104, p. 99-116.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Arrendamento portuário para fins não públicos. *Revista Brasileira de Direito Público*. Vol. 36. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 37-46.

\_\_\_\_\_. A experiência brasileira nas concessões de saneamento básico. In: Carlos Ari Sunfeld. (Org.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 349-379.

STANLAKE, George Frederik. *Introdução à Economia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *Bell Journal Of Economics and Management Science*, vol. 2, p. 3-21, 1971. Também publicado na *Chicago Studies in Political Economy*. Chicago and London: The University of Chicago Press,

1988. Publicado em português na coletânea MATTOS, Paulos (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*. 3. ed. New York/London: W.W. Norton & Company, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Onde está o princípio universal da licitação? In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Coord.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 19-38.
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- \_\_\_\_\_. Contratações Públicas e o Princípio da Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 15-41.
- \_\_\_\_\_. Serviços de telecomunicações e redes locais: o problema da separação. *Revista dos Tribunais*, v. 932, jun./2013, p. 503-522.
- \_\_\_\_\_. Autorização de serviço de telecomunicações ou aditamento da concessão? In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Pareceres: direito administrativo contratual: concessões, contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 235-241.
- \_\_\_\_\_; CÂMARA, Jacintho Arruda. Da regulação política à regulação técnica: O efeito da liberdade empresarial nos serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 26, abr./jun. 2009, p. 55-60.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17-38.
- \_\_\_\_\_. Regime Jurídico do Setor Petrolífero. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 385-396.
- \_\_\_\_\_. A Regulação de Preços e Tarifas dos Serviços de Telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 318.
- \_\_\_\_\_. A Administração Pública na era do Direito Global. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 157-168.
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Ordenador*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- TÁCITO, Caio. Autorização Administrativa. In: *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 735.
- \_\_\_\_\_. A configuração Jurídica do Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 233, jul./set. 2003, p. 373-376.
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- TAVARES, Márcia Prates; ROCHA, Bolívar Moura. Crise, concorrência e regulação no transporte aéreo doméstico brasileiro. In: ROCHA, Bolívar Moura (Coord.). A

*Regulação da Infra-Estrutura no Brasil: Balanços e propostas.* São Paulo: Levy & Salomão Advogados, 2003, p. 273-304.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Alguns aspectos sobre a estruturação da licitação no setor portuário. *Revista do Advogado*, v. 107, 2009, p. 168-178.

\_\_\_\_\_. O Estado e a iniciativa privada nos portos. *Revista Jurídica Consulex*, v. 283, 2008, p. 41.

\_\_\_\_\_. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). *Agências reguladoras.* São Paulo: Atlas, 2002, p. 145-170.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STROBER, Rolf. *Direito Administrativo.* Vol. 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social.* São Paulo: Malheiros, 2009.