

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Rogério Morina Vaz

**Autorização de polícia administrativa**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Rogério Morina Vaz

**Autorização de polícia administrativa**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, na sub-área de Direito Administrativo, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Silvio Luís Ferreira da Rocha.

SÃO PAULO

2008

Banca Examinadora

---

---

---

*Dedico este trabalho a todos que de alguma maneira contribuíram para sua realização. Primeiramente sou grato pelo auxílio institucional do CNPq. Aos meus pais Newton e Lourdes, agradeço pela vida e incentivo. Agradeço à minha esposa Liz e meus filhos Franco e Luíza pela presença e apoio incondicionais. Ao professor Silvio, agradeço pelas imprescindíveis orientações. Agradeço ainda aos meus amigos de mestrado Flávio, Gabriel e Rodrigo, que tornaram essa caminhada tão gratificante.*

## RESUMO

VAZ, Rogério Morina. **Autorização de polícia administrativa**. São Paulo, 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O desígnio foi de examinar o tratamento normativo, jurisprudencial e doutrinário adotado no Brasil em relação ao ato administrativo denominado autorização de polícia administrativa. O estudo partiu da Constituição Federal e passou por textos legais, jurisprudência e trabalhos doutrinários. Aponta-se, que a autorização de polícia é em sua essência um ato administrativo de conteúdo ampliativo, com efeito de tornar facultada – no caso concreto – conduta individual até então vedada. Sua previsão normativa torna a conduta vedada genericamente em conduta facultada individualmente, após o prévio controle da Administração Pública. Fundamenta-se na proteção do interesse público, em virtude da potencialidade danosa que esta conduta apresentaria se fosse praticada sem a observância de determinadas exigências. O tratamento doutrinário de maior expressão fica a cargo das doutrinas alemã e italiana. Observa-se que no Brasil trabalhos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema carecem de maior desenvolvimento. Em geral, a autorização de polícia é conceituada pela doutrina nacional como ato discricionário e precário, contrapondo-se ao ato de licença, que é conceituado como ato vinculado. Tal posicionamento não descreve a totalidade dos textos normativos atuais. Registra-se que o ato de autorização de polícia administrativa conceitua-se como ato administrativo produzido em exercício de controle prévio sobre a prática de determinada atividade ou a produção de ato jurídico, podendo ser vinculado ou discricionário, dependendo das suas regras de válida produção.

**Palavras-chave:** autorização, administrativa, polícia, controle prévio.

## **ABSTRACT**

VAZ, Rogério Morina. **Authorization of Administrative Policy**. Sao Paulo, 2008. (Master's Degree Thesis) – School of Law, Catholic University of Sao Paulo.

The objective was to examine the normative, jurisprudential and doctrinal treatment that is seen in Brazil in regards to the administrative act named authorization of administrative policy. The study departed from the Federal Constitution and went through legal texts, doctrinal jurisprudence and works. It was pointed out that in essence it is an administrative act of ampliative content, with the ability to, in the concrete case, convert into authorized an individual behavior that was forbidden until then. Its normative forecast makes the behavior generically forbidden, being able to be authorized individually, after the previous control of the Public Administration; and bases itself on the protection of the public interest, given the harmful consequences that the behavior presents if practiced without respecting certain requirements. The most reputable doctrinal treatment are the German and the Italian doctrines. In Brazil the doctrinal and jurisprudence works on this theme require further development. In general, the domestic doctrine considers the policy authorization as a discretionary and precarious act, in contrast of a license act, that is considered as a tied act. Such positioning does not describe the totality of the current normative texts. It was registered that the act of authorization of administrative policy is tied or discretionary depending on the rules of valid production, and it is the administrative act produced in exercise of previous control over the practice of determined activity or the production of a legal act.

**Key words:** authorization, administrative, policy, previous control.

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1 – Autorização.....	12
1.1. Considerações iniciais.....	12
1.2. Problema semântico.....	14
1.3. Constituição Federal de 1988.....	16
1.3.1. Autorização de polícia administrativa .....	17
1.3.1.1. Autorização no inciso XVI do Artigo 5º da Constituição Federal.....	17
1.3.1.2. Autorização no inciso XVIII do Artigo 5º e no inciso I do artigo 8º da Constituição Federal.....	19
1.3.1.3. Autorização no inciso VI do Artigo 21 e no inciso II do artigo 209 da Constituição Federal.....	20
1.3.1.4. Autorização no parágrafo único do Artigo 170 da Constituição Federal.....	21
1.3.1.5. Autorização nos incisos XI e XII do Artigo 21 e no Artigo 223 da Constituição Federal.....	22
1.3.1.5.1. Posições doutrinárias.....	23
1.3.1.5.2. Conceituação de Serviço Público .....	29
1.3.1.5.3. Autorização: mecanismo próprio para controle de atividades em regime privado.....	31
1.3.1.5.4. A legislação e a jurisprudência.....	35
1.3.1.5.5. Conclusão acerca da acepção jurídica que a autorização é utilizada nos incisos XI e XII do Artigo 21 e no Artigo 223 da Constituição Federal.....	42
1.3.1.6. Autorização prevista pelo § 4º do Artigo 174, e pelos § 1º, § 3º e § 4º do Artigo 176 da Constituição Federal, na acepção de poder de polícia administrativa sobre a atividade de pesquisa de jazida mineral.....	44
1.3.2. Autorização prevista pelo inciso XVI do Artigo 49, Artigo 190 e pelo § 3º do Artigo 231 da Constituição Federal, como ato administrativo de controle produzido pelo Congresso Nacional em exercício atípico de função executiva.....	46
1.3.3. Autorização Artigo 181 da Constituição Federal - Poder de polícia, como ato de controle estatal geral sobre os indivíduos que se submetem à sua vigência normativa.....	47

1.3.4. Autorização, referida no inciso XV do Artigo 49 da Constituição Federal.....	47
1.3.5. Autorização prevista no inciso XXI do Artigo 5º da Constituição Federal, acepção de mandato civil.....	48
1.3.6. Autorização prevista no inciso XXIII, letras ‘b’ e ‘c’ do Artigo 21; no parágrafo único do Artigo 22; no inciso V do Artigo 177; e no § 2º do Artigo 184 da Constituição Federal, sem qualquer conteúdo jurídico.....	48
1.3.7. Autorização na acepção de ato judicial em controle de ato executivo.....	49
1.3.7.1. Controle judicial nos moldes do § 2º do art. 100 da CF.....	49
1.3.7.2. Autorização nos incisos XIX e XX do Artigo 37 da Constituição Federal.....	50
1.3.7.3. Autorização referida (total geral de 8 vezes) pelos incisos II e III do Artigo 49; e pelo inciso I do § 6º do Artigo 56; pelos incisos XIX e XX do Artigo 84; pelo caput do Artigo 137, e parágrafo único do mesmo artigo; e pelo §2º do Artigo 138 da Constituição Federal.....	50
1.3.7.4. Autorização, prevista pelo § 2º do Artigo 128 da Constituição Federal como ato de controle do Senado sobre atos do Presidente da República.....	52
1.3.7.5. Autorização na acepção de controle parlamentar sobre o gasto do dinheiro público.....	52
1.3.8. Autorização na acepção de ato judicial em controle de ato executivo.....	54
1.3.8.1. Controle judicial nos moldes do § 2º do Artigo 100 da Constituição Federal.....	54
1.3.8.2. Autorização, no inciso III, parágrafo 3º do Artigo 136 da Constituição Federal.....	55
1.3.9. Autorização na acepção controle parlamentar interno, prevista pelo inciso I do Artigo 51 da Constituição Federal, na acepção de controle prévio da Câmara dos Deputados sobre os atos do Senado.....	55
1.3.10. Autorização na acepção de controle hierárquico prevista no inciso VII do Artigo 93 e no § 2º do Artigo 129 da Constituição Federal.....	56
1.4. Síntese do capítulo.....	57
CAPÍTULO 2 – Autorização de polícia administrativa.....	60
2.1. Autorização de polícia administrativa e autorização hierárquica.....	60
2.1.2. A diferença básica entre as duas acepções de autorização administrativa que aparecem na Constituição.....	61
2.2. Considerações práticas sobre a previsão da autorização de polícia administrativa por decorrência do seu conteúdo.....	61

2.3. Os efeitos da autorização de polícia administrativa nos modais deônticos.....	64
2.4. Autorização de polícia administrativa “revoga” a proibição ou a obrigação imposta pela norma geral?.....	66
2.5. Ato administrativo de autorização de polícia - Título extrajudicial - Individualidade e concretude.....	67
2.5.1. Quanto à formação do ato: Unilateralidade.....	69
CAPÍTULO 3 – Autorização de Polícia administrativa?.....	71
3.1. Intervenção na Liberdade.....	71
3.1.1. Justificativa da terminologia adotada: “intervenção na liberdade”.....	74
3.2. Porque a denominação autorização? E porque autorização de polícia?.....	75
3.3. Autorização administrativa de polícia: Requisitos exigidos por lei devem ter pertinência lógica com o dano a ser evitado.....	79
3.4. Substrato fático - Potencialidade nociva: Controle prévio.....	81
3.4.1. Controle prévio: de ato jurídico.....	82
3.5. Crítica ao posicionamento doutrinário que registra ser o controle prévio mais restritivo que o controle <i>a posteriori</i> .....	84
CAPÍTULO 4 – Principais teorias doutrinárias.....	87
4.1. Doutrina Alemã: proibição com exceção de autorização.....	87
4.2. Doutrina Italiana.....	93
4.3. Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernández Rodrigues.....	97
4.4. Doutrina Portuguesa .....	102
4.5. Doutrina Argentina .....	108
4.6. Doutrina Mexicana – Gabino Fraga.....	110
4.7. Doutrina Brasileira.....	111
CAPÍTULO 5 – Crise do conceito tradicional de Autorização Administrativa.....	116
5.1. Discricionariedade e vinculação.....	116
CAPÍTULO 6 – Extinção do ato de autorização de polícia administrativa.....	127
6.1. Elementos e pressupostos do ato de polícia administrativa.....	127
6.1.1. Elementos do ato autorização de polícia administrativa.....	128

6.1.2. Pressupostos do ato.....	128
6.1.2.1. Pressuposto de existência.....	128
6.1.2.2. Pressupostos de validade.....	129
6.2. Extinção do ato de autorização de polícia administrativa.....	132
6.2.1. Precariedade.....	136
6.2.2. O que significa dizer que um ato jurídico é precário?.....	137
CAPÍTULO 7 – A autorização de polícia e outros atos benéficos.....	142
7.1. Há diferença entre autorização administrativa de polícia e licença?.....	142
7.2. Diferença entre autorização administrativa de polícia e concessão.....	143
7.3. Diferença entre autorização de polícia e dispensa .....	145
7.4. Diferença entre autorização e aprovação.....	146
7.5. Diferença entre autorização e homologação.....	150
7.6. Diferença entre autorização e admissão.....	150
CAPÍTULO 8 – FECHO FINAL.....	151
BIBLIOGRAFIA .....	157

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho é desenvolvido como dissertação de mestrado na área de Direito do Estado, com concentração em Direito Administrativo.

Durante o curso nossos estudos foram conduzidos a temas propedêuticos como a função administrativa e o regime jurídico peculiar do ato administrativo, visando o contato do mestrando com o conteúdo básico estrutural do Direito Administrativo.

Durante a realização desses estudos, uma espécie de ato administrativo nos chamou atenção pela falta de unidade do trato doutrinário, jurisprudencial e legal.

O ato administrativo eleito é a autorização administrativa praticada no exercício de função administrativa de polícia, denominada como autorização de polícia administrativa.

A escolha foi feita com o intuito de focar o ato de autorização administrativa em sua acepção mais relevante. A doutrina aceita a autorização administrativa em outras acepções como autorização de uso de bem público e autorização hierárquica, mas é como instrumento jurídico produzido no exercício concreto da função de polícia administrativa que surgem as maiores contrariedades doutrinárias, no que diz respeito as suas regras de válida produção (discricionariedade e vinculação) e a estabilidade de seus efeitos.

As reformas constitucionais da década de 90 inauguraram um novo momento legislativo para a figura da autorização administrativa, o que torna o trabalho ainda mais útil.

A intenção deste trabalho não é de inovar no tema, mas tão somente, contribuir para o seu debate e conseqüente amadurecimento, nem que seja através das críticas que certamente merecerá por parte dos Doutos.

A pesquisa foi elaborada mediante consulta à legislação nacional, à jurisprudência, parte da doutrina estrangeira clássica, e na doutrina pátria.

## CAPÍTULO 1 - AUTORIZAÇÃO

### 1.1. Considerações iniciais

O presente trabalho tem como foco o ato administrativo autorização de polícia administrativa.

A autorização de polícia administrativa está inserida em um contexto interventivo estatal sobre o homem social. A exigência legislativa de autorização estatal para tornar lícita determinada conduta individual é trabalho normativo inserido no tema das limitações das liberdades, visando conformar os direitos individuais com o interesse social comum. Olhando o ambiente da multifacetária função administrativa, a figura *iuris* eleita, será encontrada nas atuações de ordenação e controle da Administração, ao lado das atuações prestacionais.

O tema não é novo, a doutrina nacional durante tempos teve posição formada definindo o ato autorização administrativa, independentemente da acepção que tivesse, como ato administrativo unilateral, discricionário e precário através do qual se faculta ao particular o exercício de uma atividade, classificando-a como autorização de polícia, hierárquica e de uso de bem público. A partir da década de noventa, com as alterações ocorridas no texto constitucional prevendo o ato de autorização dentro de setores de serviços até então reservados à delegação e concessão poderia se questionar o surgimento da autorização em mais uma acepção.

Na opinião de alguns, em contrariedade à de outros, a resposta seria afirmativa: teríamos a presença da autorização administrativa como mecanismo de delegação para exploração serviço público pelo particular. Por decorrência desse quadro legislativo inovado, a tradicional definição passa a sofrer contestação.

Quanto à acepção de autorização de uso de bem público há doutrinadores que não apontam essa acepção, preferindo denominá-la como permissão de uso, mas sem qualquer diferencial relevante, pois tanto em um caso como no outro, apontam os mesmos traços da discricionariedade, da precariedade e unilateralidade. Neste trabalho não foram realizadas pesquisas específicas sobre tal acepção, reservamo-nos, portanto essa rápida menção, para dar ao leitor a noção exata do contexto no qual está inserida a autorização de polícia

administrativa, e o porquê não podemos simplesmente designar o ato como autorização administrativa.

Dentro de uma gama de atos que têm o efeito de ampliar a esfera jurídica do interessado (autorização, concessão, aprovação, dispensa, permissão, licença, admissão), o relevante é o contraponto que a doutrina faz da autorização de polícia administrativa com o ato de licença, que apesar de terem o mesmo efeito constitutivo, essa seria essencialmente discricionária, enquanto aquele ato vinculado.

A visita ao contexto constitucional e legislativo demonstra que a conceituação tradicional de autorização administrativa, na acepção eleita para o trabalho, como discricionário e precário, na nossa opinião, não expressa a realidade jurídica em sua totalidade. Esse critério diferenciador eleito pela doutrina não está amparado no direito posto. Só para ilustrar, evitando divagações, o parágrafo único do Art. 170 da Constituição Federal, quando prevê a possibilidade de limitação legislativa à livre iniciativa econômica, designa que essa limitação deverá ser feita mediante a exigência de autorização estatal para tal exploração, matéria inserida no terreno jurídico de direitos fundamentais da autodeterminação, da igualdade e da livre concorrência, onde certamente não se coaduna com julgamento fundado em oportunidade ou conveniência.

Partindo verticalmente para dentro do sistema normativo, percebeu-se que a Constituição previu o ato jurídico “autorização” em várias acepções. Ora como autorização de polícia administrativa (que nos interessa especificamente); ora sem qualquer efeito jurídico (utilizada como palavra que define os efeitos de outro ato benéfico); ora como autorização administrativa hierárquica; ora como autorização emanada no controle entre poderes; e ainda é encontrada a autorização privada.

Portanto, desde já registra-se que a autorização não é patrícia de nenhum ramo jurídico específico, mas ao contrário, se trata de ato jurídico da seara maior do Direito, pois será ato jurídico praticado pelo particular, pelo executivo, pelo judiciário, pelo legislativo, devendo ser respeitado e apontadas as suas peculiaridades, em cada um desses momentos, tendo em vista a finalidade específica do instrumento.

## 1.2. Problema semântico

Antes de iniciarmos apontamentos jurídicos, é relevante o problema congênito da palavra autorização, que acaba acompanhado-a ordenamento jurídico adentro. A palavra tem larga extensão semântica. Essa largueza advinda da vaguidade e ambivalência de sentidos, possibilita o uso amplo em vários contextos sociais como sinônimo de ato permissivo, atribuidor de liberdade, na função de designar que o sujeito autorizado está liberado para fazer, ou lhe foi permitido fazer algo que, anteriormente ao ato não poderia.<sup>1</sup>

No sentido comum, como já dito, autorizar é dar consentimento para fazer algo, outorgar poder específico, permitir-se determinada prática, noções assaz simplificadas que pouco ou nada auxiliam ou informam na busca da individualização da figura, pois vários outros atos jurídicos, em tese, teriam a mesma finalidade (permissão, concessão, licença, dispensa, aprovação).

Tal generalidade semântica, por óbvio, em nada contribui para o estudo da espécie ato administrativo de autorização, mas também em nada vicia o instituto, à medida que, é um instituto jurídico criado e regulado dentro dos quadrantes do Direito, e não fora, portanto é neste quadrante que deverão ser encontradas suas características e especificações.

Não se pode negar que do sentido comum da palavra, há um mínimo semântico irreduzível que o Direito não pode desprezar, qual seja, seu significado de “dar” consentimento para realizar algo, “outorgar” poder para fazer algo, “permitir” determinada

---

<sup>1</sup> O problema da linguagem (enquanto processo simbólico de representação) não será diretamente debatido neste trabalho, sob pena de desvio da rota principal, o que não impede a constatação que o “obstáculo da língua” é recorrente no estudo do Direito, na medida em que as leis, enquanto textos escritos são destinados aos intérpretes que irão extrair a prescrição normativa, necessitando, portanto, de interpretação. Interpretação se entende por exercício de decodificação, praticado através de técnicas válidas, que por mais avançadas que estejam, tendo em vista a objetividade, há casos, em que essas técnicas sucumbirão diante de paredes intransponíveis à objetividade, surgindo certo espaço para subjetividade conclusiva do agente decodificador; o que sem dúvida não colabora para a busca da certeza e da verdade nas afirmações descritivas. Esses casos normalmente surgem diante de palavras como a “autorização”, selecionadas indistintamente no dia-a-dia, em diversos contextos sociais sem uma homogeneidade conceitual precisa, resiste a uma conceituação única de modo a restar dúvidas quanto a seu alcance conceitual. O que de outra sorte, não é problema exclusivo da palavra autorização, e conforme, assevera Genaro Carrió, os grandes problemas da teoria jurídica passam pela significação vagas, e às vezes ambíguas, de uma mesma palavra. Sobre o tema ver Genaro CARRIÓ R. em sua obra *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4. ed. Buenos Aires: Abeleto – Perrot, 1990, p.33, para quem palavra vaga é aquela que não há dúvida quanto ao significado, mas na utilização da palavra poderá gerar dúvida se determinado fato ou objeto concreto está incluso no seu raio de ação ou não. Há casos de certeza, que ninguém dúvida que tal fato ou objeto se inclui ou exclui da extensão conceitual da palavra, mas haverá áreas de penumbra, onde não haverá elementos de certeza para incluir ou excluir, gerando dúvidas quanto à subsunção do fato ou do objeto ao raio de significação da palavra. Sobre o tema ver ainda na mesma obra pp. 136-137.

prática. Mesmo reconhecendo um mínimo semântico irreduzível, é necessário apontar que essa noção simplificada de “autorização” não é o bastante para descrever a figura, pois pelo fato de ser um ato jurídico do ambiente geral do direito está inserida em vários regimes jurídicos distintos, não sendo verdadeiro falar em um único “ato de autorização”, mas sim deve-se buscar apontar a sua individualização, no tocante ao seu conteúdo, seus pressupostos de validade e eficácia de acordo com cada contexto jurídico.

Os dicionários da língua nos dão o sentido léxico<sup>2</sup>, que de maneira comum explicitam:

- Autorizar: verbo transitivo direto que na linguagem corrente tem os significados de: dar autoridade ou autorização para; dar permissão a; abonar; aprovar, confirmar. Tendo como antônimo o verbo: negar, desautorizar, proibir. Autorização (autorizar + ação) com a significação de: a ação de autorizar; a ação de permitir, a ação de consentir.

Quanto à etimologia da palavra, segundo dicionário Houaiss<sup>3</sup> é atribuído pela maioria dos autores a um latim medieval *auctorizare*, com significado de confirmar.

Essa definição da palavra autorização como sinônimo de permitir, consentir não a diferencia em relação à concessão e a permissão que são figuras jurídicas autônomas, gerando no ouvinte, uma confusão semântica ao usar tais palavras na definição de “autorização administrativa”.

Ainda é comum encontrar na legislação a utilização da palavra autorização como mera consequência, ou efeito de um ato permissivo anterior, o que, de sobremaneira, confunde o trato autônomo do instituto, e permite certa arbitrariedade descritiva no seu trato.

Caio Tácito registra que o conceito de autorização, em tanto que se esmeram o direito italiano e alemão, não tem merecido entre nós estudos aprofundados. O emprego da expressão nem sempre adquire precisão terminológica, confundindo-se com outros instrumentos afins, porém distintos, como a concessão, a aprovação e a licença.<sup>4</sup>

Feito o alerta do problema congênito da palavra autorização, passamos ao debate eminentemente jurídico, começando pela identificação de quais e quantas acepções o ato é previsto na Constituição Federal.

---

<sup>2</sup> Verbete *Autorizar*. Aurélio Buarque Holanda FERREIRA. *Novo Aurélio século XXI. O dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 236.

<sup>3</sup> Verbete *Autorizar*. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Antonio HOUAISS, Mauro Salles Villar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 352.

<sup>4</sup> Caio TÁCITO. *Autorização Administrativa*. Temas de direito público: (estudos e pareceres), V.1, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp.735-740.

### 1.3. Constituição Federal de 1988<sup>5</sup>

O Texto constitucional utiliza os termos “autorização”, “autorizar” ou “autorizado”, 54 (cinquenta e três vezes), em 7 (sete) acepções distintas, nem todas como ato de autorização administrativa. São elas:

- a) acepção de autorização de polícia administrativa (relação de controle Estado x cidadão);
- b) acepção de mandato civil (relação entre particulares);
- c) acepção de controle do Legislativo sobre atos do Executivo (relação de controle institucional);
- d) acepção de controle da Câmara dos Deputados sobre o Senado (relação de controle parlamentar interno);
- e) em acepção semântica sem qualquer efeito jurídico;
- f) acepção de controle do Judiciário sobre os atos do Executivo (controle de juridicidade);
- g) em acepção de controle hierárquico (relação Estado e servidor público).

Mesmo diante das diversas acepções jurídicas que proporcionam diferenças entre as autorizações — afinal cada uma delas foi idealizada pelo constituinte em razão de finalidades distintas — um traço jurídico unificador sempre será verificado, qual seja, é um ato jurídico com efeito atribuidor de faculdade para o solicitante praticar uma conduta material específica ou produzir um ato jurídico, anteriormente vedados; ou seja, é instrumento jurídico concreto com efeito de tornar lícita conduta especificada, até então genericamente ou individualmente (no caso de obrigações negativas contratuais) vedadas.

De acordo com entendimento de José Cretella Junior, o que a autorização faz, e o autor está se referindo à autorização administrativa, é uma derrogação da proibição legal, possibilitando ao interessado solicitante o desempenho, em concreto, de uma potencialidade.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Atualizada até a Emenda Constitucional nº 56 de 21 de Dezembro de 2007.

<sup>6</sup> José CRETELLA JÚNIOR. *Definição da Autorização Administrativa*. Revistas dos Tribunais. Ano 92. Vol. 813. 2003, p.763.

### **1.3.1. Autorização de polícia administrativa<sup>7</sup>**

#### **1.3.1.1. Autorização no inciso XVI do Artigo 5º da Constituição Federal**

A primeira vez que o termo aparece no texto constitucional é no artigo. 5º, inciso XVI, que assegura a todos o direito de reunião pacífica, sem armas, em local aberto ao público, independentemente de autorização, desde que, não frustre outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

Como é próprio dos direitos assegurados no artigo 5º da CF, aponta-se a força positiva do comando normativo instituindo liberdade constitucionalmente assegurada, e sua força negativa limitadora do Poder estatal.

Levando em consideração a primazia vertical da Constituição sobre as demais normas jurídicas e considerando a relação interna formal de suas normas, pode-se apontar que o referido inciso, traz a primeira abordagem do termo “autorização” no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que de maneira negativa. De passagem cumpre consignar que o inciso abordando “independente de autorização”, possibilita ao intérprete racionalmente identificar os efeitos jurídicos do ato caso ele fosse exigido.

Se o ato de autorização tem como pressuposto lógico uma proibição, logo, quando for desnecessário obtê-la, estar-se-á diante de um direito de liberdade. Se a autorização fosse exigida, seria proibida a reunião em local público, antes de obtê-la, não haveria direito de reunião.

---

<sup>7</sup> O termo “polícia” não é utilizado em sentido amplo de poder de polícia estatal que englobaria também os atos do Poder Legislativo com finalidade de condicionar a vida social. Mas somente no sentido estrito de poder de polícia administrativa de natureza fiscalizatória, ordenadora, controladora, com o fim de manter a segurança, a salubridade pública, a ordem visando a convivência ordenada dos atores sociais. Excluimos do termo a noção de polícia judiciária exercida por organismos policiais com o fim de instruir persecução penal. Sobre a finalidade do “poder de polícia”, em geral, Jean Rivero registra que a polícia administrativa tem por fim prevenir os atentados à ordem pública. Jean RIVERO, *Direito Administrativo*, tradução de Doutor Rogério Ehrhart Soares, Coimbra : Livraria Almedina, 1981, p. 488. Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, em seu *Curso de Direito Administrativo*, 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p.805, faz ressalvas sobre a inadequação do termo “poder de polícia”. Assevera que o cidadão, por força da Constituição Federal e das leis, recebe uma série de direitos, no entanto, o exercício de tais direitos cumpre que seja compatível com o bem estar-social, de modo que, os direitos individuais da liberdade e da propriedade não impliquem em desrespeito ou turbação à mesma liberdade dos demais, ou ainda em barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos.

Já que o inciso garante a desnecessidade da autorização como requisito de licitude ao exercício do direito de reunião, afirma-se que a Constituição garantiu, contra qualquer ato estatal (legislativo, executivo e judiciário) o direito de liberdade de reunião.

Para demonstrar o aludido, do inciso em comento, se extrai as seguintes normas:

I - O Estado está proibido de exigir autorização para reunião pacífica em locais públicos.

II - O cidadão tem a faculdade de se reunir pacificamente.

III - O Estado é obrigado aceitar que o cidadão se reúna pacificamente.

Outro comando normativo que inicialmente poderia parecer válido, mas que sob melhor análise não prevalece seria:

IV – O direito de liberdade de reunião é absoluto.

Essa norma não prevalece, pois o direito de liberdade de reunião está formatado a ser pacífico, sem armas, e mediante aviso prévio, portanto o direito de reunião está delimitado nos termos constitucionais. Fora dessas condições o Estado deverá impedir ou refrear a reunião.

A autorização está referida no artigo de maneira negativa. Mas, ainda assim, é possível extrair algumas de suas características jurídicas, vejamos:

A – Pelo inciso, o Estado deve ser avisado. Então autorização não teria fins de notificar, de cientificar, pois o inciso exige aviso prévio ao Estado e não exige autorização.

B – Se há necessidade de aviso prévio, e a norma diz independentemente de autorização, significa dizer que ao Estado avisado, não caberá deliberar ou decidir sobre a realização de tal reunião.

Portanto, é possível observar que a norma vedou o influxo de efeitos decisórios que poderiam eclodir em juízo prévio a respeito de determinada prática. Ou seja, ao Estado não caberá decidir previamente sobre a licitude ou conveniência de reunião pacífica e sem armas. A autorização administrativa é idealizada pelo Constituinte como ato de natureza decisória.

C – Avisado, o Estado deverá em nome do interesse público, fiscalizar, em operação posteriormente ao início, e durante toda a realização efetiva da reunião, se essa é pacífica, se estão portando armas, ou se na realidade concreta estão frustrando outra reunião; situações fáticas que se ocorridas, exigem a atuação do Estado no sentido de debelar o movimento.

Portanto, para encerrar, o comando normativo do referido inciso, poderia vir assim transcrito: Todos, após aviso, têm o direito de reunir-se pacificamente em local aberto ao público, sem armas, e sem frustrar reunião anteriormente convocada para o mesmo local, independente de qualquer decisão prévia do Estado quanto à licitude ou oportunidade da reunião, devendo este fiscalizar se as pessoas portam armas, se é pacífica ou se frustram outra reunião.

### **1.3.1.2. Autorização no inciso XVIII do Artigo 5º e no inciso I do artigo 8º da Constituição Federal**

No inciso XVIII, do mesmo artigo 5º, bem como em relação ao inciso I do artigo 8º da Constituição Federal, é utilizado o termo autorização na mesma esteira do aludido acima. A Constituição veda a exigência de autorização para a criação de associações, de cooperativas e fundação de sindicatos.<sup>8</sup>

Portanto, resta evidente que a exigência de uma autorização administrativa seria o mesmo que dizer que estariam genericamente proibidas tais condutas, sem antes obter deferimento do Estado em exercício de controle prévio das liberdades, ou seja, se a norma abstrata exige autorização, tornar-se proibida uma conduta, que poderá ser lícita após uma análise estatal individualizada.

E de outra maneira, no instante que a Constituição veda expressamente a exigência de autorização estatal para reuniões, criação de associações, cooperativas e sindicatos, delimita e conforma de maneira intangível o campo e a extensão do direito a essas faculdades civis, protegendo suas fronteiras inclusive contra os intentos do Poder Constituinte Reformador, por força do parágrafo 4º, inc.IV do Art. 60 da CF.

Como o direito é meramente instrumental<sup>9</sup>, vale a referência: tais direitos são instrumentos fortes para a viabilização em concreto da manifestação de classes, da luta pelos

---

<sup>8</sup> Sobre a liberdade de fundar sindicato ver ADI 1.121-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-9-95, *DJ* de 6-10-95; MI 144, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 3-8-92, *DJ* de 28-5-93; no mesmo sentido: RE 222.285-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 26-2-02, *DJ* de 22-3-02, decisões retiradas do sítio [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), na data de 24 de agosto de 2008.

<sup>9</sup> Nas palavras de Geraldo ATALIBA, “Consiste o caráter instrumental do direito nesta qualidade que todos reconhecem à norma jurídica de servir de meio posto à disposição das vontades para obter, mediante comportamentos humanos, o alcance das finalidades desejadas pelos titulares daquelas vontades. Os objetivos que dependem de comportamentos humanos podem ter no direito excelente instrumento de alcance”. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.p.25.

direitos sociais, pluralismo de idéias; eventos populares, que por sua vez, são os meios inerentes ao alcance de objetivos de uma República que se funda na dignidade da pessoa humana, na cidadania, no pluralismo político, nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa, conforme reza o Art. 1º da Constituição Federal.

### **1.3.1.3. Autorização no inciso VI do Artigo 21 e no inciso II do artigo 209 da Constituição Federal**

Nas acepções anteriores observou-se o ato jurídico de autorização negativamente inserido no contexto fático e jurídico do direito às manifestações populares, do direito à organização civil da sociedade, da defesa de direitos de classes e do sindicalismo. No inciso VI do artigo 21 da Constituição o ato de autorização está inserido no campo fático da economia e no contexto jurídico do direito à autodeterminação e da propriedade privada, aparecendo como instrumento jurídico próprio para colmatar a tensão formada pela intervenção Estatal na propriedade e na liberdade.

A referida norma reza competir à União autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico.<sup>10</sup>

Do inciso se extrai as normas:

A – É proibida a comercialização e a produção de materiais bélicos.

B – O agente autorizado pode explorá-la licitamente.

A norma em cotejo vedou a atividade, diminuindo a esfera das faculdades gerais do particular, possibilitando, no entanto que, o interessado possa individualmente receber a autorização para exploração. As razões de cunho pragmático que levam à proibição de uma atividade estão assentadas na potencialidade nociva da atividade. Assim como a previsão da possibilidade de exercício após um controle detido das condições subjetivas e objetivas do agente executor (verificação proporcionada pelo instrumento jurídico da autorização), pragmaticamente, se assenta na experiência que a potencialidade nociva da atividade pode ser

---

<sup>10</sup> Pela leitura é possível confirmar o que foi dito anteriormente, que autorização se **tratará sempre de decisão prévia** atinente a determinada conduta, pois o inciso exige além da decisão prévia, a fiscalização que se trata de atividade de acompanhamento de execução. Se a autorização fosse um ato a ser praticado pela União após a comercialização e produção de material bélico, utilizaria primeiramente o termo fiscalizar e depois o termo autorizar, pois se fosse controle posterior precisaria primeiro fiscalizar para saber se autorizaria.

cessada ou diminuída a índices tão baixos, que é interessante, tendo em vista o progresso e o desenvolvimento da economia, que a atividade seja desenvolvida.

Juridicamente a previsão da autorização possibilita o equilíbrio entre o interesse coletivo e a proporcionalidade na intervenção sobre a liberdade e a propriedade do indivíduo, no momento que veda a atividade, possibilitando tal exercício após decisão estatal no caso concreto.

De igual natureza jurídica é a regulação do inciso II do Art. 209 da CF que prevê o ensino ser livre à iniciativa privada, desde que autorizado pelo Poder Público.<sup>11</sup>

Vale frisar que a autorização aparece neste contexto, prevista como possível mecanismo jurídico a serviço da intervenção estatal na economia, assim, como ocorre com a previsão do parágrafo único do Art. 170 da CF, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos específicos em lei.<sup>12</sup>

#### **1.3.1.4. Autorização no parágrafo único do Artigo 170 da Constituição Federal**

Neste artigo, assim como nos anteriores, a autorização aparece como mecanismo jurídico a ser produzido dentro de uma relação jurídica administrativa entre Estado e o particular, prevista legalmente para equilibrar o interesse indivíduo e o bem comum, acautelando a sociedade dos danos que determinadas atividades, apesar de não serem indesejáveis, potencialmente apresentam-se nocivas ao seio social em caso de exercício indiscriminado

É com assento nesta razão de cunho fenomênico, qual seja, o potencial de danosidade que algumas atividades demonstram se forem exercidas sem zelo medido, que a Constituição,

---

<sup>11</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.”

<sup>12</sup> Para o comércio e a produção de materiais bélicos, e para a exploração do ensino, a exigência e a necessidade de autorização já decorreu da Constituição e a competência é exclusiva da União. Não seria uma limitação criada pela lei, mas decorrente do próprio texto maior, ordenando ao legislador que preveja em lei o ato administrativo de autorização, necessário para tal mister. Já em relação ao parágrafo único do Art. 170 da CF, a regra é da liberdade *ab initio*, sendo lícito constitucionalmente o particular se lançar em qualquer atividade sem necessidade de decisão estatal prévia. Mas há a possibilidade da exigência de autorização. Como o parágrafo único do artigo 170 da CF não se refere materialmente a nenhuma atividade, deixa um largo campo material ao legislador que, ao regular os requisitos e as condições para outorga do ato, deverá sempre respeito ao princípio da igualdade, da autodeterminação, da livre concorrência, da propriedade, e da pertinência lógica dos requisitos objetivos exigidos, com o dano que se quer evitar.

e as leis, visando proteger o interesse coletivo, mas sem olvidar da livre iniciativa como mola propulsora da economia de mercado, do desenvolvimento social, da erradicação da pobreza, da autodeterminação do indivíduo, exigem que o interessado obtenha, de maneira prévia, um título jurídico, produzido após análise verificadora das condições subjetivas e objetivas exigidas, com conteúdo atribuidor de faculdade para tal exploração.

### **1.3.1.5. Autorização nos incisos XI e XII do Artigo 21 e no Artigo 223 da Constituição Federal**

O artigo 21, nos seus incisos XI<sup>13</sup> e XII<sup>14</sup> e o artigo 223<sup>15</sup> da Constituição elencam determinados serviços, cuja exploração compete à União, que poderá mediante autorização, concessão ou permissão delegar tal atribuições aos particulares.

Neste contexto o termo autorização está sendo utilizado ao lado dos termos concessão e permissão, como um dos legítimos mecanismo jurídicos que facultariam a exploração pelo privado de serviços que *prima facie* poderiam ser identificados como desafetos constitucionalmente ao particular (diferente do ocorrido nos art. 21 inc.VI, art. 170 e art. 209 da CF), na medida em que a competência pela exploração está atribuída ao ente político específico, sugerindo assim, em razão da titularidade pela exploração, uma conclusão por inerência, que seriam serviços públicos. Sendo serviços públicos, logo a autorização seria mais um modo de delegação de serviço público ao lado da concessão e permissão.

A opinião doutrinária não se faz remansosa a esse respeito. Defendem alguns que há serviços públicos autorizados e outros que a autorização está sendo usada com sua finalidade comum, de autorização de polícia administrativa no controle de atividades econômicas.

---

<sup>13</sup> O inciso XI trata dos serviços de telecomunicações que estão regulados pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16.07.1997).

<sup>14</sup> O inciso XII trata dos seguintes serviços: a – os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b – os serviços de instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situem os potenciais hidroenergéticos; c – a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d – os serviços de transportes ferroviários e aquaviários entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites do Estado ou Território; e – os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f – os portos marítimos, fluviais e lacustres;

<sup>15</sup> O Art. 223: “Compete ao poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens, observando o princípio da complementariedade dos sistemas privados, público e estatal.”

### 1.3.1.5.1. Posições doutrinárias

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>16</sup> aponta que o vocábulo “autorização administrativa” é utilizado para designar indistintamente situações jurídicas que se assemelham em parte, mas se diferenciam em outra, elencando autorização de polícia, autorização para o uso exclusivo de um bem público, autorização para prestação de um serviço público de titularidade dos entes federativos ao particular. Sobre essa última acepção, revendo posição firmada até a 17ª edição do seu livro “Direito Administrativo”<sup>17</sup>, quando defendia que autorização não existia como forma de delegação de serviço prestado ao público, porque o serviço era prestado no interesse exclusivo do autorizatário<sup>18</sup>, passa a defender a partir da 18ª edição, que autorização referida nos incisos em cotejo, é um ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração do serviço público a título precário.

Para a autora, o critério que determinará se a delegação se dará por autorização ou concessão ou permissão, será a verificação dos destinatários do serviço. Se for prestação a terceiros, mecanismos da concessão ou permissão. Já a autorização se prestaria para delegação de serviços públicos onde a execução ocorreria em próprio benefício do autorizatário. A autora deixa bem claro que o fundamento da sua opinião está na reserva constitucional da titularidade do serviço à União, tanto é que, classifica autorização para explorar ensino e saúde, como autorização de polícia, pois são atividades abertas ao mercado, ou serviços público impróprios; mas no caso do Art. 21, XI e XII, são serviços públicos próprios, tratando-se de autorização de serviço público.

Exemplo da posição anterior da autora encontra-se também na sua obra “Parcerias na Administração Pública”, com edição no ano de 2005, na qual diferenciou concessão e permissão de autorização, porque através daquelas haveria delegação do Poder Público de uma atividade que vai atender a necessidades coletivas, definida em lei como serviço público, e que por isso mesmo devem ser prestada sob o regime jurídico parcialmente público, sujeitos a continuidade, mutabilidade, igualdade entre os usuários; já às autorizações não se aplicaria o regime parcialmente público nem as prerrogativas, e acrescenta sobre a natureza ínsita da autorização:

---

<sup>16</sup> Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*. 21. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p.215.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Fundada a autora no critério do substrato material da noção de serviço público que é a prestação a generalidade de pessoas.

Precisamente, por ser a autorização dada no interesse exclusivo do particular, não há necessidade de que lhe sejam delegadas prerrogativas públicas. O poder público titular do serviço dá a autorização com base no poder de polícia do Estado e, com base nesse mesmo poder, estabelece as condições em que a atividade será exercida e fiscaliza o exercício da atividade.<sup>19</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>20</sup>, sem olvidar da crítica ao desenvolvimento legislativo constitucional da década de 90 em relação ao temas afetos aos serviços públicos, entende que não obstante a utilização do termo autorização ao lado de concessão e permissão, o Art. 175 da CF deixa bastante claro que só estão contempladas pela Constituição duas formas normais de outorga a terceiros do direito de explorar serviço público.

Segundo ao autor, a expressão autorização que aparece no inc. XI e XII do Art. 21 da CF, tem em mira duas espécies de situações:

A – Uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço de telecomunicações, como o de radioamador ou de interligação de empresas por cabo de fibras óticas, mas não propriamente serviço público, mas serviço de interesse privado delas próprias, tal como anotamos no n. 4 e nota de rodapé 7<sup>21</sup>. Aí então a palavra autorização foi usada no sentido corrente do 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 interesses público;

B – Outra, a de abranger casos em que efetivamente está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes

---

<sup>19</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público Privada e outras formas*, 5. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 153.

<sup>20</sup> *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, PP. 678 -679.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p.663 Explanando sob o substrato material da noção de serviço público, aponta que na atividade estatal denominada serviço público sob a prestação consiste no oferecimento, aos administrados em geral. Neste momento insere nota de rodapé 7, ao item n.4, e esclarece: “Com efeito se assim não fosse, é bem de ver que o serviço não seria público, não seria voltado para satisfazer a coletividade, mas apenas interesses privados. Este traço, de estar voltado a preencher necessidades do público em geral, reside na própria origem da noção”. O autor cita dois exemplos de serviços que não seriam públicos por lhe faltarem a utilidade ao público: telecomunicação feita entre empresas que possuem serviço de interconexão, e o serviço de radioamador.

procedimentos dos quais se outorga permissão ou concessão. Por isto mesmo, a palavra “autorização” está utilizada também no Art. 223 da Constituição.

Pelo que expressa Celso Antônio Bandeira de Mello, assentado no critério do substrato material, é possível concluir do seu posicionamento que autorização administrativa para explorar atividade de telecomunicações (Art. 21, XI da CF) onde há a prestação a generalidade de pessoas, sem a presença de circunstâncias emergenciais, haveria ferimento ao comando do Art. 175 do CF, pois seria serviço público.

Hely Lopes Meirelles,<sup>22</sup> em obra atualizada, dentro do contexto dos serviços públicos concedidos e permitidos, aceita “serviços autorizados” para atender a interesses coletivos instáveis ou emergenciais transitórios. E de maneira taxativa arremata: “Fora desses casos, para não fraudar o princípio constitucional da licitação, a delegação deve ser feita mediante permissão ou concessão”. O autor destaca com relevância a precariedade ínsita desse ato, e possibilita observar que a proibição da adoção do instituto estaria no fato de não haver competição para a outorga.

Na sua obra “Direito Municipal Brasileiro”<sup>23</sup> acrescenta que os serviços autorizados não se beneficiam das prerrogativas das atividades públicas, seus executores prestam um serviço de interesse da comunidade, não são agentes públicos, nem praticam atos administrativos, e a sua prestação não exige especialização (táxi, despachante, guarda particular de estabelecimento ou residências), os quais, embora não sejam atividades públicas típicas, convém que o Poder Público conheça e credencie seus executores e exerça o necessário controle.

Em tom de crítica, por essa definição e pela ressalva dos serviços autorizados não serem exercidos sob regime público, não vemos diferença das autorizações previstas no Art. 170 parágrafo único da CF.

José dos Santos Carvalho,<sup>24</sup> dissentindo expressamente do entendimento de Hely Lopes Meirelles e parcialmente do entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, entende que não há autorização para prestação de serviço público em nenhum caso, pois o critério da urgência ou transitoriedade não é suficiente. Para ele “autorização é ato

---

<sup>22</sup> Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 34. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008, p.411.

<sup>23</sup> *Idem*, *Direito Municipal Brasileiro*, 15. ed. Atualizada por Márcio Scheneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p.416.

<sup>24</sup> José dos Santos CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 380

administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o indivíduo desempenhe a atividade de seu exclusivo ou predominante interesse, não se caracterizando a atividade como serviço público”. Elege como critério definidor para atividade ser considerada serviço público, o substrato material de prestação ao geral.

Sobre os artigos constitucionais em cotejo autor referido assevera:

Costuma-se fazer remissão ao art.21, XII, da CF, para justificar a dita autorização de serviço público. Assim não nos parece...

Essas atividades, contudo, nem sempre são típicos serviços públicos, algumas vezes são exercidas por particulares no próprio interesse destes, ou seja, sem que haja qualquer benefício para certo agrupamento social. Desse modo, a única interpretação cabível, em nosso entender, para a menção às três espécies de consentimento federal, reside em que a concessão e a permissão são os instrumentos próprios para a prestação de serviços públicos, e a autorização o adequado para o desempenho da atividade do próprio interesse do autorizatário.<sup>25</sup>

Segundo ele, o Art. 175 da CF, aponta argumento definitivo, uma vez que, taxativamente, só admite delegação de serviço público, mediante permissão e concessão. Acrescenta no desenvolvimento dialético, com base em critério formal, que, “o serviço só é público se for regulado pelo regime de direito público em seu perfil fundamental”.<sup>26</sup>

De outra sorte, Diógenes Gasparini, num primeiro momento define a autorização como ato administrativo discricionário ou vinculado através do qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material (portar armar e derivar água de rio, por exemplo). Na seqüência, aceitando a autorização para serviço público, adota entendimento que autorização de serviço público seria ato discricionário e precário mediante o qual a Administração Pública competente investe, por prazo indeterminado, alguém, que para isso tenha demonstrado interesse, na execução e exploração de certo serviço público.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> José dos Santos CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 380

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 381.

<sup>27</sup> Diógenes GASPARINI, *Direito Administrativo*, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 378.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, dentro do contexto, afirma que:

Existem três possibilidades para se considerar a referência constitucional ao regime da autorização nos dispositivos acima citados: ou o art.175 deixou de mencionar autorização entre as modalidades de delegação de serviços públicos, ao lado da permissão e concessão; ou introduziu-se erroneamente — por uma insuficiência técnica, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>28</sup>— o regime de autorização para um serviço público, conflitando com o art. 175; ou finalmente, o regime de autorização estaria a demonstrar que alguns dos serviços elencados nos arts. 21 (incisos XI e XII) e 223 não são públicos, constituindo atividade econômica, enquanto os demais, sujeitos ao regime de concessão ou permissão, seriam serviços públicos.<sup>29</sup>

A mesma autora em festejada obra expressando as mesmas idéias expostas acima, afirma que a terceira hipótese de interpretação é que fundamenta a justificativa de prestação de certas modalidades de serviços públicos em regime privado.<sup>30</sup>

Floriano de Azevedo Marques<sup>31</sup>, em artigo sobre o tema assevera que o serviço de telecomunicação prestado em regime público deve ser delegado através da concessão e da permissão, já quando o serviço de telecomunicação for prestado em regime privado, o mecanismo de outorga seria a autorização.

Do trabalho doutrinário dissonante, podemos sintetizar basicamente três posicionamentos:

i – Há autores que defendem a autorização como delegação para prestação de serviço público em exclusivo interesse de quem solicita a autorização (Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diógenes Gasparini).

ii – Outros defendem que há autorização de serviço público, mas só nos casos de emergência e transitoriedade (Hely Lopes Meirelles e Celso Antonio Bandeira de Mello, este apontando como umas das situações possíveis).

---

<sup>28</sup> Nesta passagem a autora cita em seu texto que tal entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello foi expressado por ele na nota de rodapé 12, p.585, em seu *Curso de Direito Administrativo*, 12. ed.

<sup>29</sup> Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*, in Carlos Ari Sundfeld (Coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.66.

<sup>30</sup> *Idem*, *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.163.

<sup>31</sup> Florianio de Azevedo MARQUES, *Direitos das Telecomunicações e ANATEL*. in Carlos Ari Sundfeld (Coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.314.

iii – Há ainda os que não admitem a autorização como mecanismos de delegação de serviço público, pelo fato de serviço público ter como substrato material a prestação ao geral, e por decorrência o regime público, ao passo que autorização seria para exploração de atividade em benefício próprio, como exercício de poder de polícia sobre atividades a se realizar em regime privado. (José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antonio Bandeira de Mello, apoiados tanto no critério material da prestação geral, como no critério formal do regime jurídico de direito público).

Frisa-se mais uma vez que, a finalidade deste tópico é a definição da acepção jurídica em que o termo autorização é utilizado nos incisos XI e XII do Art. 21 e no art. 223 da CF.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti levanta alguns problemas sobre o tema, cujas respostas, serão premissas que deverão se adequar as conclusões proferidas:

Em que medida o fato de a Constituição eleger um serviço como de titularidade estatal impede ( ou não) a utilização do regime privado? Impede ou não a adoção do mecanismo de mercado? resposta às indagações formuladas terá soluções diferentes de acordo com a interpretação que se faça da nossa Lei Maior. (...)

Não há dúvida de que o regime de alguns serviços públicos passou a assumir uma nova compostura 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>32</sup>

---

<sup>32</sup> Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*, p.71.

### 1.3.1.5.2. Conceituação de Serviço Público

Para correta definição sobre em qual acepção jurídica é adotado o ato de autorização pelos Art. 21, XI e XII, e Art. do 223 da CF, passa por eleger algumas premissas:

Primeiro: o que seria serviço público?

O tema tem relevo histórico insuperável no desenvolvimento do Direito Administrativo que conhecemos hoje, e pela importância que merece, aliado à falta de espaço condizente neste trabalho, não iremos além de apontamentos de uma posição conceitual.

Seguimos posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos, um de substrato material e outro de traço formal. O primeiro tem relação com a ação de prestar alguma utilidade materialmente fruível singularmente, de modo a suprir necessidades do público em geral, estando excluídas, por exemplo, ações de controlar, fiscalizar, julgar, legislar, multar, fomentar, construir, e outras. O segundo elemento, de caráter formal, diz respeito à submissão ao regime jurídico administrativo. Na medida em que o Estado submete a atividade ao regime jurídico de direito público, significa que lhe atribuiu relevo e considerou seu dever assumi-las como atividades pertinentes a si próprio mesmo que sem exclusividade<sup>33</sup>.

É o substrato material que justifica a decisão legislativa, de indicar uma atividade à submissão ao regime jurídico administrativo, mas o elemento formal é que, juridicamente, encerra a questão se a atividade pode ser qualificada como serviço público ou não, como registra Celso Antônio “é a submissão a um regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo, que confere caráter jurídico à noção de serviço público. Sua importância, pois, é decisiva”.<sup>34</sup>

Seguindo as referidas lições fica evidente que o substrato material é insuficiente para a configuração de uma atividade como serviço público, pois corresponde apenas ao aspecto fenomênico-social, sobre o qual deve ser construída proposição jurídica submetendo determinada atividade ao um regime peculiar de Direito público.

Sobre a liberdade de qualificação de uma atividade como serviço público, o mesmo autor pontifica:

---

<sup>33</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p.658.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 664.

É realmente o Estado, por meios do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal o qual atividade, desde que respeite limites constitucionais. Afora outros serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser assim qualificados, contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa.<sup>35</sup>

Por último apontamos a sua conceituação:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade materialmente 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 às vezes, sob um regime de Direito Público— portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais —, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.<sup>36</sup>

O Art. 175 da CF, como uma das normas que compõe o regime jurídico de Direito Público (não podendo ser menosprezada) traz, expressamente o comando que serviços públicos devem ser prestados diretamente pelo Estado ou, sua execução poderá ser licitamente delegada através de concessão ou permissão. Igualmente no inciso V do Art. 30 da CF, esta consignada textualmente a expressão “serviço público”, com prevista de sua delegação mediante concessão e permissão<sup>37</sup>. Lembrando ainda que, que no Art. 21, XI e XII, bem como no Art. 223 a Constituição faz apenas referência a “serviços”.

Está incluído e participa conjuntamente na construção do regime jurídico administrativo, a maneira de delegação da execução do serviço público, e como visto, a Constituição em duas oportunidades em que mencionou expressamente serviço público, previu a possibilidade de delegação somente através de concessão ou permissão<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 679.

<sup>36</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p.659.

<sup>37</sup> Art. 30, inc.V da CF: “Compete aos Municípios - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.”

<sup>38</sup> Nos termos do inciso II do Art. 2º da Lei 8.987/95, concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou

Portanto, seguindo as precisas lições apontadas, serviço público é a atividade, que segundo o constituinte ou legislador (se constitucionalmente essa competência lhe for atribuída), com base em razões empíricas e pragmáticas, respeitando limites constitucionais impostos, será prestada sob o regime jurídico de direito administrativo, sujeita aos princípios informadores da universalidade, adequação, continuidade, modicidade nas tarifas, conforme artigos 6º a 13º da Lei 8.987/95, e à responsabilidade objetiva prevista no Art. 37, § 6º da CF. Sem olvidar que, o serviço público só poderá ser exercido diretamente pelo Estado, ou delegado mediante o mecanismo jurídico da concessão ou permissão, nos termos do art. 175 e do inciso V do Art. 30 da CF.

### **1.3.1.5.3. Autorização: mecanismo próprio para controle de atividades em regime privado**

Pelo que foi aludido até então, já demonstramos nossa posição em não aceitar, como regra, a autorização administrativa de polícia administrativa como meio de delegação de serviço público, ao não ser em casos urgentes de natureza transitória mediante previsão de lei, conforme se verá a seguir.

Não é insignificante a presença do Art. 175 da CF inserido no Capítulo I do Título VII da Ordem Econômica e Financeira, que traz a unidade normativa — através da previsão de princípios e regras<sup>39</sup> — própria para desenvolvimento de atividades econômicas no Brasil,

---

consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. O inciso IV do Art. 2º da mesma lei, conceitua permissão de serviço público como delegação, a título precário, mediante licitação, de prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

<sup>39</sup> Robert ALEXY em sua teoria em relação à estrutura das normas de Direitos Fundamentais, distingue regras e princípio como duas espécies de normas diferentes qualitativamente. “*Tanto regras como princípios são normas pois ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição*”. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução Virgílio Afonso da Silva, Malheiros Editores, São Paulo: 2008, p.87. Para o autor germânico, princípios são mandamentos de otimização, que ordenam que o comando ali previsto deve ser realizado na maior medida possível dentro das realidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, os seus mandamentos podem ser satisfeitos em maior ou menor grau, e a sua satisfação não depende somente das situações fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Quanto à delimitação das possibilidades jurídicas, essa é marcada pela colisão com outros princípios. A regra para resolver a colisão entre princípios é denominada como regra de colisão, que reza: um dos princípios ter precedência sobre o outro sob determinadas condições, o mesmo que dizer que no caso concreto, após o sopesamento, verifica-se qual princípio tem mais peso que o outro, e deve assim, ter precedência. Mas o princípio precedida não é considerado inválido, continuando válido no ordenamento.(Ibid.p.94). Outra afirmação importante é que o princípio tem um caráter “*prima facie*”, pois exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido eles não contêm mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*”.(Ibid., p.104)

logo em seqüência ao Art. 170, parágrafo único, que prevê expressamente a autorização como instrumento jurídico a liberar a exploração em regime privado de atividades econômicas, que por critério legal, foram vedadas genericamente ao particular.

O constituinte quando se preocupou em indicar as finalidades da previsão de cada instituto dentro do Título da Ordem Econômica e Financeira, indicou a finalidade da autorização, da concessão e da permissão.

Por que o constituinte fez referência à concessão e permissão de serviço público no título próprio que regula a autorização para as atividades econômicas?

Porque serviço público é tema jurídico que diz respeito à ordem econômica, pois o que for qualificado como serviço público pelo constituinte ou legislador (regime formal público administrativo) deixa de ser considerada atividade econômica sob regime privado.

Dentro do que está sendo aludido, poderíamos responder a um empresário que queira atuar no mercado nacional visando lucro, que há dois, e somente dois, regimes jurídicos para desenvolvimento de atividades lucrativas no Brasil:

I - O regime privado, em que estão subjacentes o princípio da livre iniciativa, do direito à propriedade, conformados com o atendimento dos interesses sociais, nos termos dos princípios que regem a ordem econômica brasileira.<sup>40</sup>

II – O regime de direito público administrativo através de concessão ou permissão de serviço público por força do Art. 175 e do inc.V do Art. 30 da CF.

Mas o mesmo investidor nos faz outra pergunta: Quais atividades serão exercidas sob o regime jurídico público administrativo e serão delegadas através de permissão ou concessão, e quais terei maior liberdade na condução dos negócios sob regime privado, dependendo ou não, de um ato de autorização estatal?

Sucintamente, a resposta afirmaria que dependerá da Constituição, e das leis que compõe o ordenamento jurídico.

Algumas atividades a Constituição expressamente veda, *prima facie*, a livre exploração. Dentro dessa categoria, umas serão serviços públicos, cuja exploração depende de

---

Já regras seriam normas que sempre são ou satisfeitas ou não satisfeitas.(Ibid., p.91): “*Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível*”. No caso de regras não se fala em colisão, mas em conflito de regras, que será solucionado com a introdução de uma exceção à regra que elimine o conflito, ou uma das regras deverá ser declarada inválida, extirpada do ordenamento jurídico.

<sup>40</sup> Nos moldes do *caput* e incisos do Art. 170 da CF.

delegação via concessão ou permissão de serviço público, e outras serão atividades econômicas dependentes de autorização prévia (XI e XII do art.21, Art.223, inc. II do Art. 209 da CF).

Todas as outras atividades que não foram expressamente vedadas pelo texto constitucional, são livres à exploração particular. A liberdade é a regra, a vedação é a exceção, por força do Art. 5º, inc. II da CF<sup>41</sup>, que reza que os modais deônticos da obrigação de fazer ou não fazer, só podem ser descritos como válidos se a norma jurídica prever, caso contrário vigora o modal da conduta facultada. O que não significa que a exploração da atividade não possa ser vedada mediante norma infraconstitucional, nos termos do parágrafo único do Art. 170 da CF, regrado a necessidade de autorização prévia.

Com todo acatamento às posições contrárias, não vemos como a interpretação do texto pode ser outra, senão que o exercício de atividades econômicas a serem exploradas em regime privado, quando vedado, será facultado através da outorga de autorização. Já para serviço público (regime público administrativo) a Constituição definiu a concessão e a permissão. Temos que está constitucionalmente definida a finalidade de cada instituto jurídico.

Outro ponto nos parece muito claro: a definição se uma atividade será em regime privado ou público, poderá ser feita pelo Constituinte, por óbvio, mas se esse não o fizer, caberá ao legislador infraconstitucional tal tarefa. Tanto que é que nos Arts. 21, XI e XII, e 223 da CF, o constituinte não utilizou o termo “serviços públicos”, mas somente “serviços”, deixando trabalho legislativo a complementar o regime das atividades (regime privado mediante autorização; regime público – serviço público - mediante permissão ou concessão), com o devido respeito aos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.<sup>42</sup>

Por debate, em respeito às hipotéticas críticas que podem ser feitas ao que foi aludido, se a crítica vier no sentido que a autorização referida pelo parágrafo único do Art. 170 da CF é diferente da autorização prevista pelo Art. 21 XI e XII, e 223 da CF – porque nestes, a exigência de autorização (e por conseqüência a vedação) decorre direto da Constituição e se trata de serviço de titularidade da União, e nas outras a autorização é exigida por lei e se

---

<sup>41</sup> Art. 5º, inc.II: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

<sup>42</sup> De fato, o tema de serviço público envolve se deparar com a temática de assuntos políticos e jurídicos essenciais. Por trás do tema se traduz as funções do Estado, o seu campo de atuação e área própria afeta aos particulares. Conforme Marçal JUSTEN FILHO, em seu artigo, o elenco de serviços públicos traduz uma concepção política. Diante do contexto que permeia a eleição de uma atividade como serviço público, o referido autor assevera: “A instituição de um serviço público depende do reconhecimento jurídico da pertinência daquela atividade para a satisfação dos direitos fundamentais”. *Serviço Público Brasileiro*, in José Eduardo Martins Cardoso (Coords.), *Curso de Direito Administrativo Econômico*.v.1.São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 384

refere a atividades abertas ao mercado – debateremos no sentido que não há diferença jurídica alguma entre o regime jurídico das referidas autorizações.

Tanto é que, para exploração de materiais bélicos, prevista no Art. 21 VI, da CF, ou então para exploração privada da atividade de ensino, nos termos do inc. II do Art. 20 da CF, a própria Constituição exigiu a autorização para sua exploração, e não há uma só voz, que diga que se trata de autorização distinta das autorizações de polícia necessárias para explorar atividade em regime privado. A finalidade do ordenamento jurídico prever autorização para exercício de uma atividade é tão somente vedar o seu exercício indiscriminado, fazendo com que os interessados comprovem os requisitos impostos legalmente ensejadores da autorização, com vistas à segurança pública. Quando o próprio constituinte já verifica o potencial nocivo da atividade, ele mesmo exige de pronto o necessário controle estatal prévio ao exercício da atividade, vedando *prima facie* a exploração indiscriminada da atividade. Caso contrário, deixa a cargo do legislador.

Almiro do Couto e Silva<sup>43</sup> pondera que o que há de comum entre as regras das autorizações previstas no Art. 21, XI e XII, e no Art. 170 parágrafo único, é que todas elas se referem ao exercício de atividade econômica, que em princípio cabe aos particulares, por força do Art. 173 da CF.

Quanto ao aspecto da titularidade do serviço, quando a Constituição reservou titularidade setorial a determinado ente político, como fez no inciso XI e XII do Art. 21 da CF, não definiu o regime das diversas modalidades, apenas vedou de início a exploração livre. Ao se referir ao ato de autorização ao lado da concessão e permissão, deixou o constituinte a possibilidade de exploração de serviços setoriais sob regime privado, ou ainda sob ambos os regimes, cabendo ao legislativo brasileiro, submetido aos princípios e regras constitucionais, a tarefa de definir quais serviços, dentro das peculiaridades de cada setor, serão regidos por regime privado, público ou por ambos. Ao prever a titularidade pela exploração de determinadas atividades setoriais, a Constituição não desceu, como não deveria mesmo, às minúcias para identificar, dentro do organismo setorial todas as possíveis modalidades de serviços existentes naquele campo (até porque o desenvolvimento tecnológico não permitiria tal conhecimento prévio ou engessamento), e nem para definir os regimes específicos de cada modalidade.

---

<sup>43</sup> Almiro do Couto e SILVA, *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”?* Revista de Direito Administrativo, v 230, Rio de Janeiro: Editora Renovar, FGV, 2002, pp.45 -74.

A Constituição deixou a cargo do legislador tais minudências, necessitando um marco regulatório infraconstitucional para cada setor, que irá definir o regime específico de cada modalidade. Por óbvio, como já referido, o trabalho do legislador não é livre, deverá respeitar princípios constitucionais limitadores tendo em vista características próprias de cada serviço como a sua essencialidade, no que diz respeito à influência que tenha como meio de se propiciar a dignidade da pessoa humana (água, luz, esgoto); e sua importância em proporcionar uma estruturação básica social como meios necessários e suficientes ao desenvolvimento pelo particular das suas atividades privadas visando o desenvolvimento pleno da sua personalidade.

#### **1.3.1.5.4. A legislação e a jurisprudência**

A Lei Geral de Telecomunicações nº 9.472, de 16.07.1997 dispendo, de maneira especial, sobre a organização dos serviços de telecomunicações a que se refere o inc. XI do Art. 21 da CF, prevê expressamente, dentro do setor, a possibilidade de serviços explorados sob o regime da atividade econômica<sup>44</sup> e serviços que serão prestados sob o regime de direito público.<sup>45</sup>

Dinorá Adelaide Musetti Grotti afirma que o tratamento dado à autorização de serviço público de telecomunicações (Lei 9.472/97) inovou na matéria e rompeu com os conceitos tradicionais do Direito Administrativo Brasileiro e o sistema constitucional.<sup>46</sup> Nesta seara registra a autora

Indo contra a concepção tradicional de que os serviços públicos são prestados, total ou parcialmente, sob regime de Direito Público, a Lei de telecomunicações veio contemplar a possibilidade de serviços reservados ao Estado serem submetidos a regime de Direito Privado.<sup>47</sup>

---

<sup>44</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. Art.65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação; I – exclusivamente no regime público;II – exclusivamente no regime privado;ou III – concomitantemente nos regimes público e privado. Art. 126: A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.*

<sup>45</sup> Art.79:A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidades atribuídas às prestadora de serviço no regime público.

<sup>46</sup> Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*, p.67.

<sup>47</sup> *Ibid.*

A referida lei define ato de autorização no parágrafo 1º do Art. 131, como ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado de serviço de telecomunicação, quando preenchida as condições objetivas e subjetivas necessárias. Nos Arts. 132 e 133 a lei visa definir as condições objetivas e subjetivas para outorga da autorização. Coerentemente em relação ao regime privado que estabelece, a lei no seu Art. 128, reza que as intervenções administrativas sobre modalidades de serviços explorados no regime privado deverão observar a exigência de mínima intervenção na vida privada, e no seu inciso I, claramente prevê que a liberdade será a regra, e as interferências do Poder Público à exceção.

E em nenhum momento a lei determina que tais modalidades de exploração de serviços de telecomunicação em regime privado sejam realizadas exclusivamente em interesse do autorizatário, pelo contrário, a autorização de algumas modalidades visa a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e qualidade, a competição livre, ampla e justa, o respeito aos usuários.<sup>48</sup>

Portanto, as regras da lei nº 9.472/97, no seu papel de regulamentação do Art. 21, XI da CF, não estão descritas nas respeitáveis conclusões adotadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diógenes Gasparini, para os quais haveria delegação de um serviço público através da autorização em exclusivo interesse do autorizatário. E isto porque não se poderá falar em delegação de serviço público em caso de autorização, uma vez que o regime será de direito privado, e em segundo, a previsão da possibilidade da autorização para exploração de algumas modalidades de serviço de telecomunicações visa ampliar a concorrência, a qualidade e a oferta de serviços, o que atende os interesses diretos dos usuários, ou seja, a prestação se fará, também em prol de interesses de terceiros estranhos aos autorizados.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar sobre a possibilidade prevista no Art. 65 da Lei Geral de Telecomunicações de serviços de telefonia da mesma modalidade serem prestados concomitantemente em regimes distintos, algumas empresas em regime privado e outras empresas em regime público, quando julgou a liminar requerida na ADI –MC 1668/DF.<sup>49</sup>

O ministro Marco Aurélio, em voto vencido, se manifestou no sentido da inconstitucionalidade da norma, e após ressaltar que o Direito é uma ciência e que, portanto, deve usar as expressões com rigor técnico, sustentou:

---

<sup>48</sup> Vide Art. 127 e incisos da Lei nº 9.472, de 16.07.1997.

<sup>49</sup> ADI-MC 1668/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Julg.: 20/08/1998, Tribunal Pleno. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

Por natureza e conseqüências, não se confundem serviços a serem prestados no regime privado e no regime público. Tal mistura distancia-se da melhor técnica, acabando-se por afastar, tendo em vista especialmente os serviços que venham a ser explorados em regime público, as peculiaridades ditadas pelos princípios constitucionais. Conforme ressaltado na inicial, a partir da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘...como é a abrangência do serviço — restrito ou coletivo — que determina o regime — privado ou público — a ser adotado, não há como admitir que um serviço seja ao mesmo tempo de interesse restrito e de interesse coletivo’. As conseqüências são substanciais, porquanto, como assinalado na própria Lei em comento, no regime privado basta a simples autorização (artigo 131), enquanto decidindo-se pelo público, é imprescindível a adoção do processo licitatório prévio a delegação a particulares (artigo 88). A concomitância contemplada na lei ora em exame, relativamente aos serviços a serem prestados em regime público, considerada, repito, a respectiva natureza, acaba por afastar o preceito do art. 175 da Constituição Federal, no que impõe a realização de prévio processo licitatório à concessão ou à permissão dos serviços, não se contentando com simples autorização.

O Ministro Nelson Jobim, ministro autor do voto condutor, afirmou:

Não vejo inconstitucionalidade alguma no fato de cada modalidade de serviço ser destinada à prestação exclusivamente no regime público, no regime privado ou concomitantemente em ambos os regimes, sem qualquer exclusão. A Agência poderá definir, e, em alguns casos concretos, há o interesse público no sentido de que um serviço possa ser ao mesmo tempo, privado — forma pela qual poderá ser financiado — e aberto ao público.

Não vejo inconstitucionalidade alguma em relação à concomitância.

O ministro Carlos Velloso se manifestou no sentido que “a questão é mais técnica, essa tecnicidade não interfere com a constitucionalidade da norma”.

Já o ministro Sepúlveda Pertence observou que “não parece, à vista da alteração constitucional do inciso XI do Art. 21 da Constituição, que haja a impossibilidade essencial

de que o serviço, por ser de interesse coletivo, seja prestado em regime privado como está na lei, e concomitantemente, em regime privado”.

A lei nº 9.427 de 26.12.1996, por sua vez, regulando os serviços e instalações de energia elétrica a que se refere o Art. 21, XII, letra ‘b’ da CF, reza que a exploração do respectivo setor se dará através das atividades de produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. Estabelece para cada uma dessas atividades um regime jurídico e a possibilidade de serem exploradas por agentes distintos.

No Art. 3º inciso II, a Lei estabelece competir à ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) promover mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos.

Fica exposto que o legislador definiu, dentro do setor energético, os serviços de produção, transmissão e distribuição como serviços públicos a serem prestados sob regime público administrativo. Sempre quando se refere à delegação de serviço público a lei se refere às permissionárias e concessionárias, como ocorre novamente no Art. 3º, inc. XII, Art. 3-A, inciso II.<sup>50</sup>

Quanto aos serviços energéticos que podem ser explorados mediante autorização e sob regime privado estão expressos no Art. 26 da lei, quais sejam: I – o aproveitamento de potencial hidráulico de potencial superior a 1.000 KW e igual ou inferior a 30.000 KW, destinado a produção independente ou autoprodução; II – a compra e venda de energia elétrica, por agente comercializador; III – a importação e exportação de energia elétrica; IV – a comercialização eventual e temporária, pelos autoprodutores, de seus excedentes de energia elétrica; V – os acréscimos de capacidade de geração, objetivando o aproveitamento ótimo do potencial hidráulico.

São serviços que se inserem dentro do setor de energia elétrica, mas serão exercidos mediante autorização. Nota-se que a norma infraconstitucional possibilita a exploração da produção de energia em dois regimes jurídicos distintos, tanto mediante concessão como a

---

<sup>50</sup> Art. 3º, inc. XII, *estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia, as metas...*  
Art. 3º - A, inc.II, *celebrar contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público e expedir atos autorizativos.*

autorização. Mas não é verdadeiro descrever ambos como serviços públicos, pois se um autoprodutor autorizado resolver deixar sua produção, o governo não é obrigado a dar continuidade, afinal seu regime é privado.

A especificação do regime jurídico das atividades que fazem parte do setor de energia elétrica ficou a cargo da legislação infraconstitucional, conforme artigos já citados. Se a legislação infraconstitucional ultrapassou os limites constitucionais, é um questionamento que não será levantado neste instante, porque necessitaríamos caminhar no sentido de definir a ofensa a princípios e regras constitucionais, e desviaríamos do foco principal que é a caracterização da aceção jurídica em que o ato de autorização administrativa é previsto pela Constituição. Se há inconstitucionalidade na atuação legislativa em qualificar, sob regime privado uma determinada atividade que reclamaria regime público, em nada infirma ou altera a previsão hipotética da autorização para exploração dos serviços dos incisos XI e XII do Art. 21 e Art. 223 da CF.

É claro que as menções às leis dos setores de telecomunicações e energia elétrica, não encerram todo o conjunto normativo próprio de cada setor (até porque não é essa a pretensão) mas, são marcos reguladores suficientes para cumprir a função de fundamentar entendimento jurídico que defende que a autorização administrativa se presta à outorga de atividades que serão realizadas em regime privado.

Na mesma esteira do aludido, a lei nº 10.233 de 06.06.2001, que dispõe sobre a reestruturação dos Transportes Aquaviário e Terrestre, prevê em seu Art. 12, uma das diretrizes gerais do sistema que é a descentralização de ações mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão às empresas privadas ou públicas, conforme dispõe o inc. XII do Art. 21 da CF. No Art. 13, a respectiva lei setorial define quais serviços podem ser outorgados e sob qual regime.

No inciso I do mencionado Art. 13, a lei previu que a concessão é o instrumento apropriado quando se tratar de exploração de infra-estrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e também de prestação de serviços de transportes associados à exploração da infra-estrutura.

No inciso IV, previu a permissão como instrumento de delegação para serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros desvinculados da exploração da infra-estrutura. Já no inciso V, reservou para a autorização a outorga de prestação não regular de serviços de

transporte terrestre coletivo de passageiros, de prestação de serviços aquaviário, ou de exploração de infra-estrutura de uso privativo.

No art. 14, inc. I, letra 'a', de maneira explícita especifica que dependem de concessão a exploração das ferrovias, das rodovias, das vias navegáveis e dos portos organizados que compõem a infra-estrutura do Sistema Nacional de Viação, além de transportes ferroviário de passageiros e cargas associados à exploração da infra-estrutura ferroviária.

No art. 14, inciso III, explicita que dependem de autorização o transporte de passageiros sobre regime de afretamento; a construção e operação de terminais de uso privativo; o transporte aquaviário; o transporte ferroviário não regular de passageiros, não associado à exploração da infra-estrutura; a construção e exploração de Estações de Transbordo de Cargas, a construção e exploração de instalação Portuária Pública de Pequeno Porte.

Pela redação dos Arts. 43, 44 e 45 da lei do setor de transportes, fica clara a adoção do regime privado em relação aos serviços que são outorgados por autorização, pois prevêm expressamente a desnecessidade de licitação, a liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e a execução se dará em ambiente de livre e aberta competição, prevendo a repressão às práticas prejudiciais à competição, bem como o abuso do poder econômico.

O destaque ao regime de liberdade de preço é situação típica das atividades privadas, com fulcro no Art. 174 da CF, que veda qualquer tipo de plano de regulação de preços sobre mercadorias e serviços em regime privado, no instante que reza ser o Estado agente normativo e regulador da atividade econômica, com as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e apenas indicativo para o setor privado.

Não há outro modo, critério ou mecanismo fornecido pelo Direito, para diferenciar e descrever as suas criaturas jurídicas, se não for através do regime jurídico próprio de cada uma. Portanto, no instante que a lei prevê claramente o regime de liberdade de preços nos serviços que enumera, resta inexoravelmente claro, que o regime é o privado.

Por isso justificamos, o nosso posicionamento, que o critério decisivo para adotarmos que a autorização utilizada pelos inc. XI e XII do Art. 21 e Art. 223 da CF, não se trata, em regra, de delegação de serviço público.

A ressalva, “em regra” foi feita em atenção ao que foi previsto no Art. 49 da lei nº 10.233, de 5.6.2001, do setor de transportes, em que diante de casos de necessidade

imperiosa de relevante interesse público, tendo em vista a continuidade do serviço público, poderá ocorrer a delegação de serviço público mediante autorização. O texto do artigo é o seguinte:

É Facultado à agência autorizar a prestação de serviços de transportes sujeitos a outras formas de outorga, em caráter especial e de emergência.

§ 1º - A autorização em caráter de emergência vigorará por prazo máximo e improrrogável de cento e oitenta dias, não gerando direitos para a continuidade de prestação dos serviços.

§ 2º - A liberdade de preços referida no Art. 45 não se aplica à autorização em caráter de emergência, sujeitando-se a empresa autorizada nesse caso, a regime de preços estabelecidos pela agência para as demais outorgas.

A lei deixa claro que a autorização neste caso se trata de um modo excepcional de delegação de serviço público, e o regime que regerá será o regime público, tanto que sem liberdade de preço.

Já uma lei de matéria tributária, a Lei Complementar nº 116, de 31.07.2003, dispendo a respeito do imposto incidente sobre serviços de qualquer natureza previsto no inc. III do Art. 156 da CF, menciona no § 3º do art. 1º:

O imposto de que trata esta Lei Complementar incide ainda sobre os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço.

De início poderia ser dito que na lei não há letras mortas, e que o legislador estaria definindo o alcance da expressão autorização mencionadas nos incisos XI e XII do Art. 21 e no Art. 223 da CF. Ocorre que uma interpretação literal totalmente descontextualizada, não fornece respostas jurídicas seguras. A finalidade da previsão da menção a serviços públicos na legislação tributária tem finalidade econômica de abarcar qualquer tipo de prestação de serviço independente da denominação que tenha. A utilização do termo se deu por falta de técnica do legislador.

### **1.3.1.5.5. Conclusão acerca da aceção jurídica que a autorização é utilizada nos incisos XI e XII do Artigo 21 e no Artigo 223 da Constituição Federal**

A Constituição ao prever a titularidade da União em relação aos serviços em debate, prevendo a possibilidade de exploração privada mediante mecanismos da concessão, permissão e autorização, vedou a exploração privada indiscriminada, mas não os definiu como serviços públicos, e sim utilizou propositalmente a expressão “serviços”, deixando espaço ao legislador infraconstitucional definir o regime jurídico em que serão exploradas as várias atividades de cada setor, respeitando os direitos fundamentais e os fundamentos da cidadania e dignidade da pessoa humana.

Quando a Constituição quis se referir expressamente a serviços públicos, o fez no Art. 175 da CF e no inciso V do Art. 30.

Em leitura às leis dos setores de Telecomunicações, Transportes e Energia, observou-se que há previsão de diferentes regimes dentro de cada setor. E nessas leis a autorização aparece como mecanismo jurídico da outorga de exploração de serviços em regime privado, como ocorre com sua previsão no parágrafo único do Art. 170 da CF.

Apontamos que a Lei Complementar 116/03, no § 3º do art. 1º, fez menção à autorização de serviço público. Como enquadrar essa lei à nossa conclusão? Há conflito de leis? Temos que não, a matéria que a lei complementar regula é tributária de fins arrecadatórios e passa ao largo da regulação especial feita pelas leis setoriais referidas acima. Na verdade se trata de mais uma arbitrariedade cometida pela falta de trato único da autorização, pois, se nem a Constituição utilizou a expressão “autorização de serviço público”, porque o legislador, em âmbito tributário, ou seja, distante em muito do contexto legislativo dos serviços públicos a utilizou?

A utilização da expressão autorização de serviço público na lei Complementar 116/03, foi feita de maneira imprecisa, ocorrência infelizmente comum, conforme alertado no início do trabalho, sem preocupação se realmente há delegação de serviço público através da autorização. A menção tem em mira fins tributário-econômicos, visando abarcar todos os serviços que gerem divisas a quem o explora, independente se é de titularidade do Estado ou não, se são exercidos em regime de direito público ou privado. Tanto é que o parágrafo 4º, do mesmo artigo 1º reza: “A incidência do imposto não depende da denominação dada ao serviço”.

Concluimos, portanto, que o ato administrativo de autorização, previsto nos incisos XI e XI, e Art. 223 da CF não é mecanismo previsto para delegação de serviço público, e sim um ato jurídico a ser praticado em exercício de poder de polícia administrativa nos mesmos moldes do Art. 21, VI, art. 170 e o Art. 209 da CF, se referindo a atividades a serem exploradas em regime privado.

Excepcionalmente, para solucionar caso extremado, onde a essencialidade de um serviço público da área do Setor de Transportes, reclamando continuidade, não puder aguardar os passos ordinários de um procedimento licitatórios para firmar delegação por concessão ou permissão, o interesse coletivo deverá prevalecer sobre as finalidades de tratamento isonômico que respaldam as exigências licitatórias, e ser delegado por um prazo de 180 dias mediante autorização à exploração ao prestador que se interessar, conforme Art. 49 da lei 10.233/01.

A conclusão a que chegamos, encontra vozes na doutrina nacional; como exemplo temos o entendimento de Marçal Justen Filho, que em artigo publicado em obra coletiva, escreve:<sup>51</sup>

Ao discriminar competências dos diversos entes federados, a Constituição refere-se a certas atividades como serviços públicos. O art. 21 contém diversas previsões acerca de serviços públicos (incisos X, XI e XII), o que conduziu parte substancial da doutrina a reconhecer tais atividades como serviços públicos por inerência.<sup>52</sup> Quanto a eles não haveria margem a qualquer inovação ou modificação por parte do legislador infraconstitucional. Esse entendimento é rejeitado. Reputa-se que as atividades referidas nos diversos incisos do art. 21 da CF poderão ou não ser qualificadas como serviços públicos, de acordo com as circunstâncias. Existirá serviço público apenas quando as atividades referidas na constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente os direitos fundamentais. Se houver cabimento de oferta de utilidades desvinculadas da satisfação dos direitos fundamentais, existirá uma atividade econômica em sentido estrito (ou um serviço de interesse coletivo).

Essa interpretação fundamenta-se em quatro argumentos: a subordinação a requisitos previstos na lei ordinária, a previsão constitucional de

---

<sup>51</sup>Marçal JUSTEN FILHO, *Serviço Público no Direito Brasileiro*, pp. 384-385.

<sup>52</sup> A nota existe no texto do próprio autor citado, que a apontou para mencionar que adotava anteriormente esse entendimento.

“autorização”, a discriminação de competências federativas e a autonomia legislativa infraconstitucional para criação do serviço público.

Não se outorga autorização de serviço público – fórmula verbal destituída de sentido lógico-jurídico. Somente se cogita de autorização para certas atividades econômicas em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado. Logo – e como o art. 21, X a XII, da CF refere-se expressamente tanto à concessão como à autorização a propósito de certas atividades –, se tem que concluir que elas comportam exploração sob ambas modalidades jurídicas.

#### **1.3.1.6. Autorização prevista pelo § 4º do Artigo 174, e pelos § 1º, § 3º e § 4º do Artigo 176 da Constituição Federal, na acepção de poder de polícia administrativa sobre a atividade de pesquisa de jazida mineral**

O Art. 176 da Constituição Federal reza que as jazidas em lavra ou não, e demais recurso minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

No parágrafo 1º do Art. 176 da CF está regulado que 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 parágrafo 3º se referindo a uma característica temporal atos a termo, regula que a autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e que são personalíssimas, não podendo ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

No parágrafo 4º vem especificado que não dependerá de autorização ou concessão, o aproveitamento do potencial de energia renováveis de capacidade reduzida.<sup>53</sup>

O Art. 174, parágrafo 4º - dentro do mesmo contexto jurídico reza que as cooperativas a que se refere o parágrafo 3º terão prioridade na autorização ou concessão para a pesquisa e

---

<sup>53</sup> As **fontes de energia renovável** são aquelas em que os recursos naturais utilizados são capazes de se regenerar, ou seja, são considerados inesgotáveis, diferente de fontes não - renováveis como o petróleo. Fonte: <http://energiarenovavel.org>.

lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o Art. 21, XXV, na forma da lei.

A lei que se incumbe em dar o enquadramento legal para a autorização e concessão referidas na norma constitucional é o Código de Mineração, Decreto-lei nº 227 de 28.02.1967, com a redação que lhe foi dada pela lei 9.314, de 14.11.1996.<sup>54</sup>

O Art. 7º da lei define que aproveitamento das jazidas<sup>55</sup> depende de alvará de autorização de pesquisa, do Diretor-Geral do DNPM<sup>56</sup>, e de concessão de lavra, outorgada pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

Portanto, a lei distingue claramente a determinação dos efeitos da autorização e da concessão. A outorga de autorização só gera efeitos ampliativos para tornar lícita a realização de atividade de pesquisa de jazidas.<sup>57</sup> Para a exploração, ou seja, a lavra<sup>58</sup> da jazida já pesquisada, a lei prevê regime de concessão. Sendo assim, concluímos que a autorização é utilizada novamente na acepção de poder de polícia.

---

<sup>54</sup> O código regula o os direitos sobre as massas individualizadas de substâncias minerais ou fósseis, encontradas na superfície ou no interior da terra formando os recursos minerais do País; o regime de seu aproveitamento, e a fiscalização pelo Governo Federal, da pesquisa, da lavra e de outros aspectos da indústria mineral.

<sup>55</sup> Jazida é definida na lei como toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa.

<sup>56</sup> Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, é um órgão vinculado ao Ministério de Minas e Energia, a quem compete a execução do Código de Mineração e dos diplomas legais complementares, nos termos do Art. 3, parágrafo 2º da Lei 9.314/96.

<sup>57</sup> Nos termos da lei em regência, a pesquisa mineral é a execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico, e compreende, entre outros, os seguintes trabalhos de campo e de laboratório: levantamentos geológicos pormenorizados da área a pesquisar, em escala conveniente, estudos dos afloramentos e suas correlações, levantamentos geofísicos e geoquímicos; aberturas de escavações visitáveis e execução de sondagens no corpo mineral; amostragens sistemáticas; análises físicas e químicas das amostras e dos testemunhos de sondagens; e ensaios de beneficiamento dos minérios ou das substâncias minerais úteis, para obtenção de concentrados de acordo com as especificações do mercado ou aproveitamento industrial.

<sup>58</sup> Lavra, nos termos do Art. 36 da Lei é o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas.

### **1.3.2. Autorização prevista pelo inciso XVI do Artigo 49<sup>59</sup>, Artigo 190 e pelo § 3º do Artigo 231 da Constituição Federal, como ato administrativo de controle produzido pelo Congresso Nacional em exercício atípico de função executiva<sup>60</sup>**

Com exceção do Art. 190, acima referido, nos demais a autorização é utilizada como mecanismo jurídico de controle do Congresso Nacional em relação às explorações e o aproveitamento de recursos hídricos e minerais em terras indígenas, na tutela e resguardo dos interesses dos silvícolas. São autorizações administrativas que se dão numa relação jurídica entre o Estado (representado pelo Congresso como curador dos interesses indígenas), e o particular interessado na exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, na pesquisa e na lavra de riquezas minerais, ouvidas as comunidades afetadas, ficando assegurada a participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

O Art. 190 da CF, prevê que a lei regulará e limitará a aquisição ou arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

São verdadeiros atos administrativos produzidos pelo Congresso, em exercício de poder de polícia estatal. Quanto à natureza de ato administrativo dessas autorizações não obstante organicamente afetas ao Congresso, usamos como paradigma do nosso entendimento as palavras do Ministro Carlos Ayres Brito em voto proferido no julgamento da ADI 3573-6 Distrito Federal, descrevendo a respeito de um decreto legislativo, aponta as características essências dos atos materialmente legislativos:

---

<sup>59</sup> Art. 49, Inciso XVI da CF, é da competência do Congresso Nacional – autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais.

<sup>60</sup> Pela teoria tradicional da divisão de poderes, seria a primeira vista dedutível que as funções estatais fossem exercidas cada qual por um determinado Poder. Mas esse critério distintivo orgânico não se perpetua na nossa realidade Constitucional. E este alerta tem relevância para o trabalho, para que não ocorram enganos no sentido que autorização administrativa seria somente a praticada pelo Executivo, o que não é verdade, só sendo admissível asseverar em Autorização administrativa como ato jurídico no exercício da função administrativa. Cf. José dos Santos CARVALHO FILHO em seu *Manual de Direito Administrativo*, p.2, “A cada um dos Poderes do Estado foi atribuída determinada função (...) Entretanto, não há exclusividade no exercício das funções pelos Poderes. Há sim preponderância. As linhas definidoras das funções exercidas pelos Poderes têm caráter político e figuram na Constituição. Alias é nesse sentido que se há de entender a independência e harmonia entre eles: se, de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda os fins colimados pela Constituição”. Como não há a chamada exclusividade, mas somente a predominância de funções, a doutrina denominou de funções atípicas quando um determinado Poder não exerce especificamente sua função organicamente preponderante. Renato ALESSI, em sua obra, pontificou que o correto seria denominar “competência normal e característica”, pois a divisão de poderes só pode ser aplicada na prática de maneira imperfeita e incompleta já que as distintas funções estatais estão em íntima conexão, enlaçadas e integradas uma com as outras, de tal forma que não é possível dividir a atividade do Estado em compartimentos estancos, como previa a formulação originária da teoria. *Instituciones de Derecho Administrativo*, 3. ed., Trad. por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch. 1970.t I. p.11

O elemento genérico, radicado na padronização de ações, fazendo com que a lei vigore para tudo a que se reporta. O elemento da impessoalidade, residente na padronização dos sujeitos jurídicos a que se refere, explícita ou implicitamente, fazendo com que a lei vigore para todos eles. O elemento da abstratividade, enfim, representado pelo vínculo de duradoura renovabilidade entre a hipótese de incidência da norma e seu mandamento ou consequência (descriptor e prescriptor, respectivamente, na segura doutrina de Lourival Villanova), fazendo com que a lei vigore por um tempo, senão indeterminado, pelo menos prolongado.<sup>61</sup>

### **1.3.3. Autorização Artigo 181 da Constituição Federal - Poder de polícia, como ato de controle estatal geral sobre os indivíduos que se submetem à sua vigência normativa**

Pela leitura do Art. 181 da CF fica demonstrado que a autorização é ato jurídico que se encaixa em diferentes regimes jurídicos e será, guardadas as peculiaridades de cada regime próprio, praticada pelo Executivo, Judiciário e Legislativo, pois o artigo exige que o atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, à pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente.

### **1.3.4. Autorização, referida no inciso XV do Artigo 49 da Constituição Federal**

A referida norma estipula ser da competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscito. A diferença da autorização até então trabalhada é que, além de não serem autorizações administrativas, são atos genéricos, pois os destinatários da autorização são inespecíficos, marcados pela impessoalidade.

A lei federal que regula o tema do plebiscito e do referendo é a lei nº 9.709, 18.11.1998, que reza serem mecanismos de soberania popular o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. No seu art. 2º a lei define que plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza

---

<sup>61</sup> ADI 3573-6- DF. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

constitucional, legislativa ou administrativa. O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

### **1.3.5. Autorização prevista no inciso XXI do Artigo 5º da Constituição Federal, acepção de mandato civil**

Neste contexto a autorização está sendo utilizada pela Constituição Federal na acepção de mandato civil. No art. 5º inc. XXI está regulado que a entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente. O escopo desse inciso é propiciar mecanismos jurídicos para efetiva união de forças e a defesa de interesses coletivos através da organização civil. Neste caso o ato de autorização aparece como ato jurídico emanado dentro de uma relação civil entre associados e a pessoa jurídica que irá lhe representar, sem qualquer natureza de controle, mas sim, com a finalidade de atribuir àquela, mandato de representação para postular em juízo pelo direito dos associados. Trata-se de outorga de poderes jurídicos, regulado pelo Código Civil no seu Art. 653, que estipula operar o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses.<sup>62</sup>

### **1.3.6. Autorização prevista no inciso XXIII, letras ‘b’ e ‘c’ do Artigo 21; no parágrafo único do Artigo 22; no inciso V do Artigo 177; e no § 2º do Artigo 184 da Constituição Federal, sem qualquer conteúdo jurídico**

Foi salientado desde o início do trabalho, que o termo “autorização” é utilizado, por vezes, sem a devida precisão técnica necessária para individualização do ato.

Conforme leitura do inc. XXIII, letras ‘b’ e ‘c’ do Art. 21 e do inc. V do Art. 177 da CF, a União poderá, sob regime de permissão, autorizar a comercialização e a utilização de radioisótopos. A palavra autorização aparece no seu sentido léxico, sem individualização

---

<sup>62</sup> Ver o art. 6º do Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, 11.01.1973 e Art. 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor, lei nº 8.078, de 11.09.1990.

jurídica alguma, utilizada nas sentenças para definir os efeitos do ato de permissão, no sentido dos dicionários da língua, sem individualidade e efeitos próprios, ou seja, sem ser um mecanismo jurídico.

O pior de tudo é que a imprecisão acaba se perpetuando nos atos jurídicos praticados com fundamentos nos respectivos incisos e artigos, que por sua vez, ecoam, reproduzindo-se inúmeras vezes no debate jurídico. Por exemplo, imaginando como seria publicado o respectivo ato de permissão no Diário Oficial da União: *“A empresa Sol do Nordeste está autorizada pelo ato de permissão nº XXX, a comercializar radioisótopos,...”*.

No parágrafo único do Art. 22 da CF, a “autorização” aparece novamente na função de conceituar os efeitos de outro ato ampliativo, que no caso se trata de uma Lei Complementar, de efeitos concretos, que delega competência legislativa a um Estado membro. Neste contexto não tem qualquer efeito jurídico, não é ato jurídico autônomo.

No Art. 184, parágrafo 2º, identifica-se a mesma imprecisão, pois a norma prevê que o decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor ação de desapropriação. A palavra autorização novamente foi utilizada para definir os efeitos de outro ato, qual seja, os efeitos do decreto executivo. Tais imprecisões no uso da palavra autorização, são fontes de confusões interpretativas que em nada auxiliam o amadurecimento e a individualização da figura jurídica.

### **1.3.7. Autorização na acepção de controle legislativo sobre o executivo**

#### **1.3.7.1. Autorização na acepção de controle institucional parlamentar sobre a atuação do executivo**

Em diversas oportunidades a CF prevê a necessidade de autorização por parte do legislativo, para determinadas práticas executivas, como meio de obrigar o executivo a passar pelo crivo do Parlamento, garantindo efetividade à competência constitucional controladora, classificada como controle externo.

### **1.3.7.2. Autorização nos incisos XIX e XX do Artigo 37 da Constituição Federal**

No Art. 37, incs. XIX e XX, determina-se que somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, e subsidiárias.

A autorização legislativa neste caso aparece como instrumento de controle prévio dos atos governamentais em relação à presença dos requisitos constitucionais do Art. 173 da CF. Na mesma seara o inciso XX, exige autorização legislativa a lícita criação de subsidiárias, e participação em empresas privadas.

Nesta acepção a autorização é produzida formalmente como um ato legislativo, mas de efeito impróprio, porque concreto, específico e definido em exercício de função constitucional de controle sobre outro poder.

### **1.3.7.3. Autorização referida (total geral de 8 vezes) pelos incisos II e III do Artigo 49; e pelo inciso I do § 6º do Artigo 56; pelos incisos XIX e XX do Artigo 84; pelo caput do Artigo 137, e parágrafo único do mesmo artigo; e pelo §2º do Artigo 138 da Constituição Federal**

Na mesma seara de atos concretos de controle parlamentar sobre o executivo, o inciso II do Art. 49 da CF, reza ser competência do congresso autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar. Já o inciso III, do mesmo artigo prevê que o Congresso é competente para autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder 15 dias.

No Art. 57, parágrafo 6º, a Constituição regramdo a respeito de convocação extraordinária do Congresso Nacional, previu no inciso I, que tal convocação será feita pelo Presidente do Senado Federal, em caso de decretação de estado de defesa ou de intervenção federal, de pedido de autorização para a decretação de estado de sítio e para o compromisso e a posse do Presidente e do Vice-Presidente da República.

De acordo com a norma do Art. 137 da CF, o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar estado de sítio. No parágrafo único do mesmo artigo, está expresso que o Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso decidir por maioria absoluta.

O Art. 138, §2º prevê que solicitada a autorização para decretar estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato convocará sessão extraordinária do Congresso.

O Art. 84, inc. XIX regula que compete ao Presidente da República declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional. No inciso XX do mesmo artigo, ao Presidente da República compete celebrar a paz autorizado ou com referendo do Congresso Nacional.

Nos últimos dois casos, o termo autorização é utilizado pelo constituinte no tempo verbal do pretérito perfeito por decorrência lógica do Art. 49 e seus incisos.

Por sua vez, de maneira uníssona, por isso reunidos no mesmo espaço sob o mesmo rótulo, em todas as acepções deste subitem a autorização aparece como ato expedido através de resolução ou decreto legislativo como ato de controle prévio para os respectivos atos do Presidente da República.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, comentando sobre autorizações legislativas para realização de atos específicos como o presidente se ausentar do país, ou o Senado autorizar operações externas, aduz que tais autorizações podem ser consideradas atos administrativos materiais quanto ao conteúdo, mas formalmente, seriam atos legislativos, que se editam sob a forma de decretos-legislativos ou de resoluções.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Maria Silvia DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 216.

#### **1.3.7.4. Autorização, prevista pelo § 2º do Artigo 128 da Constituição Federal como ato de controle do Senado sobre atos do Presidente da República**

O Art. 128, parágrafo 2º, regulando a respeito do cargo de Procurador Geral da República, diz que sua destituição por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

Este controle das ações do Presidente da República pelo Senado visa o exame prévio em relação às condições subjetivas da pessoa que assumirá o cargo mais relevante dentro do Ministério Público Federal, instituição que tem como primado a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

#### **1.3.7.5. Autorização na acepção de controle parlamentar sobre o gasto do dinheiro público**

Dispondo sobre as regras atinentes ao orçamento, gastos e receitas públicas, a Constituição Federal, na esfera do chamado Direito Financeiro<sup>64</sup>, utilizou o termo “autorização” no sentido de controle do legislativo sobre os gastos do executivo. É nesta acepção que o termo autorização é utilizado mais vezes no texto constitucional.

No Art. 52 da CF, elencando as competências do Senado Federal, reza, no inc. V, que compete a este autorizar operações externas de natureza financeira de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

No Art. 72, da CF, está previsto que a comissão mista permanente a que se refere o Art. 166 § 1º da carta constitucional, diante de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar a autoridade governamental responsável que, no prazo de 5 (cinco) dias, preste os esclarecimentos necessários.

O Art. 99 da CF, regrado sobre a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, em seu parágrafo 5º prevê vedação durante a execução orçamentária do exercício a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos

---

<sup>64</sup> Direito Financeiro é o ramo do Direito Público que estuda atividade financeira do Estado sob o ponto de vista jurídico, conceito enunciado por Kiyoshi HARADA, em seu livro Direito Financeiro e Tributário. 16. Ed. Editora Atlas, São Paulo: 2007, p. 49

na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

De forma similar, o Art. 127 da CF, regulando a autonomia financeira e administrativa do Ministério Público, prevê no parágrafo 6º, vedação durante a execução orçamentária do exercício a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

O Art. 165, parágrafo 8º, regulando exceção à especialidade da lei orçamentária que não poderá conter matéria estranha à previsão da receita e à fixação da despesa, exceto a previsão de autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receitas, nos termos da lei.

O Art. 166, parágrafo 8º, dispondo sobre os projetos de lei orçamentária, regula que os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes, poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa.

No Art. 167 da CF, é vedado, dentre outras condutas, por previsão do inciso III a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta.

No inciso V do Art. 167, está expresso a vedação à abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes. No inciso VI do Art. 167, está regulado que é vedada a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa. De acordo inciso VIII, é proibida a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos do orçamento fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no Art. 165, § 5º da CF. Já no inciso IX, ainda do Art. 167, é vedada a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

O parágrafo 1º do Art. 167, prevê que nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

No parágrafo 2º do art. 167 da CF, determina-se que os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício.

Na mesma seara, o Art. 169, regrado sobre despesas com pessoal ativo e inativo dos entes políticos, veda o excesso do limites de gastos previstos em Lei complementar. (Lei 101/2000). Na seqüência o seu parágrafo 1º, reza que a concessão de vantagens, aumento de remuneração, criação de cargos, empregos, funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da Administração direta e indireta só poderão se feitas, conforme o inciso II, se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

### **1.3.8. Autorização na acepção de ato judicial em controle de ato executivo**

#### **1.3.8.1. Controle judicial nos moldes do § 2º do Artigo 100 da Constituição Federal**

Está previsto no Art. 100 da CF, que, com exceção dos créditos alimentares, os pagamentos devidos pelo erário público em virtude de condenação judicial, serão pagos em ordem cronológica de apresentação dos precatórios. Em seu parágrafo 2º, ficou determinado que as dotações orçamentárias e os créditos abertos para pagamento de precatórios judiciais serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, prevendo que o Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinando o pagamento segundo as possibilidades do depósito, poderá autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

Neste contexto o termo “autorização” está representando uma decisão judicial que defere uma medida cautelar de seqüestro da quantia para quitação do crédito de um credor. O termo é utilizado como uma ordem judicial constrictiva sobre o numerário público para pagamento de crédito. O termo é impróprio porque o Presidente do Tribunal não autorizará um terceiro ao exercício de uma conduta anteriormente vedada. O próprio Juiz da decisão

decidirá sobre o mérito, e adotará medidas para efetivação da decisão, dentro de uma relação cidadão credor e estado devedor, típica relação processual.

### **1.3.8.2. Autorização, no inciso III, parágrafo 3º do Artigo 136 da Constituição Federal**

No inciso III, parágrafo 3º do Art. 136 da CF, está previsto que na vigência do estado de defesa, a prisão ou detenção de qualquer pessoa, não poderá ser superior a 10 (dez) dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário. A constituição utiliza o termo na função de controle judicial sobre os atos coercitivos praticados pelo executivo, numa relação de controle do Poder Judiciário sobre aquele. O critério será sempre o de juridicidade.

### **1.3.9. Autorização na aceção controle parlamentar interno, prevista pelo inciso I do Artigo 51 da Constituição Federal, na aceção de controle prévio da Câmara dos Deputados sobre os atos do Senado**

O Artigo 51, no seu inciso I, estabelece competir à Câmara dos Deputados autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado.

A finalidade de exigir autorização para instauração do processo tem pertinência em limitar a competência própria do Senado esculpida no Art. 52, I da CF, que passará por uma decisão prévia da casa do povo, em proteção à representatividade popular e o modelo presidencialista, para que não esteja o Presidente, o vice-presidente, bem como a cúpula ministerial sob o julgo de um Senado composto por oposicionistas do governo, que poderá pretender prejudicar seu mandato com processos infundados.

### **1.3.10. Autorização na acepção de controle hierárquico prevista no inciso VII do Artigo 93 e no § 2º do Artigo 129 da Constituição Federal**

De acordo com a norma extraída do inc. VII do Art. 93 da CF, o magistrado titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal. Norma de igual conteúdo, mas dirigidas a destinatários diferentes é a prevista no § 2º do Art. 129 da CF, que determina que os exercentes da função do Ministério Público só poderão ser integrantes da carreira e deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.

Autorização Hierárquica, nesta acepção, é ato de controle interno, em que o superior hierárquico outorga ao subordinado a possibilidade da prática de determinada conduta (atos e operações materiais), com o fim de organização, planejamento e controle do exercício das atividades públicas. Normalmente essas autorizações, tipicamente internas, se referem à vida funcional dos agentes públicos, principalmente no tocante aos afastamentos.<sup>65</sup> Cita-se por referência ao aludido o parágrafo 4º do art. 93 da lei 8.112/90.<sup>66</sup> Difere-se das outras acepções por se tratar de ato administrativo interno, restrito a uma esfera jurídica específica, só aplicável aos servidores estatais, não gerando efeitos aos cidadãos estranhos à esfera administrativa hierárquica funcional.

Vale frisar que apesar de ser a autorização em apreço um ato jurídico emanado do Judiciário (no caso de Juiz solicitando autorização), é um ato realizado em exercício de função executiva, pois a matéria jurídica que lhe é afeta é própria da organização funcional do órgão jurisdicional.

---

<sup>65</sup> Cid Tomanik POMPEU, *Autorização Administrativa*, 2. ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p.188

<sup>66</sup> Por referência, a Lei nº 8.112/90, no parágrafo §4º do Artigo 93: “*Mediante autorização expressa do Presidente da República, o servidor do Poder Executivo poderá ter exercício em outro órgão da Administração Federal Direta que não tenha quadro próprio de pessoal, para fim determinado e prazo certo*”.

#### 1.4. Síntese do capítulo

Em todas as acepções identificadas, se percebe a presença de características inerentes ao ato de autorização:

I – A sua exigência indica proibição de fazer ou obrigação de não fazer, veda uma conduta;

II – Exige solicitação do interessado;

III – Propicia controle prévio a respeito de determinada conduta a ser praticada.

IV – É ato jurídico de conteúdo individual e concreto.

V – Tem o efeito único de facultar conduta individual até então vedada.

Esses traços são constantes.

Poderia se dizer que no caso de autorização na acepção de mandato civil,<sup>67</sup> em que os associados autorizam a associação a representá-los, não seria controle, porque esta função é própria do poder de polícia estatal. Não é correta tal crítica, pois a palavra controle é de extensão abrangente, abarca situações que se inserem em grande número de relações jurídicas, como na relação escola e aluno, patrão e trabalhador, pai e filho, e também entre os associados e a pessoa jurídica criada por esses. A finalidade da associação é a união jurídica de pessoas com interesses comuns como instrumento que permitirá uma maior contundência na busca do melhor aos seus associados, o que não importa em carta branca para agir arbitrariamente. Por isso os associados, em exercício de controle, autorizam ou não a pessoa jurídica a representá-los em determinados assuntos.

No entanto, apesar do traço comum, não podemos tratar autorização como um ato jurídico pertencente a um único ramo do Direito. Ela tem os traços generalizadores, mas se insere em campos jurídicos distintos, que por conseqüência acabam implicando em peculiaridades, sendo necessário distingui-las, como fora feito.

O que leva um ato de autorização ser diferente do outro, é a matéria jurídica em que está inserida. A finalidade é sempre de outorgar liberdade, mas em razão da matéria controlada, haverá distinção nos sujeitos partícipes da relação, e nas regras de válida produção.

---

<sup>67</sup> Art. 5º, XXI- as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, tem legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

Quando fizemos as distinções das várias acepções apontadas, levamos em consideração os sujeitos da relação e a matéria jurídica em que estava prevista a autorização, que acabam implicando nas regras de validade de sua produção.<sup>68</sup>

Por sujeito da relação nas autorizações que são produzidas entre Estado e particular, não importamos com diferença estrutural orgânica, mas sim com critério material da função estatal. Por isso no caso de autorização prevista pelo inc. XVI do Art. 49 e pelo § 3º do Art. 231 da CF, como ato de controle do Congresso Nacional em relação às explorações e o aproveitamento de recursos hídricos e minerais em terras indígenas, classificamos que são autorização administrativa de polícia, sem fracionar autorização de polícia do Executivo ou Legislativo, pois o sujeito ativo é o Estado em função executiva de controle individual sobre o particular.

No entanto, deve ser feita a ressalva que a formalização, ou seja, o procedimento de produção de uma autorização materialmente administrativa pelo Congresso, é diferente da autorização administrativa a ser produzida pelo executivo.

Com tais critérios, separamos do texto constitucional, autorização administrativa em exercício de poder de polícia, ato produzido dentro de uma relação jurídica Estado e cidadão em exercício de função executiva com finalidade de controle prévio sobre as condições objetivas e subjetivas do interessado que pretende realizar determinada conduta potencialmente danosa.

A excepcionalidade da lei infraconstitucional 10.233/01 do Setor de Transportes, em seu Art. 49, prevendo a autorização como delegação de serviço público de maneira urgente e inadiável para continuidade do serviço, não altera a acepção em que foi prevista a autorização no Art. 21, inc. XI e XII da CF, pois se trata de uma válvula de escape jurídica para situações irremediáveis encontrada pelo legislador infraconstitucional, que não pode ser tratada como algo ordinário, por isso deixamos de apontá-la em apartado como uma possível acepção constitucional.

Autorização na acepção de mandato civil, em relação jurídica privada, particular e com a finalidade outorgar mandato de representação para associações praticarem determinados atos em nome de seus associados.

---

<sup>68</sup> a) acepção de poder de polícia (relação Estado x cidadão) b) acepção de mandato civil (relação entre particulares); c) acepção de controle do Legislativo sobre atos do Executivo (relação de controle institucional); d) acepção de controle da Câmara dos Deputados sobre o Senado (relação de controle parlamentar interno) ; e) na acepção sem qualquer efeito jurídico; f) acepção de controle do Judiciário sobre os atos do Executivo (controle de juridicidade); g) em acepção de controle hierárquico disciplinar (relação Estado e servidor público).

Autorização na acepção de controle do parlamento sobre o Executivo, em relação jurídica institucional entre Poder Legislativo e Executivo, com o fim de controle externo parlamentar, próprio do sistema de freios e contrapesos, previstos no art. 2º da CF, como maneira de limitação das competências próprias do Executivo.

Autorização na acepção de controle do Judiciário sobre o Executivo, em relação jurídica específica entre o Poder Judiciário e o Executivo, sua função constitucional própria de controle de juridicidade dos atos executivos.

Autorização administrativa hierárquica, na acepção de controle em relação administrativa interna, entre Estado contratante e servidor hierarquicamente subordinado, com finalidade de estruturação e organização dos quadros de pessoal que compõem as instituições públicas.

Autorização na acepção de controle interno parlamentar, em relação jurídica específica Câmara dos Deputados e Senado Federal, com o fim de proporcionar à casa do povo, o controle prévio a respeito da instauração de processo em face da cúpula governamental formada pelo Presidente eleito para governar o país. Finalidade de resguardo e fortalecimento das bases da democracia indireta e da representatividade popular.

## CAPÍTULO 2 – AUTORIZAÇÃO DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA

### 2.1. Autorização de polícia administrativa e autorização hierárquica

Como visto no capítulo anterior, a Constituição Federal aponta o ato de autorização em algumas acepções. Destaca-se que em somente duas acepções temos autorização administrativa: autorização administrativa em exercício de polícia administrativa e autorização administrativa hierárquica.

Para tal discriminem levamos em conta a concretude do ato, unilateralidade e individualização do ato praticado em exercício de função executiva, independente do organismo estatal que o tenha praticado.

Não encontramos na Constituição autorização de uso de bem público (outra acepção apontada doutrinariamente), o que não execra tal figura do ordenamento, isto porque nem toda norma ou mecanismo jurídico deve estar previsto expressamente na Constituição. Autorização para uso de bem público é mecanismo de gestão dos bens públicos, para qual o ordenamento jurídico pátrio ordena o respeito aos princípios da isonomia, da moralidade, da indisponibilidade da coisa pública, segurança jurídica, da licitação, da impessoalidade, e da imprescritibilidade, explícita e implicitamente previstos nos Art. 37 da CF e no art. 2º da lei 9.784/99. O Código Civil Brasileiro<sup>69</sup> se ocupa das definições, cabendo a partir deste ponto a cada ente estatal, respeitando os limites normativos hierárquicos, legislar sobre a gestão deste patrimônio, visando o interesse público, nos moldes do Art. 23 e inciso I do Art. 30 da Constituição Federal.<sup>70</sup> Portanto, a autorização de uso de bem público, está ligada a idéia de gestão local dos bens públicos, não sendo matéria de cunho constitucional explícito, e sim, matéria que deve ser minuciosamente regulada por instrumentos normativos infraconstitucionais emanados dos entes respectivos, observada a hierarquia vertical normativa.

Já as autorizações de polícia, administrativa e a hierárquica, são temas constitucionais obrigatórios, pois sua previsão legislativa se insere na planta regulatória da liberdade e da propriedade dos indivíduos, de cunho materialmente constitucional, devendo estar

---

<sup>69</sup> Lei nº 10.406, de 10.01.2003, nos Arts. 92 a 103.

<sup>70</sup> Art.23: *É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I – zelar pela guarda da Constituição das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.*  
Art.30. *Compete aos Municípios:-I –Legislar sobre os assuntos de interesse local;*

expressamente previstas, sob pena de impedir qualquer pretensão limitadora infraconstitucional. Mesmo na autorização hierárquica, o tema central é a liberdade, já que trata da autodeterminação de instalação da moradia do Juiz e do Promotor. Como não será tema de maiores apontamentos, desde já oportunamente, cita-se que em seu estudo Cid Tomanick Pompeu<sup>71</sup>, aborda com maior detalhamento as características da autorização administrativa hierárquica.

### **2.1.2. A diferença básica entre as duas acepções de autorização administrativa que aparecem na Constituição**

Apesar de ambas serem autorizações administrativas, não têm gênese semelhante, pois a autorização denominada como de polícia administrativa alcança conduta de todos os cidadãos de maneira geral, e tem como fim evitar danos sociais que poderiam advir se determinada atividade ou ato jurídico fosse praticado sem maiores cuidados. Já a autorização administrativa hierárquica abarca somente condutas de pessoas que se encontram em uma relação jurídica de sujeição especial com o Estado,<sup>72</sup> e tem como fim a melhor organização funcional interna do respectivo órgão.

### **2.2. Considerações práticas sobre a previsão da autorização de polícia administrativa por decorrência do seu conteúdo**

O primeiro traço lógico da previsão da autorização de polícia administrativa é sua razão de ser, o legislador para prever exigência de autorização administrativa deverá ter em mira a criação de uma vedação geral de conduta, mas não para expurgá-la do ordenamento, e sim torná-la seleta.

Se a conduta é daquelas indesejáveis que não devem ser praticadas de nenhuma maneira no seio social, prever autorização não tem sentido.

---

<sup>71</sup> *Autorização Administrativa*, p.188

<sup>72</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, nos dá nota que é corrente na doutrina alemã (por obra de Otto Mayer) e nas doutrinas italiana e espanhola, a distinção entre a supremacia geral da Administração sobre os administrados e a supremacia especial (assim chamada na Itália e, às vezes na Espanha) ou relação especial de sujeição (como é referida na Alemanha e, às vezes na Espanha). Aponta ainda que a doutrina brasileira, praticamente ignora tal formulação. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 811.

Quem fala em autorização de polícia administrativa, deverá ter em mente que está falando de instrumento jurídico selecionador, portanto, o princípio da igualdade deverá ser respeitado em último grau durante todas as etapas constitutivas desse instrumento jurídico.

Por ter conteúdo seletivamente facultador de condutas vedadas, o solicitante autorizado passa a um grupo especial de pessoas que têm a esfera jurídica maior que a dos demais cidadãos. Para Livet a autorização é uma decisão individual, que constitui uma exceção particular a uma interdição global criada pela lei.<sup>73</sup>

O ingresso ao grupo seletivo é acessível aos portadores do título jurídico extrajudicial, comprovador da outorga autorizativa por parte da Administração, com presunção de veracidade relativa, libertando o sujeito de vedação legal para todos os efeitos, enquanto vigorar o respectivo ato.<sup>74</sup>

É verdade que essa característica ampliadora da esfera jurídica do solicitante não é exclusiva da autorização de polícia, mas própria de uma classe de atos. Verdade que não impede seguirmos nos referindo apenas à autorização de polícia administrativa, pois é o tema eleito para o trabalho.

É importante ressaltar neste momento, em que é dada ênfase à característica selecionadora do conteúdo jurídico do ato de autorização de polícia administrativa, que seria incorreto atribuir ao ato a finalidade jurídica de tão somente proteger e tutelar interesses e bens jurídicos individuais, pois sua razão ontológica primeira é outra, evitar danos ao interesse público que possam decorrer da conduta privada descuidada.

Só para fundamentar o aludido, a lei nº 8.884/94, prevendo uma série de normas que constituem o direito concorrencial brasileiro, visando prevenir e reprimir as infrações à ordem econômica proíbe a fusão de empresas a partir de determinado patamar econômico, exigindo para que a fusão possa ser realizada licitamente, a outorga de um ato prévio de autorização. Tal ato de autorização poderia ser interpretado como instrumento de tutela do direito à propriedade, da livre iniciativa privada, mas não; a previsão legislativa da necessidade de autorização prévia, tornou a conduta vedada em razão da nocividade e dos danos ao interesse social que determinadas fusões empresariais potencialmente demonstram. E esse prisma

---

<sup>73</sup> Pierre LIVET, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, Paris: Bibliothèque de droit public, 1974. pp. 55-63 *apud* António Dias GARCIA, *A Autorização Administrativa*, Lisboa: Boletim do ministério da Justiça, 1993. nº 425, p.25.

<sup>74</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA e Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUES. *Curso de Derecho Administrativo*, 9ª Ed, Madrid: Civitas, 2004, v.II, p.104. Mais adiante no trabalho, serão feitos apontamentos sobre o esgotamento dos efeitos, e sobre a retirada do ato.

exegético está previsto logo de início, no Art.1º parágrafo único da lei: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.”

O autor português Robin de Andrade tem posicionamento que se encaixa com o nosso, pois para ele a autorização policial não é determinada por razões ligadas à tutela dos bens jurídicos pessoais em que os direitos se consubstanciam, mas por simples motivos de interesse público e de polícia administrativa completamente estranhos à essência dos direitos e dos bens jurídicos em causa; e remata:

A concessão da autorização policial não origina a atribuição de proteção a um bem jurídico privado, mas assegura apenas a garantia de que não serão postergados interesses públicos.<sup>75</sup>

O que não quer dizer, no entanto, que o legislador terá plena liberdade na idealização das condições para válida produção do ato administrativo de autorização de polícia, sem respeitar interesses e bens jurídicos privados. Deverá ao contrário, caminhar respeitando os princípios e regras constitucionais, buscando obrigatoriamente o ponto de equilíbrio da intervenção estatal, sem exceder na restrição imposta, sob pena de esvaziar o conteúdo jurídico da livre iniciativa privada e do direito à propriedade, sob pena de ser caracterizada como medida inconstitucional por desproporção da intervenção na propriedade e na liberdade.

O fim primeiro da previsão de polícia administrativa é evitar danos que determinadas condutas particulares representam ao seio comunitário, mas desempenha igualmente relevante papel instrumental para adequação da intervenção estatal e o direito do particular. Permitindo, portanto, concluir que através da autorização de polícia tutela-se primeiramente o interesse coletivo contra os danos decorrentes da conduta do particular, em segundo, a ordem constitucional vigente; e, somados aos dois primeiros, por consequência óbvia, protege também o interesse e os bens jurídicos privados em causa.

---

<sup>75</sup> José Robin de ANDRADE, *A revogação dos Actos Administrativo*, 2. ed., Coimbra Editora.1985.p.109; *apud* António DIAS GARCIA, *A Autorização Administrativa*, p.55.

### 2.3. Os efeitos da autorização de polícia administrativa nos modais deônticos

Toda e qualquer autorização de polícia administrativa, tem como efeito jurídico, transportar, no caso concreto, a conduta do interessado, do deôntico da proibição de fazer ou da obrigação de não-fazer, para o campo do deôntico da faculdade, como um portal aberto no tecido amplo da norma geral que proporciona a passagem individual para área do deôntico da faculdade.<sup>76</sup>

Como já dito, esse transporte é feito de maneira seleta, por norma individual e concreta.

É assim, nos moldes do que foi dito, um ato jurídico pressuposto hipotético de uma norma jurídica que tem como conseqüente a atribuição de faculdade, derogando proibição de fazer ou obrigação de não-fazer.

Esses modais a que referimos são conforme doutrina de Lourival Vilanova, para quem a norma jurídica pode ser tão somente elaborada em três modais deônticos: o da obrigação, da proibição ou da permissão.<sup>77</sup>

Fez se referência que a autorização de polícia retiraria a conduta do círculo espacial da proibição de fazer ou da obrigação de não fazer para o campo da faculdade, pois toda ‘obrigação de não fazer’ está alicerçada, e pode ser igualmente descrita como ‘proibição de fazer’, já o contrário de ambas, é sempre e tão somente o campo do deôntico da faculdade.

Alexy em comentário sobre a lógica do “direito a algo” e o seu caráter relacional, reitera que os conceitos deônticos básicos são os conceitos de dever, de proibição e de permissão. Ressalta ainda que a permissão aparece duas vezes no quadro deôntico como negação do dever (permissão negativa) e como negação da proibição (permissão positiva). O referido autor qualifica a permissão como forte quando nega a proibição e a obrigação, e fraca quando nega a proibição, mas não nega a obrigação. Discorrendo sobre a permissão que denomina como forte, diz que da conjunção das permissões positivas e negativas resulta uma posição composta que pode ser designada por “faculdade”.<sup>78</sup> Em relação a essa dupla função da

---

<sup>76</sup> O alemão Robert ALEXY descreve a liberdade jurídica com essa tonalidade da faculdade, com a seguinte lavra: “a liberdade jurídica consiste na faculdade jurídica de fazer e deixar de fazer o que se deseja. Ela é restringida por toda norma proibitiva ou mandatária. Quanto mais se ordena ou se proíbe, tanto menor é a liberdade jurídica”. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 177.

<sup>77</sup> Lourival VILANOVA, *Causalidade e Relação no Direito*, 4. Ed, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000, p.116.

<sup>78</sup> Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.207.

faculdade, de negar o proibido e o facultado, transcrevemos o quadro deôntico abaixo em semelhança ao texto de Alexy para demonstrar o aludido:<sup>79</sup>

**$p$  = fazer**

**$O(p)$  = obrigado**

**$P(p)$  = facultado**

**$V(p)$  = vedado.**

**- = negação**

**$O(p) = V(-p) = -P(-p)$**  Obrigado fazer equivale a vedado não fazer e a não é facultado não fazer;

**$V(p) = O(-p) = -P(p)$**  Vedado fazer equivale a obrigado não fazer e a não facultado fazer;

**$P(p) = -O(-p) = -V(p)$**  Facultado fazer equivale a não obrigado não fazer e não vedado fazer;

**$P(-p) = -O(p) = -V(-p)$**  Facultado não fazer equivale a não obrigatório fazer e não vedado não fazer.

Por isso, a norma que vigora genericamente antes da produção do ato de autorização administrativa de polícia, independente das condições jurídicas de sua produção (pressupostos fáticos e de direito, se vinculada ou discricionária), é uma norma que proíbe fazer ou obriga não fazer. E com a produção de um ato administrativo de autorização de polícia explode no ordenamento a força jurídica que nega tanto a proibição de fazer como a obrigação de não-fazer, tornando a conduta facultada.

Assim, entendemos que o conteúdo da autorização, seja vinculada ou discricionária, é constitutivo ampliativo, pois coloca o interessado em nova situação jurídica, dentro de uma novel relação jurídica específica com o Estado, que passa a ter o dever de reconhecer como lícita a prática de atividade ou produção de ato jurídico, que a norma geral prevê como condutas ilícitas.

---

<sup>79</sup> Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.207.

## 2.4. Autorização de polícia administrativa “revoga” a proibição ou a obrigação imposta pela norma geral?

Não, autorização de polícia não revoga a norma geral que estipula proibição de fazer ou obrigação de não fazer. Tem força jurídica de negar o comando proibitivo de fazer ou obrigatório de não-fazer, apenas de maneira seletiva, individualizada, mantendo-se em vigor no ordenamento jurídico a norma restritiva genérica.

Diante da produção de atos como a autorização administrativa de polícia, vê-se claramente a presença de dois campos deônticos válidos no ordenamento jurídico para a mesma conduta. Não simultaneamente para o mesmo sujeito, pois, ou a ele a conduta é facultada pela autorização ou não é. Estamos a falar de uma simultaneidade ampla, considerando-se o todo social, uma vez que tal conduta é proibida genericamente, mas facultada seletivamente.

Com o deferimento, de posse do título jurídico, a conduta do particular é transferida individualmente do deôntico proibição para o deôntico faculdade; mas permanecendo em vigor o deôntico da proibição genérica no ordenamento jurídico. Caso ocorra a extinção do ato que outorga a faculdade, a conduta do particular obrigatoriamente volta a ser regada pelo genérico proibitivo.<sup>80</sup>

No entanto, situação bem diferente ocorre quando se produz um ato jurídico com o efeito de desobrigar a conduta genericamente. Não se fala em título individual, mas em revogação da norma geral. Conforme vimos, em todos os casos que a Constituição abordou o ato de autorização, mesmo as chamadas autorizações do Direito Financeiro afetas à matéria que limitam os gastos públicos,<sup>81</sup> não foi com o fim de revogar uma proibição genérica, pois tais autorizações, em função constitucional legislativa de controle externo do Executivo, também são individualizadas para gastos determinados. Para casos de “revogação” de proibições genéricas se prestam os atos normativos revogadores, usando o padrão determinado pela Lei de Introdução ao Código Civil mediante revogação expressa ou tácita.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Por isso, tendo em vista o princípio da igualdade; todo o desenvolvimento deste instituto jurídico roga-se no sentido da vinculação, pois sua contra-face, a discricção, proporciona eventuais desigualdades por força de uma análise mediante critério da oportunidade e da conveniência, devendo ser usada somente quando impossível jurídica e faticamente estruturá-la de maneira vinculada.

<sup>81</sup> Art. 167, III, VIII, e §2º da CF., por exemplo.

<sup>82</sup> Decreto-Lei nº 4657, 04.09.1942, Art. 2º: *Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º*

Por consequência do aludido, as autorizações administrativas de polícia são necessariamente individuais e concretas.

## **2.5. Ato administrativo de autorização de polícia - Título extrajudicial - Individualidade e concretude**

A função administrativa é extensa, multifacetária e heterogênea, sendo impossível descrever todos os atos jurídicos que são praticados pela Administração, sob apenas uma espécie jurídica.<sup>83</sup>

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>84</sup> adota dois conceitos para ato administrativo, um mais amplo que abarcaria, além dos atos unilaterais, individuais e concretos, os atos gerais e abstratos, e também os atos convencionais (contratos administrativos). Ao lado do conceito mais amplo, o doutrinador aponta um conceito do ato administrativo em sentido estrito, alcançando uma categoria menor de atos, exigindo criteriosamente a presença de uma quantidade maior de características jurídica semelhantes, que seriam elas a concretude e a unilateralidade.

A autorização de polícia administrativa se enquadra no conceito restrito de ato administrativo, pois produto jurídico decorrente de manifestação estatal que dispõem para único e específico caso, tendo por destinatário sujeito ou sujeitos especificamente determinados. Portanto, um ato administrativo unilateral, concreto e individualizado.

Já vimos no tópico das considerações sobre a previsão legislativa da autorização de polícia, que é um ato jurídico selecionador que faculta determinada conduta, após a verificação da presença de requisitos exigidos por lei. Tal exame só é possível no caso

---

*A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.*

<sup>83</sup> Sobre ato administrativo ver Renato ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, p.249; Juan Carlos CASSAGNE, *El Acto Administrativo*, 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978, pp.79-82; Antonio Carlos Cintra AMARAL, *Extinção do ato administrativo*, Dissertação de mestrado, PUC-SP Tombo 145.951; Augustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 8. ed. Buenos Aires: FDA, 2003 ; Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2008.v.I. p.477.

<sup>84</sup> *Curso de Direito Administrativo*, pp. 378-380, o autor adota conceito de ato em sentido estrito como “Declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

concreto. Ademais se não fosse pela sua individualidade, não se falaria em autorização, mas sim em revogação normativa.

Nos termos do Art. 5º inciso II da CF, somente há obrigação de fazer ou deixar de fazer algo em decorrência de lei. Lei no seu sentido material, proibindo ou obrigando de maneira abstrata e genérica.

Hipoteticamente, se aceitarmos que autorização em tese poderia ser genérica, sobrevivendo uma autorização mediante outra norma abstrata de igual categoria jurídica tornando lícita a conduta até então vedada, teríamos uma norma revogatória expurgando a anterior do ordenamento jurídico, não havendo sentido em se falar em autorização, já que não há mais proibição no sistema normativo! Não há mais nada a ser autorizado!

Sobre o que foi aludido, imaginando uma restrição definida pormenorizadamente por um Decreto Regulamentar, norma de caráter geral e abstrato, vale inteiramente a nossa objeção quanto à impropriedade de se caracterizar autorização de polícia mediante atos genéricos e abstratos. Vamos exemplificar o aludido com o chamado “rodízio de veículos” no Município de São Paulo. A Lei Municipal nº 12.490, de 03.10.1997, possibilitou ao Executivo, mediante decreto, implantar o Programa de Restrição ao Trânsito de Veículos. O Executivo o fez através do decreto nº 37.085, 03.10.1997, e restringiu, com algumas exceções, a circulação de veículos de segunda a sexta feira no chamado centro expandido, pelo critério do número final da placa. No seu Art. 11º o decreto prevê a possibilidade de suspensão da proibição em caso de ocorrências extraordinárias ou quando for previsível a baixa de volume de tráfego, em datas próximas a feriados. Portanto, diante de ocorrências extraordinárias poderá ser suspensa a eficácia proibitiva do decreto.

Mesmo que através de um decreto ou qualquer outro ato administrativo o Executivo venha suspender a proibição de circulação, tem-se que os efeitos do decreto foram represados por um outro ato normativo, ambos abstratos e genéricos, sem individualização dos destinatários, não podendo ser caracterizado como autorização administrativa de polícia, pois materialmente o ato é de natureza normativa e retirou a proibição do ordenamento, estando a conduta facultada a todos.

A autorização administrativa de polícia, como qualquer ato administrativo, tem que estar prevista em lei, e sua razão ontológica não é revogar o texto normativo, mas apenas diminuir o seu campo de incidência proibitivo, após a verificação da presença de requisitos subjetivos e objetivos do interessado exigidos pela própria lei. Lei essa que continuará vigorar

com todos os seus efeitos no largo campo social, subtraindo-se, por norma concreta, apenas dos casos específicos que ela mesma, norma geral, estipulou. A autorização de polícia em si, se presta a individualidades.

### **2.5.1. Quanto à formação do ato: Unilateralidade**

A autorização de polícia administrativa é ato a ser produzido dentro de uma relação jurídica entre os sujeitos Estado e solicitante. A manifestação de vontade do particular não integra o ato. Ele apenas solicita a expedição à Administração Pública que, nos termos da lei, emite, ou não, a declaração autorizativa geradora dos efeitos que lhe são próprios.

Já se falássemos em um ato bilateral ou convencional, as duas vontades dos sujeitos contratantes integrariam o ato. A diferença jurídica efetiva entre solicitar a declaração e a vontade integrar o ato, é que o ato unilateral, não poderá ser anulado por vício de vontade do particular, já que sua vontade não integra o ato. O ato bilateral, um contrato administrativo, por exemplo, em tese poderia ser anulado por vício de consentimento da vontade do particular, já que sua vontade integraria o ato.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que não afeta a unilateralidade na formação do ato a simples razão do ato depender para sua válida produção e geração de efeitos da manifestação do particular solicitando-lhe a prática. Cita como exemplo: pedido de alvará de licença para edificar ou autorização para porte de arma etc.<sup>85</sup>

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, na mesma esteira, seguindo as lições proferidas por Diguit e seus discípulos Jèze e Bonnard, também entende como atos unilaterais o atos jurídicos individuais cuja perfeição se obtém com a manifestação unitária de vontade, em contrapartida há outros que exigem acordos de vontades que se contrapõem; são chamados de convencionais. E em lavra lapidar registra:

O ato unilateral geralmente corresponde a simples aplicação da lei, da regra geral, abstrata impessoal. Ela, então, é a fonte da obrigação e não a vontade manifestada, individual.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p.419.

<sup>86</sup> Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, pp. 448-449.

José Cretella Junior<sup>87</sup> registra que a autorização é um ato unilateral, porque o ato se perfaz unicamente pela manifestação da Administração, já que a vontade do solicitante não incorpora à medida emanada, da qual participa como simples antecedente.

---

<sup>87</sup> *Definição da Autorização Administrativa*, PP. 754-767.

## CAPÍTULO 3 – AUTORIZAÇÃO DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA?

### 3.1. Intervenção na Liberdade

A abordagem da autorização de polícia administrativa deve ser feita tendo como pano de fundo as intervenções estatais na liberdade.

Enterría e Tomás-Ramon registram que o estudo da “Autorização Administrativa em exercício de poder de polícia”, ainda que seja um ato de conteúdo ampliatório do patrimônio jurídico do autorizado, deve ser feito partindo do prisma que a técnica autorizatória só tem sentido, se for observada sob o enfoque do controle prévio obrigatório para o exercício lícito de uma atividade privada, é assim, uma técnica de limitação de direitos, precisamente, de tal modo que o estudo só tem sentido se for dentro dessa perspectiva.<sup>88</sup>

Técnica, é uma palavra designa o conjunto de procedimentos ligados a uma arte.<sup>89</sup> A arte que se refere a técnica da limitação de direitos, (preferimos a expressão limitação de liberdades), é a do bem comum.

A Constituição Federal, desde o seu preâmbulo, e em vários artigos, como inciso I do Art. 3º, o caput do Art.5º, o inciso XIII do Art. 5º, o caput do art.170, e o inciso IV do Art.170, trazem a liberdade como a regra (inc. II, Art. 5º), e a livre iniciativa como fundamento básico do modelo constitucional, nos termos do inciso IV do Art. 1º da CF. Mas essa liberdade não é intangível, é limitada pelo próprio texto constitucional na busca da coexistência ordenada entre os indivíduos. Encontramos exemplo dessas limitações, também desde o preâmbulo e do art. 1º, inciso III e IV, que elevam a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, como fundamentos da República, além de vários outros artigos da Constituição que permitem ilustrar o aludido como, o inciso XIII do Art. 5º, o inciso XXIII do Art. 5º, o caput, inciso III e VI do Art. 170 da CF.

---

<sup>88</sup> “La técnica autorizatoria solo tiene sentido observando que La regulación previa que <somete a autorización> el ejercicio de una determinada actividad privada es em si misma una técnica de limitación de derechos, precisamente, de tal modo que El estudio de la autorización únicamente cobra sentido desde esta perspectiva.” *Curso de Derecho Administrativo*, p.137.

<sup>89</sup> Verbetes **Técnica**. Antonio HOUAISS, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*.

Concluimos que, está expressado no texto constitucional o intento de composição e de equilíbrio entre os interesses individuais, conectados obrigatoriamente e imediatamente com todos os outros interesses individuais em jogo, individual e coletivamente considerados.

Juan Cassagne em estudo sobre a autorização para construir, registra em lavra sintetizada:

Entre as instituições de direito público mais ligada à idéia de harmonia e equilíbrio que deve reinar entre o direito individual de domínio e o interesse da comunidade, se encontra a autorização administrativa.<sup>90</sup>

Falar sobre normas que descrevem a intervenção estatal na liberdade é se referir à posição de exorbitância do Estado frente aos indivíduos, cujo problema central é resolvido, segundo a orientação que se imprima em cada época política, econômica e social, em razão do antigo e permanente conflito entre a autoridade e a liberdade.<sup>91</sup>

Essa margem de tensão autoridade e direito individual surgida após conquistas decorrentes de movimentos sociais,<sup>92</sup> é o próprio cerne do Direito Administrativo, que só tem sentido se estudado a partir do momento que o Estado passa, além de ditar, a se submeter às regras do jogo.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Juan Carlos CASSAGNE, *A autorização para construir e o poder revogatório da Administração*. Tradução Olga Savary. Revista de Direito Administrativo. V.135. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1979, pp. 10-23.

<sup>91</sup> *Idem*, *El Acto Administrativo*, p.325. Nesta passagem cita lavra elucidativa de José Antonio García TREVIJANO FOS, para quem a relação de conflito autoridade e liberdade é o ponto em realidade onde se sintetiza toda a dialética que envolve a Administração, porque se trata de buscar um equilíbrio jurídico entre os termos aparentemente antitéticos e que através da história tem presidido todos os câmbios sociais e ideológicos. *Tratado de Derecho Administrativo*, T.I, Madrid, 1964, p.397.

<sup>92</sup> Luiz Alberto DAVID e Vidal Serrano NUNES JÚNIOR. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva.1999, p. 72. Historicamente exemplos dessas conquistas são vistos na *Magna Charta Libertatum*, de 1215; A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776; a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; assim como, a Declaração Universal de Direitos do Homem, da ONU em 1948.

<sup>93</sup> Destacam-se, como papel relevante na história das liberdades os movimentos revolucionários do século XVIII que mediante o rompimento do modelo estatal absolutista, inauguram uma nova era de um Poder Estatal limitado, sob os auspícios da descrença na autoridade divina e da necessidade de segurança jurídica. Inaugura-se na Europa Continental assim, como nos Estados Unidos da América, a positividade normativa constitucional. No núcleo ideológico desses movimentos estavam as propostas de direitos e liberdades individuais, regrido de maneira negativa a atuação do Estado, com cunho ideário de limitação do Estado, reduzindo-o a uma realidade jurídica de “Estado mínimo”, submetido às ordens jurídicas de “não incomodar”, “não intervir” nas esferas privadas, restando-se assim a esfera de ação Estatal apenas em relação à ordem, em prol de garantir ao indivíduo de *per si* considerado, o absoluto respeito à sua liberdade, à sua propriedade, à sua inviolabilidade de seu domicílio, de sua correspondência, a sua liberdade de crença, de opinião, de laboro, entre outras. Segundo Paulo BONAVIDES, eram concebidos assim na linha clássica do pensamento liberal, como direitos subjetivos públicos de defesa, em caso de perturbação por Parte do Estado à liberdade e à propriedade. *A Constituição Aberta*. 2. Ed, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 183.

Apesar de originário das conquistas individualistas do século XVIII, o Direito Administrativo acompanhou (por implicação sistêmica), a evolução do constitucionalismo social, que na busca de equilíbrio social reconfigurou o direito à liberdade e à propriedade, tendo em vista o interesse coletivo, trazendo a esse ramo mecanismos de intervenção fiscalizatórios, controladores e sancionatórios, visando a manutenção da ordem, a salubridade, a segurança. É, portanto, neste contexto marcado pela reversão ao Estado de certo espaço de atuação que tinha sido praticamente aniquilado com o liberalismo, que tem origem a técnica de previsão da autorização administrativa de polícia.<sup>94</sup>

A função básica do ato de autorização, neste quadro interventivo é viabilizar o equilíbrio jurídico da intervenção do Estado sobre a liberdade e propriedade do indivíduo, pois possibilita amenizar a força interventiva gerada pela proibição genérica, àquele interessado que atenda determinadas normas de segurança, dozando assim, a força interventiva que poderia se mostrar inconstitucional, caso proibisse de forma irrestrita determinada conduta, sem a possibilidade do campo deôntico da faculdade, e respeitando-se em último grau, o princípio da igualdade, pois viabiliza tratamento diferenciado, nos termos da lei, àqueles que não põem em risco a incolumidade pública.

As breves digressões que foram feitas não tiveram como intuito adentrar dogmaticamente no estudo do tema da constitucionalidade de previsão legislativa da autorização de polícia administrativa, uma vez que pela profundidade que exige o tema, merece um trabalho todo exclusivo. Portanto, não encontrará o leitor nenhuma sistematização para o controle de constitucionalidade do ato de autorização, o que não impediu que fizéssemos, no decorrer do trabalho, registros pontuais de algumas barreiras jurídicas à conduta do legislador.

---

<sup>94</sup> Após os movimentos do liberalismo século XVIII que concretizaram a mínima intervenção estatal na vida individual, tem-se o acontecimento de movimentos de cunhos ideológicos sociais, menos individualistas que proporcionaram novos espaços à atuação estatal, reabilitando sua possibilidade de intervenção na vida do indivíduo. Tais movimentos datam da metade do século XIX, e atingem seu auge no chamado constitucionalismo social, inaugurado pela Constituição de Weimar de 1919, ou segundo outros, pela Constituição Mexicana de 1917, trazendo a judicialização dos Direitos Sociais. Paulo BONAVIDES, em obra já citada, sintetiza todo o aludido: “*Os novos direitos não só reabilitavam o Estado, senão que emergiam por únicos capazes de emancipar a Sociedade. Proclamando a dimensão social do Homem com o valor mais alto, ao redor deles lavrava o mesmo fervor com que anteriormente se vira afirmar o princípio individualista...*” *A Constituição Aberta*, p. 184. É possível neste contexto afirmar que o ideológico do Estado de Direito Social tende a sacrificar a liberdade, tão prestigiada no Estado liberal, em favorecimento ao valor da igualdade, e que portanto, passam a ser a igualdade e a liberdade, os dois pólos básicos ao redor do qual gravita toda a ordem Constitucional contemporânea. BONAVIDES, jamais demasiadamente citado, assevera a respeito: “*Exprimem eles, respectivamente, os dois ordenamentos-chaves do Estado moderno, a saber, as duas formas sucessivas que o molde ideológico de organização política do Estado ocidental tomou nos dois últimos séculos: o Estado liberal, abraçado à liberdade, com o culto da personalidade como valoração tutelar, e o Estado social, preso à igualdade, com o culto democrático da dignidade humana*”. (Ibid.)

### 3.1.1. Justificativa da terminologia adotada: “intervenção na liberdade”.

Não consideramos correto a afirmação de que a técnica da previsão da autorização legislativa ocasionaria “intervenção no direito de liberdade ou direito de propriedade”, pois esta assertiva dá o entendimento de arbitrariedade, de conduta ilícita que lesa a esfera jurídica do sujeito ativo detentor daquele direito.

Segundo entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que cita observação feita por Renato Alessi, não convém confundir liberdade e propriedade com o efetivo direito à propriedade e direito à liberdade dos indivíduos, pois estes últimos são as expressões daquelas conforme delineado pela ordem normativa, e conclui: “Por isso rigorosamente falando, não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade (...) Há isto sim, limitações à liberdade e a propriedade”.<sup>95</sup>

Tal previsão legislativa deve ser feita considerando que a ordem normativa escalona-se numa hierarquia vertical, onde todas as normas produzidas se fundamentam em norma anterior, inclusive a própria Constituição numa norma hipotética. Sendo assim, a regulamentação dos direitos individuais previstos na Constituição dada, é um trabalho que deverá obediência aos parâmetros jurídicos positivados.<sup>96</sup>

O legislador fará a conformação dessa liberdade, traçando suas linhas fronteiriças, visando o convívio de várias liberdades individuais ordenadamente, mediante a necessária imposição de limites, para que, a liberdade de cada um seja resguardada dentro da sua própria limitação e expressão jurídica. Na medida em que o legislador prevê mecanismos de controle, de fiscalização e sanção, instrumentaliza a Administração Pública, que nos termos da lei, deverá exercer sua função de Polícia Administrativa.

Nesta esteira de direito de liberdade e propriedade identificados a partir da produção normativa, o Ministro Ricardo Lewandowski em voto de sua relatoria, utiliza expressão feliz, mediante referência à doutrina alemã, que o direito de propriedade seria cunhado pela normatividade.<sup>97</sup>

O raciocínio empreendido está correto, pois no momento em que o intérprete descrever o enunciado normativo, já o fará partindo da padronização do respectivo direito

---

<sup>95</sup> *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 794-796

<sup>96</sup> Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. Martins Fontes: São Paulo: 2000. pp.319-320.

<sup>97</sup> ADI 3112 – DF Ministro Dr. Ricardo Lewandowski. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

fornecida pela ordem jurídica. Por exemplo, o Art. 5º inciso XIII da CF reza ser livre o exercício de qualquer ofício, trabalho ou profissão, atendidos os requisitos da lei. Deste artigo extrai-se a norma: *O cidadão tem direito de livremente exercer o ofício desejado. Caso a lei exija necessidade de autorização prévia para determinado ofício, o direito de oficina só surgirá com a outorga desse ato.* Portanto, não se pode falar em intervenção ao direito de oficina em si, quando alguma lei impõe alguma exigência, mas somente, que a exigência de requisitos causa uma restrição à liberdade do indivíduo, mas não ao direito de liberdade. Intervenção ocorreria se mediante algum ato o Estado, inviabilizasse o exercício de algum ofício, mesmo após o preenchimento dos requisitos legais exigidos.

Na mesma esteira de espaço juridicamente definido, trazemos a definição de liberdade, apontada por Tercio Sampaio Ferraz Junior, para quem liberdade é direito que dá ao ser humano o espaço da cidadania, que não se vê absorvida pela sociabilidade inerente à sua condição. Afirma-se, assim, a singularidade do ser humano, igual entre iguais.<sup>98</sup>

### **3.2. Porque a denominação autorização? E porque autorização de polícia?**

O ato de “autorização”, como vimos, foi inserido no ordenamento pela própria Constituição Federal que o previu, como instrumento jurídico em conexão com os temas que envolvem a liberdade de conduta do indivíduo (direito de reuniões, instituição de associações, atividade econômica, pesquisas), sem prejuízo da previsão em outras acepções.

Já a qualificação “de polícia”, apesar da Constituição e as leis não usarem o termo expressamente, foi atribuído pela doutrina em virtude da sua previsão legislativa se caracterizar como mecanismo de intervenção estatal na liberdade do indivíduo.

O termo “polícia” em direito Administrativo, tem um sentido amplo que traduziria toda a intervenção estatal decorrente da supremacia geral que exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens, e atividades, através das leis, das decisões judiciais, e dos atos administrativos complementares, com finalidade de condicionar a vida social.

Num sentido estrito de poder de polícia, têm-se a polícia administrativa como aquela que pratica intervenções na função executiva.

---

<sup>98</sup> Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, *Artigo Liberdade de Fumar*, Tendências/Debates. Jornal Folha de São Paulo. 03.09.2008.

Dentro do sentido estrito, a dogmática divide essa atividade em dois segmentos: A Polícia Administrativa e a Polícia Judiciária. Ambas se enquadram como funções administrativas. A Polícia Administrativa se desenvolve através de organismos estatais fiscalizadores, mediante atos que se encerram no âmbito da Administração Pública, com fins de fiscalizar, frenar, sancionar o indivíduo, visando a manutenção da ordem, da salubridade, da segurança. Já a Polícia Judiciária exerce uma atividade que é dirigida à apuração de fatos criminosos, com o fim de instruir persecução jurisdicional penal, se for o caso, e exercida por órgãos de segurança.<sup>99</sup>

O trabalho aborda tão somente a autorização de polícia administrativa restrita a essa função executiva de natureza ordenadora, visando a convivência ordenada dos atores sociais. Excluimos do termo a noção de polícia judiciária exercida por organismos policiais com o fim de instruir persecução penal.

A expressão polícia administrativa<sup>100</sup> está sendo utilizada na acepção de poder de polícia fiscalizador referido no Art. 145, II da CF<sup>101</sup>, que é definido pelo Art. 78 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172 de 25.10.1966, como atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Celso Antonio Bandeira de Mello,<sup>102</sup> fazendo ressalvas sobre a inadequação do termo “poder de polícia”, assevera que o cidadão, por força da Constituição Federal e das leis, recebe uma série de direitos, no entanto, o exercício de tais direitos cumpre que seja compatível com o bem estar-social, de modo que, os direitos individuais da liberdade e da propriedade não impliquem em desrespeito ou turbação à mesma liberdade dos demais, ou ainda em barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos.

---

<sup>99</sup> José dos Santos CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, p.73. Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p.133, distingue a polícia administrativa da *polícia judiciária* e da *polícia de manutenção da ordem pública*. Usa como critério o fato da polícia administrativa incidir sobre bens, direitos e atividades. Já as outras duas atuam sobre as pessoas individualmente ou indiscriminadamente. A polícia administrativa é inerente e se difunde por toda a Administração Pública, enquanto as demais são privativas de determinados órgãos (Polícias Cíveis) ou corporações (Polícias Militares).

<sup>100</sup> José dos Santos CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, p.73.

<sup>101</sup> Art.145.A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

<sup>102</sup> *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 805.

Francisco Campos aduzindo a respeito da intervenção estatal em relação a atividades que são abertas a todos os indivíduos entende que o indivíduo terá que se submeter ao cumprimento de exigências ou condições, de modo a

evitar a incidência prejudiciais que a sua atividade possa vir a ter sobre o gozo, a que os demais tem direito, da liberdade, da propriedade e da incolumidade, do bem-estar, do sossego e da segurança, que constituem o fim imediato da cooperação humana ou da aglomeração ordenada dos homens em núcleos politicamente organizados.<sup>103</sup>

Para Jean Rivero, a polícia administrativa tem por fim prevenir os atentados à ordem pública.<sup>104</sup>

Caio Tácito, sobre essa referência negativa do poder de polícia feita por Jean Rivero com o único papel de manter incólume a esfera jurídica do indivíduo em relação a outro indivíduo, diz que a doutrina clássica do Poder de Polícia assim o identificava como a obrigação do Estado velar pelo dever de um indivíduo não perturbar o direito de outrem. Mas que atualmente o Estado não se limita a esse papel de equilíbrio entre direitos individuais, igualmente assegurados, mas no sentido moderno, o Poder de Polícia foi se dilatando para alcançar a defesa de outros interesses também relevantes.<sup>105</sup>

Registra que a construção do direito constitucional norte-americano, no século XIX, pela Corte Suprema, elaborou a doutrina do *Police Power*, subordinando os direitos individuais à regra do bem comum. E que Rui Barbosa, invocando as lições de Ernst Freund, já entre nós, em meados de 1915, apontava a dualidade do âmbito do poder de polícia:

Praticamente, os interesses, em que consiste o bem público em geral ou bem comum, *public welfare*, cometido à discricção do poder de polícia, abrangem duas grandes classes: os interesses econômicos, menos diretos, menos urgentes, menos imperiosos, mais complexos, e os interesses concernentes à segurança, aos bons costumes, à ordem, interesses mais simples, mais

---

<sup>103</sup> Francisco CAMPOS, *Concessão e Autorização ou Licença. Poder Público, limites de sua competência para conceder exploração de serviços públicos. Direito Administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, 1958. v.II, p.164.

<sup>104</sup> Jean RIVERO, *Direito Administrativo*, p. 488.

<sup>105</sup> Caio TÁCITO, *Autorização - Banco Central - Controle Jurisdicional*. Parecer. *Revistas de Direito Administrativo* n° 153. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983, p.254.

elementares, mais precisos, mais instantes em qualquer grau de desenvolvimento social nas coletividades organizadas e policiadas.<sup>106</sup>

Portanto, como já aduzido anteriormente, a técnica da autorização de polícia busca a compatibilização da liberdade e da propriedade individual com o interesse individual de outrem, e o interesse coletivo.

Como é próprio do poder de polícia atual, diante da complexidade das interações sociais, a função da previsão da autorização não é meramente negativa, mas sim operativa, direcionadora de condutas, visando o atingimento de finalidades sociais pertinentes. Quando o legislador impõe os requisitos subjetivos e objetivos para outorga administrativa da autorização, induz, conduz, persuade os interessados a determinados comportamentos no sentido de atender os requisitos da lei e obterem a outorga do ato. Com isso, a exigência do ato de autorização serve como meio à obtenção do que interessa à sociedade através da sua influência no comportamento dos atores sociais. Portanto, quando se fala em Poder de Polícia atribui-se além da força negativa, também a força positiva, num sentido de direcionamento de determinados comportamentos.

Caberia ainda classificar esse poder de polícia administrativa em relação às matérias jurídicas e sociais que estão sendo reguladas. Hely Lopes Meirelles registra a classificação: *polícia administrativa geral*, por cuidar genericamente da segurança, da salubridade das moralidades públicas; e *polícia administrativa especial*, com a incumbência sobre setores específicos da atividade humana que afetem bens de interesse coletivo, tais como a construção, a indústria de alimentos, o comércio de medicamentos, o uso das águas, a exploração de florestas e das minas, para os quais há restrições próprias e regime jurídico peculiar.<sup>107</sup>

Portanto, é correto que seja feita classificação polícia administrativa ambiental, polícia administrativa urbanística, polícia administrativa econômica, polícia administrativa das profissões, polícia administrativa sanitária, polícia administrativa da ordem social, polícia administrativa dos costumes, e tantas outras que atuam sobre atividades particulares que afetam ou possa afetar os superiores interesses da comunidade que ao Estado incumbe velar e proteger. Hely Lopes Meirelles em lavra que merece destaque, assevera: “Onde houver

---

<sup>106</sup> Rui BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires. V.5, p.319, *apud* Caio TÁCITO, *Autorização - Banco Central - Controle Jurisdicional*, p.254.

<sup>107</sup> Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p.134.

interesse relevante da coletividade ou do próprio Estado haverá, correlatamente, igual poder de polícia administrativa para a proteção desses interesses. É a regra, sem exceção”.<sup>108</sup>

### **3.3. Autorização administrativa de polícia: Requisitos exigidos por lei devem ter pertinência lógica com o dano a ser evitado**

A autorização administrativa tem como finalidade própria permitir o controle prévio de condutas que se forem exercidas sem os devidos cuidados poderão ser nocivas à sociedade. Já comentamos que se trata de um ato selecionador, instituído em virtude do potencial nocivo que determinada atividade ou ato apresentam.

Vigorando no Brasil a liberdade como regra e a intervenção como exceção (Art.5º, II da CF), essa deve ser mínima nos casos devidamente justificados. No momento em que o legislador recebe a informação do seio social, pela regra da observação e experiência que o exercício de uma determinada liberdade é potencialmente nocivo se exercida sem maiores cuidados – por exemplo, o ofício de médico – o legislador nos termos do Art.5º, inciso XIII, deverá “cunhar o direito ao exercício deste ofício”, tendo em vista o resguardo do interesse público.

No momento que vai cunhar esse direito fará exigências subjetivas e objetivas para quem pretenda exercer tal ofício, mas não poderá fazê-lo de qualquer maneira. O legislador que pretende aplicar o controle preventivo deverá saber e dizer como deverá o particular atuar. Por essa razão, o legislador que utilize a técnica da autorização administrativa tem de delimitar de forma rigorosa o conteúdo do direito que prevê. Deverá o legislador conhecer pragmaticamente a conduta que pretende vedar através do mecanismo da previsão de autorização de polícia, pois não poderá exigir quaisquer pressupostos jurídicos para a válida produção do ato, sob pena de inconstitucionalidade, por desproporção.

Como a autorização é um portal jurídico de acesso à atividade, ou um filtro selecionador, ou então uma peneira, a regra do respeito à igualdade colocará o legislador no caminho e o guiará até o destino final. Os requisitos subjetivos e objetivos a serem exigidos do pretendente ao ofício de médico devem ser demarcados de maneira que todos que tenham capacidade técnica para o mister seguro da medicina, possam fazê-lo. Portanto os requisitos

---

<sup>108</sup> Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p.137.

exigidos para a oficina, não podem ser de aspecto sexual, religioso, étnico, nem meritório em relação à oportunidade e conveniência, mas tão somente, com critérios técnicos que justifiquem a intervenção, sob pena de padecer por excesso.

O Supremo Tribunal Federal reconhece limites às imposições legislativas que extravasam o nexo de pertinência e ofendem princípios da livre iniciativa; conforme a Súmula nº 646 é inconstitucional, por ofensa ao princípio da livre concorrência, lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

Os requisitos exigidos por lei como condicionantes necessários e suficientes à obtenção da autorização para o exercício de uma faculdade se não tiverem pertinência lógica com a potencialidade nociva da atividade, e não forem produzidos tendo em vista o respeito à isonomia, à livre iniciativa privada, e o direito de propriedade serão desproporcionais, devendo ser buscado seu controle judicial nos termos do Art. 5º, inc.XXXV da CF.

Tal debate é sempre relevante para toda e qualquer matéria em que se aborde intervenção na liberdade individual. Só que no caso da autorização de polícia administrativa econômica, a atenção deve ser maior, pois alguns poderão estar exercendo atividade no mercado, já que obtiveram a autorização. No momento do trabalho legislativo se forem previstos requisitos impertinentes, excessivos à outorga da autorização, acabariam por ferir a competitividade mercadológica em uma economia de livre iniciativa e livre concorrência.

A norma constitucional que exige requisitos pertinentes quando se trata de seleção, está prevista no Art. 37, inc. XXI da CF, que regula licitação. Uma vez que licitação, não é nada mais que uma competição, visando uma seleção, que amplia a esfera jurídica do selecionado, por analogia podemos extrair regra expressa da constituição que obriga em nome da igualdade de condições em uma economia de mercado, somente a previsão de exigências técnicas ou econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações<sup>109</sup>.

Portanto, o legislador não pode deixar de observar aspecto fenomênico a potencialidade danosa, e no momento da confecção da norma de autorização, ato selecionador, o legislador deve respeito ao princípio da igualdade, e por conseqüência, toda e qualquer exigência para sua outorga, deve se mostrar indispensável à garantia da segurança da comunidade, ou então, em outras palavras pertinente ao afastamento do potencial nocivo.

---

<sup>109</sup> Sobre o tema ver Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. Ed, São Paulo: Malheiros, 2004.

### 3.4. Substrato fático - Potencialidade nociva: controle prévio

Como já afirmamos, cumpre ao legislador observar se há a presença de substrato fático que justifique a intervenção, sob pena de esbarrar no critério implícito que é o princípio da proporcionalidade, igualmente constitucional; ou seja, estando diante de caso que a Constituição possibilita tal exigência poderá fazê-lo na justa medida da necessidade.

A presença da autorização de polícia nos ordenamentos jurídicos em geral, tem como fonte ideológica básica, evitar danos que determinadas condutas, apesar de não serem indesejáveis, possam causar no seio comunitário. Algumas condutas são declaradas proibidas por serem indesejáveis e nocivas, como por exemplo dirigir o carro do lado esquerdo da via. Outras, mesmo não sendo indesejáveis, como o exercício do ofício de médico, serão genericamente *prima facie* proibidas, porque se exercidas indiscriminadamente representam potencial danoso aos interesses sociais.

Pela previsão legislativa de exigência de autorização, tornam-se ilícitas atividades e atos jurídicos não indesejáveis, mas potencialmente danosos à comunidade, se forem exercidos indiscriminadamente. Diante dessa informação que só existe risco se o exercício se der sem maiores cuidados, o exercício por agente subjetiva e objetivamente qualificado, não se mostra nocivo, não sendo juridicamente proporcional ser taxado como proibido. Caso contrário, se ficar transparente com base na experiência técnica, que a conduta não é indesejável ao seio social, e além disso, não se apresenta potencialmente danosa, não é justificável proibir de antemão, exigindo o controle prévio, mas tão somente o controle posterior esporádico em virtude de um agente negligente, imprudente, desidioso, etc.

No controle posterior mediante responsabilização por eventuais ilicitudes, como ocorre com atividades não regulamentadas (serralheria, funilaria, mecânica), por não se visualizar um potencial nocivo ao meio social, é livre o exercício indiscriminado das atividades, punindo-se agente culposos ou dolosos por ilicitudes.

Portanto, a guisa de concluirmos esse tópico, entendemos que em todos os casos de proibição de atividades que não sejam indesejáveis, exigindo-se o controle prévio como caminho à licitude, deverão estar presentes, no mínimo, uma das seguintes características fenomênicas apontadas abaixo, sob pena de inconstitucionalidade da previsão da autorização, por não se mostrar proporcional, no instante que faticamente é inútil ou impertinente:

A – A potencialidade nociva ao bem comum;

B – Potencialidade de danos de caráter irreversível (pois se fosse reversível bastaria o controle *a posteriori* mediante ações de ressarcimento de danos) ao bem comum;

C – Potencialidade danos reversíveis, mas de alto custo para eventuais correções; não justificando perante o valor constitucional do bem comum (saúde, meio ambiente, concorrência, economicidade, segurança, etc.) o controle somente *a posteriori*.

### 3.4.1. Controle prévio: de ato jurídico

Destaca-se ainda que, sob o enfoque dos efeitos danosos, dedutíveis da observação da realidade fática que se regula pela lei da causalidade; poderia parecer logicamente correto afirmar que só se aceita validamente a exigência de um controle prévio (autorização administrativa) para fins do exercício efetivo de atividades materiais, não se justificando, dentro deste raciocínio, falar de controle prévio de ato jurídico em si, pois este objeto do mundo cultural tem seus efeitos regulados pela lei da imputação, não servindo as regras da experiência baseada na casualidade para determinar seus efeitos danosos. Até porque, de maneira retórica caberia afirmar: “*seus efeitos só são determináveis pelas leis do dever-ser e o ato em si não gera dano algum no mundo fenomênico, no máximo o dano decorreria da atividade decorrente do respectivo ato jurídico*”. Por exemplo, um contrato de fusão de empresas, em nada seria danoso pela lei da causalidade, mas somente as condutas materiais de acumular bens de produção que levaria a concentração de poder econômico, dariam azo ao abuso do poder econômico, e que efetivamente, em relação de causalidade fariam que o preço subisse e que os consumidores se submetessem às imposições.

Mas tal raciocínio, data vênia, é falacioso, sob dois aspectos:

– primeiro, a finalidade da previsão de controle prévio não é somente evitar atividade efetivamente danosa, mas “potencialmente danosa”, então não é a efetiva ocorrência do dano que justifica o controle prévio da atividade, mas sua potencialidade nociva. Logo nenhuma norma jurídica, impede que o Direito determine que o controle prévio se dê desde logo na fonte do surgimento do direito de exercício de uma atividade, ou seja, no contrato que prevê a fusão de duas empresas, por exemplo, exigindo o controle prévio de ato jurídico, afinal, é isto que é feito sobre as atividades em si no instante que a lei a torna proibida, ou seja, vai à fonte

da licitude de tal exercício e a seca. Sendo assim, o controle prévio sobre a criação de uma norma individual entre as partes, enquanto fonte criadora de direito de exercício, é tão controlável preventivamente quanto o exercício de uma atividade em si, haja vista o contrato ser a fonte imediata do direito de exercício de uma futura atividade.

– segundo, um aspecto eminentemente jurídico, que concorre para a falácia daquele entendimento é que não justifica separar o Direito do seu efetivo exercício, pois esse é a própria extensão daquele. Ou então aquele primeiro, é o título justificador do segundo. O que se quer dizer é que na realização do contrato de fusão entre empresas, já é racionalmente viável verificar a “potencialidade danosa” do ato jurídico, que tenha em seu núcleo contido, um exercício de atividade, considerada pela experiência, como danosa. Pois pelo mesmo raciocínio de observação da experiência é possível induzir que caso duas ‘mega empresas’ do mesmo seguimento de mercado se unirem a concorrência poderá vir a ser derogada. O raciocínio é indutivo, tendo como objeto dado, o ato jurídico, seus efeitos jurídicos, e a consequência da sua eficácia influenciando na realidade fenomênica.

É assim no caso brasileiro, pois a lei prevê o controle prévio administrativo de ato jurídico. A lei 8.884/94, denominada Lei Antitruste, prevê uma série de condutas denominadas como “Infrações da Ordem Econômica” que sofrerão um controle repressivo, em virtude da sua nocividade à livre concorrência. Apesar desse modo de controle ser repressivo, nota-se que a legislação pátria não exige o efetivo dano para justificar o controle *a posteriori*, quicá o preventivo, que será sempre em potencial, afinal acautela-se de potencial evento futuro. O Art. 20 da referida lei<sup>110</sup> reza que atos jurídicos que tenham como “objeto” ou “possam” limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, constituem infração à ordem econômica independentemente se foi obtido o efeito próprio do ato. Nota-se que a lei pune a mera potencialidade nociva do ato.

Tanto é que no caput do Art. 54 da lei nº 8.884/94, está previsto, sob o título de “Controle de Atos e Contratos”, a necessária apreciação pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) de atos jurídicos societários que possam limitar, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou ainda resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, sob pena de ineficácia de tais atos.

---

<sup>110</sup> Art.20: *Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não seja alcançados:*”  
I – limitar falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III- aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

No parágrafo 1º, vem expresso: “O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições...”

Portanto, nota-se claramente que o direito brasileiro prevê o controle prévio em relação à prática de atos jurídicos mediante a presumível potencialidade danosa que poderá advir dos seus efeitos.

### **3.5. Crítica ao posicionamento doutrinário que registra ser o controle prévio mais restritivo que o controle *a posteriori***

A doutrina no intuito de fixar os limites para atuação legislativa de previsão da autorização de polícia, por ser matéria afeta à liberdade (tema de valor supremo dentro do ordenamento jurídico moderno), aponta que a eleição do legislador por um modo ou outro de incidir sobre a liberdade limitando-a, não pode ser considerado constitucionalmente indiferente, devendo ser observado o grau de intervenção que cada tipo de limitação comporta. A autorização é um tipo de intervenção que exige controle prévio tornando a conduta vedada, até a obtenção do respectivo título autorizativo. Portanto é uma intervenção forte. Há casos em que a intervenção do Estado será punitiva, a conduta é facultada desde o início, mas se não forem seguidas as regras para execução lícita, serão aplicadas sanções.

A Constituição do Brasil, em certos casos, veda totalmente a pretensão de controle prévio, configurando um direito de liberdade de ação *ab initio*, só se admitindo o controle repressivo geral.<sup>111</sup>

Há casos em que o constituinte atribui faculdade ao legislador para, verificando a necessidade, dentro dos parâmetros constitucionais de observância obrigatória, exigir um controle prévio sobre determinadas condutas, tornando-as vedadas de início.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Seguem alguns exemplos sem pretensão de criar um rol taxativo, mas meramente exemplificativo: o Art. 5º, IV – É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato; Art. 5º, VI – liberdade de exercício de cultos; Art. 5º, IV - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; Art. 5º, XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo exigido prévio aviso. Art. 5º, XVII – é plena a liberdade de associação, vedada a de caráter paramilitar. Art. 5º XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independentem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. Art. 8º, I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, Art. 17 da CF – é livre a criação de partidos políticos.

<sup>112</sup> Como exemplo cita-se o Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Art. 170 - § único – é assegurado a todos o livre exercício de

Em outras situações, devido a sua relevância ao seio social, a própria Constituição já impõe a necessidade de controle prévio.<sup>113</sup>

Por óbvio se o legislador pretender controlar previamente situações em que a Constituição só admite controle posterior, o ato normativo será inconstitucional. O Supremo Tribunal Federal em decisão proferida, reconhece a inconstitucionalidade de previsão de autorização, em contrariedade a carta maior. Vejamos:

Decreto 20.098/99, do Distrito Federal. Liberdade de reunião e de manifestação pública. Limitações. Ofensa ao Art. 5º, XVI, da Constituição Federal. A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas. A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*). (ADI 1.969, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28-6-07, DJ de 31-8-07)

O texto maior fornece os parâmetros jurídicos para análise da constitucionalidade das intervenções estatais sobre o indivíduo. Neste tema, parte da doutrina visando apontar os limites à atuação legislativa, afirma que o controle prévio é mais restritivo à liberdade que o posterior, havendo restrições maiores ao legislador.

Não concordamos com tal afirmação. Comparar o controle repressivo com o controle prévio e aduzir que este é mais restritivo que o primeiro, padece de sentido lógico racional, pois é de uma obviedade ululante, que perde qualquer utilidade dogmática.

Livet,<sup>114</sup> doutrinador francês citado em trabalho de monografia “A Autorização Administrativa” desenvolvida pelo português António Dias Garcia, assevera que a autorização

---

qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei; Art. 182, § 2º da CF – A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

<sup>113</sup> Como exemplo, o inciso VI do Art. 21 da CF- autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico; o Art. 197 da CF, que reza serem de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e também, por pessoa física ou jurídica de direito privado; e o Art. 209 da CF – O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais de educação nacional; II – autorização e avaliação da qualidade pelo Poder Público.

<sup>114</sup> Pierre LIVET, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques* apud António DIAS GARCIA. *A Autorização Administrativa*, p.23.

administrativa (termo utilizado em sentido amplo) constitui uma técnica usada pelo legislador para exercer um controle prévio sobre o exercício de certas atividades dos particulares, especialmente sensíveis do ponto de vista social, mas que “o uso do regime preventivo, ao contrário do que aconteceria se utilizasse o regime repressivo, é afinal extremamente oneroso para o particular, porque ele deixa de poder atuar por sua exclusiva decisão.”

Ramon e Enterría<sup>115</sup> na mesma esteira de Livet aduzem que o sistema preventivo proporciona uma intervenção mais intensa, uma maior restrição à liberdade que o repressivo.

Já vimos que a autorização administrativa de polícia é ato administrativo com conteúdo jurídico capaz de tornar a conduta facultada. Sua exigência legislativa inaugura norma geral de proibição de fazer ou obrigação de não-fazer.

No controle prévio, cria-se uma proibição de conduta, possibilitando um controle pormenorizado, individualizado de todas e cada uma das atividades para as quais se exige autorização. No posterior é facultado desde logo a conduta, portanto o controle será ocasional.

Comparar o controle preventivo com o repressivo sob o aspecto do grau de intensidade de intervenção, não se justifica, pois, na verdade está se comparando o grau de intensidade interventiva entre a proibição e a faculdade, o que é tão óbvio que dispensa comentários, por isso entendemos incipiente o apontamento da doutrina.

---

<sup>115</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA e Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRIGUES, *Curso de Derecho Administrativo*, p.114

## CAPÍTULO 4 – PRINCIPAIS TEORIAS DOUTRINÁRIAS

As primeiras proposições sobre a autorização administrativa foram atribuídas a Otto Mayer na Alemanha e Ranelletti na Itália, ambas no final do século XIX, que até nossos dias são referenciadas em todos os estudos que tivemos a oportunidade de examinar.

### 4.1. Doutrina Alemã: proibição com exceção de autorização

Otto Mayer registra que a proibição de polícia com reserva de autorização (*La défense de Police avec reserve de permission*) visa uma manifestação da vida individual que não seja considerada absolutamente perturbadora à boa ordem da coisa pública, mas que pode apresentar um transtorno segundo a pessoa da qual ela emanar, segundo a maneira pela qual a empresa se instalar, se equipar e ser dirigida.<sup>116</sup>

Exige um exame para início da atividade que se mostra nociva. O exercício da atividade não deve começar antes de uma resposta favorável, após constatação feita pela autoridade. Esta constatação é contida na autorização que afasta a proibição.

Otto Mayer aponta ainda que a proibição geral cria um obstáculo uniforme para atividade designada.<sup>117</sup> E que a reserva de autorização constitui uma competência para a autoridade afastar a proibição para o caso individual.<sup>118</sup> Não obstante a situação apresentar um valor jurídico para o indivíduo, não deve ser confundido esse afastamento como um direito individual que não tinha. A autorização significa simplesmente o restabelecimento da liberdade; nela não há conteúdo novo.<sup>119</sup>

O legislador proíbe determinadas atuações, mas não porque não devem ser realizadas geralmente, apenas porque deve ser verificado no caso concreto o respeito às prescrições impostas. Verificadas as condições, significa que a conduta a ser adotada atende as

---

<sup>116</sup> Otto MAYER, *Le Droit Administratif Allemand. Edition française*, 1904, t.II, Partie Spéciale, p. 58: “*La défense de police avec reserve de permission vise dès manifestation de la vie individuelle qui ne sont pas considérées absolument comme troublant le bon ordre de la chose publique, mais qui peuvent présenter un trouble selon la personne dont elles émanent, selon la manière dont l’entreprise est installée, aménagée et dirigée*”. As traduções foram feitas com auxílio do tradutor <http://babelfish.yahoo.com/translate>.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 60: “*La défense étant générale crée un obstacle uniforme pour l’entreprise désignée*”.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p.61: “*De son côté, la réserve de la permission constitue une compétence, pour l’autorité, décarter de la défense pour le cas individuel.*”

<sup>119</sup> *Ibid.*, p.64. “*Si cette situation a sa valeur pour l’individu, elle ne se confond pas pour cela avec un droit individuel. La permission signifie simplement le rétablissement de la liberté; elle n’a pas de contenu propre*”.

imposições cautelares, não apresentando risco de dano, então é autorizada; por isso, proibição com reserva de autorização, tendo essa o efeito desinibitório, fazendo circular a liberdade obstada pela interdição de polícia.

Essa doutrina define o ato pelo seu conteúdo derogatório da proibição geral para o caso individual, sem lhe atribuir o efeito constitutivo de direito novo, fazendo alusão ao restabelecimento de uma liberdade. O destaque dado ao fato de não constituir direito novo é o critério central que essa doutrina, assim como a tradicional doutrina italiana, encontrou para diferenciar autorização de concessão, pois a última constituiria o particular em um direito novo.

Se aceitarmos essa doutrina, como sendo verdadeiro o restabelecimento de algo que se possuía anteriormente não havendo direito novo, haverá uma contradição com o que dissemos linhas acima, ou seja, que o direito de liberdade e o de propriedade são cunhados, moldados e constituídos normativamente. Com a autorização, mesmo a vinculada, há a ampliação da esfera jurídica do administrado, que passa a ter uma faculdade. Antes do ato de autorização, nos termos do ordenamento jurídico vigente, não havia faculdade de ação, mas tão somente dever, ou seja, proibição de fazer ou obrigação de não fazer.

Ressalta-se, ainda que, nesta definição esposada por Otto Mayer o termo autorização é utilizado como gênero, não havendo apontamento específico diferenciando autorização de polícia, autorização hierárquica, regrada ou discricionária, tanto é que no dizer de Fleiner,<sup>120</sup> o cidadão tem direito subjetivo à autorização, nos termos da lei, sem necessariamente explicitar se haveria margem para a outorga ou não.

Com, o trato amplo, abraçando por lógica a autorização discricionária, aceitar que o ato de autorização não constituiria o particular em direito novo fica ainda mais difícil, já que a produção de um ato administrativo discricionário, envolve análise de conveniência e oportunidade, não podendo falar em obrigação de deferimento ou ato declaratório.

Quanto a terminologia utilizada na tradução da expressão “*La défense de Police avec reserve de permission*”, adotamos “proibição de polícia com reserva de autorização”, já o doutrinador Caio Tácito<sup>121</sup> faz a tradução como “proibição com reserva de permissão”, tradução com a qual não pactuamos, pois utilizar a palavra permissão, pode gerar dúvidas interpretativas em que nada auxiliam o amadurecimento do tema. Ademais, a tradução de

---

<sup>120</sup> Fritz FLEINER, *Pincipes généraux de droit administratif allemand*, 1933, págs. 246 e 249, apud Caio TÁCITO, *Autorização Administrativa*, p. 735.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 735.

proibição com reserva de autorização, em nada modifica o sentido original da expressão em francês. Nestes sentido, Ramón e Enterría trazem para o espanhol a tradução da doutrina germânica como “*prohibición bajo reserva de autorización*”.<sup>122</sup>

Hartmut Maurer<sup>123</sup> seguidor da escola referida, desenvolve sua teoria de distinguindo as situações jurídicas em **permissão de controle** e **concessão de exceção**, não obstante, ambas terem o efeito jurídico de anular,<sup>124</sup> no caso particular, uma proibição legal, tornando facultada uma determinada atuação ou um determinado projeto.

Tópico importante das opiniões de Maurer, é que as duas figuras apresentam o mesmo efeito jurídico de “anularem” proibição, mas têm finalidades distintas, portanto decorrentes de situações jurídicas díspares. Vejamos:

**A – Permissão de controle.** Verifica-se quando o legislador proíbe determinadas atuações ou determinados projetos, não porque elas não devem se realizar geralmente, mas porque, antecipadamente, deve ser examinado pela autoridade se elas, no caso particular, infringem determinadas prescrições jurídicas materiais. Se o exame transcorre positivo, resulta que a atuação está de acordo com o direito material, então deve ser dada a autorização. A proibição está, portanto, de antemão, sob a reserva de dar permissão, quando no procedimento de permissão não resultam fundamentos de recusa. Por isso fala-se também em “proibição com reserva de permissão”.

Para a demonstração, o autor faz alusão à imagem de uma barreira, que pode ser levantada, quando o controle diante da barreira não conduz a objeções. Citando exemplo sobre construção: diz que em princípio existe liberdade de construção, mas em virtude do interesse dos vizinhos e da comunidade, pode e deve, contudo, a liberdade de construção ser sujeita às múltiplas limitações. Nota-se na categoria proposta, tratar-se da liberdade como regra, e a proibição uma exceção, para fazer com o particular preencha alguns requisitos, por razões cautelares.

---

<sup>122</sup> *Curso de Derecho Administrativo*, p.135.

<sup>123</sup> Hartmut MAURER, *Direito Administrativo Geral*, 14. Ed., trad. Luís Afonso Heck, São Paulo: Manole, 2006, p.241.

<sup>124</sup> O termo “anular” foi utilizado na própria tradução do livro. Entendemos inapropriado, pois anular tem relação com decisão administrativa ou judicial que reconhece ilegalidades no ato anulado, o que não é o caso. O melhor seria utilizar derogar a proibição. No entanto, mantemos o que consta na tradução original do livro, com a devida ressalva.

**B – Concessão de exceção.** Esta se dá quando o legislador proíbe genericamente uma determinada conduta socialmente prejudicial ou, socialmente indesejada, mas permite que, em casos de exceção, especialmente configurados, seja dada uma isenção da proibição. O autor cita que esse ato também é denominado como isenção ou anistia.

Não existe uma proibição (preventiva) com reserva de permissão, mas uma proibição (repressiva com reserva de isenção). A finalidade desta é eliminar inconvenientes e dificuldades que resultam da regulação legal geral-abstrata e, verdadeiramente não são tencionados para o caso concreto. Cita como exemplo, a proibição de corridas de automóveis nas vias públicas, proibição que em exceção especial, pode admitir ressalva.

A diferença básica entre as figuras – segundo o autor alemão – é que a permissão de controle restabelece a liberdade de atuação geral, que em nome de um controle preventivo, estava provisoriamente limitada (é possível verificar nesta teoria, a referência feita às atividades que são potencialmente nocivas, mas não são socialmente indesejáveis). Por sua vez, a concessão de exceção amplia a esfera jurídica do cidadão, ao declarar como admissível, em casos de exceção especial, uma atuação que, em si, está proibida legalmente.<sup>125</sup>

Ora, neste ponto não concordamos com o autor, porque tanto no caso de permissão de controle, como no caso de concessão de exceção, será ampliada a esfera jurídica do cidadão para realizar condutas legalmente proibidas. A distinção feita pelo autor no tocante à finalidade de cada uma em relação às matérias jurídicas que se inserem não é suficiente como critério distintivo, até porque não foi apontada uma fronteira clara sobre quais matérias caberiam a uma ou outra.

Em outra passagem, com a qual concordamos, o autor ressalva que se a matéria for de cunho constitucional, como a liberdade e a propriedade, o ato de permissão de controle deve ser idealizado a ser praticado vinculadamente, caso contrário poderá haver discricção por parte da Administração.

Hartmut aponta certo efeito constitutivo que a permissão de controle produziria na esfera jurídica do administrado, mas só formalmente seria um ato beneficente configurante de direito, e não materialmente, porque só produz novamente a liberdade de atuação geral (liberdade de construção, de indústria e comércio, etc.). Só atribuem ao cidadão aquilo que lhes compete constitucionalmente.

---

<sup>125</sup> Hartmut MAURER, *Direito Administrativo Geral*, p.244

A esse modo o autor aponta algumas conseqüências:

(1) a recusa de permissão, como “ato de intervenção” está sujeita às mesmas vinculações legais rigorosas como outros atos da Administração de intervenção; (2) a carga da prova objetiva situa-se na Administração (se os pressupostos reais para a recusa não puderam ser provados, então a autorização deve ser dada); (3) a recusa (por exemplo, de uma autorização para construção) causa uma pretensão, por ser uma intervenção igual à desapropriação; (4) se um projeto sujeito à permissão é realizado sem a necessária permissão, pode a autoridade, sem dúvida, exigir a sua suspensão até a dação da permissão eventual, mas ela deve somente pedir a eliminação do já criado, quando o projeto também é antijurídico jurídico-materialmente.<sup>126</sup>

Já na concessão de exceção, o legislador proíbe genericamente uma determinada conduta como socialmente prejudicial, ou socialmente indesejada, mas, permite que em casos de exceção, especialmente configurados, seja dada isenção dessa proibição, por permitir a conduta antes proibida genericamente, (e no controle de permissão não o era?) ampliando especialmente a esfera jurídica do particular, sendo assim um ato formal e materialmente beneficente.<sup>127</sup>

Para Hartmut, se analisadas reflexamente as considerações de aspecto formal e material, no caso de recusa da permissão de controle, formalmente ela é apenas a recusa de um ato beneficente, mas materialmente ela é uma intervenção na liberdade e na propriedade, que deixará de ser provisória, e passará ser definitiva. E aponta o autor, por isso o necessário rigor na vinculação da conduta da Administração, propondo que a recusa de permissão de controle está sujeita às vinculações rigorosas, que a carga de prova objetiva é ônus da Administração, e a recusa em alguns casos, poderá ser uma intervenção que merecerá indenização como na desapropriação.<sup>128</sup>

Como a permissão de controle seria um ato formalmente beneficente, mas que materialmente não traz nada de novo, uma construção sem a permissão, por falta de solicitação, mas que na realidade cumpre as exigências urbanísticas, não pode ser considerada materialmente antijurídica, mas só apenas formalmente. Já se a construção se seguir mesmo diante de um indeferimento da Administração por não estarem presentes os requisitos, haveria

---

<sup>126</sup> Hartmut MAURER, *Direito Administrativo Geral*, p.242-243.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p.244.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p.242.

neste caso uma antijuridicidade material. E somente no caso de antijuridicidade material seria lícita a ordem de demolição desta construção.<sup>129</sup>

No entanto, devemos anotar que mesmo havendo a necessária vinculação na produção de uma permissão de controle que se refere a direitos de ofício, construção, atividade econômica, como defendido, a meu ver, corretamente afirmado pelo autor, o ato é constitutivo.

Outro ponto da teoria que merece atenção é o uso indistinto das expressões concessão, permissão e autorização, que não se mostra proficiente para fins de individualização de uma figura jurídica.

Opinamos ainda que é difícil aceitar que, no caso de permissão de controle, seguindo a classificação proposta por Hartmut, por ter efeito de limitação de liberdades constitucionais, poderíamos falar em proibição provisória, e que se fosse recusada a permissão, passaria ser definitiva a proibição. Primeiramente, a proibição de uma conduta é constatada quando uma norma geral e abstrata regula a referida conduta como pressuposto de uma sanção. Não há proibições que sejam mais proibições que outras. Não há grau diferente de proibição. O que pode diferir são os graus de sanção em relação à matéria que lhe afeta. Até porque, se levarmos a cabo, toda proibição é provisória, pois a lei não tem a força formal da definitividade jurídica como as normas concretas emanadas do judiciário. As leis são revogáveis, mas enquanto vigentes, devem ser observadas sempre que ocorre no mundo fenomênico o fato gerador do seu conseqüente.

Em segundo lugar, não se aceita que a proibição torne-se definitiva com a recusa, pois os atos administrativos são sindicáveis, administrativa e judicialmente, e podem ser corrigidos pelas vias legais. Até porque, o referido autor propôs a vinculação para a permissão de controle, e em caso de recusa indevida, haveria frontal desrespeito à legalidade.

A nosso ver, no aspecto da proibição já posta, não há diferença. Já vimos que a previsão da exigência de autorização torna a conduta vedada. Uma conduta vedada que pode ser facultada via autorização por não ser indesejável socialmente, só é juridicamente diferente de uma conduta indesejável igualmente vedada, mas para qual não está prevista a possibilidade de autorização, em relação à natureza e graus distintos das sanções. Mas no quadro deôntico, ambas devem ser representadas da mesma maneira.

---

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 243.

Outro ponto dessa linha teórica que merece crítica – a mesma já feita a Otto Mayer – é a afirmação sobre o restabelecimento de uma liberdade geral. Hartmut atribui às permissões de controle vinculadas o efeito formal ampliativo e efeito material declaratório, pois a liberdade teria sido adquirida antes da emanção do ato administrativo, que só a reconhece, e passa ser o título probatório do preenchimento das condições legais. Ora, não vemos como algo proibido possa ser juridicamente um direito. O ato de autorização, mesmo que vinculado, tem a natureza declaratória e constitutiva, como terá a sentença judicial, no caso de recusada administrativamente a outorga da autorização vinculada que será corrigida judicialmente. Afinal, o ato jurídico gera efeitos, e tem o conteúdo de extinguir, modificar, ou criar relações jurídicas.

## 4.2. Doutrina Italiana

Oreste Ranelletti, em sua obra *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali* afirma que as autorizações são atos, em um caso particular, produzidos para permitir às pessoas o exercício ou a aquisição de um direito.<sup>130</sup>

Acrescenta que o exercício do direito de liberdades civis do indivíduo frente ao Estado – em qualquer direção em que esse direito possa ter lugar (liberdade pessoal, de comércio, indústria, etc.) – é freqüentemente sujeito a uma licença ou autorização da Administração, que, agindo em nome do interesse do público, resguarda atividades eventualmente nocivas ou perigosas que podem desenvolvidas pelo indivíduo. Exemplifica que o porte de arma, a indústria ou depósito de produto insalubre o perigoso, a abertura de hotéis, de restaurante, de cafés, de teatro e outros, são manifestações do direito de liberdade civil do indivíduo, mas a lei, na tutela da segurança pública, a subordina à obtenção de uma licença ou autorização de polícia.<sup>131</sup>

Aponta que se proíbe o exercício de um direito, o cumprimento de um ato ou uma atividade para proteger o interesse público, até que tenha obtido autorização da autoridade

---

<sup>130</sup> Oreste RANELLETTI, *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*. 7. ed. Milano: Giuffrè. 1945., p.21: “Sono gli atti che in singoli casi concreti permettono a date persone l’esercizio o l’acquisto di un diritto.”

<sup>131</sup> *Ibid.*, p.22.

administrativa, e arremata que, a outorga da autorização, eliminaria o limite que a lei condicionalmente impôs ao exercício ou aquisição de um direito.<sup>132</sup>

No texto examinado, Ranelletti não fez distinção entre autorização vinculada e discricionária, tampouco precisou quando se retiraria o limite para exercício de um direito ou para a aquisição de um direito. Como o autor não afirma nada a este respeito, seria equivocado afirmar que no caso de outorga vinculada esta retiraria limite para exercício de um direito, e, no caso de autorização discricionária esta retiraria o limite para a aquisição de um direito.

Fábio Konder Comparato,<sup>133</sup> aponta que a clássica doutrina italiana iniciada por Raneletti, em seu livro *Teoria Generale Delle Autorizzazioni*, publicado em 1898, desenvolveu o conceito de autorização como ato administrativo com a eficácia de remover um obstáculo legal ao exercício de um direito ou poder, que já pertence ao administrado. Aponta que esse conceito mereceu críticas de autores recentes, dentre os quais Pietro Gasparri,<sup>134</sup> que sublinharam o fato de que, existindo uma proibição legal, um obstáculo legal, não se pode falar em direito ou poder do administrado, mas de simples interesse.

Caio Tácito também registra que desde o estudo de Ranelletti até os trabalhos mais recentes de Sanducci, Gasparri, Vignochhi, Alessi e Franchini o tema vem merecendo desenvolvimento, e que, para essa escola autorização importa em remover um obstáculo que se opõe ao exercício de um direito individual.<sup>135</sup> O sujeito seria portador de um direito, mas não teria a faculdade de exercê-lo antes da autorização. O ato seria meramente de mediação sem constituir um direito novo.<sup>136</sup>

Cid Tomanik Pompeu, na mesma esteira, expõe que a doutrina italiana segue o modelo francês e belga – surgido nos campos das águas – que sustenta através da autorização a remoção de obstáculo ou limite para o exercício de direito, poder jurídico ou faculdades preexistentes.<sup>137</sup>

---

<sup>132</sup> *Ibid.*,p.22: “*Questa, perciò, concedendo l’autorizzazione, rimuove il limite che la legge ha posto condizionatamente all’esercizio o all’acquisto del diritto*”.

<sup>133</sup> Fábio Konder COMPARATO, *As autorizações de funcionamento de instituições financeiras*. Direito Público. Estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996, p.240.

<sup>134</sup> Pietro GASPARRI, *Verbete Autorizzazione*, in *Enciclopédia Del Diritto*, Milão, Giuffrè, apud Fábio Konder COMPARATO. *Ibid.* p.242.

<sup>135</sup> Caio TÁCITO. *Autorização - Banco Central - Controle Jurisdicional*, p.253-258.

<sup>136</sup> *Idem*, *Autorização Administrativa*, p. 736.

<sup>137</sup> Cid Tomanik POMPEU, *Autorização Administrativa*, p.62.

Em conformidade com o texto compulsado de Ranelletti, publicado em 1945,<sup>138</sup> expusemos que o ato de autorização tem o efeito de remover um limite legal existente para o exercício ou aquisição de um direito. Assim, daria margem para a conclusão que o autor não teria mantido fielmente seu entendimento anterior noticiado pela doutrina pátria, em que a autorização só teria o efeito de retirada de limite para exercício de direito preexistente. Mas ao verificar a sua definição para o ato de concessão, o referido autor menciona expressamente, ao contrário do que faz no ato de autorização, que há a constituição de uma nova condição jurídica ou um novo direito subjetivo ao solicitante, outorgando-lhe poderes públicos para a execução de atribuições governamentais.<sup>139</sup> E como esse é o critério principal que usa para distinguir o ato de autorização da concessão, dá mostras que não alterou seu entendimento.

Ugo Forti, na produção do verbete *Autorizzazione. Diritto amministrativo* integrante do Novíssimo Digesto Italiano,<sup>140</sup> aduz que de maneira empírica costuma-se falar em autorização administrativa em todos os casos que o exercício de um poder jurídico esteja subordinado ao consenso da autoridade administrativa que deverá prestá-lo caso a caso. Tal subordinação é disposta com escopo de prevenção. Tem em mira verificar preventivamente que o ato individual não representa perigo a certo interesse que a autoridade administrativa esteja incumbida de salvaguardar (autorização de polícia).

Quanto aos efeitos, para esse autor, a autorização possibilita ao sujeito poder fazer aquilo que antes o direito não lhe consentia fazer. Que este efeito significa precisar e caracterizar a autorização no lugar que ocupa dentro do sistema dos atos administrativos. Aponta que o conteúdo do ato de autorização não se exaure num *accertamento* (ato de verificação da presença dos requisitos legais) meramente declarativo da existência de determinada circunstância. O ato tem em mira um efeito constitutivo. Cita que para Renato Alessi,<sup>141</sup> na realidade a característica constitutiva da autorização não concerne à titularidade do direito, mas à possibilidade jurídica de seu exercício.

O italiano Aldo Sandulli,<sup>142</sup> registra (sob um enfoque do ato administrativo como procedimento), que o procedimento *volto ad ottenere l'autorizzazione* consente ao requerente realizar uma atividade privada, que estava nos termos do ordenamento jurídico, previamente

<sup>138</sup> Oreste RANELLETI, *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*, p. 22

<sup>139</sup> Oreste RANELLETI, *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*, p.22.

<sup>140</sup> Verbetes *Autorizzazione. Diritto amministrativo*. Novíssimo Digesto Italiano. Diretto da Antonio Zarra e Ernesto Eula. Terza edizione. Editrice Torinese. 1957. p.1580-1582.

<sup>141</sup> Renato ALESSI, *Sistema istituzionale Del diritto amministrativo italiano*, Giuffrè, Milano, 1953, p.290, apud Ugo FORTI, Verbetes: *Autorizzazione. Diritto amministrativo*. Novíssimo Digesto Italiano, pp.1580-1582.

<sup>142</sup> Aldo SANDULLI, *I procedimenti autorizzatori*. a cura di Sabino Cassese. Trattato di Diritto Amministrativo. Milano: Giuffrè, 2000, tomo secondo, pp.1151-1165.

subordinada ao interesse público. E que nesta função à Administração cumpre verificar a presença dos requisitos exigidos por lei, a fim de evitar que o solicitante represente perigo social.<sup>143</sup>

Em relação à elaboração dos requisitos exigidos, acrescenta que o interesse privado não pode ser comprimido em medida desproporcional, exigindo a previsão do procedimento de autorização o necessário respeito à proporcionalidade de ação.

Diz que o tema da autorização mereceu desenvolvimento, e aponta alguns entendimentos. Na concepção tradicional, a diferença entre concessão e autorização é que aquela proporciona ao sujeito o gozo de um atividade benéfica para a sociedade, reservada para as autoridades públicas, e no caso da autorização tem como fim a remoção de limite para o exercício de um direito, após a verificação que não tem a capacidade de ser nociva ao interesse público.

Contrário a essa concepção tradicional, aponta doutrina de Massimo Severo Gianini, que admite a autorização constitutiva, com efeito de criar uma nova situação jurídica subjetiva, conduzindo à negação da incidência de um poder autorizatório sobre um direito preexistente do requerente, e complicando o critério de distinção entre autorização e concessão.<sup>144</sup> Diz que nesse caso o critério distinto da concessão e da autorização ficaria reduzida somente em relação à finalidade, pois a concessão visaria o bem da sociedade através de exercício de atividade reservada ao Poder Público, e através da autorização o que se visa é evitar o mal decorrente de atividades privadas.

Apointa ainda uma terceira via através da doutrina de A.Orsi Battaglini,<sup>145</sup> que reconhecendo o caráter constitutivo à autorização a divide em duas categorias: aquela mediante comportamento vinculado com efeito de reconhecimento, dando origem logo a situação jurídica de direito subjetivo. E a autorização mediante conduta discricionária de efeito constitutivo, dando origem a situação jurídica subjetiva de interesse legítimo. Assim, esse último entendimento reconheceria direito subjetivo no preenchimento dos requisitos legais, mediante uma outorga vinculada e no caso de outorga discricionária aceitaria uma situação jurídica fundada em interesse legítimo do sujeito requerente, nos mesmos moldes da

---

<sup>143</sup> *Ibid.*, p.1158.

<sup>144</sup> Aldo SANDULLI, *I procedimenti autorizzatori*, p.1152.

<sup>145</sup> A. Orsi BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in D.disc.pubbl.,II, Torino, Utet, 1987, p.70 ss.; *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in Riv. Trim. Dir. proc.civ., 1988, p.3 e ss *apud* Aldo SANDULLI. *I procedimenti autorizzatori*, p.1153.

doutrina de Pietro Gasparri,<sup>146</sup> que sublinhando o fato de que, existindo uma proibição legal ou obstáculo legal, não se pode falar em direito ou poder do administrado, mas de simples interesse.

Portanto, na concepção tradicional, tanto a doutrina italiana como a doutrina alemã não fazem distinção quanto à outorga discricionária ou vinculada, trabalhando com o ato de autorização de maneira ampla. E nesta concepção tem destaque “a remoção de obstáculo”, ou seja, conteúdo de ato meramente declarativo que reconhece direito subjetivo preexistente. Tal conceito merece a crítica, como já fizemos antes, em relação à impossibilidade jurídica de direito preexistente em relação a uma conduta que era proibida. Ademais, a impropriedade do termo “direito preexistente” ficaria maior sem especificar se está tratando de ato vinculado ou discricionário. Mas ficou apontado, que tal posicionamento não é unânime na doutrina italiana, conforme exemplos referidos, que admite a autorização com efeito constitutivo de nova situação jurídica, como no caso de Gianini, e outros que admitem a autorização vinculada com efeito declaratório que origina situação jurídica de direito subjetivo e a discricionária com efeito constitutivo, mas de situação jurídica de interesse legítimo, sem falar em direito subjetivo.

Para nós, que admitimos anteriormente neste trabalho que o direito de liberdade ou o direito de propriedade é constituído juridicamente dentro dos quadrantes do direito, não podemos aceitar que no caso da lei proibir, por exemplo a exploração de um serviço de telecomunicação, facultando tal exploração mediante uma autorização administrativa vinculada, exista um direito a tal exploração independente da obtenção da autorização.

Havendo o deferimento por parte da Administração, amplia-se a esfera jurídica do administrado. O ato autorizatório constituiu uma nova situação jurídica.

#### **4.3. Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernández Rodrigues**

Ramón e Enterría,<sup>147</sup> comparando a tradicional doutrina de Ranelletti com a doutrina alemã da proibição geral com reserva de permissão, dizem que com um traço diferenciador, a italiana situa o foco nuclear à preexistência ao sujeito autorizado de um direito verdadeiro e

---

<sup>146</sup> Pietro GASPARRI, verbete *Autorizzazione*, in *Enciclopédia Del Diritto*, Milão, Giuffrè, apud Fábio Konder COMPARATO. *As autorizações de funcionamento de instituições financeiras*, p.242.

<sup>147</sup> *Curso de Derecho Administrativo*, p.135.

próprio, cujo livre exercício é permitido pela autorização removendo os limites que o interesse público, em princípio, opõe ao exercício. E apontam ainda que nesta linha da preexistência de direito, restaria clara a natureza declarativa da autorização em contraste com a concessão que se trataria de outorga de direito novo, ampliando a esfera jurídica do beneficiário.

Essa diferença apontada pelos autores espanhóis entre as doutrinas clássicas, data vênica, não observamos, pois a doutrina alemã se refere claramente ao restabelecimento de uma liberdade. E como em discussão jurídica só é possível definir liberdade como direito de liberdade, opinamos que ambas as doutrinas aceitam que antes da autorização existe um direito próprio.

Os referidos autores espanhóis criticam ambas as construções, entendendo que as teorias de Otto Mayer e Ranelletti não são suficientes, e que a realidade jurídica é bastante mais complexa, porque deixam principalmente de abordar o tema da discricionariedade que normalmente é reservada à Administração no tema de autorização, fazendo ilusória a idéia de um direito preexistente.<sup>148</sup> Aduzem expressamente que falar em direito preexistente não é correto. Mesmo se tratando o termo em sentido de gênero, elevar o fator de direito preexistente como elemento definitivo geral dessa determinada classe, é insustentável, pois só admissível em “autorizações” regradadas. Registram entendimento que o dado verificado que se encontra em todas as situações, podendo assim dogmaticamente ser elevado como característica essencial do gênero autorização administrativa seria **o fato de existir uma proibição geral prévia que atua sobre as atividades que a norma considera como próprias dos particulares**. E prosseguem, já se utilizando desse dado da atividade ser própria do particular, como fator suficiente para diferenciá-la da concessão que segundo ele, opera a partir de uma reserva formal do setor aos entes públicos, que deste modo ostenta uma titularidade prévia que dispõe livremente.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA e Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUES, *Curso de Derecho Administrativo*, p.136: “*La intensidad de los poderes discrecionales que La Administración se reserva con frecuencia en La materia, com La consiguiente libertad de otorgar o de negar las autorizaciones que se La solicitan, y La limitación, de iure o simplemente de facto, Del número de autorizaciones que em cada caso pode obtenerse, hace cada vez más ilusoria La imagen de um derecho preexistente, que, em La mayor parte de los casos( em rigor todos, fuera Del ámbito de los derechos fundamentales de libertad protegidos por El amparo constitucional, que por sua natureza repelen el empleo de La técnica autorizatória) no es um derecho subjetivo propiamente tal, sino solamente um poder genérico de livre desenvolvimento de La personalidad cuya concreción encuentra, precisamente, em La autorización ya outorgada su título específico de concreción y contenido*”.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p.137.

Nota-se na doutrina esposada pelos autores ibéricos que o critério adotado é construído a partir da matéria jurídica em que se insere a atividade proibida a ser facultada. Partem do seguinte ponto, há proibição da atividade, mas se for atividade aberta ao mercado, por assim dizer, aplica-se a autorização, se não for aberta, o mecanismo para exercício de tal atividade é a concessão.

O critério utilizado para distinguir autorização de concessão, é o mesmo já referido por Ranelletti e Otto Mayer, que vêem na concessão a constituição de um direito novo para exercício de atividades próprias do Poder Público. E quando se referem a mero restabelecimento de liberdade ou exercício de direito preexistente, o fazem no mesmo sentido, de atividades próprias dos particulares. Em outra passagem importante apontam os autores que a crise dos conceitos tradicionais fica mais aguda a partir do momento que repensando o âmbito próprio da ordem pública em sua tríplice dimensão compreensiva da tranqüilidade, seguridade e salubridade social, a autorização se viu transplantada para área complexa das atividades econômicas, e colocada a fazer um papel que não se reduz simplesmente ao controle negativo do exercício de direitos, senão que se estende à regulação mesma do mercado, como o propósito de orientar e conformar positivamente a atividade autorizada em sentido dos objetivos previamente programados, ou ao mesmo implicitamente definidos nas normas aplicáveis.

Quanto à crise que passa a concepção tradicional da autorização administrativa decorrente do aumento da complexidade das reações sociais, entendemos que é a mesma crise por qual passa a definição de Poder de Polícia, que de função meramente negativa, hoje é entendida como função diretiva, ordenadora, regulamentadora. Ora, vejamos, se autorização de polícia administrativa é expressão do exercício de tal função, obviamente deverá acompanhar o desenvolvimento doutrinário. Mas não deixa de ser importante o comentário dos autores.

Contribuem ainda com a seguinte definição:

A autorização se perfila hoje como um ato da Administração pelo qual este consente a um particular o exercício de uma atividade privada, ainda que

inicialmente proibida com fim de controle administrativo de seu exercício, constituindo no mesmo momento a situação jurídica correspondente.<sup>150</sup>

Na seqüência, apresentam uma lista de espécie de autorizações, ressaltando ser uma lista inacabada, mas que tem certo valor sistematizador. O critério que apontaram é em relação à amplitude dos poderes que a Administração tem na outorga do ato, o objeto da atividade autorizada, do sujeito interessado, do conteúdo e fins da autorização.

Abaixo vamos apontar as espécies:

A – Distinguem primeiramente autorização simples de autorização operativa.<sup>151</sup>

A1 – *Autorização simples* tem como fim próprio controlar a atividade autorizada, limitando-a negativamente dentro de marcos delimitadores. Seu âmbito próprio é o da ordem pública e as zonas mais ou menos próxima ao mesmo, como o exercício dos direitos fundamentais. Cita como exemplo a norma que nenhuma reunião será submetida ao regime de autorização, e cita ainda a autorização para uso de armas.

A2 – *Autorização operativa*; sem renunciar a função primária de controle, vai mais além, regulando e orientando positivamente a atividade seu titular na direção previamente definida por planos e programas setoriais, ou bem, ainda que de forma esquemática, ou incluso, implicitamente pela própria norma em cada caso aplicável. No Brasil, fica claro pelo Art. 174 da CF, que o mercado é regulado pelo Poder Público, servindo a autorização como um dos mecanismos operativos na busca de concretização de alguns objetivos sociais.

B – Distinguem autorização por operação de autorização de funcionamento.<sup>152</sup>

B1 – *Autorização por operação*; assim classificam as autorizações para uma operação determinada, específica, como por exemplo a importação ou exportação de um produto, a construção de um edifício.

---

<sup>150</sup> Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA e Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUES, *Curso de Derecho Administrativo*, p.137.

<sup>151</sup> Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA e Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUES, *Curso de Derecho Administrativo*, p.138

<sup>152</sup> *Ibid.*, p.139

B2 – *Autorização de funcionamento*; são as autorizações para exercício de uma atividade destinada a prolongar-se indefinidamente no tempo, instalação de uma indústria, criação de um banco, abertura de um hospital.

Ressaltam os autores que a diferença é importante porque na autorização por operação a relação com a Administração Pública é episódica e não cria vínculo estável entre as partes. Por exemplo: na autorização para construir um prédio, quando realizada a construção, os efeitos da autorização outorgada se esgotam e a relação estabelecida pelo ato outorgado se extingue pura e simplesmente.

Já na de funcionamento a relação jurídica tem natureza distinta, pois a autorização prolonga seus efeitos pelo tempo que durar a atividade. Faz surgir uma relação permanente entre a Administração e o sujeito autorizado, com o fim de proteger o interesse público frente às vicitudes e circunstâncias que ao longo do tempo podem surgir além do horizonte que se pode enxergar no momento da outorga da autorização, ressalvando o direito do autorizado.

C – Distinguem ainda a Autorização regrada da autorização discricionária:<sup>153</sup>

C1 – *Autorização regrada* é aquela em que a lei estabelece todos os requisitos exigidos para emissão da outorga.

C2 – *Autorização discricionária*; a norma aplicável reconhece à Administração poderes de decisão mais amplos, dentro de cujas margens, são possíveis soluções diversas.

D – Distinguem autorizações reais de autorizações pessoais:<sup>154</sup>

Registram que é uma distinção clássica, já formulada por Mayer, em função do centro de interesse em que situa a norma aplicável.

D1 – *Autorizações reais*; o decisivo no momento da avaliação da outorga são as condições do objeto, por isso não há maiores limitações à transmissão, apenas o dever de informação.

---

<sup>153</sup> Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA e Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUES, *Curso de Derecho Administrativo*, p.144.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p.145

D2 – *Autorizações pessoais*; nestas, o dado relevante são as condições pessoais do sujeito solicitante, cuja positiva valoração em relação ao interesse público em jogo viabiliza a outorga de autorização, por isso são personalíssimas.

Aponta ainda autorizações mistas em que o centro das atenções é duplo, somando-se a limitações próprias dos dois tipos de autorização aludidos. Cita como exemplo autorizações para funcionamento de bancos, pois a legislação exige tanto a propriedade de um capital mínimo (requisito objetivo), como a honorabilidade comercial e profissional e os conhecimentos e experiência adequados (elementos subjetivos) dos membros do seu conselho de administração.

Entendemos ser útil a classificação apontada pelos espanhóis, pois diferente da classificação no tocante a matéria regulada, como fez Hartmut, as fronteiras jurídicas eleitas são mais claras. Tanto que criticamos o fato de Hartmut não apontar as fronteiras distintivas, quando seria matéria afeta à permissão de controle e quando seria matéria a ser facultada mediante concessão de exceção, pois, a referência genérica feita a direitos constitucionais entendemos como insuficiente para distingui-las.

Apesar das críticas, vale sempre a ressaltar, com base no registro de Genaro Carrió<sup>155</sup> que as classificações não são verdadeiras nem falsas, são úteis ou inúteis, suas vantagens ou desvantagens estão colocadas ao interesse de quem as formula, e a sua potencialidade para apresentar o conhecimento de uma maneira mais fácil e compreensível ou mais rica em conseqüências práticas desejáveis, por conveniência científica ou didática.

#### **4.4. Doutrina Portuguesa**

O doutrinador português Marcello Caetano escreve que autorização é o ato administrativo que permite a alguém o exercício de um direito ou de poderes legais. A entidade autorizada possui, pois, um direito ou certo poder, mas, o exercício dele está vedado antes que intervenha previamente o consentimento da Administração fundado na apreciação das circunstâncias de interesse público que possam tornar conveniente ou inconveniente esse exercício. Trata-se de condicionamento de um direito de um particular ou do exercício da

---

<sup>155</sup> Genaro R. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p.98.

competência de um órgão ou agente da Administração (autorizações tutelares, delegações de poderes).<sup>156</sup>

Essa doutrina trabalha sobre o ponto de vista da eficácia de um direito obstada enquanto pendente uma condição, sendo a autorização um ato-condição nos moldes da doutrina inaugurada por Duguit.<sup>157</sup> Dogmaticamente entende-se que trazer a figura *iuris* da condição, que no Brasil é regulada pelas normas que regulam os pactos bilaterais, para o debate do ato administrativo unilateral da autorização, não se mostra proficiente, podendo ser fonte de confusões terminológicas.

Entende esse doutrinador que não faz sentido distinguir licença de autorização. Aduz que as licenças policiais podem ser facultativas ou obrigatórias. É facultativa se a lei confere à autoridade um poder discricionário para apreciar caso por caso e conceder a licença ou não. É obrigatória, por sua vez, se a autoridade está vinculada por lei tem que passar a licença a todo aquele que a requeira e mostre reunir as condições exigidas por lei.<sup>158</sup>

Apesar de entender que não há razão para diferenciar licença de autorização, diz que, todavia, numa terminologia rigorosa, a autorização equivaleria a verificar que no exercício de um direito ou de uma atividade lícita não resulta prejuízo para o interesse público, enquanto a licença permitiria o exercício de uma atividade relativamente proibida.<sup>159</sup>

Esse critério utilizado para diferenciar licença de autorização, não é aceitável juridicamente. Já criticamos a classificação adotada por Hartmut, que igualmente diferencia o **ato de permissão de controle** (restabelecimento de uma liberdade anterior), que seria na

<sup>156</sup> Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2004, v.I, p.459.

<sup>157</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO assevera que tal classificação foi proposta por Duguit, e acompanhada por Bonnard, Jèze, Laubadère, entre outros. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p.420. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO na mesma esteira, observa que Gaston Jèze, seguindo a trilha dos ensinamentos de seu compatriota, Leon Duguit, propôs a presente classificação. Adjetiva-a como simples, mas de grande aplicação, estabelecendo três graus de extensão da eficácia do ato administrativo: Ato regra, Ato condição e ato subjetivo. (1) Atos regra – Atos jurídicos que criam situações de caráter geral, de destinatários indefinidos, abstrata e objetiva; modificáveis a qualquer tempo pela vontade de quem os produziu, sem que se possa opor direito adquirido à manutenção desta regras. Exemplo: o regulamento. (2) Atos condição ou instrumental - os atos que o sujeito pratica incluindo-se, isoladamente ou mediante acordo com outrem, debaixo de situações criadas pelos atos-regra, sujeitando-se às eventuais alterações unilaterais das situações. Celso Antônio cita como exemplo, o ato de aceitação de cargo público; o acordo na concessão de serviço público. (3) Atos subjetivos – se enquadram nesta categoria os atos que criam situações particulares, concretas e pessoais, produzidas quanto à formação e efeitos pela vontade das partes, sendo imodificáveis pela vontade de uma só delas e gerando, então direitos assegurados à persistência do que dispuseram. Exemplo: contrato. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO sobre essa espécie afirma que ela tem eficácia concentrada sobre os sujeitos neles identificados. Cita como exemplo a licença e autorização administrativa assim como aplicação de qualquer sanção administrativa. *Curso de Direito Administrativo 14ª Ed.*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 152.

<sup>158</sup> Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Tomo II*, p.1168.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p.1167.

classificação de Marcello Caetano o ato de autorização, do **ato de concessão de exceção** (há proibição genérica com possibilidade de permissão da conduta), que seria o ato de licença.

Primeiramente, a proibição de uma conduta é constatada quando uma norma geral e abstrata regula a referida conduta como pressuposto de uma sanção. Não há proibições que sejam mais proibições que outras, e praticar conduta, para qual a lei exigia autorização prévia é uma conduta ilícita, contrária ao direito.

Reiteramos nossos dizeres quando comentamos a doutrina alemã, que no aspecto da proibição já posta, não há diferença. Já vimos que a previsão da exigência de autorização torna a conduta vedada. Uma conduta vedada que pode ser facultada via autorização por não ser indesejável socialmente, só é juridicamente diferente de uma conduta indesejável igualmente vedada, mas para qual não está previsto a possibilidade de autorização, em relação à natureza e graus distintos das sanções. Mas no quadro deontico ambas devem ser representadas da mesma maneira.

Marcello Caetano aponta uma classificação para os atos de licença de polícia, neste instante utilizou da expressão sem distinguir do ato de autorização:<sup>160</sup>

A1 – Licença policial obrigatória – ato vinculado;

A2 – Licença policial facultativa – ato discricionário;

A3 – Licença policial pessoal – atendimento de qualidades e requisitos pessoais. São personalíssimas, intransferíveis.

A4 – Licença policial impessoal – atendimento de critérios independentes das qualidades e comportamentos de uma determinada pessoa, como seja as condições da instalação de uma indústria, a construção de um prédio. São transferíveis, vigoram independentemente da pessoa que possui ou explora o objeto a que respeitam, são de caráter patrimonial.

A5 – Licença policial simples – não implicam o cumprimento de qualquer obrigação acessória.

A6 – Licença policial condicionada – implicam o cumprimento de certas obrigações, como a prestação de uma caução, por exemplo.

A7 – Licença policial permanente – concedidas sem limite de tempo.

---

<sup>160</sup> Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, p.1168.

A8 – Licença de polícia temporária – concedida com prazo determinado.

Diogo Freitas do Amaral,<sup>161</sup> que expõe entendimento análogo ao de Marcello Caetano, define autorização como ato pelo qual um órgão da Administração permite a alguém o exercício de um direito ou de uma competência preexistente. O solicitante seria titular de um direito subjetivo, mas a lei estabelece que esse direito só pode ser exercido mediante autorização dada caso a caso. Em contraposição, licença é o ato pelo qual um órgão da Administração atribui a outrem o direito de exercer uma atividade privada que é por lei proibida.

Outro autor da escola portuguesa, António Dias Garcia, em obra monográfica sobre o ato de autorização administrativa,<sup>162</sup> começa seu trabalho por apontar crítica à doutrina portuguesa e estrangeira, que defende que o particular é titular de um direito subjetivo que, porém, só pode ser exercido mediante autorização. Critica ainda a doutrina de Robin de Andrade,<sup>163</sup> que defende que nesta situação o particular não tem nada, porque a autorização não é determinada por razões ligadas à tutela de bens jurídicos em que os direitos se consubstanciam, mas por simples motivos de interesse público e de polícia administrativa completamente estranhos à essência dos direitos e bens jurídicos em causa.

O autor defende que a autorização é um ato constitutivo de direitos, porque antes do ato de autorização o particular tem apenas o interesse legítimo a uma decisão administrativa, submetida à legalidade. E que a lei de previsão da autorização institui um contexto de interdição onde particular não pode deter direito antes da autorização.<sup>164</sup>

E remata:

Dizer que o particular dispõe do direito antes da autorização — o direito de construir, o direito de se deslocar a país estrangeiro, o direito de conduzir um veículo automóvel, o direito de caçar — faltando-lhe só a concordância da Administração para o poder exprimir, é em nossa opinião ver com excessiva brandura os efeitos da previsão legal da necessidade de autorização

---

<sup>161</sup> Diogo Freitas do AMARAL. *Direito Administrativo*, p.142. António Dias GARCIA, *A Autorização Administrativa*, p.10.

<sup>162</sup> António Dias GARCIA, *A Autorização Administrativa*, p.5.

<sup>163</sup> José Robin de ANDRADE, *A revogação dos Actos Administrativos*. 2. ed., Coimbra Editora. 1985. p.109; *apud* António Dias GARCIA. *Ibid.*

<sup>164</sup> *Ibid.*, p.32.

administrativa. Porque a verdade é que, se a Administração recusar a autorização, o particular não pode exercer o direito.<sup>165</sup>

Segundo ele, a lei tutela o interesse próprio do particular que solicita uma autorização administrativa – seja a licença de construção, seja a carta de caçador, seja a licença para poder exercer uma atividade de televisão ou de radiodifusão –, tem o direito a uma decisão sobre o seu pedido. À Administração impõe-se o dever legal de decidir. O particular tem o direito à legalidade dessa decisão administrativa. Invoca que a obrigação de respeitar a legalidade recai sobre a Administração, e poderá ser alegada pelos particulares a seu favor para remover as ilegalidades que os prejudiquem, através dos mecanismos de controle dos atos administrativos.

A posição deste autor português é fundamentada na noção jurídica de que a situação anterior do particular à atribuição ou recusa da autorização deve ser feita a partir dos poderes de que ele efetivamente dispõe, e não a partir daquilo de que ele não pode dispor, criticando a posição dos autores que defendem a existência de um direito ou uma faculdade anterior, que não pode ser exercida. Tal posição subjetiva, caracterizada por determinados poderes jurídicos de requerimento e lícita decisão administrativa, classifica como interesse legítimo ou interesse legalmente protegido.<sup>166</sup>

Na seqüência do seu raciocínio, aponta que na hipótese de deferimento, com a atribuição da autorização, o interesse próprio que era tutelado indiretamente passa a sê-lo direta e imediatamente. Isto é, o particular adquire o direito. Lembrando que o interesse próprio a que o autor faz referência é o interesse de desenvolver a atividade regulada nos termos previstos em lei. Por isso, segundo Caetano, o direito que o particular adquire é o concreto direito definido na lei, com as “grandezas e misérias” como a lei o moldou.

Adotando essa posição, a nosso ver correta, pela qual o solicitante adquire o direito conformado pela lei, após o ato de autorização, o referido autor apresenta conclusões verdadeiras, criticando a posição dos autores que defendem ser a precariedade característica “natural” da autorização, vejamos:

---

<sup>165</sup> António Dias GARCIA, *A Autorização Administrativa*, p.32.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p.38.

Em face do que se disse, deve concluir-se que a Administração só terá neste processo as competências que a lei expressamente previr: o poder de acompanhar o exercício da actividade do particular, o poder de retirar a autorização, o poder de, por altura da eventual renovação, reapreciar o conflito de interesses, todos estes e outros poderes só existirão se a lei os previr, e deverão ser exercidos em estrita obediência às previsões legais. Só assim se respeitará a expectativa com que o particular decidiu encetar o processo de acesso ao direito, e só assim se assegura a indispensável segurança do particular.<sup>167</sup>

Critica ainda, o estudo do ato de autorização limitado ao estudo do ato permissivo. Entende que o estudo da autorização deverá começar pelas disposições constitucionais, e encetar a análise da autorização administrativa a partir da lei que fixa os termos da sua atribuição. Para ele, corretamente, a intervenção administrativa assume um carácter instrumental, pois aos órgãos administrativos são assinalados poderes para dar a expressão à solução que a lei escolheu, com o objetivo de satisfazer interesses, coletivos e particulares, em conflito.

É através da análise da lei de habilitação que saberemos se ao órgão administrativo compete atribuir a autorização, e eventualmente também retirá-la, e neste caso, em que circunstâncias; se o órgão administrativo dispõe de competência vinculada ou antes de competência discricionária, própria ou imprópria; se ao órgão administrativo compete ou não vigiar o exercício da atividade controlada por parte do particular.

Caetano faz crítica expressa à doutrina de Robin de Andrade<sup>168</sup> — para quem, nesta situação o particular não tem nada, afinal, a autorização não seria determinada por razões ligadas à tutela de bens jurídicos em que os direitos se consubstanciam —, mas se fundamenta no fato da previsão legislativa de autorização não poder ser feita de qualquer maneira. Diz que se atentar ao passado mais ou menos remoto, direitos dos mais relevantes foram sujeitos à autorização: a liberdade religiosa, a liberdade de expressão do pensamento, a liberdade de associação ou a liberdade de aprender e ensinar. E atualmente quando a Constituição reconhece ao particular um direito, não pode o legislador usar a técnica da autorização administrativa, porque tal se concretiza numa diminuição inaceitável dos poderes do

---

<sup>167</sup> António Dias GARCIA, *A Autorização Administrativa*, p.51.

<sup>168</sup> José Robin de Andrade. A revogação dos Actos Administrativos *apud* António Dias GARCIA, *A Autorização Administrativa*, p.5

particular. A missão do legislador é descobrir um modo proporcionado de dar satisfação aos interesses em presença, a norma jurídica, há pois, de constituir uma solução ajustada desse conflito de interesse.<sup>169</sup>

#### 4.5. Doutrina Argentina

O argentino Juan Cassagne<sup>170</sup> entende que a autorização expressa controle da autoridade sobre um direito do administrado, submetido à regulamentação administrativa. Que o órgão administrativo não tem poderes arbitrários para conceder ou negar a autorização; deve limitar-se a comprovar as circunstâncias que na regulamentação prévia são estabelecidas como condicionantes da autorização; disto se depreende que o administrado que tenha cumprido as circunstâncias factuais predeterminadas, tem direito à autorização. Afirma que ao administrado, basta demonstrar que possui os requisitos exigidos pela regulamentação. E que da autorização nasce um direito adquirido para o administrado, que este pode opor à pretensão revogatória da Administração.

Aduz ainda ao autor argentino que a autorização se fundamenta na contraposição entre direito do administrado e a condição imposta pela Administração, e aparece como ato que reintegra o estado de liberdade, permitindo que o direito do administrado possa produzir seus efeitos lógicos e naturais. Depois da autorização, o particular pode efetuar aquilo que antes lhe estava condicionado.<sup>171</sup>

Cassagne, aceita, na mesma linha defendida por Hartmut, que existam espécies de interdições de polícia. “A autorização para edificar é o levantamento de uma interdição de polícia”. Mas existiriam outras espécies. E o autor levanta como critério de diferenciação das espécies o fato do direito atribuir atos que seriam simples controle de atividades permitidas pelo ordenamento jurídico e outros atos que recairiam sobre atividades vedadas, ou seja, mediante uma autorização permitiria o exercício excepcional de atividades proibidas.

Como já aduzimos anteriormente, não concordamos com essa posição, pois, entendemos que a previsão legislativa da autorização veda a respectiva conduta, que passa a ser uma conduta proibida, como possibilidade de facultar sua execução. Portanto não

---

<sup>169</sup> António Dias GARCIA, *A Autorização Administrativa*, p.55.

<sup>170</sup> Juan Carlos CASSAGNE, *A autorização para construir e o poder revogatório da Administração*, p.13.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p.18

aceitamos que a autorização possa ser um ato de controle sobre atividades permitidas em contraponto a outros atos que recairiam sobre atividades vedadas.

No caso de atos em que se abriria uma exceção à proibição, o autor denomina, como fez o português Marcello Caetano, de “licença de polícia”. No caso que identifica como “autorização ordinária” cuida-se de verificação de cumprimento de condições pré-fixadas a uma atividade submetida a controle. Admite que autorização administrativa ordinária outorgaria a faculdade de agir em uma esfera fixada pela própria autorização ou em razão dela. Utiliza o termo “licença de polícia” em contra face da autorização ordinária, pelo critério da excepcionalidade, pois quando levanta a interdição de exercer uma atividade usualmente vedada seria exceção, colocando fim a uma interdição repressiva, que tende proibir a atividade de que se trata. Manter a interdição é regra, a qual a outorga é exceção.

Para Cassagne, a diferença influencia inclusive no regime de revogação. Se estiver diante da chamada autorização ordinária, a Administração não poderia revogar, pois, seria direito adquirido do administrado. Ao passo se estivesse diante da licença de polícia, sendo exceção a uma atividade proibida ao administrado, a este não assistiria o direito de exigir sua outorga e, se Administração tiver motivos fundados para revogá-lo, pode fazê-lo a menos que proceda com arbitrariedade.<sup>172</sup>

Como já mencionado, não aceitamos falar em duas espécies distintas de atos, por não enxergamos diferença dos seus efeitos, nem diferença na matéria em que se inserem, pois se vedam determinada conduta, as normas que são extraídas das leis que o prevejam são igualmente descritas pelos modais da proibição de fazer, ou obrigação de não-fazer. Semelhantes são seus conteúdos, pois uma vez produzidos no caso concreto, são títulos jurídicos extrajudiciais com efeito de facultar a conduta. Quanto à diferença feita no caso de revogação, para nós essa diferença não será própria de cada espécie, mas sim específica dependendo das condições de válida produção do ato de autorização em cotejo, ou seja, se vinculado ou discricionário.

E igualmente, como fizemos no caso do Hartmut, criticamos que o critério não aponta claramente as linhas fronteiriças de quais matérias seriam afetas à autorização ordinária e quais seriam afetas à licença de polícia.

---

<sup>172</sup> Juan Carlos CASSAGNE, *A autorização para construir e o poder revogatório da Administração*, pp. 10- 23.

Para Héctor Jorge Escola<sup>173</sup> os regramentos de polícia podem estabelecer proibições ou restrições absolutas, ou seja, que não podem ser desconhecidas em nenhum caso. Ou então relativas, quando a relação com a atividade a que se referem, admite a possibilidade da autoridade policial examinar e apreciar as circunstâncias que estão presentes em cada caso, removendo o obstáculo que para o administrado representava a proibição. Este é o efeito que produzem as autorizações, licenças e permissão de polícia.

Na mesma esteira de Cassagne, aduz que a diferença entre autorização e licença está no conteúdo do ato, uma vez que a autorização tem o efeito de outorgar uma faculdade de obrar dentro de uma esfera determinada, que inclusive pode fazer frente aos demais administrados, e a licença se dá como uma exceção especial a respeito de uma proibição geral, tolerando-se a realização de algo determinado, sendo oponível somente à Administração que a outorga.

Roberto Dromi<sup>174</sup> aduz que a autorização é o ato administrativo tem duplo alcance: como ato de habilitação ou permissão estrito senso e como ato de fiscalização ou controle. Como ato de habilitação ou permissão a autorização traduz aquelas licenças que as autoridades conferem aos administrados em exercício de função de polícia administrativa, como por exemplo: a autorização para construir, em exercício de polícia urbanística; autorização para habilitar um comércio em exercício de polícia econômica; e a autorização para a existência de pessoas jurídicas. Como ato de fiscalização ou controle, a autorização é uma declaração de vontade administrativa constitutiva ou de remoção de obstáculos para superá-los limites que a ordem jurídica põe ao livre desenvolvimento da atividade pública.

Pela definição, percebe-se que a autorização de controle se trata de atos de controle interno, estando ao largo do tema deste trabalho.

#### **4.6. Doutrina Mexicana – Gabino Fraga<sup>175</sup>**

O autor mexicano, em trato terminológico impreciso que nada contribui para distinção do ato de autorização dentro da classe dos atos administrativos benéficos, define que autorização, licença e permissão são atos administrativos pelos quais se levanta ou remove um

---

<sup>173</sup> Héctor Jorge ESCOLA, *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990, vol.II, p.903.

<sup>174</sup> Roberto DROMI, *Derecho Administrativo*, 4. ed. Actualizada, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, p.218.

<sup>175</sup> Gabino FRAGA, *Derecho Administrativo*, 15. ed., México: Porrúa, 1973, pp.242-244.

obstáculo ou impedimento que a norma legal há estabelecido para o exercício de um direito particular. Em geral, nesses casos há um direito preexistente do particular, porém seu exercício se encontra restringido porque pode afetar a tranqüilidade, a segurança ou a salubridade pública ou econômica do país, e só basta que se satisfaçam determinados requisitos que deixam a salvo tais interesses para que a Administração permitira o exercício do direito prévio. Assim, conclui o referido autor, a autorização, a licença e a permissão, constituem atos que condicionam para um particular o exercício de alguns de seus direitos.

#### 4.7. Doutrina Brasileira

Caio Tácito apresenta seu conceito reconhecendo um direito anterior ao ato de autorização que teria o efeito de “levantamento de um obstáculo”, como mero ato atinente à eficácia de um direito anterior:

Não cria direito novo, mas possibilita a eficácia de direito preexistente que a lei condicionou, quanto aos seus efeitos, à permissão da autoridade pública, em atenção a interesses coletivos respeitáveis.<sup>176</sup>

Esse entendimento o autor adota com base na doutrina italiana, negando claramente o efeito constitutivo da autorização: *autorização não é ato originário de constituição de direitos*.<sup>177</sup>

Esse conceito merece alguns apontamentos. Primeiro, dificulta a individualização da figura por tratá-la como gênero sem especificar se aceita o direito preexistente diante de uma autorização discricionária ou vinculada. O que sem dúvida será inaceitável se estivermos diante de uma autorização cujas condições de válida produção permitam certa margem de livre apreciação administrativa.

Em segundo, a utilização do termo permissão na definição de autorização, pode levar a confusões interpretativas. E mais, no instante que menciona “*possibilita a eficácia de direito*

---

<sup>176</sup>Caio TÁCITO, Temas de Direito Público: *Autorização Administrativa* (estudos e pareceres), p.735.

<sup>177</sup> Idem, *Autorização - Banco Central - Controle Jurisdicional*, p.255.

*preexistente*”, coloca a autorização como uma condição jurídica suspensiva, nítida figura impositiva própria das relações contratuais, que não se adequam às imposições legais.<sup>178</sup>

Ainda em relação à menção a direito preexistente, já vimos que a autorização é um ato individual que leva a conduta do indivíduo do campo do deôntico da proibição para o campo da faculdade. Como imaginar um direito preexistente se a atividade era proibida? Mesmo que se fale em vinculação, quando o direito regula o direito a construção, ele impõe os requisitos e dentre eles a obtenção do título jurídico comprovador do preenchimento desses requisitos para construir. O ato de autorização de polícia tem efeito de reconhecer o preenchimento (declaratório), mas também é constitutivo, pois coloca o cidadão em uma situação jurídica nova perante o Estado e a terceiros.

José Cretella Júnior,<sup>179</sup> observando a confusão terminológica doutrinária assevera que “o conceito da autorização tem trazido inúmeras confusões no espírito dos doutrinadores, penetrando o próprio Direito Positivo, confundindo-se, não raro, a autorização com a permissão, a admissão, a licença e a concessão”.

Na seqüência da exposição das suas idéias, coloca a seguinte proposição:

A terminologia pátria está longe de ser uniforme, quer na doutrina, quer no Direito Positivo, quer, mesmo na jurisprudência, onde os termos “autorização”, “permissão”, “licença” e “concessão” são empregados sem o menor rigor técnico e, o que é mais grave, baralhando-se nas definições o objeto a definir-se como o definido (autorização é a “permissão”; autorização é a “concessão”; autorização é a “licença”), quando, o rigor científico impõe que se defina de maneira genérica (autorização é a “outorga”; permissão é a “outorga”, licença é a “outorga”), empregando-se, no definido, vocábulo não técnico, pois o contrário levaria à identificação entre institutos diversos, além de infringir cânone expresso da lógica conceitual.

<sup>178</sup> O Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10/01/2002, define no seu artigo art.121 que, considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. No art.125, prevê que subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

<sup>179</sup> José CRETELLA JÚNIOR, *Definição da Autorização Administrativa*, p.754-767.

O mesmo autor, fazendo referência à sistematização da doutrina italiana, citando estudos de Zanobini, Alessio, Tumiatì, Santi Romano, Umberto Borsi, Umberto Fragola, Cino Vitta, conceitua autorização administrativa como ato administrativo unilateral e discricionário, mediante o qual a Administração Pública, por provocação do particular, faculta ao interessado o exercício de atividade ou a utilização de parte do domínio público, removendo, para tanto, o obstáculo legal impeditivo. A autorização pode ser simples, quando outorgada sem *termus ad quem* fixado, e qualificada, quando outorgada por determinado tempo. No primeiro caso, é precária, no segundo caso, irrevogável durante a fluência do prazo outorgado, a não ser que haja distorção na outorga.

Nota-se que Cretella Júnior, dá um tratamento conceitual mais preciso, e trata o ato em si, de maneira mais restritiva apontando a discricionariedade como característica. Aceita o autor na autorização administrativa duas acepções: tanto no exercício de poder de polícia, facultando o exercício de uma atividade, como na autorização de utilização de bem público, sem fazer a devida diferenciação entre a autorização em regime de polícia e a autorização em regime jurídico dominial de bem público.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,<sup>180</sup> discorrendo sobre o tema, diz que o essencial da autorização administrativa é facultar a alguém o exercício de atividade que sem ela seria proibida, e que só existe o ato jurídico de autorização, quando se verifica a manifestação da vontade do Estado, ou de quem faça suas vezes, pela qual se faculta discricionariamente a alguém o exercício de atividade que sem ela seria proibida.

O autor traça seu aspecto essencial que é conduzir a conduta do campo do deôntico do proibido, para o campo do deôntico facultado. O conceito é verdadeiro, mas cabe apontar, que o autor não aceita a autorização como ato administrativo que será produzido em controle prévio de ato jurídico, classificando esse ato como aprovação. Na seqüência do trabalho iremos abordar tal distinção.

Apontamos ainda, que colocar a discricionariedade como característica essencial da autorização não se adéqua ao estado atual legislativo brasileiro – essa crítica ocorrerá igualmente em relação ao entendimento de outros autores, como se verá adiante.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>181</sup> na mesma seara, entende que autorização é ato administrativo unilateral, pelo qual discricionariamente a Administração Pública, faculta o

---

<sup>180</sup> Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p.519.

<sup>181</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p.430.

exercício de atividade material, tendo como regra, caráter precário. Cita como exemplo: autorização para exploração de jazida mineral.

Neste conceito serve a mesma ressalva já feita em relação à discricionariedade e que o ato autorização pode facultar o exercício de uma atividade ou a prática de um ato jurídico, e não somente o exercício de uma atividade material.

Corretamente, faz alusão a unilateralidade da autorização, ou seja, não teria natureza de contrato, em que as vontades das partes em conjunto, gerariam os efeitos criadores do ato.

Chamamos atenção ao fato do autor aceitar a precariedade como regra, admitindo que poderá haver relações jurídicas que não ficarão sujeitas ao poder potestativo revogador da Administração, como fez Cretella Junior na autorização qualificada.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a autorização administrativa tem várias acepções.<sup>182</sup> Num primeiro sentido, designa o ato unilateral discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seria legalmente proibido. A segunda acepção seria ato unilateral discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de bem público, a título precário. E a terceira seria ato unilateral discricionário e precário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público a título precário.

Já tivemos oportunidade no primeiro capítulo, em comentário ao Art. 21, inciso XI e XII e Art. 223 da CF, de apontar nossas críticas a terceira acepção dada pela autora, que aceita a autorização como mecanismo de delegação de serviço público em interesse exclusivo do solicitante, sendo que no nosso entender, se trata de autorização de polícia administrativa.

Segundo Hely Lopes Meirelles autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc. Citam os atualizadores da obra que a Lei 9.984, de 17.07.2000, que criou a Agência Nacional de Águas, introduziu nova forma de autorização de caráter especial, expedida com prazo determinado, sugerindo a denominação de autorização condicionada.<sup>183</sup>

---

<sup>182</sup> Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 215.

<sup>183</sup> Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p.191.

José dos Santos Carvalho afirma ser a autorização um ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o particular exerça atividade ou utilize bem público no seu próprio interesse.<sup>184</sup>

Diógenes Gasparini, igualmente já referido no capítulo primeiro, aceita a autorização como ato administrativo discricionário ou vinculado, através do qual a Administração Pública outorga a alguém o direito de realizar certa atividade material (portar armazém e derivar água de rio) ou executar e explorar certo serviço público.<sup>185</sup>

Marçal Justem Filho cita que pela 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 da precariedade e revogabilidade a qualquer tempo.<sup>186</sup>

No entanto observa o doutrinador que o termo autorização é utilizado em situações incompatíveis com a idéia acima exposta. Faz referência que o Art.170, parágrafo único, da Constituição alude à autorização para o exercício de atividade econômica, o que não se compatibiliza com a concepção de uma competência discricionária, e mais, que essa tendência teria sido reforçada na disciplina de novas versões do serviço público<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> José dos Santos CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, p.130.

<sup>185</sup> Diógenes GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 378.

<sup>186</sup> Marçal JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, p.219.

<sup>187</sup> *Ibidem*.

## **CAPÍTULO 5 – CRISE DO CONCEITO TRADICIONAL DE AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA**

A doutrina estrangeira de referência trabalha com o ato de autorização dando enfoque especial no seu conteúdo de tornar lícita a prática de conduta até então proibida, e faz alusão de levantar obstáculo legal para exercício de um direito ou proibição com reserva de permissão. Nessa definição dada pela doutrina estrangeira, se observa que não há detalhamento se autorização seria um ato vinculado ou discricionário, permitindo extrair que é tratada em sentido amplo, dependendo das específicas condições de válida produção do ato estipuladas pelo legislador.

Já na doutrina pátria é comum definir autorização de maneira restrita, como sendo ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual a Administração consente a prática de atividade material ou ato jurídico. O principal destaque é dado à discricionariedade do ato, característica que a diferenciaria da licença. E por decorrência da discricionariedade fala-se em precariedade. No tocante a precariedade já vimos que os autores (Cretella, Hely Lopes Meirelles por seus atualizadores) aceitam que haverá casos em que há prazo para extinção da autorização, não se falando em precariedade.

O maior debate, sem dúvida, fica em determinar se a discricionariedade é ou não é elemento essencial de tal ato.

### **5.1. Discricionariedade e vinculação**

O estudo em que tanto se esmera a doutrina administrativa na busca do esclarecimento das linhas distintivas entre discricionariedade e vinculação, não poderá ser reproduzido em todas as suas problematizações sob pena de desvirtuamento do tema central. Serão apontados breves conceitos, suficientes para o fechamento deste tópico do trabalho.

A função administrativa deve ser realizada nos moldes legais por decorrência do modelo do Estado de Direito constitucional. Na sua essência, a função administrativa se expressa através de declarações efetuadas em cumprimento de função, visando o interesse coletivo. A Administração Pública não atua em relação de domínio, não é dona de nada, mas mera representante. Portanto, não atua com a liberdade jurídica característica das atividades

particulares em gestão de negócios privados. Por isso, ganha destaque o tema da discricionariedade, uma vez que seria uma possibilidade dada pela lei para esse representante popular pensar, e segundo seu juízo, decidir qual seria o melhor caminho a ser adotado segundo o interesse público. Não se compara à autonomia do particular, mas de qualquer forma há, dentro dos limites legais, um espaço para livre apreciação na tomada de decisão.

Descrever essa liberdade de apreciação é tema que passa pela atribuição expressa e específica que faz o Direito sobre a competência para produção de atos administrativos.<sup>188</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra “Discricionariedade e Controle Judicial” adota a seguinte conceituação para discricionariedade:

Discricionariedade, portanto é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida pelo mandamento dela não possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>189</sup>

A discricionariedade é uma liberdade de atuação administrativa que deve ser exercida dentro dos parâmetros do Direito, não se confunde com arbitrariedade. A Administração

---

<sup>188</sup> No entanto essa atribuição de competência não é realizada de forma homogênea para todos os casos. Há casos que a lei solicita a opinião do agente executivo no caso concreto, lhe outorgando certo espaço para em juízo de oportunidade e conveniência tomar a decisão que melhor atenda o interesse público; há outros, em que a lei já antecipa a decisão, reduzindo o agente administrativo à competência verificadora de requisitos previstos em lei. A norma pode ser dividida em dois momentos lógicos distintos: a parte da hipótese e a do conseqüente. Na primeira são encontrados os pressupostos ou condições jurídico-fáticas requeridas como condicionantes lógicas necessárias e suficientes para aplicação da norma no caso concreto, ou seja, para o destrancamento dos efeitos previstos no conseqüente, tendo em vista à consecução de determinado fim. (caráter instrumental do Direito). Por vezes a hipótese legal traz consigo um pressuposto fático completo e taxativo e como conseqüência, uma conduta ordenada. Estar-se-á, portanto, diante de uma competência vinculada à mera constatação da situação jurídica pré-constituída *ex lege*, cabendo apenas ao administrador declarar a decisão já adiantada pelo legislador. De outras, os pressupostos fáticos (hipótese) não comparece completamente regulado em termos taxativos, deixando um certo espaço para interpretação do Administrador, quanto à ocorrência no mundo real das hipóteses previstas em lei. Ou então poderá vir taxativo na hipótese, mas, dando margem no conseqüente a tomar uma decisão dentre várias alternativas apontadas. Ou ainda, haver liberdade de apreciação na hipótese e no conseqüente. Neste caso a decisão será do administrador. A lei não antecipou vinculadamente a decisão. O administrador terá condições jurídicas para pensar e adicionar elementos traçados pela subjetividade à decisão. Quando surge esse determinado espaço para apreciação subjetiva na produção de um ato administrativo, atribui-se a essa liberdade do administrador, a denominação de discricionariedade.

<sup>189</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.48.

Pública terá discricionariedade, quando, dentro de parâmetros jurídicos válidos, tiver a possibilidade de optar por uma dentre outras opções juridicamente aceitas.<sup>190</sup>

Atos ditos discricionários, portanto, são aqueles exercidos pela Administração com certa margem de liberdade para decidir, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo.<sup>191</sup>

Em contraponto à discricionariedade, temos os atos vinculados. Já no caso de vinculação não resta à Administração Pública qualquer margem e liberdade para avaliar a oportunidade ou conveniência da prática do ato.

Atos vinculados são atos obrigatoriamente praticados diante de pressupostos legais taxativos, específicos, no tocante a quem, como e o quando agir da Administração. Não há qualquer margem para ponderação. Para Celso Antonio Bandeira de Mello são os atos que a Administração pratica sem qualquer margem de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos. E cita como exemplo a licença para construir. Preenchido os requisitos legais das normas urbanísticas, deve a Administração conceder à licença para construir. Deixando de conceder a Administração de conceder a licença, ofenderia direito subjetivo do cidadão à licença, proporcionando assim interesse jurídico ao administrado lesado, buscar o amparo do Judiciário tendo em vista a violação da legalidade.<sup>192</sup>

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>193</sup> ensina que quando o administrador tiver que se cingir às estritas determinações legais ao obedecer o comando da norma, quando se verificar as condições de fato por ela prescritas, está se diante de atos vinculados. Cita como exemplo ato administrativo de licença de construção, onde está obrigada a aprovar a planta se todas as exigências legais foram obedecidas. Para ele a licença é ato administrativo unilateral, vinculado, pelo qual se faculta o exercício de determinada atividade material que sem ela seria vedada.<sup>194</sup> Ao contrário da autorização não fica a critério da Administração Pública a sua outorga. Isso porque assiste ao interessado o direito a ela, preenchidas as determinações legais.

---

<sup>190</sup> Sobre controle dos atos discricionários ver Miguel Seabra FAGUNDES, *O Controle do Atos Administrativos pelo Judiciário*, 7. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, atualizado por Gustavo Binenbojm, p.179.

<sup>191</sup> Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO entende que melhor se denominariam como atos praticados no exercício de competência discricionária. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p.416.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p.416.

<sup>193</sup> Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p.484.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p.561.

Portanto, partido dessas premissas que diferem as regras de válida produção de um ato discricionário das regras de um ato vinculado, nos moldes da Constituição Federal e de leis que serão referidas na seqüência, não há como concordar que a autorização seria necessariamente um ato discricionário e precário, em que a Administração poderia alternativamente deferir ou não, sobre o critério da oportunidade e da conveniência, problema que se agrava no que diz respeito às autorizações administrativas para exercício de atividades econômicas.

É certo que a doutrina que defende a autorização como discricionária não se esquece do devido respeito à igualdade e o princípio da livre concorrência, apenas entende que se for vinculado o ato, caberá a licença administrativa.

Mas, se a Constituição e as leis facultativamente inserem o termo autorização como técnica de intervenção na liberdade de indústria, de comércio, de profissão, porque a doutrina não deve aceitá-lo como vinculado? A opção do constituinte e do legislador ao regular um instituto jurídico, a nosso ver, deve ser captada e descrita pela doutrina.

Por ora, não vemos fundamento para a doutrina afirmar que se o ato for vinculado caberá a licença e ser for discricionária a outorga de faculdade, caberá a autorização. Até porque, a doutrina estrangeira que muito e corretamente influenciou a melhor doutrina pátria, não faz a distinção, entre autorização e licença pelo critério da vinculação.

Vimos que a autorização administrativa é encontrada na Constituição Federal em duas acepções: de poder de polícia e hierárquica.<sup>195</sup> O presente trabalho se ocupa da autorização administrativa em exercício de poder de polícia, portanto as referências abaixo dirão respeito somente a essa acepção.

O Art. 170, parágrafo único da CF, reza ser assegurado a todos, o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Em uma economia de mercado, em que a regra é a liberdade, inserida em uma ordem constitucional que privilegia a concorrência e a igualdade dos cidadãos, não como há aceitar uma autorização administrativa produzida em bases de livre apreciação, que permita situações de desigualdade entre os cidadãos que pretendam a exploração de determinada atividade.

---

<sup>195</sup> Vide capítulos 1º e 2º.

A Constituição utiliza a expressão autorização, não havendo justa razão para entender que estaria se falando em licença para o exercício de atividades.

O mesmo deve ser dito sobre a autorização exigida no inciso VI do Art. 21<sup>196</sup> e no inciso II do art. 209 da CF,<sup>197</sup> pois o ato de autorização está inserido no campo fático da economia e da propriedade privada, aparecendo como instrumento jurídico próprio para colmatar a tensão formada pela intervenção Estatal na propriedade. Não poderá haver margem para discricção sob pena de inconstitucionalidade, exigindo a norma maior em respeito ao direito de igualdade, que as condições de válida produção da autorização sejam nesta seara, vinculativas.

A Lei Geral de Telecomunicações nº 9.472, de 16.07.1997 dispendo de maneira especial sobre a organização dos serviços de telecomunicações a que se refere o inc. XI do Art. 21 da CF, prevê expressamente, dentro do setor, a possibilidade de serviços explorados sob o regime da atividade econômica mediante a autorização.<sup>198</sup> Como o regime previsto para atividades autorizadas é o regime privado das atividades econômicas, a lei define corretamente autorização como ato vinculado. O parágrafo 1º do Art. 131 da referida lei reza: “Autorização de serviço de telecomunicações é ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicação, quando preenchida as condições objetivas e subjetivas necessárias”. Nos Arts. 132 e 133 a lei define as condições objetivas e subjetivas para outorga da autorização.

Ainda a mesma lei do setor de telecomunicações, se referindo ao serviço de radiofrequência, no art. 163 deixa claro: “O uso de radiofrequência, tendo ou não caráter de exclusividade, dependerá de outorgas da Agência, mediante autorização nos termos da regulamentação”. No parágrafo primeiro do referido artigo está explícito:

Autorização de uso de radiofrequência é o ato administrativo vinculado associado à concessão, permissão ou autorização para prestação de serviço

---

<sup>196</sup> Autorização para a produção e comércio de material bélico.

<sup>197</sup> Autorização para exploração da atividade de ensino.

<sup>198</sup> Art. 63. *Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.*

Art. 126: *A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.*

Art.131. *A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência que acarretará direito de uso de radiofrequências necessária.*

de telecomunicações, que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência, nas condições legais e regulamentares.

A lei nº 10.233, de 05.06.2001, dispondo sobre os serviços de transportes aquaviários e terrestres, prevê a autorização como uma das formas de outorga para prestação de serviços de transportes, nos termos dos Arts. 13 e 14. No Art. 43 estipula que a autorização independe de licitação e será exercida em liberdade de preço dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição. Por decorrência do princípio da isonomia, não caberá qualquer liberdade para a Agência responsável,<sup>199</sup> no momento da elaboração do regulamento, para atribuir a si qualquer margem para análise da oportunidade e conveniência da outorga. Os requisitos a serem exigidos deverão ser objetivos, de cunho eminentemente técnico e previamente estipulados, de maneira que, todos os atores do mercado concorram com igualdade de condições.

O destaque ao regime de liberdade de preço e ambiente de livre e aberta competição remete a mesma situação jurídica das atividades privadas, sendo vedados tratamentos díspares entre os concorrentes, exigindo-se, portanto, autorização regulada taxativamente no tocante as regras da sua válida produção.

A lei nº 9.961, de 28.01.2000 regulando as atividades econômicas de plano de saúde, também nos traz exemplo de autorização vinculada, pois reza no inciso XXII, do Art. 4º, ser competência da Agência Nacional de Saúde, “autorizar” o registro e funcionamento das operadoras de plano de saúde. Sendo área afeta à livre iniciativa privada, regime concorrencial, em nome da igualdade, não caberá à Administração qualquer discricionariedade na autorização.

O parágrafo 1º do Art. 176 da CF regula que 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 parágrafo 3º se referindo a uma característica temporal atos a termo, regula que a **autorização** de pesquisa será sempre por prazo determinado, e que é personalíssima, não podendo ser cedida ou transferida, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

---

<sup>199</sup> ANTT – Agência Nacional dos Transportes Terrestres e Agência nacional dos Transportes e ANTAQ – Agência Nacional dos Transportes Aquaviários.

A pesquisa a que se refere a lei acima se trata de um pressuposto necessário para a concessão da lavra de minerais; essa por sua vez, atividade com fim lucrativo, aberta a todos que preencherem os requisitos nos termos da lei. Portanto, a atividade de pesquisa deve ser outorgada mediante ato vinculado, pois ela é fase necessária para futura exploração lucrativa de mineral, e nos termos da lei, não pode ser deixada a livre critério da Administração a outorga da autorização da pesquisa.

E assim é feito, o Código de Mineração, lei nº 9.314, 14.11.1996, regulando as condições para outorga de pesquisa, não deixa margem de discricionariedade ao órgão competente, e prevê outorga vinculada de autorização para pesquisa, pois se trata de atividade investigativa, pressuposto necessário para concessão de lavra de jazidas minerais. Que por ser atividade privada, não pode ficar a critério discricionário da Administração. O Art. 15 da referida lei estipula que a autorização de pesquisa será outorgada pelo DNPM.<sup>200</sup> Na seqüência, o Art.16 prevê que a autorização de pesquisa será pleiteada em requerimento acompanhado da prova de recolhimento dos respectivos emolumentos, da designação das substâncias a pesquisar, da indicação da extensão superficial da área objetivada, em hectares, e do Município e Estado em que se situa; memorial descritivo da área pretendida, planta de situação, cuja configuração e elementos de informação serão estabelecidos em portaria do Diretor-Geral do DNPM; plano dos trabalhos de pesquisa, acompanhado do orçamento e cronograma previstos para sua execução.

Mediante o preenchimento dos requisitos, não caberá ao DNPM qualquer discricionariedade na produção do ato de autorização, pois a lei de maneira taxativa vincula em quais situações poderá ser indeferida. O Art. 17, reza que será indeferido de plano pelo Diretor-Geral do DNPM o requerimento desacompanhado de qualquer dos elementos de instrução referidos nos incisos I a VII do artigo anterior. Ou seja, estando preenchidos os requisitos I a VII do Artigo 16, a autorização será vinculadamente expedida.<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM.

<sup>201</sup> *"Art. 16. A autorização de pesquisa será pleiteada em requerimento dirigido ao Diretor-Geral do DNPM, entregue mediante recibo no protocolo do DNPM, onde será mecanicamente numerado e registrado, devendo ser apresentado em duas vias e conter os seguintes elementos de instrução: I - nome, indicação da nacionalidade, do estado civil, da profissão, do domicílio e do número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda, do requerente, pessoa natural. Em se tratando de pessoa jurídica, razão social, número do registro de seus atos constitutivos no Órgão de Registro de Comércio competente, endereço e número de inscrição no Cadastro Geral dos Contribuintes do Ministério da Fazenda; II - prova de recolhimento dos respectivos emolumentos; III - designação das substâncias a pesquisar; IV - indicação da extensão superficial da área objetivada, em hectares, e do Município e Estado em que se situa; V - memorial descritivo da área pretendida, nos termos a serem definidos em portaria do Diretor-Geral do DNPM; VI - planta de situação, cuja configuração e elementos de informação serão estabelecidos em portaria do Diretor-Geral do DNPM; VII - plano dos trabalhos de pesquisa, acompanhado do orçamento e cronograma previstos para sua execução.*

Há doutrinadores pátrios que corretamente aceitam autorização como ato vinculado.

Alexandre Santos de Aragão discorrendo sobre o tema da livre iniciativa privada, afirma que as empresas exercem atividades não por uma decisão político-administrativa do Estado, mas por autodeterminação, o que não ilide, contudo que sejam submetidas à exigência de uma prévia autorização, discricionária ou vinculada. Aceitando, portanto, nos termos do Art.170, parágrafo único da CF, o ato de autorização a ser produzido vinculadamente pela Administração Pública.<sup>202</sup>

Diógenes Gasparini aponta a autorização como ato administrativo discricionário ou vinculado.<sup>203</sup>

Marçal Justen Filho também observou que o termo autorização é utilizado em situações incompatíveis com a idéia de discricionariedade e precariedade. Faz referência que o Art. 170, parágrafo único, da Constituição alude à autorização para o exercício de atividade econômica, o que não se compatibiliza com a concepção de uma competência discricionária, e mais, que essa tendência teria sido reforçada na disciplina de novas versões do serviço público.<sup>204</sup>

Cid Tomanik Pompeu adota conceito de autorização administrativa como ato discricionário pelo qual se faculta a prática de ato jurídico ou de atividade material, que sem tal outorga seria proibida. Mas alerta o autor que essa definição apresentada identifica o instituto de acordo com as formas em que é predominantemente utilizado no direito brasileiro, e registra: “A predominância foi salientada porque, como observado, as leis federais sobre radiodifusão, telecomunicações e águas, inovando o direito objetivo pátrio, a instituem sob a forma de ato vinculado.”<sup>205</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em comentário específico sobre o Art. 131 da Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº 9.472, de 16.07.1997, ao qual já nos referimos no sentido de a autorização estar definida como ato vinculado, entende que o vocábulo foi utilizado apenas para dar impressão de que a lei se afeiçoa aos termos do Art. 21,XI da CF, e que não estaria corretamente utilizado, não se amoldando ao conceito doutrinário; e arremata: **“O uso indevido do vocábulo não justifica a alteração do conceito.”**<sup>206</sup>

---

<sup>202</sup> Alexandre Santos de ARAGÃO, *Autorizações administrativas. Revista Tributária e de Finanças Públicas*. 62. São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 193.

<sup>203</sup> Diógenes GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 378.

<sup>204</sup> Marçal JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, p.219.

<sup>205</sup> Cid Tomanik POMPEU, *Autorização Administrativa*, p.218.

<sup>206</sup> Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 216.

Em linhas anteriores já nos posicionamos, afirmando que, quando a autorização administrativa é exigida como ato de outorga para exploração lícita de atividades submetidas ao regime privado, deve ser vinculada. No vários artigos citados acima, encontramos a autorização fazendo parte do tecido normativo dessas atividades onde predomina a liberdade e a competitividade, e requerem por força da isonomia, um tratamento objetivo, pré-definido e igualitário por parte do Estado, sob pena de ferimento do princípio da isonomia.

Por que a definição da autorização como ato vinculado feito pela Lei de Telecomunicações seria indevido e não está corretamente utilizado?

A resposta, segundo a insigne doutrinadora Maria Sylvia Zanella de Pietro, da qual data máxima vênha dissentimos neste ponto, é porque o conceito estaria equivocado por não se amoldar ao trato doutrinário.

O tratamento doutrinário é destacadamente relevante para o desenvolvimento do Direito Administrativo pátrio, no entanto, no papel de descrever o Direito, cabe observar que a Constituição Federal e a legislação atual regulam a autorização também como ato vinculado. Não cabe à doutrina não arrogar-se de titular da arbitrariedade na edificação dos institutos e categorias jurídicas se o Constituinte (quando menciona autorização para exploração de atividades econômicas) e o legislador (expressamente), prevêm a autorização nesse caso, como ato vinculado.

Ademais, o trato doutrinário, conforme doutrina de Marçal Justen Filho, de Diógenes Gasparini e a ressalva feita por Cid Tomanik Pompeu, já descrevem a autorização administrativa como ato que poderá ser regulado vinculadamente.

Alexandre Santos de Aragão, a respeito das atividades econômicas reguladas, assevera que a acepção técnico-jurídica da autorização como ato discricionário, em que a Administração Pública tem a possibilidade de optar entre pelo menos duas alternativas válidas, não pode ser considerada como constitucionalizada, podendo haver autorizações que decorram do simples atendimento dos requisitos objetivamente estabelecidos em lei.<sup>207</sup>

O ministro do Supremo Tribunal Federal Marcos Aurélio, em voto vencido, no julgamento do RMS 22665/DF,<sup>208</sup> que tinha como objeto pedido de autorização para operar distribuição de sinais de televisão a cabo, ao tempo que vigorava como norma portaria 250, de

---

<sup>207</sup> Alexandre Santos de ARAGÃO, Atividades privadas regulamentadas. Alexandre Santos de Aragão (coord.) *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 249.

<sup>208</sup> DJ 04-08-2006 PP-00078, EMENT VOL-02240-01 PP-00189, LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 144-159. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

13 de dezembro de 1989, aponta que não obstante a autorização ser colocada pela doutrina no âmbito dos atos discricionários, de acordo com a norma de regência a Administração havia se comprometido a formalizar a autorização uma vez atendidos os requisitos previamente lançados:

O que define este último como tal ou vinculado são os parâmetros de regência previamente assinalados e estes, no caso concreto, conforme já salientado, mostraram-se precisos, havendo sido previsto o resultado natural, ou seja o deferimento do que requerido.

O antigo Tribunal Federal de Recursos no julgamento do MS 103.576-DF, julgado pelo pleno em 27.04.84, em acórdão de relatoria do eminente Sr. Ministro Pedro Acioli, por maioria já admitia a autorização para funcionamento das Sociedade Seguradoras como ato vinculado, vide ementa:

O ato de autorização para funcionamento das sociedades seguradoras é vinculado, não podendo o administrador fugir aos limites traçados na legislação que rege o assunto, sob pena de se constituir em ato inválido. Desde que a sociedade reúna certos requisitos, previamente estabelecidos em lei, desaparece para a administração a possibilidade de escolha. Sua conduta *in casu*, é regida , vinculada, predeterminada. Decreto Lei nº73/66, art.36.<sup>209</sup>

**A guisa da conclusão desse item capitular**, para nós, a autorização administrativa pode ser discricionária ou vinculada, dependendo da produção normativa, e respeitando os princípios constitucionais subjacentes à matéria regulada. Mas não vemos qualquer fundamento legal ou constitucional para taxativamente se definir licença como ato vinculado e autorização como ato discricionário.

O trabalho do legislador não é livre, e em determinadas matérias a autorização deverá ser obrigatoriamente vinculada. Se a autorização for o ato administrativo necessário para facultar condutas que representam meios necessários para o pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ligados umbilicalmente com o direito de autodeterminação e de

---

<sup>209</sup> Inteiro teor do acórdão pesquisado na Revista de Direito Administrativo nº 159. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1985, pp.226-253.

propriedade, tendo em vista a igualdade dos indivíduos, a regulação deverá ser obrigatoriamente vinculada.

Vivemos em uma economia de mercado, onde o acesso aos meios de produção, acesso à propriedade, à livre concorrência, além do acesso aos serviços públicos, são meios necessários para o pleno desenvolvimento pessoal. Desta forma, direitos que de alguma maneira imediata ou mediata representam esse acesso, essa porta de entrada, em nome do interesse geral poderão ser regulados exigindo controle prévio em virtude da potencial nocividade, mas vinculativamente, em respeito à igualdade de oportunidade dentro do grande tabuleiro social de uma economia de mercado.

Por exemplo:

As autorizações exigidas por lei para o exercício de alguma atividade, estão envolvidas com a competitividade de mercado, com o direito de propriedade, que por sua vez são fontes de renda para desenvolvimento pessoal e plena autodeterminação do caminho profissional, portanto, pela magnitude constitucional dos temas em que estão inseridas, só serão constitucionalmente válidas se forem previstas como atos administrativos vinculados.

Em outros casos, a natureza do direito que está sendo limitado, além da nocividade ao interesse público, pode apresentar certa indesejabilidade social e não lhe é atribuído um *status* de fundamental por não representar acesso aos meios necessários ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, como portar armas, por exemplo. Nestes casos o controle preventivo, poderá ser feito em moldes que permitam ao Estado uma análise mais peculiar caso a caso, julgando o mérito de se atribuir faculdade ao exercício de determinada atividade, mediante fatores de oportunidade e conveniência. É claro que a decisão deverá se pautar pela legalidade em sentido amplo de juridicidade, mas há um espaço para um juízo específico da Administração Pública. Estaríamos diante de um caso de controle preventivo regulado de maneira discricionária.<sup>210</sup>

Portanto, conceituamos a autorização de polícia administrativa, como ato administrativo unilateral, vinculado ou discricionário, pelo qual o Poder Público em função administrativa, após exame prévio verificador da presença das condições legais impostas para a válida produção do ato, faculta ao requerente particular, o exercício de uma atividade ou prática de um ato jurídico.

---

<sup>210</sup> Sobre o tema ver Toshio MUKAI, *Gênese dos atos administrativos negociais vinculados e discricionários*, Revistas de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, vol.217, pp.39-43.

## **CAPÍTULO 6 – EXTINÇÃO DO ATO DE AUTORIZAÇÃO DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA**

Não obstante a anunciação da abordagem do tema da extinção, se fará primeiramente a abordagem sucinta dos elementos e pressupostos de validade do ato de autorização de polícia administrativa.

### **6.1. Elementos e pressupostos do ato de polícia administrativa**

Apontar os elementos e os requisitos que formam um ato é trilhar o caminho inverso da criação do ato, ou seja, partir da sua totalidade já dada pelo ordenamento, a sua decomposição, invadindo seu interior para dissecá-lo em quantos aspectos jurídicos relevantes existirem. Esse tema servirá como lanterna para iluminar o trabalho que busca eventuais vícios na produção do ato de autorização de polícia.

Normalmente afirma-se que o ato é formado por 5 (cinco) elementos: competência, forma, finalidade, motivo e objeto. No entanto, concordamos com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>211</sup> que defende que dentre os chamados elementos do ato, na verdade, nem todos, o são. Assim, reconhecemos que há impropriedade em designar “partes do ato” ou elementos. Adotamos a sistematização de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem, dentro os chamados elementos do ato, apenas dois realmente o são: o conteúdo e a forma.

O mencionado autor separa os elementos do ato dos pressupostos do ato; esses últimos distinguindo-se em pressuposto de existência e pressupostos de validade, como veremos adiante.

---

<sup>211</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 384-404.

### **6.1.1. Elementos do ato autorização de polícia administrativa**

#### **E1 - Conteúdo**

Conteúdo é o que o ato enuncia, dispõe, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica.<sup>212</sup>

O conteúdo do ato autorização de polícia administrativa é tornar lícita conduta até então vedada, criando uma nova situação jurídica entre o solicitante e a Administração Pública, independentemente se sua outorga seja regulada de maneira vinculada ou discricionária.

#### **E2 - Forma**

Forma é a roupagem do ato, é o seu revestimento exterior. No caso da autorização de polícia administrativa, o modo de externá-la, o veículo formal que documentará sua outorga, será o alvará.<sup>213</sup>

### **6.1.2. Pressupostos do ato**

#### **6.1.2.1. Pressuposto de existência**

##### **PE1 – Objeto**

Objeto é aquilo sobre o que o ato dispõe. Não pode haver ato sem que exista algo a que ele esteja reportado. Sem objeto material e juridicamente possível, não pode surgir ato jurídico algum.

Seria juridicamente inexistente um ato de autorização de polícia administrativa outorgada mediante critérios pessoais de solicitante que venha falecer no interregno entre sua solicitação e a efetiva outorga da autorização.

---

<sup>212</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p.386.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p.432.

Também seria inexistente se houvesse a outorga de autorização para exercício de uma atividade não prevista como possível pelo ordenamento jurídico, como por exemplo, o armazenamento e a venda de entorpecentes. Tal autorização inexistiria, pois seu objeto seria juridicamente impossível.

### **PE2 – Pertinência à função administrativa**

O ato de autorização deve ser imputado ao Estado, no exercício da função de polícia administrativa, para que tipologicamente o ato possa ser rotulado como autorização de polícia administrativa. Vimos no capítulo primeiro deste trabalho que o ato de autorização aparece na Constituição em várias acepções. Somente em duas pôde ser apontado como ato administrativo, e dessas duas, em apenas uma acepção tinha pertinência com a função de polícia administrativa, sendo a outra autorização hierárquica.

#### **6.1.2.2. Pressupostos de validade**

##### **PV1 – Sujeito**

Sujeito é o produtor do ato. Neste tópico deve se estudar a capacidade civil e funcional de quem produziu o ato. Serão analisadas as atribuições objetivas do cargo e também se há óbice de ordem pessoal para produção do ato. Por exemplo: Se autorização de polícia administrativa é deferida com discricção, segundo o juízo de um servidor que comprovou-se estar mentalmente debilitado à época do ato, o ato é inválido. No entanto, se a autorização de polícia administrativa for vinculada, como autorização para exploração de serviços de telefonia mediante regime privado, mesmo que o agente estivesse mentalmente debilitado o ato seria válido, pois com a presença dos requisitos exigidos taxativamente na lei, faria jus o solicitante ao deferimento, ou seja, o discernimento do agente público é irrelevante.

##### **PV2 – Motivo**

Motivo é o pressuposto fático que autoriza ou exige a prática do ato. O legislador desenha uma dada situação hipotética a partir da previsão da ocorrência de determinados fatos

no mundo fenomênico. Com a existência desses fatos descritos na hipótese legal, haveria a presença dos motivos justificadores da outorga do ato de autorização de polícia.

Como admitimos a autorização vinculada e discricionária, os pressupostos fáticos poderão aparecer taxativamente delineados no texto de lei, ou então, poderá o legislador deixar de aludi-los expressamente, fazendo apenas implicitamente, exigindo para seu conhecimento o trabalho exegético do administrador, que deverá fazê-lo com proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista o conteúdo e a finalidade do ato de autorização de polícia.

Por óbvio, na função de controle deste ato, em relação a este pressuposto deverá verificar a efetiva ocorrência dos motivos apontados como existentes pela Administração no momento que elabora a motivação do ato. Assim como verificar se os fatos apontados como existentes se subsumem a desenho hipotético ou pressupostos fáticos previstos na norma.<sup>214</sup>

### **PV 3 – Requisitos procedimentais**

Requisitos procedimentais são os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato. Por exemplo, no ato de autorização de polícia, expedido através do alvará, depende de um ato privado do interessado declarando seu interesse em obter tal autorização, sob pena de invalidez.

### **PV4 – Finalidade**

É o bem jurídico objetivado pelo ato. O direito em seu caráter instrumental é composto por uma série de mecanismo jurídicos, e cada um deles é idealizado para atingir um destino específico, o objetivo para qual foi idealizado.

A finalidade de um ato de autorização de polícia é, por exemplo, atingir o objetivo de possibilitar a lícita de exploração de determinada atividade econômica após a análise prévia do cumprimento dos requisitos exigidos em lei, visando o desenvolvimento da economia sem descuidar da salubridade da comunidade.

---

<sup>214</sup> Ver em Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO sobre o tópico a teoria dos motivos determinantes, e a diferença entre motivo e motivação, assim como a diferença entre motivo legal e motivo de fato. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 392-393.

A finalidade da previsão legislativa da autorização de polícia é sempre propiciar um controle prévio de determinada conduta, a fim de assegurar a proteção à ordem social. Já a finalidade do ato administrativo de autorização é torna facultada determinada conduta, que não representa perigo ao seio social, por ser exercida de maneira acurada.<sup>215</sup>

### **PV5 - Causa**

A noção de causa é exposta no sentido proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>216</sup> como vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato, ou, a correlação lógica do pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da sua finalidade.

Este pressuposto tem aplicação plena na análise da validade jurídica de atos discricionários, quando a lei não elenca os motivos que justificariam a outorga de autorização de polícia. Através dele é possível verificar se os motivos que serviram de base para a produção do ato têm relação lógica com o conteúdo do ato tendo em vista sua finalidade. Nos atos vinculados não tem aplicação, afinal o administrador apenas cumpre determinações legais, não tendo cabida tal verificação. No ato vinculado a análise fica adstrita a verificação da existência ou não dos motivos justificadores da outorga.

### **PV6 – Formalização**

É modo pelo qual o ato deve ser externado. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, enquanto a forma significa a exteriorização, formalização significa o modo específico, o modo próprio desta exteriorização. No caso de autorização de polícia, o ato deverá ser formalizado mediante solicitação por escrito e respondido por escrito, através do alvará, que terá a função de um título jurídico comprovador do direito de se comportar licitamente a respeito de uma conduta que a lei proíbe genericamente. Não há como a autorização de polícia ser verbal ou mediante gestos.

---

<sup>215</sup> Ver em Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO Teoria do desvio de poder. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p 398-400.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p.400.

## 6.2. Extinção do ato de autorização de polícia administrativa

No tocante a extinção do ato administrativo de autorização de polícia, nada há nele que exija um tratamento específico fora das regras gerais da extinção dos atos administrativos unilaterais, concretos e ampliativos. A ressalva ao conteúdo ampliativo foi feita, com base na opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello chamando a atenção para a necessidade de uma teoria acerca dos atos administrativos que respeite as distinções entre os atos ampliativos e os atos restritivos, pois este *discrímen* influencia em inúmeros tópicos do Direito Administrativo, (no tema da eficácia, da imperatividade e executoriedade, dos princípios, do procedimento administrativo, da coisa julgada administrativa, o da teoria da vontade do particular no ato administrativo, e o das conseqüências da invalidação).<sup>217</sup>

Para Héctor Jorge Escola,<sup>218</sup> em matéria de extinção das autorizações devem ser aplicados os princípios a respeito da extinção dos atos administrativos constitutivos, pois se tratam de atos dessa natureza.

A extinção de um ato jurídico é o seu desaparecimento ou sua eliminação através de um outro ato jurídico, do mundo do direito.<sup>219</sup>

Pietro Virga assevera que há alguns provimentos (atos administrativos), que têm eficácia instantânea, os quais exaurem seus efeitos no mesmo momento em que vêm à vida. Para aqueles que, ao contrário, têm eficácia prolongada, ou seja, dão origem a relações continuativas, a extinção pode ocorrer por um dos três seguintes eventos: 1- Fato natural – independente da ação dos sujeitos da relação, como a morte (autorização personalíssima), verificação do termo final ou da condição resolutiva, quando esta não tenha caráter potestativo; 2 – Ato da Administração Pública — a cessação pode ser conseqüência de ato de retirada por parte da autoridade administrativa; 3 – Ato do interessado.<sup>220</sup>

Um ato administrativo, e por óbvio se inclui a autorização, pode desaparecer por se ter esgotado na execução o seu conteúdo, como uma autorização por operação específica. Por exemplo, a autorização dada pelo IBAMA para realização de uma competição de pesca em

---

<sup>217</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p.469.

<sup>218</sup> Héctor Jorge ESCOLA, *Compendio de Derecho Administrativo*, p.903.

<sup>219</sup> Não adentraremos se em casos em que outro ato jurídico posterior retira um ato anterior, ocorreria a extinção do ato ou dos seus efeitos, pois é tema que a doutrina já dedicou muitas laudas, e desviaríamos no nosso intento peculiar.

<sup>220</sup> Pietro VIRGA, *Il Provvedimento Amministrativo*, IV Edizione interamente rifatta. Milano: Giuffrè Editore, 1972, pp.364-367

determinada data. Ou nos termos das normas de biossegurança, lei nº 11.105, de 24.03.2005, a autorização para importação de Organismos Geneticamente Modificados - OGM e seus derivados para pesquisa. Uma vez praticada a conduta, o conteúdo do ato de autorização se esgotou plenamente na realização material da atividade.

Esgotará igualmente seu conteúdo atos de autorização para prática de determinada faculdade dentro de um lapso temporal delimitado, ou seja, com estipulação de cláusula resolutória expressa.<sup>221</sup>

Em outros casos a autorização se extinguirá se foi outorgada em razão da pessoa. Com a morte do sujeito, por ser personalíssima, cessará seus efeitos. Ainda perecerão os efeitos de uma autorização com a perda do objeto sob o qual recaía a autorização. Por exemplo, a destruição total da jazida onde estava autorizada a pesquisa.

Poderá ser extinto ainda, sendo retirado do mundo jurídico por um ato jurídico de renúncia do beneficiário, resguardando, nos termos da legislação civil, eventuais direitos de terceiros, que haviam de alguma maneira contratado com o autorizado em razão dessa particularidade.<sup>222</sup>

Há casos que o ato de autorização e seus efeitos serão juridicamente extintos pela produção de ato posterior praticado pelo Poder Público.<sup>223</sup>

A doutrina pátria muito já se ocupou em classificar os atos extintivos não sendo o momento apropriado ao detalhamento doutrinário sobre cada figura. Adotamos dentre algumas classificações, a de Celso Antônio Bandeira de Mello, que aponta como atos de retirada, a invalidação, a revogação, a cassação, a caducidade e a contraposição.<sup>224</sup>

A **invalidação** é a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, mediante um ato jurídico administrativo ou judicial, por haver sido produzido em desconformidade com a ordem jurídica.<sup>225</sup> A lei nº 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo federal, em seu Art. 53, prevê que a Administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de ilegalidade e pode revogá-los por motivo de

---

<sup>221</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO os classifica como atos eficazes extintos por cumprimento dos efeitos. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p.438.

<sup>222</sup> Lei nº 9.472, de 16.07.1997, Art. 142: *Renúncia é o ato formal unilateral, irrevogável e irretroatável, pelo qual a prestadora manifesta seu desinteresse pela autorização. Parágrafo único. A renúncia não será causa para punição do autorizado, nem o desonerará de suas obrigações com terceiros.*

<sup>223</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p.439.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p.438.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p.452. Celso Antônio propõe a classificação invalidação, abarcando os atos nulos, anuláveis e os inexistentes.

conveniência ou oportunidade respeitando o direito adquirido. No Art. 54 prevê, em relação aos atos favoráveis, classe qual se encaixa a autorização de polícia administrativa, que sobre o direito de anulá-los, opera a decadência, após 5 (cinco) anos a contar da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé do beneficiário.

A lei nº 9.472, de 16.07.1997, reza no Art. 143 que a anulação da autorização será decretada, judicial ou administrativamente, em caso de irregularidade insanável do ato que a expediu. Neste caso como os efeitos do ato nulo foram produzidos em seara ilegal, para evitar que o sujeito não se beneficie da sua própria torpeza, os efeitos do ato administrativo anulatório retroagem desde a prática do ato. Mas como o ato administrativo carrega a presunção de veracidade e legalidade, o interessado beneficiário que se planejou, programou, investiu dinheiro e tempo, se não agiu de má-fé deve ser ressarcido de eventuais prejuízos que a invalidação do ato possa gerar.

Por exemplo, a declaração de invalidação de uma autorização vinculada para exploração de serviço de telecomunicação. O particular, possuindo o título autorizativo, fecha contratos, admite funcionários, aluga espaço físico; se ele estiver de boa-fé, não poderão os efeitos da invalidação atingirem *ab initio* a relação jurídica, sob pena de inviabilizar o direcionamento da responsabilidade à Administração.

O Art. 59 da lei nº 8.666/93, nos dá mostra que esta retroatividade *ex tunc* deva ser relativizada para evitar enriquecimento ilícito da Administração. O parágrafo único reza que a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o particular pelos prejuízos comprovados, desde que não lhe seja imputado a causa da nulidade, lhe impondo ainda a obrigação de promover a responsabilidade de quem lhe deu causa. Norma que, a nosso ver, já está expressa no Art. 37, § 6º da Constituição Federal.

Quanto à legitimidade ativa para invalidação, a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, nos moldes da anterior Súmula 346, resguarda o direito de autotutela da Administração sobre seus atos prevendo que ela poderá anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A **revogação**, por sua vez, é a extinção de um ato administrativo por outro ato administrativo, por razões de conveniência e oportunidade, respeitando o direito adquirido. Como é tema umbilicalmente ligado com a precariedade do ato revogado, será novamente

abordado. A revogação se presta à retirada de atos que não estão marcados pela ilegalidade, mas se mostram na atualidade, contrários ao interesse público na busca da boa administração, a Administração irá retirá-los do mundo jurídico, mas os efeitos que produziu até então devem ser respeitados. A Súmula 473 do STF, já citada, é clara na obrigação de respeitar os direitos adquiridos. Ademais, em nome do princípio da segurança jurídica, do princípio da moralidade e da boa-fé que devem reger as relações entre os sujeitos de direito, a revogabilidade dos atos administrativos deve ser conduta excepcional.

**Cassação** é o ato administrativo extintivo com fundamento na perda dos requisitos necessários à outorga e manutenção da autorização. O Art. 139 da Lei de Telecomunicações, nessa linha, reza que quando houver perda das condições indispensáveis à expedição ou manutenção da autorização, a Anatel poderá extingui-la mediante ato de cassação.

**Caducidade** é o ato administrativo extintivo, fundamentado em superveniência de norma jurídica que tornou inadmissível a situação considerada lícita pelo direito e autorizada pela Administração. A lei de concessão de serviço público, nº 8.987/95, regula a caducidade como ato administrativo punitivo tendo como fundamento o descumprimento das condições contratuais por parte do concessionário. A Lei de Telecomunicações, no Art. 140, prevê a caducidade da autorização, no mesmo sentido, com caráter punitivo em virtude de prática de infrações graves, de transferência irregular da autorização ou de descumprimento reiterado de compromissos assumidos.

Nos termos da definição de caducidade exposta por Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>226</sup> a Lei de Telecomunicações, em seu Art. 141, denomina o ato de decaimento, que será decretado pela Agência, por ato administrativo, se, em face de razões de excepcional relevância pública, as normas vierem a vedar o tipo de atividade objeto da autorização ou a suprimir a exploração no regime privado. E nos termos do parágrafo 1º do artigo referido a edição das normas de que trata o *caput* não justificará o decaimento senão quando a preservação das autorizações já expedidas for efetivamente incompatível com o interesse público. Fica resguardado ainda ao sujeito autorizado, nos termos do parágrafo 2º, uma vez decretado o decaimento, o direito de manter suas próprias atividades regulares por prazo mínimo de cinco anos, salvo desapropriação.

A **contraposição**, outra espécie apontada por Celso Antônio, seria uma forma de extinção através de um outro ato administrativo com fundamento em competência diversa da

---

<sup>226</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p.437.

que gerou o ato anterior, mas cujos os efeitos são contrapostos aos daqueles. Para nós, ocorreria contraposição, se um ato de autorização de importação de organismos geneticamente modificados outorgada a um laboratório fosse sucedido por ato administrativo que cassasse a autorização de pesquisa do respectivo laboratório. A cassação se deu por perda das qualidades técnicas exigidas à manutenção da autorização, sem se referir àquela autorização de importação; mas, por essa ser uma operação material contida dentro da atividade da pesquisa, com a cassação desta, estão aniquilados os efeitos da autorização de importação.

Ainda nestas breves linhas sobre extinção dos atos administrativos, cabe asseverar, que o ordenamento jurídico constitucional veda que a extinção de ato administrativo seja feita fora de um procedimento que resguarde a ampla defesa e o contraditório do interessado, resguardando a recomposição patrimonial em caso de prejuízos, por força do Art. 5º, inc.XXII e do Art. 37, § 6º da CF. O Art. 144 da lei 9.427/97 prevê expressamente que a extinção da autorização mediante ato administrativo dependerá de procedimento prévio, garantidos o contraditório e a ampla defesa do interessado.

Apontadas as formas de extinção do ato de autorização, peculiar interesse resta sobre sua caracterização como ato precário.

### **6.2.1. Precariedade**

Pelo que se viu até então, na maioria dos conceitos pátrios que opinam pela discricionariade ínsita da autorização, apontam a precariedade como traço comum. A precariedade tem relação com a revogação que, por sua vez, tem relação com a outorga discricionária.<sup>227</sup>

Não que pelo simples fato de um ato ter nascido sobre condições discricionárias, será revogável, pois como já vimos há atos que esgotam seus efeitos, outros que o próprio solicitante renuncia, há casos de perda do objeto, de caducidade e cassação. Há casos ainda em que o ato pode ter nascido com discricionariade, mas maculado por vícios, sendo imposta sua invalidação e buscada a responsabilização dos envolvidos, nos termos da Lei de Improbidade, lei nº 8.429/92.

---

<sup>227</sup> Daniele Coutinho TALAMINI, *Revogação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.119.

A revogação, como já visto, é ato extintivo fundado em conveniência e oportunidade. Em outros casos o ato é discricionário, mas possui cláusula acessória resolutória, gerando o direito a duração temporal.

Hely Lopes Meirelles faz relação direta da discricionariedade do ato com a precariedade. Assim como da vinculação do ato com sua presunção de direito definitivo.<sup>228</sup>

José Cretella Junior, como já tivemos oportunidade de apontar, aceita a autorização simples, quando outorgada sem *termus ad quem* fixado, e qualificada, quando outorgada por determinado tempo. No primeiro caso, é precária, no segundo caso, irrevogável durante a fluência do prazo outorgado, a não ser que haja distorção na outorga mais disposições legais vigentes.<sup>229</sup>

Portanto, o fato do ato ter nascido discricionário não significa necessariamente que seja revogável. Assim, não devemos fazer relação direta e necessária da discricionariedade com a precariedade nem com a revogabilidade.

### 6.2.2. O que significa dizer que um ato jurídico é precário?

A origem do termo precário, segundo os estudos da etimologia, teria origem no latim *precarius*, derivado de *precari*, suplicar, ou seja, o que se obtém por meio de súplicas, dependendo da vontade de outro, sendo de caráter incerto ou de duvidosa instabilidade.<sup>230</sup>

No sentido léxico seria algo com pouca ou nenhuma estabilidade, incerto, contingente, inconsistente.<sup>231</sup> A utilização jurídica do termo *precarium* teve sua origem no empréstimo de terra onde os donos a cediam a quem eles quisessem, mas podendo revogá-los a qualquer tempo. O precarista era conceituado como um possuidor em nome alheio, que reconhece o seu dever de entregar a coisa a outrem quando solicitada por aquele.

O conceito de precário em sua mais estreita acepção significa um préstimo revogável, à vontade de quem o tenha feito, e se designa também com o mesmo termo, tudo que se possui por empréstimo e vontade de seu dono.<sup>232</sup>

<sup>228</sup> Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p.190

<sup>229</sup> José CRETELLA JÚNIOR, *Definição da Autorização Administrativa*, pp. 754-767.

<sup>230</sup> Verbete *Precário*. Dr. Antonino C.VIVANGO. *Enciclopédia Jurídica Omeba*, Tomo XXII, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina S.R.L, 1964, p.762.

<sup>231</sup> *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 2.280.

<sup>232</sup> *Enciclopédia Jurídica Omeba*, p.762.

Carlos M. Grecco e Guillermo A. Muñoz<sup>233</sup> relatam que a origem da utilização jurídica do termo precário são obscuras (vários autores a qualificam como de instituição antiqüíssimas) e de fontes escassas, mas que existe certo consenso em apontar sua difusão na época do patriciado romano, quando os possuidores do *ager publicus* (terras públicas) concediam a título gratuito, às pessoas de sua confiança, o uso dos terrenos para que desfrutassem. Que o instituto se desenvolveu ampliando seu aspecto primitivo, passando ser utilizado também no tocante a coisas móveis, e a relação passa a ter caráter jurídico. E nessa evolução passa ter caráter jurídico, o precário eventualmente configurável mediante a simples detenção resultou então muito semelhante ao comodato, só que diferente do comodatário o precarista segue exposto a revogação incondicionada por parte do concedente.

Os citados autores argentinos registram que, há um traço uniforme e permanente ao precário: “Uma idéia básica, sin embargo, es factible rescatar com presencia permanente: la facultad asignada al concedente de la libre revocación.”<sup>234</sup>

Max Kaser em sua obra clássica *Direito Privado Romano*, aborda o termo precário, dentro do contexto da posse, natureza e sua espécie, e realça a natureza de transitoriedade e instabilidade do detentor da coisa:

O precarista pediu emprestada uma coisa móvel ou imóvel para USO ou USUFRUTO que pode ser livremente revogada a qualquer momento pelo emprestador (*precarium* = empréstimo suplicado de preces = súplica; Ulpiano.D.43, 26, 1 pr./3). (...) A posição do precarista é tão débil perante o precário que não pode opor-se à revogação, mas está protegido contra o terceiro através dos interditos possessórios.<sup>235</sup>

Para De Plácido e Silva,<sup>236</sup> precário é o adjetivo usado para apontar a condição ou a qualidade do que é feito sem estabilidade ou para pouca duração, donde sua equivalência ao sentido de passageiro ou transitório, em oposição ao efetivo e permanente. Na acepção do Direito, é um adjetivo utilizado para representar a condição de transitoriedade, a instabilidade e revogabilidade.

<sup>233</sup> Carlos GRECCO e Guillermo A. MUÑOZ, *La precariedad em los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires: Desalma, 1992, p.1.

<sup>234</sup> *Ibid.*

<sup>235</sup> Max KASER, *Direito Privado Romano*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p.128.

<sup>236</sup> Precário: in De Plácido e SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p.627.

Como se extrai das definições acima, a precariedade é qualidade das situações jurídicas instáveis, submetida à vontade unilateral resolutória de uma das partes. Em Direito Administrativo essa potestividade da Administração é traço decorrente do interesse público sobre o individual, mas que não se justifica em toda e qualquer relação Estado - cidadão. Há casos que ao Estado não cabe a análise da oportunidade e da conveniência sobre a extinção do ato, estando diante de situação jurídica segura ao administrado.

Esse direito que incorpora o patrimônio do cidadão, em nome do interesse público poderá ser desapropriado, nos termos do Art. 5º, inc.XXIV da CF, com as devidas reparações patrimoniais, em virtude da regra esculpida pelo Art. 37, § 6º da CF, e o princípio da igualdade, esculpido o *caput* do Artigo 5º da CF.

Sem contar ainda, que admitimos as autorizações vinculadas, e uma vez preenchidos os requisitos exigidos normativamente, a precariedade não estará minimamente presente. Os atos administrativos de outorga regrada são na sua essência desafetos à revogação, não podendo ser taxados de precários, pois normalmente ligados ao direito de propriedade e de liberdade, de modo que não podem ser despojados sem devida indenização.

Marienhoff entende que a autorização para construir, por exemplo, é um ato regado ou vinculado, quer dizer, um ato que deve ser emitido por apresentar os requisitos de fato ou de direito exigidos pela norma para sua emissão. O direito que nasce de um ato vinculado tem sólida consistência. Não se trata de um direito precário.<sup>237</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que um dos limites da revogação dos atos administrativos é precisamente o de não poder atingir os atos vinculados, exatamente porque eles geram direitos adquiridos, e registra:

No entanto a doutrina e a jurisprudência têm entendido que se a Administração quiser revogar um ato vinculado para proteger determinado interesse público, essa revogação equivale à desapropriação de direito.<sup>238</sup>

Juan Cassagne, na mesma linha do que foi afirmado acima, opina que se estiver diante de uma situação jurídica precária não cabe indenização, pois a situação de precariedade com

---

<sup>237</sup> Miguel S. MARIENHOFF. *Tratado de direito administrativo*, Buenos Aires, 1975, t.2, p.424 *apud* Juan Carlos CASSAGNE *A autorização para construir e o poder revogatório d Administração*, pp. 10-23.

<sup>238</sup> Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Tombamento-Licença de Construção-Direito Adquirido*. Parecer. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro:Fundação Getúlio Vargas. Vol.208.1997, p.391.

que surgiu o direito não pode dar lugar a restituições que somente se concebem quando se priva o administrado de um direito emergente de uma situação estável, em virtude da débil natureza do direito emergente, de qual não decorreu uma situação jurídica estável.<sup>239</sup>

Assim como os atos administrativos regrados, nos demais atos, mesmo que de outorga discricionária, que possuam cláusula resolutória expressa de duração pré-determinada, a precariedade não aparece. Citamos como exemplo o § 3º do Art. 176 da CF que prevê que a autorização de pesquisa de recursos minerais será outorgada por prazo determinado. Ora se a outorga da autorização de pesquisa, mesmo sendo vinculada, se dá por prazo determinado, o particular que investe, se organiza, planeja esta atividade de pesquisa visando futura concessão de lavra, obviamente tem o direito subjetivo à manutenção ou ressarcimento de danos caso o estado em nome do interesse público tenha que intervir nessa relação.

Há o dever da Administração Pública respeitar o direito subjetivo do autorizado, adquirido nos termos da regulamentação vinculativa; essa que sua vez, não permitiu a análise da oportunidade ou da conveniência para a outorga do ato de autorização, logo não permitirá para sua retirada. Ao direito subjetivo de um lado da relação correspondem os deveres subjetivos do outro.<sup>240</sup>

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello aduz que o direito subjetivo do cidadão perante o Estado se configura pela presença de regras de direito objetivo que visam “proteger os interesses dos indivíduos em face do Estado-poder, a quem incumbe o dever de respeitá-los e satisfazê-los, e lhes confere o poder de isso dele exigir”.<sup>241</sup>

As situações traçadas pela precariedade perante o Estado o autor classifica como “direitos imperfeitos”, em que o respeito por parte do Estado não é absoluto, mas é subordinando ao interesse da coletividade. “Diante de qualquer cidadão” o direito é incondicionado, mas com referência ao Estado-poder existe a título precário, ante a possibilidade do seu desconhecimento, tendo em vista razões de interesse coletivo, apreciadas, discricionariamente, por ele, sem qualquer composição de danos, salvo expressa disposição legal em contrário. Cita como exemplo a permissão outorgada ao particular para a construção de quiosques na via pública para venda de mercadorias de seu interesse, uma vez que atende o interesse geral.<sup>242</sup>

---

<sup>239</sup> *A autorização para construir e o poder revogatório da Administração*, 10-23.

<sup>240</sup> Lourival VILANOVA. *Causalidade e Relação no Direito*, p.219.

<sup>241</sup> Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 236.

<sup>242</sup> *Ibid.*, pp. 245-246

Portanto, concluímos que a precariedade não é inerente ao ato de autorização de polícia administrativa. Mesmo havendo discricionariedade na outorga, esta poderá ocorrer por prazo determinado, o que contraria a instabilidade decorrente do poder extintivo potestativo da Administração. E tal revogação deverá sempre ser realizada respeitando o direito adquirido.

Se a outorga da autorização foi vinculada, diante do reconhecimento da presença das qualidades subjetivas e objetivas exigidas em lei, nada resta de potestatividade à Administração. O máximo que pode ocorrer em nome do interesse público, é a desapropriação desse direito incorporado ao patrimônio jurídico do cidadão.

Sem falar ainda que no atual estágio de desenvolvimento das relações jurídicas Estado-cidadão, não nos parece que seja o mais correto, afirmar que a precariedade seja da essência de um ato administrativo. Da sua essência deve ser a estabilidade nas relações. A segurança jurídica, o respeito a boa-fé das pessoas. Não que a precariedade não esteja presente em determinados atos discricionários, sob pena de impedir a satisfação do interesse público. Mas essa deve ser excepcionada.

Sérgio Ferraz em lavra sobre a excepcionalidade da revogação do ato, o que torna a precariedade igualmente excepcional, pela relação que as figuras jurídicas possuem, aduz que:

A Administração não pode, contudo, ser volúvel ou errática, em suas opiniões. A estabilidade da decisão administrativa é uma qualidade do agir administrativo, imposta pelos princípios constitucionais da boa-fé, da moralidade, da presunção de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos e da segurança jurídica. Daí defluem duas realidades que supomos inatacáveis: a) a revogação é excepcional, a manutenção do ato é a regra; b) em razão dessa excepcionalidade, é obrigatória, pena de invalidação, a motivação do ato revogador.<sup>243</sup>

---

<sup>243</sup> Sergio FERRAZ, *Extinção dos Atos Administrativos*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003, Vol. 231, p.54.

## **CAPÍTULO 7 – A AUTORIZAÇÃO DE POLÍCIA E OUTROS ATOS BENÉFICOS**

No intento do encerramento da temática deste trabalho, se pretende fazer a comparação da autorização de polícia administrativa com outras espécies de atos ampliativos da esfera jurídica do interessado, objetivando contribuir para o desenvolvimento e sedimentação da terminologia que rotula os atos administrativos.

Na doutrina, essa catalogação e conceituação dos atos administrativos é matéria de dissenso, não havendo uma concordância total entre os autores com respeito à identificação exata do ato tal ou qual debaixo de uma designação uniforme.<sup>244</sup>

### **7.1. Há diferença entre autorização administrativa de polícia e licença?**

Segundo a maior parte da doutrina nacional, haveria diferença, e essa, residiria nas regras de válida produção. A licença seria ato administrativo cuja decisão estaria vinculada às regras normativas e autorização, por sua vez, seria discricionária e precária.

Já nos posicionamos contrários a esse entendimento.

Admitimos a autorização de polícia administrativa vinculada e a autorização de polícia administrativa discricionária, sendo a precariedade uma exceção, e não característica inerente à autorização discricionária como tradicionalmente se aponta.

Entendemos ser inútil a designação de mais uma espécie de ato para cumprir a mesma função jurídica de outro ato. Como a Constituição Federal utiliza o ato de autorização em matérias que exigem vinculação e a lei expressamente a rotula como um ato vinculado, assim deve ser classificada.

Portanto, no estado legislativo atual do direito administrativo, diante da clara opção normativa, não se mostra proficiente continuar classificando o ato de licença como mais uma espécie de ato, pois a autorização administrativa vinculada faz suas vezes.

Oswaldo Bandeira de Mello, como a maioria da doutrina pátria já apontada anteriormente, diz que licença é ato administrativo unilateral, vinculado, pelo qual se faculta o

---

<sup>244</sup>Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p.431.

exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada. A diferença da autorização residirá na discricionariedade da outorga. Outra diferença apontada é que a licença não cria direito, mas remove obstáculos; já a autorização, por ser discricionária, cria o direito, amplia as faculdades de quem recebe a autorização, e a licença é meramente constitutiva formal, pois se trata de declaração recognitiva de direito, de assecuramento de situação jurídica.<sup>245</sup>

Firmamos entendimento de que todos os atos administrativos que ampliam a esfera jurídica, são constitutivos de uma nova situação jurídica, e de um novo direito. Nos moldes do entendimento de Themístocles Brandão Cavalcanti<sup>246</sup>, atos constitutivos são aqueles que criam situações jurídicas e estabelecem relações jurídicas novas entre a Administração e os particulares. O referido administrativista cita como exemplos os atos de nomeação, demissão, dispensa, concessão, autorização e permissão.

Desta forma, entendemos que discutir a diferença entre ser constitutivo formal o ato vinculado e ser constitutivo material o ato discricionário, pouco acrescenta ao desenvolvimento da figura já que se trata de discussão meramente terminológica. As condutas vedadas que precisam ser facultadas via ato discricionário ou via ato vinculado, são igualmente vedadas. A sua prática seria ilícita sob os olhos do Direito. Antes do ato vinculado verificador da presença dos requisitos exigidos, o interessado não tinha o direito, e assim poderá ser impedido ou sancionado pelo Estado, se esta conduta praticar. Uma proibição não é mais proibição que outra, no quadro deontico da linguagem que descreve o Direito, estarão inseridas no mesmo campo deontico.

Diante de uma ou mais proibições as condutas são vedadas, o que pode diferenciá-las é o grau da sanção que casuisticamente é estipulada pelo legislador tendo em vista a nocividade ao seio social, visando inibir mais fortemente uma conduta do que outra.

## **7.2. Diferença entre autorização administrativa de polícia e concessão**

Aqui, a diferença se coloca somente entre a concessão para a delegação de serviço público e a autorização de polícia administrativa, pois, se fôssemos diferenciar concessão de

---

<sup>245</sup> Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, pp.555-578

<sup>246</sup> Themistocles Brandão CAVALCANTI, *Teoria dos Atos Administrativos*, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1973, p.134.

uso de bem público a comparação deveria ser feita com a autorização de uso, acepção a qual não abordamos neste trabalho. Ademais esta acepção não é aceita de maneira uníssona na doutrina, pois uma parte entende que nestes casos de facultar precariamente o uso de bem público, o ato seria permissão de uso, em contra ponto com a concessão que teria prazo determinado.<sup>247</sup>

Tanto a concessão, como o ato de delegação de serviço público, como a autorização de polícia administrativa são atos ampliativos da esfera jurídica do administrado, constituindo uma nova situação jurídica ao interessado na medida em que o sujeito poderá adotar conduta que antes seria vedada. Mas estas previsões são de naturezas distintas, o pano de fundo de cada uma, é diferente do da outra.

Concessão é técnica para a Administração Pública dispor de algo que lhe é próprio, como a titularidade para exploração de um serviço público, visando cumprir indiretamente seu dever prestacional de criar utilidades e comodidades à sociedade. Há na concessão um ato de cessão de direitos e deveres públicos.

A autorização administrativa de polícia tem como finalidade, fazer com que o administrado seja examinado antes de exercer um ato jurídico ou uma atividade potencialmente danosa ao seio social. Visa evitar um dano. Não há por parte do Estado qualquer cessão de direito, pois se trata de área aberta ao mercado, se o particular não se interessar não há o dever Estatal de realização da atividade.

Além do que a concessão de serviço público é um ato bilateral, ao qual a lei nº 8.987/95, conceitua em seu Art. 2º, inc. II e Art. 4º, como delegação de serviço público, nos termos o Art. 175 da CF, mediante licitação, ao interessado que demonstre capacidade, e formalizada mediante um contrato por prazo determinado, pelo qual o particular passa a deter o direito de explorar um serviço público, regido pelo regime de direito público.

A autorização de polícia administrativa é ato unilateral, e afeta à exploração de atividade a ser realizada em regime privado.

Francisco Campos<sup>248</sup> discorrendo sobre a diferença entre concessão de serviço público e ato autorização para exercício de uma atividade empresarial, diz ser o último referente a atividade comercial aberta ao mercado indiscriminadamente, com igualdade de oportunidades a todos os indivíduos. E que em virtude da suscetibilidade específica da atividade, não

---

<sup>247</sup> Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, pp.555-578.

<sup>248</sup> Francisco CAMPOS, *Direito Administrativo*, Vol.II, Livraria Freitas Bastos: 1958, Rio de Janeiro e São Paulo, p. 159-178.p.159

obstante ser aberta ao mercado, de gerar incômodos, perigos, ameaçando a segurança pública, fica sujeita uma regulação de polícia.

Já o contrato de concessão de serviço público, é um ato que outorga ao particular o exercício de uma atividade que não está aberta ao mercado:

Concessão é a outorga ou delegação de prerrogativa do poder público e somente mediante pode configurar-se no caso em que o exercício da atividade ou a prestação do serviço foi, reservado, como privilégio ou prerrogativa, à atividade pública (União, Estado, Município); o particular só poderá exercer aquela atividade ou prestar aquele serviço por investidura ou outorga especial da entidade pública, ou mediante concessão, ou como delegado dessa entidade.<sup>249</sup>

Fábio Konder Comparato aponta que a autorização distingue-se da concessão porque é um ato unilateral e não um contrato, e também porque o autorizado não desempenha propriamente um serviço público, mas uma atividade considerada de interesse coletivo.<sup>250</sup>

### **7.3. Diferença entre autorização de polícia e dispensa**

Diferenciar autorização de polícia de dispensa, poderia parecer mais complexo, afinal, ambas estariam relacionadas com tema de intervenção da liberdade, e são atos unilaterais.

Mas dispensa é um ato administrativo unilateral que leva a conduta do sujeito interessado do deôntico do proibido-não fazer ou obrigado-fazer para o deôntico da faculdade. Como no caso licitações públicas. Há obrigatoriedade de Administração pública licitar, mas em algumas situações específicas o Art. 24 da lei nº 8.666/93, a libera de tal obrigação, tornando facultada.

Hely Lopes Meirelles aponta que autorização é inconfundível com a dispensa, pois nesta o interessado é dispensado de determinada situação ou da prática de certo ato.<sup>251</sup>

---

<sup>249</sup> Francisco CAMPOS, *Direito Administrativo*, p.161.

<sup>250</sup> Fábio Konder COMPARATO, *As autorizações de funcionamento de instituições financeiras*, p.240.

<sup>251</sup> Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p.193.

Diferente da autorização de polícia que com sua outorga retira a conduta do interessado do deôntico da proibição de fazer ou obrigação de não-fazer, para o deôntico da faculdade. Ou seja, a dispensa amplia a esfera jurídica do cidadão que passa a estar desobrigado de um dever jurídico, ou seja, positivamente obrigado. Já a autorização, faculta a conduta de algo que estava negativamente obrigado.

#### 7.4. Diferença entre autorização e aprovação

A doutrina administrativa é unânime quanto à existência do ato administrativo de controle prévio sobre a prática de um ato jurídico particular ou administrativo, restando discussão apenas em relação ao rótulo desse ato.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, entende que aprovação é o ato administrativo discricionário, unilateral, de controle de outro ato jurídico, pelo qual se faculta sua prática, ou, se já emanado, se lhe dá eficácia. Admite que a aprovação pode ser prévia, com caráter preventivo *a priori*, equivalendo à autorização com referência à atividade material; ou posterior, corresponde ao referendo do ato. Cita como exemplo a exigência constitucional de aprovação prévia do Senado para que um Município contrate empréstimo externo.<sup>252</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, acolhe o mesmo entendimento.<sup>253</sup>

Hely Lopes Meirelles entende que a aprovação pode ser prévia ou subsequente, discricionária ou vinculada, para verificação da legalidade ou mérito de outro ato ou de situações e realizações materiais de seus próprios órgãos, de outras entidades ou de particulares, dependentes de seu controle, e consente na sua execução ou manutenção.<sup>254</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que aprovação é ato unilateral e discricionário pelo qual exerce o controle *a priori* ou *a posteriori* do ato administrativo. Como se trata de controle somente de ato administrativo, a doutrinadora implicitamente não admite a aprovação como controle de ato jurídico particular. Lembrando que uma das acepções que designa o ato administrativo de autorização, o faz como ato unilateral discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato

---

<sup>252</sup> Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 562.

<sup>253</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 431.

<sup>254</sup> Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p.200.

que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos.<sup>255</sup> A doutrinadora neste passo aponta que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello diz que no controle prévio a aprovação equivale materialmente à autorização e no controle posterior, ao referendo.

De todos os entendimentos expostos, vimos que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, seguido por Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entendem que a aprovação é discricionária, podendo ser prévia ou posterior.

A última propõe que a aprovação só tem cabida como ato de controle interno, uma vez que só se refere a controle de ato administrativo. Os demais aceitam como controle prévio ou posterior de ato administrativo ou ato privado, mas com competência discricionária.

Para o controle vinculado, os três doutrinadores, citam a homologação, mas para um controle prévio vinculado sobre a prática de um ato jurídico não designaram nenhum ato. Nestas classificações ficaram sem rotulação os atos de controle prévio praticados pela Administração em relação à produção de um ato jurídico, quando sua competência for vinculada.<sup>256</sup>

Hely Lopes Meirelles supre a lacuna, admitindo a aprovação prévia e a posterior, sendo vinculada ou discricionária. Mas na definição do ato de aprovação inclui o controle prévio e posterior sobre atividades materiais como obra, serviço, o que confundiria com sua definição dada aos atos de autorização e de licença.<sup>257</sup>

Cid Tomanik Pompeu, adota conceito de autorização administrativa como ato discricionário pelo qual se faculta a prática de ato jurídico ou de atividade material, que sem tal outorga seria proibida.<sup>258</sup>

Consideramos que a diferença entre o ato de aprovação e o ato de autorização é que aquele se produz discricionariamente em exercício de controle posterior em relação a um ato jurídico ou uma execução material de projetos, planos, dando a eficácia jurídica necessária para a segurança jurídica do que até então foi praticado. Se o controle posterior for vinculado, o ato é de homologação.

Já o ato praticado em exercício de controle prévio em relação a um ato ou uma atividade de execução material, é a autorização administrativa, que poderá ser vinculada ou

---

<sup>255</sup> Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 215.

<sup>256</sup> Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p.578; Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 430; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 217.

<sup>257</sup> Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, pp.190-191.

<sup>258</sup> Cid Tomanik POMPEU, *Autorização Administrativa*, p.218.

discricionária. Assim, nesta classificação preenchemos a lacuna da falta de terminologia para o ato vinculado de controle prévio sobre um ato jurídico, e não há confusão da aprovação com a autorização em controle de execução material, pois aquela é sempre *a posteriori* e a autorização é sempre prévia à produção de um ato ou a prática de uma atividade.

Ramón e Enterría nos dão conta que se o controle do ato é feito posteriormente seria um ato de aprovação.

Así o concepto de de aprobación (o visado), típico em las relaciones entre los entes locales y la Administración del Estado, se há referido tradicionalmente as las intervenciones ex post, a diferencia de las auotrizaciones stricto sensu, configuradas como intervenciones ex ante.<sup>259</sup>

Gabino Fraga aponta a aprovação tem o efeito jurídico de dar eficácia a um ato válido anterior.<sup>260</sup>

A Constituição Federal em várias oportunidades prevê o ato de autorização produzida formalmente como um ato de efeito concreto, específico e definido, em exercício de controle constitucional institucional, tornando facultada a prática de futuro ato jurídico.<sup>261</sup> Por exemplo, o Art. 51, I da CF, estabelecendo à Câmara dos Deputados autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado. O Art. 37, incs. XIX e XX da CF, prevendo a necessidade de autorização para criação de empresa pública, sociedade de economia mista, fundação, e subsidiárias. Ou ainda, o inciso II do Art. 49 da CF, definindo competência ao Congresso para autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz. No Art. 137 da CF, o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar estado de sítio.

Já no Art. 52 da CF, elencando as competências do Senado Federal, reza, no inc.V, que compete a este autorizar operações externas de natureza financeira de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Oswaldo Aranha Bandeira

---

<sup>259</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA e Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRIGUES, *Curso de Derecho Administrativo*, p.134.

<sup>260</sup> Gabino FRAGA, *Derecho Administrativo*, p.241

<sup>261</sup> Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p.216.

de Mello exemplificou essas autorizações prévias para operações externas dos municípios, como ato de aprovação.

Não concordamos com o autor, pois a terminologia constitucional é repetitiva e coerente, sempre se referindo à autorização quando se trata de controle prévio de ato ou conduta a ser realizada futuramente. E entendemos útil que a terminologia adotada na classificação propostas se adéqüe ao contexto normativo.

Um exemplo de autorização de polícia administrativa, na função de controle prévio de ato jurídico, está no parágrafo 1º do Art. 54, que prevê ao CADE a competência para autorizar os atos que se refere o *caput*.<sup>262</sup>

No caso da lei 8.884/94, se o controle se realizar antes do fechamento e perfeição do contrato de fusão, a função administrativa será através de um ato de autorização, constituindo o solicitante em uma nova situação jurídica facultando que seja licitamente fechado o contrato de fusão.

Já se o controle for feito até 15 (quinze) dias depois do fechamento do ato societário, conforme previsão do parágrafo 4º,<sup>263</sup> estar-se-á diante de um ato denominado aprovação, que atribuirá eficácia ao ato jurídico. Para o ato de aprovação a lei reconhece o efeito jurídico de atribuir eficácia ao ato já produzido, conforme o parágrafo 7º, do Art. 54, definido que a eficácia dos atos que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à sua realização.

Vejamos que a lei relaciona a aprovação com a retroação, pois o prevê sendo produzido na posterioridade. Se o ato de fusão for levado à apreciação do CADE previamente, como uma das alternativas legais, este autorizará ou não a sua realização. Se há autorização previamente, não há porque falar em nova aprovação, ou retroação dos efeitos da aprovação, uma vez que o ato foi autorizado.

Portanto a diferença entre aprovação e autorização é que esta é um ato administrativo em exercício de controle prévio, vinculado ou discricionário, que tornará facultada a prática de um ato ou de uma atividade material. Já a aprovação é um ato de controle posterior.

---

<sup>262</sup> Lei nº 8.884/94. Art.54: *Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar, na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços deverão ser submetidos à apreciação do CADE.*

§ 1º - *O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput...*

§ 2º - *também poderão ser considerados legítimos os atos previstos nestes artigo desde que...*

<sup>263</sup> Art.54,§4º da Lei 8.884/94: *Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.*

### 7.5. Diferença entre autorização e homologação

Na mesma esteira do que dissemos no tópico anterior, a autorização exerce controle prévio de ato jurídico ou atividade material de maneira vinculada ou discricionária, já a homologação é ato de controle posterior, e na forma vinculada.

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, é ato unilateral, vinculado, de controle de outro ato jurídico, pelo qual se lhe dá eficácia ou se afirma a sua validade. Examina a legitimidade da manifestação de vontade do ato controlado. Ato de controle de legalidade.<sup>264</sup>

### 7.6. Diferença entre autorização e admissão

Admissão é ato administrativo unilateral, vinculado, pelo qual se reconhece ao particular o direito de prestação especial de certo serviço público. Verificado requisito legal, cabe à Administração proporcionar a prestação necessária, como ingresso em escolas e universidades, hospitais, creches, albergues, etc.

José Cretella Júnior aponta que a admissão seria ato vinculado que faculta alguém o exercício de um direito a determinada participação na vida pública ou a determinada utilidade ou prestação que deve corresponder ao próprio ente que emana.<sup>265</sup>

Para Gabino Fraga os atos administrativos de admissão são aqueles que dão acesso a o particular o benefício de um serviço público, como o ingresso nas instituições públicas hospitalares, escolas, faculdades, bibliotecas. A admissão é vinculada.<sup>266</sup>

E como vimos o ato de autorização administrativa de polícia pode ser vinculado ou discricionário, e sua finalidade é tornar facultada uma conduta, que pode ser uma atividade material ou a realização de um ato jurídico, e não diz respeito com Administração Pública prestacional.

---

<sup>264</sup> Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p.579

<sup>265</sup> José CRETELLA JÚNIOR, *Definição da Autorização Administrativa*, p.760.

<sup>266</sup> Gabino FRAGA, *Derecho Administrativo*, p.241.

## CAPÍTULO 8 - FECHO FINAL

I – A autorização administrativa de polícia está inserida em um contexto interventivo estatal sobre o homem social. A exigência normativa de autorização estatal como meio jurídico para tornar lícita determinada conduta individual é trabalho do constituinte ou do legislador inserido no tema das limitações das liberdades, visando conformar os direitos individuais com o interesse social comum.

II – O ato de autorização em si, com seu conteúdo atribuidor de liberdade para determinada conduta, não pertence a um ramo jurídico específico.

III – O presente trabalho se ocupou do estudo da autorização de polícia administrativa inserido na classe dos atos administrativos constitutivos ampliativos.

IV – A Constituição Federal utiliza os termos “autorização”, “autorizar” ou “autorizado”, 54 (cinquenta e três vezes), em 7 ( sete) acepções distintas, nem todas como ato de autorização administrativa: A) O ato está previsto na acepção de autorização de polícia administrativa, produzido dentro de uma relação jurídica específica Estado e cidadão solicitante; B) Na acepção de autorização administrativa hierárquica, produzido dentro de uma relação jurídica hierárquica funcional; C) Na acepção de mandato civil, atribuindo poderes para representação, numa relação privada convencional; D) Na acepção de ato de controle institucional do Legislativo sobre atos do Executivo; E) Na acepção de ato de controle da Câmara dos Deputados sobre o Senado numa relação de controle parlamentar interno; F) Na acepção de ato de controle institucional do Judiciário sobre atos do Executivo (com fulcro na juridicidade); G) Sem qualquer acepção ou conteúdo jurídico, utilizado o termo meramente na sua função semântica.

V – Somente em duas dessas acepções o termo rotula atos administrativos; na acepção de autorização de polícia administrativa e na acepção de autorização hierárquica.

VI – Em relação à autorização de polícia administrativa, a doutrina não é assente quanto às regras da sua válida produção e quanto à sua estabilidade, pois parte da melhor doutrina pátria, só descreve um ato como sendo autorização administrativa se a outorga foi

discricionária e precária ou então, discricionária com prazo determinado, sem precariedade. Se a outorga se deu vinculadamente, o ato seria licença.

VII – Com tal posição não concordamos, pois a Constituição prevê o ato de autorização como o ato próprio atribuidor dos efeitos liberatórios necessários à exploração de atividades econômicas; inserida portanto no contexto de matérias jurídicas relativas ao direito de propriedade, livre iniciativa, concorrência, igualdade de oportunidades, não sendo juridicamente válido interpretar que o constituinte estivesse imaginando uma produção discricionária para tal ato. Da mesma forma, não é de ser menosprezar a escolha do constituinte em rotular tal ato como autorização ao invés de licença.

VIII – Se não bastasse, o legislador pátrio em função legislativa complementar, seguiu a terminologia constitucional prevendo o ato na versão vinculada, como exemplo o Art. 131 da Lei Geral de Telecomunicações.

IX – O ato de autorização previsto nos incisos XI e XII do Art. 21 e no Art. 223 da CF trata-se de autorização administrativa de polícia, pois a normas infraconstitucionais dos respectivos setores, regulando o regime de exercício das respectivas atividades setoriais, previram a exploração de algumas destas atividades sob o regime privado, mediante ato de autorização vinculada. Para os serviços públicos, o mecanismo de outorga é a delegação mediante concessão e permissão, nos termos dos inc. V do Art. 30 e Art. 175 da CF, com exploração mediante regime público.

X – Em leitura às leis dos setores de Telecomunicações, Transportes e Energia, observou-se que há previsão de diferentes regimes dentro de cada setor. E nessas leis a autorização de polícia administrativa aparece como o mecanismo jurídico da outorga de exploração de serviços em regime privado, como ocorre com sua previsão no parágrafo único do Art. 170 da CF.

XI - Excepcionalmente, em caso fático extremado, em que a essencialidade de um serviço público da área do Setor de Transportes, reclamando a urgência para proteger a sociedade dos danos advindos da descontinuidade de tal prestação, não puder aguardar os passos ordinários de um procedimento licitatório para fins de delegação por concessão ou permissão; o interesse coletivo deverá prevalecer sobre as finalidades de tratamento

isonômico que respaldam as exigências licitatórias, e ser delegado por um prazo de 180 (cento e oitenta) dias mediante autorização à exploração ao prestador que se interessar, conforme Art. 49 da lei 10.233/01.

XII – Quanto o traço lógico da previsão da autorização administrativa de polícia, esta só terá sentido se o legislador tiver em mira instituir vedação geral de conduta, não para expurgá-la (a conduta) do ordenamento, mas simplesmente, para torná-la seleta. Se a conduta é daquelas indesejáveis que não devem ser praticadas de nenhuma maneira no seio social, prever autorização não tem sentido.

XIII - A autorização de polícia administrativa (traço constante do ato de autorização) tem o conteúdo jurídico de tornar facultada conduta até então proibida ou negativamente obrigada. Carrega a conduta do requerente do campo do deôntico do proibido fazer ou obrigado não-fazer, para o campo do deôntico do facultado.

XIV – É um ato administrativo unilateral, individual e concreto, que depende sempre da solicitação do interessado.

XV – A previsão da autorização de polícia administrativa tem como razão ontológica material, propiciar o controle prévio estatal, com fins de acautelar a sociedade dos danos que determinada conduta particular pode causar, tendo a informação da potencialidade nociva caso ocorra seu exercício de maneira indiscriminada.

XVI – Como a previsão abstrata da necessidade autorização administrativa torna a conduta vedada, é portanto, sua previsão legislativa, uma das técnicas de intervenção na liberdade e na propriedade. Diante disto cabe ao legislador a observância estrita dos limites constitucionais, e o respeito máximo ao princípio da igualdade, devendo ser em regra, prevista como ato a ser produzido de maneira vinculada.

XVII – Além dos limites constitucionais explícitos vedando a exigência de autorização, caso a atividade ou ato jurídico não demonstrem tal potencialidade nociva, não se mostra razoável a proibição da conduta com possibilidade de autorização.

XVIII– Mesmo a conduta se mostrando nociva, como a autorização é seletiva, em respeito ao princípio da igualdade, os requisitos exigidos para outorga da autorização devem ter pertinência lógica com a intenção de cessar o seu potencial danoso

XIX – Na doutrina tradicional alemã apoiada em Otto Mayer, o ato de autorização é tratado de maneira ampla, sem menção se seria discricionário ou vinculado, mas sempre com o conteúdo de remover obstáculo para o exercício de uma atividade, sem qualquer efeito constitutivo material, pois restabeleceria uma liberdade anterior.

XX – Na mesma seara, afirmando a mesma coisa apenas com palavras diferentes, a tradicional doutrina italiana encabeçada por Ranelletti, igualmente aborda o ato de maneira ampla, com conteúdo de reconhecimento de um direito preexistente.

XXI – O trato do tema pela doutrina italiana desenvolveu-se e aquele posicionamento não é unânime, pois há autores como Gianini, que admitem a autorização com efeito constitutivo de nova situação jurídica; e outros que admitem a autorização vinculada com efeito declaratório originando situação jurídica de direito subjetivo e a autorização discricionária com efeito constitutivo, mas de situação jurídica de interesse legítimo, sem falar em direito subjetivo.

XXII – Apontamos que não há liberdade anterior ou direito preexistente a um comportamento se antes da produção do ato autorizativo a conduta estava proibida. A impropriedade do entendimento criticado fica maior ainda, sem a especificação se haveria direito preexistente mesmo em se tratando de ato discricionário.

XXIII – **Os espanhóis** Ramón e Enterría contribuíram para o debate e apresentaram lista de espécie de autorizações de polícia: *Autorização simples, Autorização operativa, Autorização por operação, Autorização de funcionamento, Autorização regrada, Autorização discricionária, Autorizações reais, Autorizações pessoais, autorizações mistas.*

XXIV – No Brasil, por tradição, a doutrina define autorização de maneira restrita, como sendo ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual a Administração consente determinada conduta.

XXV - Quanto à extinção da autorização de polícia administrativa a precariedade não é inerente. A extinção pode ocorrer por esgotamento dos seus efeitos, por a execução plena da atividade liberada, como uma autorização por operação específica. Esgotará igualmente seu conteúdo se houver prazo determinado.

XXVI - Em outros casos a autorização se extinguirá se foi outorgada em razão da pessoa, e essa vier a falecer. Perecerão também os efeitos da autorização com a perda do objeto sob o qual recaía.

XXVII – Mesmo sem o esgotamento dos seus efeitos, o ato de autorização de polícia administrativa, poderá ser extinto ainda, por renúncia do beneficiário, e por atos posteriores estatais que se referem ao ato de autorização, classificada essa forma como retirada por invalidação, revogação, cassação, caducidade e contraposição.

XXVIII - No estado legislativo atual do direito administrativo, diante da clara opção normativa, não se mostra proficiente continuar classificando o ato de licença como mais uma espécie de ato, pois a autorização administrativa vinculada faz suas vezes.

XXIX – Difere da concessão, pois essa se trata de ato administrativo bilateral, e tem como conteúdo a disponibilidade um direito estatal, como o direito a exploração de um serviço público, cedendo por prazo determinado esse direito ao concessionário, mediante um contrato. A autorização de polícia administrativa é ato unilateral, e afeta à exploração de atividade a ser explorada em regime privado, com conteúdo de ampliar a esfera jurídica do administrado.

XXX - Dispensa é inconfundível com a autorização, pois a dispensa desobriga de um dever jurídico de fazer e a autorização amplia a esfera jurídica do solicitante para facultar conduta que estava proibido fazer.

XXXI - A diferença entre o ato de aprovação e o ato de autorização, reside na ordem cronológica fática. A aprovação se produz discricionariamente em exercício de controle posterior em relação a um ato jurídico ou uma execução material de projetos, planos, dando a eficácia jurídica necessária para a segurança jurídica do que até então foi praticado. Se o controle posterior for vinculado, o ato é de homologação. A autorização de polícia

administrativa é praticada em controle prévio em relação a um ato jurídico ou uma atividade de execução material. A autorização administrativa de polícia poderá ser vinculada ou discricionária.

XXXII - A autorização de polícia administrativa exerce controle prévio de ato jurídico ou atividade material de maneira vinculada ou discricionária, já a homologação é ato de controle posterior, e na forma vinculada.

XXXIII – Admissão é ato administrativo unilateral, vinculado, pelo qual se reconhece ao particular o direito de prestação especial de certa atividade pública; e o ato de autorização administrativa de polícia pode ser vinculado ou discricionário, e sua finalidade é tornar facultada uma conduta, que pode ser uma atividade material ou a realização de um ato jurídico, e não diz respeito com Administração Pública prestacional.

XXXIV – Por fim nossa definição: autorização de polícia administrativa é um ato administrativo, unilateral, vinculado ou discricionário, com conteúdo jurídico de tornar facultada a prática de atividade material ou produção de ato jurídico, anteriormente vedada, com efeito de constituir uma nova relação jurídica entre a Administração e o solicitante, podendo ser outorgada com prazo determinado ou não.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. 3. ed. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. t I. Barcelona: Bosch, 1970.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas *in: O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. Autorizações administrativas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. n° 62. São Paulo: Revistas dos Tribunais, s.d. p. 192-212.

\_\_\_\_\_. Delegações de serviços públicos. *Revista do Direito da Energia*. Ano IV. n° 6. São Paulo, 2007. p. 79-149.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. v.I. São Paulo: Forense, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2004

CAMPOS, Francisco. *Concessão e Autorização ou Licença. Poder Público, limites de sua competência para conceder exploração de serviços públicos. Direito Administrativo*. v. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARDOSO, José Eduardo Martins (Coord.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. v.1. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeleto – Perrot, 1990.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El Acto Administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978.

\_\_\_\_\_. A autorização para construir e o poder revogatório da Administração. Tradução Olga Savary. *Revista de Direito Administrativo*. v.135. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1979. p. 10-23.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1973.

COMPARATO, Fábio Konder. *As autorizações de funcionamento de instituições financeiras*. Direito Público. Estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Ato Administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

\_\_\_\_\_. Definição da Autorização Administrativa. *Revista dos Tribunais*. Ano 92. v.813. 2003. p. 754-767.

DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público Privada e outras formas*. 5. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. Tombamento-Licença de Construção-Direito Adquirido. Parecer. *Revista de Direito Administrativo*. v. 208. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997. p. 386-394.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 4. ed. Actualizada. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA OMEBA. Verbetes: Precário. Tomo XXII. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina S.R.L., 1964. p.762 -767.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento Jurídico*. 9.ed. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. v.II. Buenos Aires: Depalma, 1990.

FAGUNDES, Miguel SEABRA. *O Controle do Atos Administrativos pelo Judiciário* 7. ed. Atual. Gustavo Binbenj. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

- FERRAZ, Sergio. Extinção dos Atos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. v. 231. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p.47-66.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Liberdade de Fumar (artigo). *Tendências/Debates. Jornal Folha de São Paulo*, 03 set. 2008.
- FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda. *Novo Aurélio século XXI. O dicionário da língua portuguesa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FORTI, Ugo. Verbete Autorizzazione in Diritto amministrativo. *Novissimo Digesto Italiano*. Terza edizione. s.l: Editrice Torinese, 1957.
- FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 15. ed. México: Porrúa, 1973.
- GARCIA, António Dias. *A Autorização Administrativa*. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça nº 425, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUES, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 9. ed. v.II. Madrid: Civitas, 2004.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRECCO, Carlos; A. MUÑOZ, Guillermo A. *La precariedad em los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*. Buenos Aires: Desalma, 1992.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- \_\_\_\_\_. Teoria dos serviços públicos e sua transformação, in SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares; DINIZ, Gustavo Saad. *Sociedades Dependentes de Autorização. Novo regramento no Código Civil 2002*. São Paulo: IOB Thomson –IOB, 2004. pp.29-38.
- HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. Serviço Público Brasileiro, in CARDOSO, José Eduardo Martins (Coord.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. v.1. São Paulo :Malheiros Editores, 2006.
- KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- MAGALHAES, Vladimir Garcia; MESSIAS, Marcos Perez; LEITE, Werley Barbosa. Bioprospecção dos recursos genéticos no Brasil: Autorização ou licença administrativa? in BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio, CAPPELI, Silvia (Coords). *Mudanças Climáticas, Biodiversidade e uso sustentável de energia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008.
- MARQUES, Floriano de Azevedo. Direitos das Telecomunicações e ANATEL. in SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. 14.ed. Trad. Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.
- MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. t.II. Partie Spéciale. Edition française. Paris:V.Giard & E.Briere,1903/06.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Direito Municipal Brasileiro*. 15. ed. Atualizada por Márcio Scheneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 6.ed. v.II. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1977.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- MUKAI, Toshio. Gênese dos atos administrativos negociais vinculados e discricionários. *Revistas de Direito Administrativo*. v.217. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. pp.39-43.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 26.ed. v.II. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- POMPEU, Cid Tomanik. *Autorização Administrativa*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio do Poder em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. s.l. v. 6. s.d.
- \_\_\_\_\_. *O Poder Discricionário da Administração: Estudos de Direito Público*. Coimbra: s.ed., 1989

RANELLETI, Oreste. *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 1945.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Doutor Rogério Ehrhart Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

SANDULLI, Aldo. I procedimenti autorizzatori. a cura di Sabino Cassese. *Trattato di Diritto Amministrativo*. Milano:Giuffrè, tomo secondo. pp.1151-1165, 2000.

SILVA, Almiro do Couto. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*. v.230. Rio de Janeiro: Editora Renovar, FGV, 2002.

SILVA De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

TÁCITO, Caio. *Autorização Administrativa. Temas de direito público (estudos e pareceres)* .v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. Autorização - Banco Central - Controle Jurisdicional. Parecer. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n° 153, p.253-258, 1983.

TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOURINO, Rita. A Discricionariedade Administrativa perante os Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista de Direito Administrativo*. v.237. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VIRGA, Pietro. *Il Provvedimento Amministrativo*. IV Edizione interamente rifatta. Milano: Giuffrè Editore, 1972.

### **Jurisprudência:**

ADI 1.121-MC. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 24 de agosto de 2008.

ADI 3573-6- DF. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 15 de setembro de 2008.

ADI 3112-DF. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 15 de setembro de 2008.

ADI-MC 1668/DF. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 07 de outubro de 2008.

MI 144. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 24 de agosto de 2008.

MS 103.576-DF Inteiro teor do acórdão pesquisado na Revista de Direito Administrativo n° 159. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1985. p.226-253.

RE 222.285-AgR. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 24 de agosto de 2008.

RMS 22665/DF. Fonte: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 13 de outubro de 2008.

**Sites consultados:**

<http://energiarenovavel.org>, acesso em 29 de setembro de 2008.