

Autorização para prestação de serviço público

STF confirmou a constitucionalidade do modelo

VERA MONTEIRO



Crédito: Unsplash

Comecei a estudar direito administrativo em 1995, década em que o Estado deixava de ser o grande prestador de serviços públicos, projetos de privatização surgiam com frequência e novos serviços chacoalhavam as classificações teóricas sobre o tema.

Havia uma reverência à dicotomia serviço público x atividade econômica. O próprio conceito de serviço público, que esteve na origem do direito administrativo e, por isso, bem amplo, veio minguando ao longo dos anos. A tecnologia já dava sinais de que o mundo se transformaria. Houve uma espécie de mutação da natureza das coisas, que passou a seguir lógicas econômica e política.

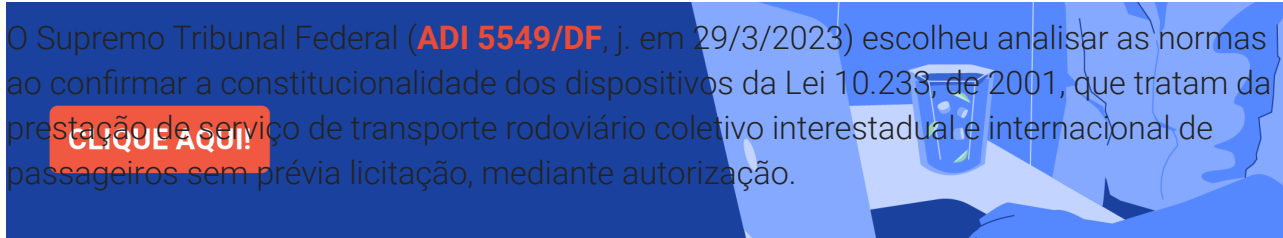
As emendas à Constituição evidenciaram que nunca houve um projeto constitucional sobre como o Estado deve prestar serviços à coletividade. Não há mecanismo de exploração uniforme, regime jurídico universal e objetivos comuns a atingir. Diria mais: a Constituição não distinguiu concessão, permissão e autorização. São atos jurídicos que viabilizam a parceria com terceiros em prol da execução de atividades de interesse público. Mas quais atividades? Quais os direitos e obrigações dos envolvidos? Para responder, há dois caminhos. Um é recorrer a dogmas e desconsiderar os últimos 30 anos de história. Outro é analisar as normas e os fatos.

JOTAPRO

Vai uma Saideira aí?

Receba gratuitamente o resumo das principais pautas políticas da semana e uma amostra do conteúdo especializado do **JOTA PRO Poder**





O Supremo Tribunal Federal (**ADI 5549/DF**, j. em 29/3/2023) escolheu analisar as normas ao confirmar a constitucionalidade dos dispositivos da Lei 10.233, de 2001, que tratam da prestação de serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros sem prévia licitação, mediante autorização.

O relator, ministro Luiz Fux, disse que a exigência de licitação pioraria o serviço e geraria transtorno para os usuários. Alertou que é preciso respeitar a escolha do legislador pelo modelo de autorização, tendo em vista o art. 21, XII, "e" da Constituição. Seu voto foi seguido pelos ministros André Mendonça, Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Roberto Barroso.

Venceu o entendimento de que o referido dispositivo constitucional abre espaço legítimo para assimetria regulatória, a qual permite níveis de intervenção regulatória distintos via concessão, permissão e autorização. Ainda, a ausência de barreiras à entrada de concorrentes no setor afastaria a incidência do art. 175 e contribuiria para a abertura do mercado e para a universalização dos serviços, em benefício dos usuários. Em suma, neste setor, licitação é ineficiente porque cria exclusividade não desejável.

Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Rosa Weber por entenderem que a norma violaria os arts. 175 e 37, *caput*, XXI e um suposto "dever fundamental de licitar".

O acórdão tem 280 páginas. Os votos vencidos articularam dogmas tradicionais (como o de que a autorização é ato administrativo unilateral, precário e discricionário, e o de que não pode haver outorga de serviço público sem licitação). Já os vencedores reconheceram que a autorização é instrumento legítimo de delegação de serviço público; e que a assimetria regulatória do art. 21, XII, "e" da Constituição atende à dinâmica do serviço, tal como ocorre nos setores de telecomunicações, elétrico, portos e de transporte aquático e aéreo. Com isso, o STF confirmou que generalidades não servem para analisar a dinâmica dos serviços públicos.

VERA MONTEIRO – Professora da FGV Direito SP. Mestre em direito pela PUC-SP. Doutora em direito pela USP. Lemann Fellow na Blavatnik School of Government (Oxford). Integrante do Movimento Pessoas à Frente. Advogada

