

# Definição da Autorização Administrativa.

José Cretella Júnior

Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. O termo "autorização". 2. Elementos integrantes da noção. 3. A autorização na prática. 4. Natureza jurídica da autorização. 5. Definições da doutrina italiana. 6. A doutrina brasileira. 7. Exemplificação. 8. Institutos afins. 9. Nossa definição de autorização. 10. Conclusões.

## 1. O termo "autorização".

O objetivo deste trabalho é, antes de tudo, (a) procurar

estabelecer a *unidade terminológica* e a *correspondente adequação dos termos à realidade prática*, (b) estabelecer a relação entre os vários institutos jurídicos que designam a "outorga do poder público ao particular para o desempenho de determinada atividade ou para a utilização privativa de bem público", até conseguir-se o emprego preciso de cada vocábulo no campo do direito administrativo brasileiro, depois, (c) tentar obter o conceito exato da *autorização*, apresentando-o numa definição completa, a seguir, (d) demonstrar que não é a *rotulação*, que confere a um instituto esta ou aquela conotação, mas sim a *natureza intrínseca* do ato ou do fato considerado e, por fim, (e) salientar a impropriedade da doutrina e do direito positivo pátrios que, ao conceituarem o vocábulo *autorização*, colocam, no definido, o termo *permissão* (ou *concessão*, ou *licença*), e, reciprocamente, ao conceituarem *concessão*, empregam, no definido, *permissão* (ou *autoriza-*

ção, ou licença), quando, em todos esses casos, no definido não deve jamais figurar termo técnico que designe outro instituto, mas sim termo genérico, como, por exemplo, “outorga”, “anuência”, ao mesmo tempo, que (f) confrontar o instituto da *autorização administrativa* com outros que lhe são afins, estremando-os de tal modo que se tenha noção exata de cada um, o que se consegue quando, no próprio conceito, se explicita a natureza jurídica da *figura iuris* analisada.

No direito brasileiro, o conceito da *autorização* tem trazido inúmeras confusões ao espírito dos doutrinadores, penetrando o próprio direito positivo, confundindo-se, não raro, a *autorização* com a *permissão*, a *admissão*, a *licença* e a *concessão*.

Incluído entre os termos que os lógicos denominam de “análogos”, o vocábulo *autorização* serve para designar, na técnica do direito público, a classe de atos administrativos especiais, suscetíveis de várias acepções, todas elas, porém, interligadas por traço comum, que as relaciona: “outorga da Administração ao interessado para a prática de determinada atividade que, sem a mencionada anuência do poder público, seria proibida”.

Para a grande maioria da doutrina italiana a *autorização* consiste na *remoção de obstáculo*, imposto pela lei, ao livre desenvolvimento da atividade do particular, dando vida atual a direito existente só potencialmente (TUMIATI, *Del concetto di pubblica amministrazione*, 1910, p. 91) Desse modo, “a *autorização* remove o limite, não absoluto, imposto pela lei para o exercício de um poder individual” (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., 1950, v. I, p. 212). Consiste assim a *autorização* na *remoção do obstáculo* posto pela norma jurídica — limitação — à liberdade material do sujeito, a qual é, desse modo, reconstituída (ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.<sup>a</sup> ed., 1949, v. II, p. 180).

## 2. Elementos integrantes da noção.

Nesse primeiro contato com a noção do instituto, na sistemática do direito italiano, é possível chegar-se ao seguinte conceito: “autorização é o ato unilateral do poder público, mediante o qual, por provocação do interessado, a Administração remove o obstáculo legal para facultar-lhe o exercício de uma atividade, de outro modo, proibida”.

*Unilateral*, porque o ato se perfaz unicamente pela manifestação da vontade da Administração, já que, supondo embora uma solicitação do interessado, esta não se incorpora à medida emanada, da qual participa como simples antecedente.

*Provocação*, porque, na quase totalidade dos casos, a Administração não procede *sponte sua*, mas age mediante requerimento do interessado.

*Remoção de obstáculo*, porque a norma legal proibitiva funciona como “obstáculo, barreira ou limite” ao referido exercício. A *autorização* derroga a *norma penal*, removendo-a.

*Faculdade*, porque o interessado tem, “*in potentia*”, a possibilidade do exercício, que se transforma em direito, depois da anuência da Administração.

*Exercício*, porque o interessado desenvolve atividades materiais, até então proibidas.

*Proibida*, porque o exercício, não autorizado, configura atividade ilícita, à qual o direito positivo comina sanções.

## 3. A autorização na prática.

Passo preliminar para estabelecer o conceito jurídico da *autorização administrativa* é observá-la, antes de tudo, objetivamente, como fato em si, na realidade com que se apresenta aos olhos de quem a analisa, porque antes de ser *privativa do mundo jurídico*, a medida é *fato do mundo*, surgindo

aos olhos do observador como fenômeno que se reveste de traços típicos inconfundíveis.

No mundo dos fatos, a *autorização administrativa* oferece as seguintes conotações que a caracterizam, na prática, de maneira indiscutível, distinguindo-a das figuras afins:

a) *sujeito outorgante*, o Estado, ou melhor, a Administração, detentora do *poder de polícia*, de natureza discricionária.

b) *sujeito outorgado*, a pessoa física que solicita e recebe a outorga.

c) *solicitação*, que é dirigida do outorgado ao outorgante, reclamando a *remoção do obstáculo legal* para que possa exercer determinada atividade.

d) *atividade*, que passa a ser lícita, depois da anuência da Administração ao remover o óbice legal.

e) *texto legal*, norma que disciplina a atividade, considerando-a proibida até a anuência do poder público, possibilitando-a.

#### 4. Natureza jurídica da autorização.

A *autorização* é ato administrativo unilateral discricionário. “Unilateral”, porque se concretiza pelo só pronunciamento da Administração. A solicitação do interessado, mero antecedente do ato, funciona como agente catalítico, não se incorporando à anuência estatal. “Discricionário”, porque a Administração, ao editá-lo, consulta apenas a *oportunidade* ou a *conveniência* da medida.

Por isso, criticável a colocação de SANTI ROMANO quando afirma que a “*autorização* é ato *mais ou menos discricionário*, mediante o qual se permite futura ação material que, de outro modo, seria ilícita, ou futuro ato jurídico que, de outro

modo, seria inválido” (*Corso di diritto amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., 1937, p. 241). E acrescenta: “Dizemos *mais ou menos* discricionário, porque há casos em que, quando ocorrem certas condições determinadas pela lei, a Administração deve autorizar” (SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., 1937, p. 241).

Ora, no campo do direito não existem institutos que sejam “mais ou menos” discricionários, nem “mais ou menos vinculados”. Nem, ao mesmo tempo, uma e outra coisa.

Os autores que vêem alguns aspectos *vinculados* no instituto da *autorização* estão, na realidade, capitulando sob essa rubrica hipóteses que melhor se enquadrariam em outras figuras jurídicas afins. Nem é correto sustentar-se que a *autorização* remove limites para que se exercitem direitos já pré-existentes. Afinal, que “direitos” esses que não podem ser exercidos porque barreiras legais se erguem como óbices intransponíveis? Não há *direito* — nem *expectativa de direito* — quando a norma capitula a atividade como ilegal.

Tutelando *interesses*, jamais *direitos*, a *autorização* que o poder público dá ao solicitante para o exercício de determinadas atividades fundamenta-se apenas na *oportunidade* ou na *conveniência*, aquilatadas discricionariamente pelo poder outorgante.

Por isso, inscreve-se a *autorização* entre os atos *administrativos discricionários e unilaterais*. “Remover” ou “não remover” o obstáculo, cabe à Administração. Removida a norma legal impeditiva, o solicitante está em condições de exercer atividades, antes proibidas. A outorga pode ser “com prazo final fixado” (*autorização qualificada*) ou “com prazo final não fixado” (*autorização simples*); na primeira hipótese, a *autorização* só pode ser revogada (a) quando o prazo se exauriu (b) ou quando a outorga foi “desvirtuada”, tornando-se inoportuna ou inconveniente; na segunda hipótese, a *autorização* pode ser sempre revogada ou “cassada”, sem indenização, discricionariamente.

### 5. Definições da doutrina italiana.

A doutrina italiana ofereceu, desde o início do século, até nossos dias, contribuição inestimável para o esclarecimento do *instituto autorizatório*.

Com apoio em RANELLETTI, assinala UMBERTO BORSI que os atos de *autorização* “devem aparecer como verdadeiras remoções de limites que a lei estabeleceu ao livre desenvolvimento da atividade individual por motivos de ordem pública” (*Le funzione del comune italiano*, em *Primo Trattato de Orlando*, 1915, v. II, parte 2.<sup>a</sup>, p. 125), consistindo o elemento constitutivo e o efeito específico das autorizações, assim, na permissão do exercício ou da aquisição de um direito, ao passo que o das concessões consiste na criação de um direito. (Cf. UMBERTO BORSI, *Le funzioni del comune italiano*, em *Primo Trattato de Orlando*, 1915, v. II, parte 2.<sup>a</sup>, p. 125 e RANELLETTI, *Teoria general delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, parte 1.<sup>a</sup>, p. 30-31 e 43.

Em obra posterior, RANELLETTI define as autorizações como “atos que, em casos concretos particulares, permitem a determinadas pessoas o exercício ou a aquisição de um direito” (*Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.<sup>a</sup> ed., 1945, p. 21). Depois de citar vários exemplos, conclui RANELLETTI que “em todos os casos indicados, a lei, tutelando o interesse público e também o de terceiros, proíbe ao sujeito o exercício de um direito na consecução de um ato ou de uma atividade ou a aquisição de um direito, até que haja obtido a permissão (autorização) da autoridade administrativa. Esta, por isso, concedendo a autorização, remove o limite que a lei pôs condicionadamente para o exercício ou para a aquisição do direito” (*Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.<sup>a</sup> ed., 1945, p. 21-22) .

Em monografia dedicada ao tema, VIGNOCCHI, em 1944, observa que a *autorização* é ato de controle preventivo com o qual se condiciona a eficácia de um ato, limitadamente à

possibilidade de exercício de alguns poderes particulares dele derivados (VIGNOCCHI, *L'autorizzazione amministrativa*, 1944, p. 107).

UMBERTO FRAGOLA, aceitando a lição da RANELLETTI, entende a *autorização administrativa* como “o ato com o qual o ente público remove os obstáculos para o exercício de um direito já pré-existente no patrimônio do requerente” (*Gli atti amministrativi*, 1952, p. 94)

ZANOBINI, traçando um paralelo entre as concessões e as *autorizações*, ressalta que estas últimas “aumentam as faculdades dos sujeitos aos quais se destinam, mas, diversamente do que ocorre com as concessões, não determinam, nestes, o surgimento de um direito novo, mas apenas tornam possível o exercício de um direito ou de um poder, que já lhes pertence. Trata-se de poderes cujo livre exercício pode, em alguns casos, constituir um dano ou um perigo para o interesse público, mas que, todavia, não é oportuno suprimir ou limitar de modo absoluto. Por isso, a lei atribui à autoridade administrativa o poder de examinar caso por caso as circunstâncias de fato em que o exercício pode desenvolver-se para julgar da conveniência de permiti-lo ou não. Desse modo, a autoridade remove o limite, não absoluto, imposto pela lei para o exercício de um poder individual. A atividade que com o ato vem permitida pode ser tanto uma ação material, como um ato jurídico” (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., 1950, v. I, p. 212). “A *autorização* importa sempre uma avaliação discricionária da conveniência do ato, que o sujeito se propõe a cumprir” (ZANOBINI, *Corso*, 6.<sup>a</sup> ed., 1950, v. I, p. 212) .

ALESSIO ensina que as *autorizações* consistem na remoção de um obstáculo posto por uma norma jurídica — limitação — à liberdade material do sujeito, a qual passa, assim, a ser reconstituída. O ato de *autorização* tem natureza constitutiva e não declaratória, porque, antes dele, o sujeito não

tem o exercício do seu direito” (*Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.<sup>a</sup> ed., 1949, v. II, p. 180).

CINO VITTA entende que “a autorização tanto pode referir-se ao exercício de atividades materiais, como também pode referir-se ao exercício de faculdades jurídicas. Sob o primeiro aspecto, entende-se que às vezes o particular não pode fazer uso da liberdade material ou da propriedade (que é uma consequência da liberdade), sem a mencionada intervenção da Administração Pública; sob o segundo aspecto, o particular ou o ente subalterno não pode concluir um negócio jurídico, se antes a Administração Pública não o habilitou para isso” (*Diritto amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., 1949, v. I, p. 332). A seguir, CINO VITTA ressalva que a *autorização* não difere da *concessão*, nos resultados práticos, mas do ângulo jurídico a diferença é profunda porque, “no caso de *autorizações*, o direito subjetivo pré-existe e normalmente se desenvolve em todas as direções lícitas e possíveis”, ao passo que “no caso das *concessões*, ao invés, nenhum direito pré-existente, nenhuma atividade pode desenvolver-se, nenhuma faculdade existe, se não lhe é conferida atribuição, mediante ato da Administração Pública” (*Diritto amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., 1949, v. I, p. 332). Por fim, de acordo com a doutrina italiana dominante na época, CINO VITTA ressalta que “o vocábulo *autorização* indica sempre a habilitação pública para o exercício de um direito subjetivo pré-existente” (*Idem, ibidem*).

SILVIO LESSONA, seguindo a doutrina precedente, ressalta que “a Administração consente que um sujeito exercite uma atividade livre ou um direito próprio, pré-existente, atividade ou direito que não podem exercer-se se preliminarmente a autoridade competente não verifique que ocorrem as condições impostas pelo interesse público para tal exercício” (*Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, 1960, p. 80).

ALESSI, depois de salientar que “a característica comum às *autorizações*, às *concessões* e às *admissões* é precisamente

o fato da natureza constitutiva de um direito, em favor do particular”, mostra logo após que “a *autorização* apresenta, em confronto com as outras duas espécies, a nota característica que a constitutividade do efeito concerne, mais que a titularidade do direito em favor do particular, a possibilidade jurídica do seu exercício” (ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1950, p. 290).

“A *autorização* confere simplesmente ao particular a potestade jurídica do exercício de um direito do qual, anteriormente, o próprio particular já era titular, removendo os obstáculos e os limites jurídicos postos pela lei ao exercício do próprio direito, no caso de ausência de *autorização* (ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1950, p. 290).

Incluindo as *autorizações* entre as “declarações de vontade administrativa que se destinam a ampliar a esfera jurídica dos sujeitos aos quais se dirigem”, ALDO BOZZI conceitua o instituto autorizatório como a “medida que remove o limite posto pela lei ao exercício de direitos já radicados no sujeito, ocorrendo prévia avaliação discricionária do interesse público de determinadas circunstâncias objetivas ou subjetivas (*Istituzioni di diritto pubblico*”, 2.<sup>a</sup> ed., 1966, p. 324)

Na mesma colocação de SANDULLI, ROMANO e RANELLETTI, a *autorização* é entendida pelos autores GUIDO LANDI e GIUSEPPE POTENZA como “o ato com o qual a Administração confere ao sujeito autorizado a faculdade de exercer um poder ou direito, que pré-existe à *autorização*, mas no estado, por assim dizer, potencial, de modo que o sujeito não possa exercê-lo se, antes, a autoridade competente, constatando que haja motivos que justifiquem tal exercício ou, pelo menos, que não haja razões em contrário, não o permita” (*Manuale di diritto amministrativo*, 2.<sup>a</sup> ed., 1963, p. 218).

ALFONSO TESAURO define as *autorizações* como os “atos, mediante os quais o Estado ou outro sujeito da atividade

administrativa reconhece que um sujeito se acha nas condições para poder exercer um direito que lhe é conferido pela lei” (*Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II — *il diritto amministrativo*, 1961, p. 153).

De um modo geral, a doutrina italiana vê, no instituto da *autorização administrativa*, (a) uma apreciação discricionária da Administração, que, apreciando (b) a conveniência ou oportunidade da outorga, procede à (c) remoção de obstáculo criado por norma legal proibitiva, para que o particular solicitante possa ter (d) o exercício de direito subjetivo (e) ou de interesse, (f) já pré-existente no patrimônio do requerente, (g) revelando-se a atividade como operação material, poder ou ato jurídico.

A doutrina espanhola, inspirada, de certo modo, na doutrina italiana, entende que pela *autorização* “não se criam direitos, mas se lhes permite o exercício, suprimindo os limites que lhe impedem a atuação” (VELASCO CALVO, *El acto administrativo*, 1929, p. 165)

ANTONIO ROYO VILLANOVA inclui as *autorizações* entre os atos administrativos dos quais surgem, em favor do sujeito, “principal e imediatamente”, direitos referentes à Administração (*Elementos de derecho administrativo*, 10.<sup>a</sup> ed., 1927, p. 109), esclarecendo depois que esse instituto não se parece com a *admissão*, porque não cria direitos, mas permite seu exercício, suprimindo as limitações que impedem sua atuação, mas dela difere porque a *autorização* pode ser negada. Por outro lado, a *autorização* difere da *concessão*, porque esta cria um direito que não existia antes deste ato administrativo, mas com ela se assemelha porque ambas são atos discricionários (ANTONIO ROYO VILLANOVA, *Elementos de derecho administrativo*, 10.<sup>a</sup> ed., 1927, p. 109-110)

GASCÓN Y MARIN elucida que as *autorizações* permitem o gozo de certos direitos pelo particular, mas não são obrigatórias, mas facultativas, para a Administração (*Tratado de derecho administrativo*, 11.<sup>a</sup> ed., 1950, v. I, p. 192).

## 6. A doutrina brasileira.

Com base na doutrina italiana, mas introduzindo importante modificação, em elemento integrante do conceito, os autores brasileiros assinalam que “a palavra *autorização* tem, em direito administrativo, dois sentidos. No primeiro, significa apenas *outorga de competência especial, dada por um órgão a outro, dentro do aparelho administrativo*. No segundo sentido, *autorização é o ato administrativo discricionário pelo qual se permite ao particular exercer atividade que a lei declara, salvo assentimento da administração, proibida*” (MÁRIO MASAGÃO, *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, 1933, p. 8-9 e *Curso de direito administrativo*, 5.<sup>a</sup> ed., 1974, p. 152). “Caracteriza-se essencialmente a *autorização* em ser ato discricionário. A *autorização* é unilateral. Ela supõe, quase sempre, uma solicitação do particular. Mas o pedido deste não se incorpora, como elemento jurídico, ao ato administrativo, do qual fica sendo mero antecedente” (MÁRIO MASAGÃO, *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, 1933, p. 10-11)

RUI CIRNE LIMA acentua que as *autorizações* são atos *discricionários*, “quando dependentes, em relação ao destinatário, objeto, ou fim, de determinação *ad hypothesin*, da administração” (*Princípios de direito administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., 1964, p. 91) Exemplificando o conceito, o mesmo autor inclui entre as *autorizações administrativas* “discricionária, quanto ao destinatário, a licença para o porte de armas”, “discricionária quanto ao objeto, a autorização sobre o domínio público”, “discricionária quanto ao fim, a licença para exibição de filmes cinematográficos”, podendo a autoridade policial recusar a tal ou qual pessoa licença para o porte de arma; a administração do domínio pode fixar a modalidade do uso ou a extensão deste em tal ou qual parcela do domínio público; o Serviço de Censura pode determinar os fins, morais, sociais ou políticos, das licenças e proibições que baixa (Cf. RUI CIRNE LIMA, *Princípios de direito administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., 1964, p. 91).

JOSÉ MATOS DE VASCONCELOS esclarece que “o direito administrativo conhece também o processo da *autorização*, isto é, a outorga ou a licença dada ao particular para o uso e gozo de certa atividade pública, que, sem tal formalidade, não seria permitida. A *autorização*, destarte, é um ato *unilateral* do poder público, permissivo de certa atividade do particular, em regra, mediante requerimento deste. A Administração, em tal caso, age *discricionariamente*, ou, para melhor esclarecer, dentro do poder de livre apreciação que lhe é imanente. Não há, pois, confundir *autorização* e *concessão*” (Cf. *Direito administrativo*, 1937, v. II, p. 155).

GUIMARÃES MENEGALE relata, primeiro, que “pacífico se tornou entre os tratadistas qualificar-se a *autorização* como a remoção de óbice jurídico e a restauração da liberdade material do indivíduo, cujo exercício, em cada caso, a norma legal adstrinja” (*Direito administrativo e ciência da administração*, 3.<sup>a</sup> ed., 1957, p. 55-56), salientando, depois, que “*autorização* e *licença* exprimem variação terminológica, pois substancialmente se equivalem” (GUIMARÃES MENEGALE, *Direito administrativo e ciência da administração*, 3.<sup>a</sup> ed., 1957, p. 56)

No entanto, conclui que a *autorização* é ato vinculado, porque, “observadas que sejam, pelo interessado, as condições da lei, à autoridade impenderá, sem alternativa, emitir a *autorização*”. “A obrigação preliminar da autoridade”, prossegue, “consiste, em tal hipótese, em deferir a *autorização* ou *licença* a quem a pleiteie; efetivado, por esse modo, o direito que em potencial já lhe assistia, tornou-se exigível o ato de *autorização*, de que o pleiteante se fez credor. De efeito, esse não se insere na categoria dos atos discricionários; aliás, contradiria a natureza da *autorização*, quando supõe a ocorrência prévia do direito, cujo exercitamento não faz senão desembaraçar” (GUIMARÃES MENEGALE, *Direito administrativo e ciência da administração*, 3.<sup>a</sup> ed., 1957, p. 57-58).

BANDEIRA DE MELLO define a *autorização* como “o ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada” (*Princípios gerais de direito administrativo*, 1969, v. I, p. 493).

LOPES MEIRELES conceitua a *autorização* como “o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao interessado a realização de certa atividade ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração” (*Direito administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., 1976, p. 156-157). E acrescenta: “Na *autorização*, embora o pretendente satisfaça às exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado, ou da cessão do autorizado” (LOPES MEIRELES, *Direito administrativo brasileiro*, 4.<sup>a</sup> ed., 1976, p. 157).

PONTES DE MIRANDA entende as *autorizações* como “atos administrativos discricionários, mediante os quais o Estado permite que alguém exerça atividade às vezes proibida, outras vezes sujeita a tributações gravosas, ou pelo menos obstantes. Se bem que a *autorização* suceda a ato de pedido, a requerimento, digamos, ao poder público, em verdade ela é por definição, unilateral, tal a discricionariedade com que o Estado nega *autorização* ou *autoriza*” (*Comentários à Constituição de 1946*, 2.<sup>a</sup> ed., 1953, v. I, p. 282).

## 7. Exemplificação.

Na Constituição brasileira, o vocábulo *autorização* foi empregado, quer no sentido de outorga, dada pelo Estado ao particular, para o desempenho de determinada atividade, como nas hipóteses de produção e comércio de material bélico (art. 8.<sup>o</sup>, VII), de exploração de serviços de telecomunicações (art. XV, “a”), de energia elétrica de qualquer origem ou natureza (art. XV, “b”), de vias de transporte entre por-

tos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território, (art. XV, “d”) e a de exploração da navegação aérea (art. XV, “c”), da exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais, bem como dos potenciais de energia hidráulica (art. 168, § 1.º), quer no sentido de *outorga de um poder a autoridade de outro poder*, como na hipótese de guerra e de celebração de paz, de trânsito de forças estrangeiras pelo território nacional, de permanência dessas mesmas forças, temporariamente, de ausência do Presidente ou do Vice-Presidente fora do país (art. 44, II e III), que dependem de anuência do Congresso Nacional, competente para tais outorgas. Note-se que no texto da Emenda n.º 1, de 1969, “autorizar” e “permitir” são empregados, inúmeras vezes, como sinônimos.

O Código Penal Brasileiro de 1940 capitula como crime “fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação” (art. 253) e a Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n.º 3.688, de 2 de outubro de 1941) capitula como *contravenção* “fabricar, importar, ter em depósito ou vender, sem permissão da autoridade, arma ou munição” (art. 18) e “trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade” (art. 19).

As expressões “sem licença” e “sem permissão” equivalem à expressão técnica “sem autorização”. Nos casos de crime ou de contravenção, a *autorização* do poder público “remove o obstáculo” legal, tornando lícitas aquelas atividades desempenhadas pelo particular.

O Código de Águas (Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934) ilustra de modo expressivo o instituto da *autorização*. Assim, tratando da *derivação de águas públicas* para aplicações da agricultura, indústria e higiene, preceitua que aquela utilização pode ser dada por *concessão administrativa*, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, me-

diante *autorização administrativa*, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes (art. 43) A seguir, o mesmo Código de Águas determina que “a autorização não confere, em hipótese alguma, delegação de poder público ao seu titular” (art. 43, § 1.º) e que a autorização é outorgada por tempo fixo, nunca superior a trinta anos (art. 43, § 2.º) Toda cessão total ou parcial da autorização depende de consentimento da administração (art. 52), preceitua ainda o Código de Águas, ou seja, admite o instituto da sucessão e o da *sub-autorização*. Sobre a competência para outorgar *autorizações* para derivação que não se destine à produção de energia hidrelétrica trata também o Código de Águas, determinando que serão dadas pela União, pelos Estados ou pelos Municípios, conforme o seu domínio sobre as águas a que se referir ou conforme os serviços públicos a que se destine a mesma derivação, de acordo com os dispositivos do mesmo Código e as leis especiais sobre tais serviços (art. 62).

A Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo (Decreto-lei complementar n.º 9, de 31 de dezembro de 1969) preceitua que o uso de bens municipais poderá ser feito mediante *autorização*, conforme o caso, e o interesse público o exigir (art. 65); a *autorização*, que poderá incidir sobre qualquer bem público, será feita por *portaria*, para atividades ou usos específicos e transitórios, pelo prazo máximo de sessenta dias (art. 65, § 4.º).

Pelos exemplos dados, percebe-se a importância do instituto da *autorização administrativa*, no direito positivo pátrio, entendida como a *possibilidade do exercício de determinada atividade do particular ou do agente público*, desempenho que só se concretiza quando a Administração remove o obstáculo legal impeditivo.

### 8. Institutos afins.

Ao lado da *autorização* vários outros institutos semelhantes existem, concorrendo para dificultar-lhe o conceito e a obstar-lhe fixação da exata natureza jurídica, a saber, a *admissão*, a *licença*, a *permissão*, a *concessão*.

A diferença entre a *admissão* e a *autorização* é patente; impossível identificar os dois institutos, pois ao passo que a *autorização* é ato discricionário do Estado que remove obstáculo legal a fim de que o beneficiário desempenhe atividade na qual está interessado, a *admissão* é ato *vinculado* ou *pré-determinado* que faculta a alguém o exercício de um direito a determinada participação na vida pública ou a determinada utilidade ou prestação que deve corresponder ao próprio ente de que emana (cf. UMBERTO BORSI, *Le funzioni del comune italiano*, em *Primo Trattato de Orlando*, 1915, v. II, parte 2.<sup>a</sup>, p. 127).

Caracteriza-se o instituto da *admissão* pela outorga da Administração ao particular para a fruição de um serviço público ou para a utilização privativa de um bem público, preenchidos determinados requisitos fixados em lei (cf. nosso *Tratado de direito administrativo*, 1966, v. III, p. 118). *Admissão* é o ato administrativo pré-determinado que introduz uma pessoa num *status dumda dada coletividade* (RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.<sup>a</sup> ed., 1945, p. 26) ou que lhe faculte o gozo de um benefício. Dizemos que certas pessoas, reunindo os requisitos exigidos pela lei, são “admitidas” em escolas públicas, hospitais e asilos do Estado. Quando o Estado outorga terras do patrimônio público a pessoas realmente necessitadas, em épocas de calamidade pública, está presente o instituto da *admissão*. Candidatos que afluem todos os anos às escolas públicas do país, prestando exames vestibulares, não podem deixar de ser “admitidos”, quando, aprovados, preencheram as demais condições exigidas. Nesses casos, a Administração não é livre de resolver sobre a *conveniência* do ato ou sua *oportunidade*. Só lhe

cabe verificar a *ocorrência dos motivos* e com fundamento neles editar o ato. Eximindo-se de editá-lo, no tempo e com o objetivo determinado, fere a lei (cf. SEABRA FACUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4.<sup>a</sup> ed., 1968, p. 82)

“*Admissão é o ato administrativo pelo qual, reconhecidos no particular qualidades e requisitos prefixados, se lhe outorga fruição de serviço ou o uso de bem público*” (MÁRIO MASAGÃO, *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, 1933, p. 11), ao passo que “*autorização é o ato administrativo discricionário pelo qual se permite ao particular exercer atividade que a lei declara, salvo assentimento da administração, proibida*” (MÁRIO MASAGÃO, *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, 1933, p. 8-9).

A diferença entre *autorização* e *licença* também é nítida, porque o primeiro desses institutos envolve *interesses*, caracterizando-se como ato discricionário, ao passo que a *licença* envolve direitos, caracterizando-se como ato vinculado. *Licença é o ato administrativo unilateral e vinculado, mediante o qual o poder público remove obstáculo legal impeditivo a fim de que o interessado possa exercer direitos por tempo indeterminado.* SANTI ROMANO, atribuindo acepção muito ampla ao termo *autorização*, acabou por nele incluir a *licença*, ficando diante dum impasse ao afirmar, sem rigor jurídico: “*a autorização é, desse modo, um ato mais ou menos discricionário*” (*Corso di diritto amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., 1937, p. 241) “*Às vezes*”, acrescenta SANTI ROMANO, “*as autorizações tomam o nome de licenças, mas não parece que isso se refira às autorizações não discricionárias e, sim, às vinculadas*” (SANTI ROMANO, *Corso*, 3.<sup>a</sup> ed. 1937, p. 241-242).

Incide no mesmo erro ALESSIO, ao identificar a “*licença para construir*” com a “*permissão para porte de armas de caça*” (*Istituzioni*, 4.<sup>a</sup> ed., 1949, v. II, p. 180), entendendo que, em ambos os casos, “*não se transfere ao sujeito estranho nenhum direito que ele não tivesse, nem se estabelece nenhuma rela-*

ção de sucessão entre o sujeito e a Administração: só se lhes permite o exercício de um direito que já lhes pertencia” (ALESSIO, *Istituzioni*, 4.<sup>a</sup> ed., 1949, v. II, p. 180-181). Na realidade, a “outorga para porte de armas” é *autorização*, ato discricionário, que a Administração pode editar ou não, ao passo que a “outorga para o proprietário edificar em terreno que lhe pertence” é *licença*, ato vinculado, que a Administração é obrigada a editar, se o requerente preencheu todos os requisitos fixados em lei.

“Quiseram alguns (DONATI, *Atto complesso*, n.º 10) distinguir”, escreve CINO VITTA, “as autorizações, conforme sejam discricionárias ou não, das licenças, incluídas no segundo caso, mas não é necessário tratar de modo diverso as duas hipóteses, como ocorre com as ordens, as quais podem ser também discricionárias, ou não, conforme os casos” (CINO VITTA, *Diritto amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., 1949, v. I, p. 333).

A nosso ver, no direito brasileiro, regra geral, os vocábulos *autorização* e *licença* são empregados sem rigor técnico: diz-se “licença para porte de armas” e “autorização para construir”. Dever-se-ia reservar o termo *autorização* para as outorgas discricionárias do poder público (*autorização* para porte de armas) e o termo *licença* para as outorgas vinculadas (*licença* para construir, mas assim não se tem feito).

Versando a *utilização dos bens do domínio público* pelo particular, ZANOBINI acentua que a *permissão* (ou *licença*) corresponde à figura da *autorização*, em sentido técnico, ou seja, do ato administrativo que remove o limite para o exercício de atividade por si mesma compreendida na esfera jurídica individual (*Corso di diritto amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., 1948, v. IV, p. 27).

*Permissão* é a outorga do poder público ao particular para (a) o exercício de determinada atividade de interesse geral ou para (b) a utilização privativa do domínio público, classificando-se em *simples* e, neste caso, equivalendo à *autoriza-*

ção, e *qualificada*, equiparando-se, neste caso, à *licença*. Na primeira hipótese é *precária*, podendo ser desfeita a qualquer tempo, sem indenização; na segunda hipótese, é *vinculada* a termo futuro fixado, caso em que constitui direito adquirido à exploração do serviço ou ao uso do bem público até a época fixada (Cf. nosso artigo *Regime jurídico das permissões de uso no Brasil*, em RDA 101/24-43)

Cumprido, por fim, traçar a diferença entre *autorização* e *concessão*, começando-se por assinalar que a primeira destas figuras se inscreve entre os atos *administrativos unilaterais* (ao lado da *permissão*, da *licença*, da *admissão*) e a *concessão* se inclui entre os *contratos administrativos*.

Fixado o entendimento de que a *concessão* é um contrato (cf. nosso *Tratado*, 1966, v. III, p. 117 a 129), cumpre salientar que, mediante acordo com o Estado, “um terceiro adquire um direito, fundado na apreciação discricionária da Administração”, “com base no consenso do interessado, o qual se manifesta sob a forma de pedido ou, pelo menos, de aceitação” (CINO VITTA, *Diritto amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., 1949, v. I, p. 347).

ALESSIO contrapõe as *concessões* (atos *constitutivos* com os quais a Administração confere direito a outro sujeito) às *autorizações*, que consistem na remoção de obstáculo posto por uma norma jurídica (limitação) à liberdade material do sujeito, que vem assim reconstituída. O ato de *autorização* tem caráter *constitutivo* e não *declaratório*, porque, antes dele, o sujeito não tem o exercício do seu direito. Continua ALESSIO explicando que as diferenças entre a *concessão* e a *autorização* são evidentes. Quem obtém a *concessão* de uma mina adquire direito que antes não tinha e que pertencia, anteriormente, à Administração. Ao contrário, quem obtém *licença para construir* ou *permissão para porte de armas para caçar* não obtém o conferimento de nenhum direito que não tivesse antes. O *direito de construir* diz respeito a todo aquele que tem a propriedade do solo. A possibilidade física de caçar e

de portar armas pertence a todos os indivíduos, sendo que também a liberdade jurídica de fazê-lo penetra no seu direito de liberdade ou de personalidade. Apenas tais sujeitos, que já possuem tais direitos, não podem exercê-los sem permissão da autoridade administrativa. Esta é que intervém na remoção do obstáculo que o direito objetivo levantou para o referido exercício, mas na outorga da *licença* ou da *permissão*, na *autorização*, em suma, não se transfere ao sujeito estranho nenhum direito que ele não tivesse, nem se estabelece entre ele e a Administração relação alguma de *sucessão*: só se lhes permite o exercício de direito que já lhe pertencia (cf. ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.<sup>a</sup> ed., 1949, v. II, p. 180-181).

ZANOBINI explica que o vocábulo *concessão* é usado com muitíssimos significados, alguns dos quais impróprios; mesmo, porém, reduzida ao significado técnico, a palavra designa numerosas figuras de atos administrativos. Traço comum, porém, a tais atos é o efeito, que lhes é peculiar, de conferir a uma ou a mais pessoas estranhas à Administração novas capacidades ou novos direitos e poderes, mediante os quais fica ampliada sua esfera jurídica (*Corso di diritto amministrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., 1950, v. I, p. 211) Deve-se entender que os direitos derivados da concessão devem ser próprios do Estado ou, regra geral, da Administração pública concedente, consistindo, assim, a concessão, em outras palavras, na transferência de faculdades do ente público para o ente privado (ZANOBINI, *Corso*, 6.<sup>a</sup> ed., 1950, v. I, p. 211)

A seguir, ZANOBINI classifica as concessões em *translativas* e *constitutivas*, as primeiras transferindo poderes próprios da Administração, as segundas, fundadas em poderes atribuídos pelas leis à Administração, o que leva esta a constituir em outros sujeitos novas faculdades ou novos direitos” (*Corso*, 6.<sup>a</sup> ed., 1950, v. I, p. 211) A distinção entre os dois tipos de concessões reveste-se de importância prática, porque nas *translativas* ocorre uma verdadeira *sucessão* do particular no exercício de direitos da Administração, pelo que o conteúdo

destes determina as faculdades que podem ser concedidas ao particular, ao passo que nas *constitutivas*, o direito, formando-se *ex novo* no particular, não encontra nenhum precedente sobre o qual possa ser medido, nos direitos do ente público (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., 1950, v. I, p. 212).

SANTI ROMANO, que atribui às concessões a natureza de atos *discricionários* (cf. *Corso*, 3.<sup>a</sup> ed., 1937, p. 240), dividindo-os, depois, em *unilaterais* e *convencionais*, ensina que “a figura da concessão ocorre todas as vezes que a Administração transmite a outros um de seus poderes ou um de seus direitos, ou, quando na base de um seu poder ou direito, que ficam assim limitados, ela constitui novo direito ou poder em benefício de outros. Em outros termos, a concessão implica perda ou limitação do cedente e, ao mesmo tempo, aquisição do cessionário e, pois, certa relação de sucessão entre um e outro” (SANTI ROMANO, *Corso*, 3.<sup>a</sup> ed., 1937, p. 240). A seguir, classifica as sucessões em *translativas* e *constitutivas*, consistindo as primeiras na passagem de um sujeito a outro de bem ou direito, perdido pelo primeiro e conquistado pelo segundo, consistindo as segundas quando, com base em poder ou em direito mais amplo, se dá vida, a favor de um outro sujeito, a poder ou a direito menos amplo e diverso” (SANTI ROMANO, *Corso*, 3.<sup>a</sup> ed., 1937, p. 240).

Em suma, deixando-se de lado a concessão, cuja natureza é a de *contrato de direito público*, celebrado por certo tempo entre o poder público concedente e o particular concessionário, objetivando (a) a exploração de serviço público ou (b) a utilização privativa de bem público, os demais institutos são atos *administrativos*, de natureza discricionária, como a *autorização* e a *permissão*, de natureza vinculada como a *admissão* e a *licença*. Por sua vez, a *autorização* e a *permissão*, outorgadas por determinado prazo, classificam-se como *qualificadas*, ao contrário das outorgas “sem tempo pré-fixado”, o que as caracteriza como *precárias*.

### 9. Nossa definição de autorização.

No direito brasileiro, a *autorização* significa não só (a) a outorga de competência especial, dada por um órgão a outro, dentro do aparelhamento administrativo, como (b) a anuência do órgão legislativo para que o chefe do executivo se ausente do país por determinado tempo, ainda, por fim, e é este o sentido que nos interessa,

(c) o ato administrativo unilateral e discricionário, mediante o qual a Administração faculta ao particular o exercício de atividade, removendo, para tanto, o obstáculo legal impeditivo. Removida a barreira, surge o direito.

Ainda entre nós *autorização* é o ato administrativo unilateral e discricionário, mediante o qual a Administração faculta ao particular a utilização privativa do bem público.

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” da outorga, pelo interessado.

Note-se que, diversamente do que entendem os autores italianos, a *autorização*, removendo obstáculos, não faculta ao particular o “exercício de direitos”, já preexistentes, o que entraria em conflito com a natureza discricionária do instituto. Nem com a *autorização* se originam direitos para o administrado. O que a *autorização* faz é uma “derrogação da proibição legal”, possibilitando ao particular o desempenho, em concreto, de uma “potencialidade”.

É evidente que, do exercício da atividade autorizada, podem surgir direitos, mas estes não derivam da *autorização*, em si, nem preexistiam antes da outorga.

### 10. Conclusão.

Estabelecido o conceito do instituto da *autorização*, bem como fixada, de modo inequívoco, a respectiva natureza jurídica

dica desse singular tipo de anuência do poder público, em relação a atividade do particular, é possível delinear o regime jurídico dessa *figura iuris* dentro do direito brasileiro, salientando os seguintes pontos principais: (a) autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário, mediante o qual a Administração, 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; (b) a autorização classifica-se em *simples*, quando outorgada por tempo indeterminado, *qualificada*, quando outorgada por tempo determinado, sendo, no primeiro caso, precária, sendo, no segundo caso, protegida pela palavra da Administração; (c) o sujeito beneficiado pela autorização não tinha direito algum preexistente, pois não há direito contra texto expresso de lei proibitivo; (d) a autorização de modo algum se confunde com outros institutos, tais como a *permissão*, a *admissão*, a *licença* e a *concessão*, todos com diferenças específicas inequívocas, que impedem a identificação (a *concessão* é *contrato*; a *admissão* é *ato vinculado*; a *licença* gera *direitos*); (e) 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 com 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-se cânone expresso da lógica conceitual; por fim, não basta o simples rótulo (*licença* ou *autorização*) para inferir-se a natureza da outorga.