

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MATEUS DOMINGUES GRANER

REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO REGULAR DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO
COLETIVO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS

CURITIBA

2022

MATEUS DOMINGUES GRANER

REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO REGULAR DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO
COLETIVO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Área de concentração: Direito do Estado

Linha de Pesquisa: Direito, Poder e Controle

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

CURITIBA

2022

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Graner, Mateus Domingues

Regime jurídico do serviço regular do transporte rodoviário coletivo interestadual de passageiros / Mateus Domingues Graner. – Curitiba, 2022.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Emerson Gabardo.

1. Transporte rodoviário. 2. Transporte coletivo.
3. Regulação (Direito). 4. Serviços públicos. I. Gabardo, Emerson. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626



**ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO
GRAU DE MESTRE EM DIREITO**

No dia oito de abril de dois mil e vinte e dois às 19:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPEF, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **MATEUS DOMINGUES GRANER**, intitulada: **NOVO REGIME JURÍDICO DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO COLETIVO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS**, sob orientação do Prof. Dr. EMERSON GABARDO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: EMERSON GABARDO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), CRISTIANA MARIA FORTINI PINTO E SILVA (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS), GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, EMERSON GABARDO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 08 de Abril de 2022.

Assinatura Eletrônica

12/04/2022 13:05:32.0

EMERSON GABARDO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

20/04/2022 11:11:54.0

CRISTIANA MARIA FORTINI PINTO E SILVA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS)

Assinatura Eletrônica

11/04/2022 14:12:50.0

GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)



TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **MATEUS DOMINGUES GRANER** intitulada: **NOVO REGIME JURÍDICO DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO COLETIVO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS**, sob orientação do Prof. Dr. EMERSON GABARDO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 08 de Abril de 2022.

Assinatura Eletrônica

12/04/2022 13:05:32.0

EMERSON GABARDO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

20/04/2022 11:11:54.0

CRISTIANA MARIA FORTINI PINTO E SILVA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS)

Assinatura Eletrônica

11/04/2022 14:12:50.0

GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

TERMO DE ALTERAÇÃO DO TÍTULO DA DISSERTAÇÃO

No dia oito de abril de dois mil e vinte e dois, a Banca Examinadora da dissertação do mestrando MATEUS DOMINGUES GRANER, intitulada “NOVO REGIME JURÍDICO DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO COLETIVO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS”, sugeriu, no ato da defesa, a alteração do título. Assim, retificou-se para “REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO REGULAR DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO COLETIVO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS”.

Curitiba, 10 de junho de 2022.



EMERSON GABARDO

AGRADECIMENTOS

Escrever a dissertação é uma tarefa individual, mas este trabalho acadêmico apenas pôde ser concluído graças a diversas pessoas.

Agradeço aos meus pais, Roberto Carlos Graner e Maria Silene Domingues Graner, pelo esforço que sempre tiveram para permitir que ingressasse em uma universidade pública e continuasse a estudar. Sem eles não teria chegado aqui. Também, minha irmã Milena Graner foi fundamental no meu apoio pessoal, pois nossas conversas leves e agradáveis ajudaram muito.

Agradeço à minha noiva Clara de Meiroz Luchtemberg, verdadeira companheira de vida, a quem sou grato pela paciência, cuidado e amor.

Agradeço ao Prof. Emerson Gabardo, porque acreditou e me incentivou nesta pesquisa. Seu direcionamento desde o projeto de pesquisa foi fundamental, advertindo e aconselhando sobre os rumos que estava tomando. Suas críticas amadureceram não só o trabalho, mas também me ensinaram muito. Sou grato por ter sido orientado pelo profissional e referência que é.

Agradeço a todos os colegas do NINC e NUPED: William Aponte, Giulia de Rossi Andrade, Everton Menengola, Juliana Horn Machado, Fabio Santos, Pablo Ademir de Souza, Daniel Castanha de Freitas e, especialmente, Lucas Saikali, pela parceria na revisão desta dissertação e pelas sugestões.

Agradeço aos colegas advogados que tiveram papel decisivo neste trabalho: Emerson Fukushima, William Hosaka e Daniel Borda.

Agradeço, por fim, a todos os professores das disciplinas no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, pois os ensinamentos foram valiosos e importantes para esta dissertação. Por fim, a todos os colegas e servidores desta casa que é a UFPR.

RESUMO

A pesquisa utiliza o método lógico-dedutivo para analisar se o serviço regular do transporte rodoviário interestadual de passageiros (TRIP) é serviço público, considerando especialmente os artigos 21, XII, “e”, 175; 5º, XV, e 6º, da CF, em face do regime jurídico previsto na Lei nº 10.233/2001 (com as alterações da Lei nº 12.996/2014) e na Resolução ANTT nº 4.770/2015. Para este objetivo, foram analisadas as principais características quanto à forma que o setor era regulado, desde o seu início, na primeira metade do séc. XX, até o atual regime jurídico. Também, discorreu-se sobre as demais modalidades de transporte interestadual, para contextualizar o serviço regular e delimitar o objeto de pesquisa. Em seguida, o novo regime do serviço regular do TRIP foi estudado, com ênfase nos instrumentos de delegação (autorização, permissão e concessão), requisitos para obtenção das autorizações, transferência de mercados e controle societário, remuneração das transportadoras, impossibilidade de reequilíbrio-econômico-financeiro, penalidades e formas de extinção das autorizações. Adota-se uma classificação dicotômica entre serviços públicos (e neste aspecto, com ênfase na corrente publicista que privilegia o critério formal) e atividades econômicas em sentido estrito, mas reconhecendo diferentes graus de intensidade em cada uma das espécies, com predominância do regime jurídico público, na primeira hipótese, e do privado, no segundo caso. Defende-se que as atividades descritas no art. 21, XI e XII, da CF, não são necessariamente serviço público, porque a Constituição Federal conferiu ao legislador infraconstitucional uma ampla competência para escolher em cada caso o regime jurídico mais adequado. A lei poderá caracterizar determinada atividade como serviço público ou atividade econômica em sentido estrito. Conclui-se que o serviço regular do TRIP foi “privatizado” ou “despublicizado”, não sendo mais serviço público, considerando a Lei nº 10.233/2001 e suas alterações. Por consequência, não há inconstitucionalidade no modelo de autorizações, sem um dever de licitar – salvo nas hipóteses de inviabilidade técnica, operacional e econômica.

Palavras-chave: Transporte rodoviário interestadual. Intervenção do Estado. Regulação. Serviço público. Autorização.

ABSTRACT

The research uses the logical-deductive method to analyze whether the regular interstate road transport service of passengers (TRIP) is a public service, considering art. 21, XII, CF; and art. 175, CF; art. 5º, XV, CF; and art. 6, CF, in view of the legal regime provided by Law No. 10.233/2001 (with the amendments of Law No. 12.996/2014) and ANTT Resolution No. 4.770/2015. For this purpose, it was explained the main characteristics of how this sector was regulated, since its origins, in the first half of the 20th century, up to the current legal regime. Also, the other modalities of interstate transportation were presented, in order to contextualize the regular service and delimit the object of the research. Then, the new regime of the regular service (TRIP) was analyzed, with emphasis on the delegation instruments (authorization, permission and concession), requirements for obtaining authorizations, transfer of markets and corporate control, remuneration of carriers, impossibility of financial recovery, penalties and forms of extinction of authorizations. A classification of public services is adopted (and in this aspect, with emphasis on the publicist position that privileges the formal criteria) and economic activities in the strict sense, but also recognizing different degrees of intensity for each of these two, with predominance of the public legal regime in the first hypothesis and of the private one in the second case. It is advocated that the activities described in art. 21, XI and XII, of the CF, are not necessarily public service, since the Constitution has granted the infraconstitutional legislator the authority to choose the best suited legal regime of each activity. It is concluded that the regular service of TRIP was "privatized" or "depublicized", no longer being public service, considering Law No. 10.233/2001 and its amendments. There is no unconstitutionality in the authorization model, without a duty to bid – except in the cases of technical, operational and economic unfeasibility.

Keywords: Interstate road transport. State intervention. Regulation. Public service. Authorization.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I. PANORAMA GERAL DO TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS	18
I.1 Breve contexto histórico regulatório do setor pelo DNER	18
I.2 Breve contexto histórico regulatório do setor pelo DTR	26
I.3 Breve contexto histórico regulatório do setor pela ANTT	28
I.4 Estado da arte: a concentração nos mercados do serviço regular do TRIP	37
I.5 Transporte regular interestadual rodoviário de passageiros	40
I.6 Transporte regular interestadual semiurbano de passageiros	42
I.7 Transporte de passageiros por fretamento	44
I.8 Plataformas digitais de intermediação de transporte de passageiros	46
CAPÍTULO II. REGIME JURÍDICO DO TRIP	50
II.1 As dificuldades do modelo de regulação contratual	50
II.2 Instrumentos de delegação no TRIP: concessão, permissão e autorização	54
II.3 Requisitos para obtenção do Termo de Autorização para serviços regulares e de fretamento	59
II.4 Outorga de mercados e Licença Operacional (LOP)	65
II.5 Transferências de mercados e controle societário	71
II.6 Remuneração da transportadora por tarifa	74
II.7 Reequilíbrio econômico-financeiro	79
II.8 Penalidades e formas de extinção	83
CAPÍTULO III. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO REGIME JURÍDICO DO TRIP	88
III.1 Discussão judicial objeto das ADI nº 6270/DF e ADI nº 5549/DF	88
III.2 Serviços públicos como intervenção estatal e sua relação com o modelo de Estado Social	91
III.3 Critérios subjetivo, material e formal da noção de serviço público	96

III.4 Principais noções de serviço público no Brasil	98
III.5 Instrumentos para o exercício de atividades econômicas	110
III.6 O serviço regular do TRIP é serviço público?.....	124
III.7 Dever de licitar para as licenças operacionais (LOP).....	130
III.8 Serviço regular do TRIP como atividade econômica em sentido estrito.....	135
CONCLUSÃO.....	141
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	148

PRÓLOGO

No início da graduação na UFPR eu era um assíduo usuário do transporte coletivo interestadual de passageiros para visitar a cidade de meus pais e amigos, à época, Piracicaba/SP. Intrigava-me o fato de que, quando comprava a passagem de Curitiba/PR a Piracicaba/SP, aparecia no bilhete de passagem como linha “Erechim/RS-Rio Claro/SP”. Mas, após embarcar no ônibus, logo deixava o questionamento de lado. Posteriormente atuei profissionalmente como advogado para uma empresa de transporte coletivo de passageiros, oportunidade em que pude finalmente entender o porquê de haver uma linha de duas cidades tão pequenas, relativamente inexpressíveis e muito distantes. O motivo era explorar as muitas seções interestaduais nesta linha, sobretudo com destino ou origem de Curitiba para as cidades do interior de São Paulo, cidades com significativa população e, conseqüentemente, com maior demanda de passageiros. No tempo em que atuei profissionalmente na área me despertou muito a atenção o cenário de grandes mudanças e incertezas que ocorria no transporte rodoviário interestadual de passageiros (TRIP).

O novo marco regulatório do TRIP, introduzido pela Lei nº 12.996/2014 (que alterou a Lei nº 10.233/2001), estabelecia que não seria mais necessária a permissão, precedida de licitação, para o serviço regular. O que era inovador no setor não era apenas a forma (autorizações e licenças), mas principalmente a opção de abrir o mercado para novas transportadoras e transportadoras que atuavam em outras linhas, permitindo a liberdade tarifária. Cenário completamente diferente do transporte rodoviário intermunicipal no Estado do Paraná, com limitação de transportadoras nas linhas e com tarifas fixadas pelo Departamento de Estradas e Rodagens (DER/PR). Assim surgiu a principal motivação para a escolha do tema.

A importância do tema objeto da pesquisa se dá pelo grande impacto em um setor extremamente crucial para o País, que é o transporte coletivo interestadual de longa distância (não é objeto o transporte interestadual semiurbano). As significativas alterações atingem milhões de pessoas que utilizam o serviço para viagens com as mais diversas finalidades: turismo, lazer, trabalho, estudos etc. Tem-se muitos riscos: as passagens podem aumentar significativamente, considerando a liberdade tarifária das transportadoras; pode não haver transportadoras para atender determinados mercados; pode haver inviabilidade na exploração de determinados mercados, pelo aumento de transportadoras e divisão dos usuários entre elas, fazendo com que não seja rentável o

transporte para nenhuma delas, o que poderia levar a consequências negativas para os usuários ao final, já que transportadoras deixariam de atender aquela linha. A despeito da relevância que o assunto desperta, poucos são os trabalhos acadêmicos existentes na literatura que abordam com especificidade o tema.¹

Neste contexto, o objetivo da dissertação é verificar se o novo marco regulatório do serviço regular do TRIP é constitucional, tendo em vista que o art. 21, XII, alínea “e”, da CF, fala em “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão” os “serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros”. O ponto crucial está na investigação e análise se o serviço regular do TRIP é um serviço público (sujeito a um regime público) ou uma atividade econômica em sentido estrito (sujeito a um regime privado) ou uma espécie de meio-termo, como serviços econômicos de interesse geral. Isto porque as mencionadas posições geram consequências diferentes. Notadamente, na primeira hipótese, o novo marco regulatório seria inconstitucional pela violação ao dever de licitar (art. 175, da CF), já nas demais hipóteses não haveria inconstitucionalidade por este motivo.

Para responder este problema utilizei o método lógico-dedutivo, partindo da cronologia histórica da regulação da atividade e dos pressupostos teóricos de modelo de Estado e serviço público para, então, analisar o caso concreto e particular do setor de transporte interestadual de passageiros, por meio de bibliografia (predominantemente da doutrina nacional) e da legislação pertinente. A abordagem também é apenas descritiva do novo regime jurídico do serviço regular do TRIP, em que pese crítica. Não adentro propriamente no mérito se o regime legal adotado pelo legislador e pela ANTT é o melhor possível e se deveria ser alterado ou não, porque para esta resposta, reputo que seja necessária uma análise empírica se mais cidades passaram a ser atendidas, com maior ou menor frequência de viagens, se os preços aumentaram, diminuíram ou se permaneceram os mesmos, se a qualidade aumentou etc. São questões que precisam ser monitoradas, especialmente pela ANTT, e periodicamente precisam ser expostas para nortear a decisão

¹ BINENBOJM, Gustavo. Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 09, nº 3, p. 1268-1285. SCHILLER, Alexandre Ortigão S. Buarque. *Sistema de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros no Brasil: concorrência, falhas de governo e reflexos regulatórios*. Rio de Janeiro, 2018. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERRAZ, Pedro da Cunha. *Dilemas regulatórios na prestação do serviço de transporte coletivo rodoviário interestadual e internacional de passageiros: a autorização de serviço público na lei nº 10.233/01 ante as inovações tecnológicas que impactam o setor de transportes*. In *Direito e infraestrutura: rodovias e ferrovias – 20 anos da Lei nº 10.233/2001*/ Sebastião Botto de Barros Tojal, Jorge Henrique de Oliveira Souza (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2021.

de manter o regime atual ou modificá-lo. A fase de acompanhamento dos resultados, da análise de impacto regulatório (AIR), por exemplo, pode ser uma importante ferramenta para esta finalidade.

A estrutura da dissertação foi dividida da seguinte forma:

No capítulo 1 procurei apresentar o histórico regulatório do objeto da pesquisa (serviço regular do TRIP), como era a outorga e a regulamentação desde o início da atividade no Brasil, na primeira metade do séc. XX, mostrando como chegou-se no atual marco regulatório. Também, ainda que brevemente, exponho pesquisas realizadas por economistas que analisam a concentração econômica no serviço regular do TRIP. Em seguida, abordo alguns conceitos essenciais para a compreensão do tema: diferenciação dos tipos de transporte, suas características, assim como um novo tipo de personagem, as plataformas digitais de intermediação entre passageiros e transportadoras.

No capítulo 2 exponho e analiso propriamente o novo marco regulatório, sobretudo a Resolução ANTT nº 4770/2015, que regulamenta a Lei nº 10.233/2001. Primeiro analiso as prováveis razões para a ANTT ter adotado o regime de autorização e não o modelo contratual, comum no transporte intermunicipal e municipal. Nos demais subitens discorro sobre os principais aspectos, como os requisitos para obtenção do Termo de Autorização (TAR) e para as Licenças Operacionais (LOP), a questão das transferências dos mercados e controle societário, as implicações da liberdade tarifária, da inexistência de um dever de reequilíbrio econômico-financeiro e as penalidades e formas de extinção das autorizações.

No capítulo 3, inicialmente apresento as ADI nº 6270/DF e ADI nº 5549/DF, que tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF) e discutem a constitucionalidade do novo marco regulatório do serviço regular do TRIP. No subitem III.2, partindo de um modelo de Estado Social, busco expor em linhas gerais a avaliação que deve ser feita pelo Estado, se cabe estimular um cenário concorrencial ou se é benéfico uma intervenção mais intensa para induzir os fins sociais. Nos itens seguintes, III.3 ao III.6, analiso os principais referenciais teóricos sobre o complexo tema dos serviços públicos, assim como os instrumentos da concessão, permissão e autorização. Concluo, conforme o conceito de serviço público adotado, que o serviço regular do TRIP não é serviço público, mas atividade econômica em sentido estrito. No item III.7 esclareço as hipóteses em que a autorização é ato vinculado e quando deve ser realizado processo seletivo público. Então, no subitem seguinte, discorro quanto ao conceito de atividade econômica privada adotado e o que é o regime predominantemente privado do serviço regular do TRIP.

A pesquisa se insere na área de concentração “Direito do Estado” e a linha de pesquisa do Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR), “Direito, Poder e Controle”, que visa realizar um estudo crítico-analítico sobre os mecanismos de controle e regulação da Administração Pública Direta e Indireta. Há relação também com o projeto de pesquisa do prof. Emerson Gabardo “Eficiência e legitimidade do Estado social de Direito: interesse público e desenvolvimento humano em tempos de retrocesso”, o qual busca promover pesquisas mediante a análise de doutrina, legislação, dados governamentais e decisões judiciais que investiguem mecanismos de desestruturação do modelo de bem-estar social.

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país de proporções continentais e um dos modais de transporte mais importantes para o deslocamento de pessoas é o rodoviário, sobretudo para longas distâncias. O transporte rodoviário interestadual de passageiros (TRIP) teve início na primeira metade do séc. XX, por iniciativa de particulares que importaram veículos e os adaptaram para o transporte². Atualmente, são aproximadamente 8 mil ônibus para a prestação de serviços regulares e 20 mil veículos para o transporte por fretamento, movimentando mais de 90 milhões de usuários em 2019 e 46 milhões em 2020 (redução causada pelas necessárias medidas restritivas para enfrentamento da pandemia causada pela COVID 19). Trata-se de um serviço extremamente essencial para que milhões de pessoas viajem pelas diversas regiões do país, utilizando a malha rodoviária de aproximadamente 1,7 milhões de quilômetros, sendo 213 mil asfaltados.³

A despeito de sua grande importância, historicamente é um setor que não permitiu uma significativa entrada de novas empresas, mantendo uma reserva de mercado para as transportadoras que já operavam. Tanto é que, mesmo com diversos atos normativos determinando a delegação por meio de concessões (precedidas de licitações), as empresas atuantes seguiram operando com permissões e autorizações precárias, prorrogadas sucessivamente para que não houvesse descontinuidade dos serviços. Depois de 2001 (Lei nº 10.233/2001), a ANTT passou a gerir e controlar o setor, mas o panorama não foi alterado – mesmo com a clara redação para a delegação por permissão, mediante licitação. Até que finalmente o edital de licitação nº 01/2013 foi publicado para delegar todas as linhas do País.

Contudo, antes de ser concluída, a licitação foi revogada, em razão do novo regime jurídico, introduzido pela Lei nº 12.996/2014 (que alterou a Lei nº 10.233/2001), que previu a autorização para o serviço regular do TRIP, independentemente de licitação (salvo no caso de inviabilidade operacional, hipótese que deverá ser realizado processo seletivo público). O objeto de pesquisa desta dissertação é este novo marco regulatório

² WRIGHT, Charles L. A questão do monopólio no transporte rodoviário de passageiros. *Revista dos Transportes Públicos*, ANTP, n. 12, v. 49, p. 5.

³ ANTT. Passageiros transportados nos serviços regulares, semiurbanos e nos serviços fretados. SUPAS/GEOPE. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/conheca-a-supas>. Acesso em: 21 jun. 2021.

para o serviço regular rodoviário do TRIP e o principal objetivo é averiguar a sua constitucionalidade, especialmente em face do art. 21, XII, alínea “e”, da CF e art. 175, da CF, discussão em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF), aguardando julgamento da ADI 5549/DF e ADI 6270/DF.

Não serão analisados os regimes jurídicos do serviço regular interestadual semiurbano de passageiros ou do transporte rodoviário internacional de passageiros, ambos de competência da União, ou do transporte intermunicipal, de competência dos Estados, ou do transporte municipal, competência dos Municípios. Tampouco é o foco desta pesquisa abordar o transporte na modalidade de fretamento ou as plataformas digitais que intermediam usuários e as transportadoras que realizam fretamento. Ainda assim, ao longo do trabalho estes tipos de transporte serão mencionados apenas para melhor situar e contextualizar o tema ou para realizar comparações pontuais.

As construções teóricas sobre serviço público são diversas e o tema é complexo. Seguiu-se uma corrente publicista, no sentido que os serviços considerados pelo sistema jurídico como públicos deverão seguir um regime jurídico público (critério formal), o que inclui o dever de licitar e a outorga pelos instrumentos da concessão ou permissão (art. 175, da CF).

O setor experimenta uma grande insegurança jurídica desde a alteração do marco regulatório, pela Lei nº 12.996/2014. Não apenas porque o regulamento da ANTT (atualmente a Resolução nº 4.770/2015) é constantemente modificado, alterando as regras do jogo, essenciais para um adequado planejamento empresarial. Há um forte *lobby* das tradicionais transportadoras que tentam dificultar a efetiva abertura do mercado e a concorrência em suas linhas, especialmente pelo conceito de concorrência ruína e de inviabilidade técnica, operacional e econômica – muito embora tenham influenciado a própria Lei nº 12.996/2014, quanto ao serviço regular do TRIP, cujo principal objetivo à época era impedir a realização da licitação. Esta disputa de interesses é travada também no Poder Legislativo, tanto é que recentemente foi publicada a Lei nº 14.298/2022, alterando a Lei nº 10.233/2001. Também no Poder Judiciário há uma grande tensão, pois, a depender do julgamento das ADI 5549/DF e ADI 6270/DF, todo o marco regulatório pode ser declarado inconstitucional. Por fim, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem tido um papel relevante, especialmente ao suspender a eficácia das autorizações que a ANTT vinha publicando para as transportadoras.

Neste cenário é que a pesquisa se insere, intentando dogmaticamente analisar o histórico do serviço regular do TRIP, as características do atual regime jurídico e sua

constitucionalidade, de modo a dar continuidade ao tímido debate sobre o tema e auxiliar na resolução da questão.

CAPÍTULO I. PANORAMA GERAL DO TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS

I.1 Breve contexto histórico regulatório do setor pelo DNER

Antes de analisar propriamente o novo regime jurídico do transporte rodoviário coletivo interestadual de passageiros (TRIP), o que será feito a partir do capítulo II, faz-se necessário discorrer, ainda que de forma sucinta, como era a regulação federal no início do setor e como se chegou até o momento atual. Isto porque é fundamental para a discussão que se tenha ciência sobre as experiências passadas, seja quanto aos erros ou acertos. Considerando as limitações desta pesquisa, especialmente de acesso a dados estatísticos e atos normativos infralegais do séc. XX, não se pretende fazer uma análise histórica aprofundada. A partir dos principais textos normativos do setor, busca-se expor principalmente a forma de outorga dos serviços regulares do TRIP, entre outros aspectos pertinentes.⁴

Sob pena de incorrer no óbvio, o transporte rodoviário coletivo de passageiros depende primordialmente de veículos e de estradas ou rodovias. No início do séc. XX começaram a surgir no Brasil os primeiros veículos automotores, que motivaram a construção de rodovias (também chamadas de “estradas de rodagens”, expressão que dá nome até hoje a diversas agências reguladoras estaduais) e, conseqüentemente, mudariam a política dos transportes, que até então era predominantemente ferroviária. Para que se tenha uma noção, a quilometragem de estradas à época era extremamente incipiente: em 1930 havia apenas 2255 km de rodovias e 5917 km estradas “carroçáveis” (estradas extremamente precárias, utilizáveis apenas em alguns períodos do ano). Neste contexto é que foi eleito o Presidente Washington Luís, com o lema “Governar é Abrir Estradas”, tendo sido um dos grandes responsáveis para o desenvolvimento das rodovias no Brasil e, conseqüentemente, das bases para o transporte rodoviário coletivo de passageiros. As

⁴ Para uma análise histórica mais aprofundada do TRIP, desde as tentativas rodoviárias do Império, passando pela República, órgãos de transporte e as constituições federais até o início da década de 90, inclusive com a regulamentação das portarias e circulares do DNER (até 1965), vide a obra do então advogado que teve intensa atuação no setor representando as transportadoras: GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros: um acrescentamento histórico*. Brasília: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros, 1999.

principais estradas foram construídas nesse período, como as antigas Rio-São Paulo e Rio-Petrópolis (1ª rodovia asfaltada, em 1928).⁵

O primeiro Plano de Viação Nacional (Decreto nº 24.497, de 29 de junho de 1934) foi uma das primeiras políticas públicas para intentar organizar e avançar a infraestrutura rodoviária do Brasil (curioso apontar que, pelo art. 17, IX, da Constituição de 1934, era proibido à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrarem, sob qualquer denominação, impostos de viação ou de transporte ou tributos que gravassem ou perturbassem a livre circulação de bens, pessoas ou veículos).

O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) foi criado em 1937 pela transformação da Comissão de Estradas de Rodagem Federais e tinha por competência o plano geral de estradas de rodagem nacionais e posteriormente a competência para regular o TRIP. Até 2001 foi o principal órgão da Administração Pública Federal no que tange ao setor em questão.⁶ De todo modo, o desenvolvimento rodoviário começou a ocorrer apenas no início da década de 1940, principalmente em decorrência das guerras mundiais, isto porque a antiga e única via regular de tráfego do Sul com o Norte do Brasil era pela costa atlântica, que se acreditava perigosa pelas disputas navais. A somar, o sistema ferroviário já não satisfazia as necessidades da época.

O primeiro Plano Rodoviário Nacional (Decreto nº 15.093 de 20 de março de 1944) pretendia ligar o país com 27 linhas, sendo 6 rodovias longitudinais (norte-sul), 15 transversais (leste-oeste) e 6 ligações entre rodovias, em um total de 38.491 km. Ao final da década de 40, o transporte rodoviário tomou impulso notável. Entre 1948 e 1953, o movimento interestadual de cargas transportadas por rodovias aumentou em 400% (enquanto o marítimo 50% e o ferroviário permaneceu estável). Em 1955, apesar do impulso na construção de estradas, a maioria delas ainda era estadual ou municipal, sendo que as estradas da União totalizavam apenas 13.994 km, equivalente a menos de 5% da rede total do país.⁷ As estradas e posteriormente as rodovias construídas a partir da década

⁵ Em 1926, o engenheiro Joaquim Catambry (que serviria de nome para o Plano Catambry) apresentou plano geral para base da rede rodoviária do Brasil, no qual se propôs a criação de duas categorias de rodovias: estradas federais ou troncos de penetração e estradas estaduais ou de união dos Estados (originalmente 17 estradas-tronco e 12 linhas de união) – contudo, não foi aprovado. Para maior aprofundamento histórico, vide: COIMBRA, Crêso. *Visão Histórica e Análise Conceitual dos Transportes no Brasil*. Rio de Janeiro: CEDOP, 1974, p. 169-178. Também, MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. *Transportes no Brasil – Síntese Histórica*. Disponível em: <https://antigo.infraestrutura.gov.br/conteudo/136-transportes-no-brasil-sintese-historica.html>. Acesso em: 07 jun. 2021.

⁶ Criado pela Lei nº 467, de 31 de julho de 1937, e Decreto n. 3082, de 17 de setembro de 1938.

⁷ COIMBRA, Crêso. *Visão Histórica e Análise Conceitual... Op. Cit.*, p. 197-208.

de 1940 foram as principais vias responsáveis pela integração nacional e propiciaram as condições para que o transporte rodoviário de passageiros pudesse expandir-se, aumentando os fluxos de pessoas no território brasileiro.⁸

Exposto este breve panorama das rodovias, o transporte rodoviário de passageiros por ônibus começou por iniciativa de particulares que adquiriram veículos importados ou adaptaram caminhões para essa finalidade.⁹ O primeiro ato legal significativo para o setor (não, todavia, propriamente um regulamento) foi o que se chamou de “Instruções para o Licenciamento em Caráter Precário de Veículos Destinados ao Transporte Coletivo de Passageiros nas Estradas de Rodagem Federais”, aprovado por despacho do Presidente da República Eurico Gaspar Dutra, de 26 de maio de 1946, publicado no Diário Oficial de 14 de junho de 1946 (doravante “Instruções”). Nesse ato reuniram-se esparsas ordens oficiais e fixou-se um arcabouço mínimo de normas e regras para disciplinar o TRIP. Os 56 artigos discorreram sobre licenças, fiscalização, multas e veículos. Embora as Instruções não fossem lei em sentido formal, eram recebidas e acolhidas nos pleitos administrativos e judiciais como se assim fossem.¹⁰

Estas Instruções não foram editadas com um rigor conceitual, de modo que não ficou definido por tal ato legal qual foi o caráter jurídico da outorga. Prova disso é o Decreto-Lei nº 20.164/1945, que atribuía ao DNER a competência para a “concessão de transporte coletivo” (art. 13, II), mas em outros trechos se falava em “licenças para o serviço de transporte coletivo de passageiros” (art. 1, V). Da mesma forma, as Instruções mencionavam indistintamente autorização, licença e concessão (não os termos permissão ou permissionária).

O que de fato havia era a assinatura de um Termo de Obrigações, com a declaração do caráter precário do serviço. Aliás, as próprias Instruções foram feitas com a intenção de serem transitórias, presumindo que seriam substituídas por uma lei específica (item 4 da Exposição de Motivos 221-GM, de 14/05/1946); porém, acabaram disciplinando o TRIP por cerca de 25 (vinte e cinco) anos.¹¹

Por um lado, esta “licença” para exploração do serviço era conferida a qualquer entidade com personalidade jurídica, desde que apresentasse um requerimento simples e

⁸ SANTOS, Bruno Candido dos. Divisão territorial do trabalho, rede urbana e transporte rodoviário interestadual de passageiros no Brasil. *Revista Transporte Y Territorio*, n. 20, jan-jun, p. 140-146. Disponível em: <https://doi.org/10.34096/rtt.i20.6387>. Acesso em: 15 dez. 2021.

⁹ WRIGHT, Charles L. A questão do monopólio no transporte rodoviário de passageiros. *Revista dos Transportes Públicos*, ANTP, n. 12, v. 49, p. 5.

¹⁰ GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário... Op. Cit*, p. 99.

¹¹ GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário... Op. Cit*, p. 98 e 104.

os documentos indicados (art. 1º e 4º, das Instruções), o que em tese teria contribuído para a abertura do mercado. Por outro lado, estas Instruções não incentivaram a concorrência entre as transportadoras na época. O art. 14 até estipulava que esta “licença” poderia ser concedida a mais de uma empresa em uma mesma linha, mas não no mesmo horário e apenas se o DNER verificasse a insuficiência dos serviços existentes e a necessidade de nova empresa, tudo conforme análise estatística e de tráfego. Além disso, o parágrafo primeiro do mencionado art. 14 definia que sempre a empresa atuante seria consultada prévia e obrigatoriamente, antes da “autorização”, sobre a possibilidade de melhorar o serviço de modo a atender as necessidades da região.

Ao contrário do que faz crer uma primeira leitura superficial e isolada do art. 1º e 4º das Instruções, a entrada de novas empresas em linhas já existentes era extremamente difícil, não só pela impossibilidade de disputa de horários (naturalmente, restando disponíveis os menos movimentados e lucrativos), mas também pela dificuldade de se justificar a insuficiência dos serviços e a necessidade de outra transportadora. O DNER possuía discricionariedade para conceder as linhas e, nas palavras elucidativas de Antônio Gômara, advogado das transportadoras da época, “o artigo 14 das “Instruções” trouxe tranquilidade, por largo tempo, às empresas de ônibus”.¹²

Assim, esta regulação, somada à prática recorrente de grupos empresariais que adquiriam transportadoras pioneiras e locais, contribuiu para uma forte concentração de linhas em um número reduzido de grupos empresariais, desde a origem do desenvolvimento do transporte rodoviário de passageiros, especialmente no Nordeste do Brasil.¹³

Pertinente destacar que o art. 40, das Instruções, trouxe especificações técnicas para os ônibus com o intuito de acabar com as chamadas “jardineiras” (ônibus com laterais abertas) e trazer mais segurança e conforto para os usuários.

Durante a Ditadura Militar, com fulcro no art. 2, § 1º, do Ato Institucional nº 5/1968, que autorizava o Poder Executivo a “legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios”, o então Presidente Costa e Silva editou o Decreto-Lei nº 512/1969, que tratava da Política Nacional de Viação Rodoviária. Segundo os art. 1º, e), 25, do Decreto-Lei nº 512/1969,

¹² GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário... Op. Cit.*, p. 100.

¹³ SANTOS, Bruno Candido dos. Divisão territorial... *Op. Cit.*, p. 145-151. Para uma análise das linhas do Nordeste, vide: ALMEIDA, José Ivonaldo Holanda de. Nordeste do Brasil e o monopólio rodoviário de passageiros. *Revista Formação*, n. 3, 1996, p. 145.

era de competência do DNER regular os serviços de concessão, permissão e fiscalização do transporte coletivo de passageiros interestaduais e internacionais (e nas estradas federais ou de ligação).

O primeiro Regulamento do Transporte Coletivo de Passageiros Interestadual por estradas de rodagem sobreveio então com o Decreto nº 68.961/1971 (editado com fundamento no Decreto-Lei nº 512/1969 e no antidemocrático AI nº 5/1968). Estabeleceu que o transporte turístico seria por autorização (art. 12, V, do Decreto nº 68.961/1971) e, estranhamente, previu um duplo regime de outorga para os serviços regulares de transporte rodoviário coletivo de passageiros.

De um lado, o regime de concessão, mediante concorrência, conforme contrato a ser firmado com o(s) vencedor(es) da licitação, pelo prazo de 20 (vinte) anos (renováveis por igual período) – arts. 8º a 11 e 17 a 20, do Decreto nº 68.961/1971. O DNER nunca realizou estas concorrências para a outorga do serviço regular pelo regime de concessão.¹⁴

De outro lado, o regime de autorização, conforme “Termo de Obrigações”, a título precário, tal como nas chamadas Instruções. A autorização para o serviço regular se daria em duas hipóteses: (i) caso fossem realizadas 2 (duas) concorrências, dentro de 90 (noventa) dias, e não houvesse licitantes em nenhuma delas, a primeira transportadora que requeresse a linha, dentro de 6 (seis) meses subsequentes à segunda concorrência fracassada, obteria a autorização (art. 12, III, a), do Decreto nº 68.961/1971); e (ii) caso uma transportadora pretendesse operar linha pioneira, por estradas rudimentares, que não permitisse a utilização de veículo-tipo previsto no regulamento, ligando regiões não atendidas, desde que fosse publicizada a concorrência e não houvesse transportadora (art. 12, III, b), do Decreto nº 68.961/1971). Um ponto que merece destaque: a possibilidade na hipótese (ii), mencionada acima, de conversão automática da autorização em concessão quando a estrada precária pudesse ser “satisfatoriamente explorada, a critério do DNER” (art. 14 do Decreto nº 68.961/1971).

Neste primeiro regulamento não havia a garantia de exclusividade para determinada empresa, mas observa-se desde já a preocupação com a concorrência ruínosa (art. 4º, III, 6º, 12, IV, 34, todos do Decreto nº 68.961/1971).

Em relação às tarifas, o regulamento vedava às transportadoras reduzir os preços ou fracioná-los, sem a devida autorização. Eram fixadas de acordo com o custo

¹⁴ GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário... Op. Cit*, p. 105.

operacional dos serviços e a justa remuneração do investimento (art. 24 a 27 do Decreto nº 68.961/1971).

O regulamento dispôs sobre diversos aspectos do setor: critérios para a licitação, características dos veículos, infrações, penalidades, requisitos para registro das transportadoras, exigências sobre as informações obrigatórias para os bilhetes de passagem, venda de passagens, etc. Sob este ponto de vista, o primeiro regulamento avançou na proteção e garantia do usuário.

Passados quase 2 (dois) anos, o primeiro regulamento foi alterado pelo Decreto nº 71.984/1973. Os art. 3º e 4º, do Decreto nº 71.984/1973, são um exemplo da regulamentação se amoldando à realidade, pois como o DNER não fez nenhuma concessão, então passou a outorgar o serviço regular por autorizações – para isso suprimiu as duas hipóteses que limitavam a outorga por autorização, de modo que pudessem ser amplamente utilizadas. A nova redação previa que a autorização poderia ser outorgada segundo um juízo de “oportunidade e conveniência” do DNER, pelo exame da justa necessidade do transporte, possibilidade de exploração economicamente suficiente e consideração do mercado de outros serviços em execução, concedidos ou autorizados pelo DNER ou por órgãos estaduais ou municipais, evitando-se a concorrência ruínosa ou a redução do aproveitamento da capacidade da linha. Observa-se que a menção e preocupação com a concorrência ruínosa já era invocada desde o início da década de 70.

Definiu-se que a adjudicação seria por uma “seleção sumária entre os interessados” e, segundo Antônio Gômora, esta adaptação permitiu a abertura do mercado com ampla implementação de novas linhas, por todos os recantos do país.¹⁵

Posteriormente, o regulamento foi alterado pelo Decreto nº 81.219/1978, que, em suma, buscou aprimorar o apoio e segurança dos usuários no TRIP. Para isso foi prevista a obrigação do DNER desenvolver um sistema nacional para coordenar os terminais, pontos de paradas e de apoio (posteriormente conhecido como Rodoport). Infelizmente, embora a pretensão tenha sido digna de elogios, tais projetos não foram concretizados na prática.¹⁶

Na sequência, foi publicado o Decreto nº 84.612, de 2 de abril de 1980, que inovou ao estabelecer a penalidade de cassação da autorização ou concessão, caso os empregados da transportadora fossem remunerados abaixo dos valores mínimos da planilha tarifária.

¹⁵ GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário... Op. Cit.*, p. 105.

¹⁶ GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário... Op. Cit.*, p. 106

Não obstante, a tentativa foi posteriormente invalidada pela Justiça do Trabalho, pela incompetência do DNER para instituir obrigatoriamente salário profissional para a categoria.¹⁷

De acordo com levantamento, a partir de dados do DNER do ano de 1985, na grande maioria das linhas (mais precisamente 91,2% delas) apenas havia uma única empresa que prestava o serviço; linhas com duas empresas eram raras (correspondiam a apenas 8,6%); já linhas com três empresas operando eram raríssimas (0,2%), apenas nos Estados de São Paulo e Pernambuco.¹⁸

O segundo Regulamento do Transporte Coletivo de Passageiros Interestadual por estradas de rodagem sobreveio com o Decreto nº 90.958/1985 e não apresentou mudanças significativas quanto à forma de outorga e exploração do TRIP. Apenas a nomenclatura até então utilizada (autorização) é que foi alterada para permissão. Manteve-se então a possibilidade de concessão, através de concorrência pública, ou de permissão, através de seleção sumária de transportadora (art. 11, do Decreto nº 90.958/1985).

Mediante a justificativa de evitar monopólio e interdependência econômica, o regulamento estabeleceu que o futuro “Plano dos Serviços Rodoviários Interestaduais e Internacionais de Transporte Coletivo de Passageiros” é que definiria os regimes e as condições para cada mercado (art. 7º, do Decreto nº 90.958/1985). Conforme o parágrafo único do art. 133, do regulamento, até que tal plano fosse aprovado, o DNER apenas poderia outorgar novas linhas no regime de permissão. Além disso, segundo o *caput* do art. 133, Decreto nº 90.958/1985, todos os serviços regulares que já existiam seriam enquadrados no regime de permissão.

Assim, houve a alteração do termo “autorização” para “permissão”, mas foi apenas nominal, pois seguiu-se com a mesma formalização através de um “Termo de Obrigações” com a vencedora da dita “seleção sumária”, cujos critérios não eram definidos no regulamento, mas delegados aos editais. Alexandre Schiller comenta que seria uma permissão *sui generis*.¹⁹

¹⁷ GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário... Op. Cit.*, p. 106

¹⁸ A ressalva da análise é que não foram contemplados percursos alternativos, isto é, os dados acima levaram em conta ligações entre municípios de diferentes Estados, por exemplo: de Aracaju a São Paulo e não de Aracaju até o Rio de Janeiro e aí até São Paulo, que seria um percurso alternativo (WRIGHT, Charles L. A questão do... *Op. Cit.*, p. 13-14).

¹⁹ SCHILLER, Alexandre Ortigão S. Buarque. Sistema de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros no Brasil: concorrência, falhas de governo e reflexos regulatórios. Rio de Janeiro, 2018. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 20.

Menos de 1 (um) ano depois, o terceiro Regulamento do Transporte Coletivo de Passageiros Interestadual por estradas de rodagem foi aprovado por meio do Decreto nº 92.353/1986. Em grande parte, o terceiro regulamento apenas repetiu o anterior, inclusive nas já mencionadas moratórias à realização de concorrência. Exemplo disso é o art. 139, do Decreto nº 92.353/1986, que seguiu enquadrando os serviços regulares no regime de permissão e estipulou que os “Termos de Obrigações” deveriam ser assinados até o final daquele ano, em 31/12/1986 (dando a entender que tais instrumentos, embora previstos anteriormente, sequer chegaram a ser assinados). A realização de licitação seguiu sendo relegada para o serviço regular. Na representativa síntese de Antônio Gômara, “a concessão ficou no vazio. Também jamais foi pleiteada pelo empresariado, nem, ademais, chegou a ser proposta ou imposta pelas autoridades públicas”.²⁰

Considerando o até aqui exposto, não é equivocado dizer que, desde a gênese do serviço regular do transporte rodoviário coletivo de passageiros, a precariedade foi uma marca constante. Não só pela não realização das concorrências impostas pelos regulamentos, mas pela dificuldade de promover a celebração dos Termos de Obrigações – o mínimo previsto no ordenamento jurídico. Assim, criou-se no Brasil condições para a predominância de monopólios – na maioria das linhas apenas uma empresa operava o serviço.

Pouco antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Decreto nº 96.756/1988, com um artigo apenas, transformou em linhas regulares, no regime de permissão, todos os serviços complementares até então operados nessa condição (viagem parcial, alteração parcial de itinerário, prolongamento e viagem residual, quando não ocorresse alteração de itinerário). O número de linhas abrangido pelo decreto foi considerável e o tema gerou ampla judicialização, na medida em que o DNER se recusava a “regularizar” ditas linhas e as empresas ingressaram com medidas judiciais requerendo a transformação para linhas regulares.²¹

A Constituição Federal, promulgada em 1988, estabeleceu que compete à União explorar o TRIP diretamente ou indiretamente, mediante autorização, permissão ou concessão (art. 21, XII, e), CF). Também, previu que o Poder Público pode delegar a prestação de serviços públicos nos regimes de concessão ou permissão, sempre através de licitação, e a lei disporá sobre o regime do serviço público, o caráter especial do contrato, prorrogação, caducidade, fiscalização e rescisão (art. 175, *caput* e inciso I, da

²⁰ GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário... Op. Cit.*, p. 108.

²¹ GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário... Op. Cit.*, p. 108-109.

CF) – a temática da constitucionalidade das autorizações e licenças do TRIP será devidamente aprofundada no capítulo III.

Em um primeiro momento, na esteira do art. 175, da CF, o Decreto nº 99.072/1990 estipulou que o DNER outorgaria a exploração do TRIP apenas nos regimes de concessão ou permissão, sempre precedidos de licitação, na modalidade de concorrência. Tanto é que determinou a revisão e atualização do regulamento do TRIP para adequar-se à Constituição Federal, no prazo de 90 (noventa dias). Contudo, o Decreto nº 99.072/1990 não passou de “letras mortas”.

I.2 Breve contexto histórico regulatório do setor pelo DTR

A partir de 1990, o DNER deixou de ser o órgão responsável pela gestão do TRIP. Pela Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990, e o Decreto nº 99.244, de 10 de maio de 1990, foram transferidas as competências para o então Ministério da Infraestrutura (MINFRA). Nos anos seguintes houve uma sucessão de órgãos: primeiro o Departamento Nacional de Transportes Rodoviários (DNTR); depois passou-se para a Coordenação Geral de Transportes do MINFRA (Decreto nº 35, de 11 de fevereiro de 1991); em seguida para o Departamento Nacional de Transportes Terrestres (DNNT) – Decreto nº 502, de 23 de abril de 1992; e, então, finalmente para o Departamento de Transportes Rodoviários (DTR) – Decreto nº 731, de 25 de janeiro de 1993. Posteriormente o DTR passou a integrar a Secretaria de Transportes Terrestres (STT) e recebeu a delegação de competência para praticar os atos quanto à organização, coordenação, controle, outorga e fiscalização do TRIP (Portaria nº 100/GM/MT, de 27 de março de 1998).

Com o novo ente responsável pelo TRIP, o quarto Regulamento do Transporte Coletivo de Passageiros Interestadual por estradas de rodagem veio com o Decreto nº 952/1993, três anos após o Decreto nº 99.072/1990, que havia estabelecido o prazo de 90 (noventa) dias para adequação com a Constituição Federal – especificamente quanto ao dever de licitar (art. 175, da CF).

Entretanto, o quarto Regulamento não seguiu o art. 175, da CF e, ao contrário do anterior, estipulou que a outorga do TRIP se daria mediante permissão ou autorização, isto é, deixou de prever o regime de concessão. O art. 8º, do Decreto nº 952/1993, estabeleceu que a outorga por permissão seria para os casos de transporte rodoviário regular de passageiros interestadual e por autorização para transporte rodoviário em

período de temporada turística, sob o regime de fretamento e para serviços em caráter emergencial.

O tratamento das tarifas era remetido às licitações; contudo, mais uma vez tais licitações não foram concretizadas. Assim, de acordo com o art. 95, do Decreto nº 952/1993, vigorava a regra das disposições finais e transitórias de que as tarifas em vigor passariam a ser consideradas como tarifas máximas, reajustadas e revisadas periodicamente segundo o art. 24, do Decreto nº 952/1993.

O art. 32 do Regulamento estabelecia os direitos e obrigações do usuário, como a assistência adequada em casos de acidentes, indenização em caso de extravio de bagagens, compra de passagem com data de utilização em aberto, ser ressarcido ou remarcar a passagem dentro de 1 (um) ano da data de emissão, dentre outros. Um ponto digno de nota foi a previsão no art. 5, III, do Decreto nº 952/1993, que as transportadoras do TRIP deveriam aplicar as normas de defesa do consumidor (Código de Defesa do Consumidor, conforme a Lei nº 8.078/1990).

Outra novidade foram os indicadores de boa qualidade dos serviços prestados previstos no art. 71, Decreto nº 952/1993: (i) as condições de segurança, conforto e higiene dos veículos, terminais e pontos de parada; (ii) o cumprimento das condições de regularidade, continuidade, pontualidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na prestação; (iii) a garantia de integridade das bagagens e encomendas; (iv) o desempenho profissional do pessoal da transportadora; e (v) o índice de acidentes em relação às viagens realizadas.

A Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995) trouxe significativos avanços ao estabelecer diretrizes gerais para as concessões, não apenas para os serviços públicos, considerando que estes tipos de contratos possuem uma característica de incompletude ou indefinição, afinal trata-se de concessões por longos períodos, algumas décadas, a depender. Porém, o que é pertinente mencionar para o TRIP é que dita lei novamente possibilitou que as empresas já atuantes no setor pudessem seguir explorando, em regime de autorização e permissão, de forma precária, sem a submissão à licitação (art. 42, caput e artigo 2º, da Lei nº 8.987/1995). Portanto, mesmo com a CF de 1988, o regime de concessão não foi implementado na prática no TRIP – apenas disposições legais, como exposto, que não surtiram efeitos práticos na realidade.

O quinto regulamento foi o Decreto nº 2.521/1998, que manteve o regime de permissão para a delegação do TRIP e, mais grave, manteve a excepcionalidade das empresas operantes por 15 (quinze) anos por meio de decreto presidencial – mais um

exemplo de moratória, conforme o art. 98 do Decreto nº 2.521/1998. O art. 11, do Decreto nº 2.521/1998, era claro ao estabelecer que a realização de licitação para o TRIP era um ato discricionário do Ministério dos Transportes, que decidiria segundo a conveniência e oportunidade, a partir de estudos de mercados.

Este regulamento se preocupou em definir importantes termos e expressões no art. 3º, como uma espécie de glossário. Sem adentrar no mérito das conceituações neste momento, a título exemplificativo, “autorização” era “delegação ocasional, por prazo limitado ou viagem certa, para prestação de serviços de transporte em caráter emergencial ou especial”, já “permissão” era “a delegação, a título precário, mediante licitação, na modalidade de concorrência [...] à pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, por prazo determinado”. Outros pontos serão melhor tratados quando da exposição acerca de cada tipo de transporte, ainda neste capítulo.

No que tange às tarifas, o regulamento conferiu um pouco mais de abertura às transportadoras, permitindo que pudessem praticar tarifas promocionais, desde que fosse comunicado ao Ministério dos Transportes, com 15 (quinze) dias de antecedência. Ao invés de autorização, bastava a comunicação.

Em relação aos indicadores de boa qualidade dos serviços prestados, o art. 76, Decreto nº 2.521/1998 praticamente replicou os anteriores, estabelecendo que as condições de segurança, conforto e higiene seriam apenas dos veículos e não dos terminais ou pontos de parada e apoio.

I.3 Breve contexto histórico regulatório do setor pela ANTT

A Lei nº 10.233/2001 reestruturou a gestão do TRIP, criando o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT) e a Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT), que passou a ter a competência pela regular e supervisionar o TRIP – o regulamento da ANTT foi aprovado pelo Decreto n.º 4.130, de 13 de fevereiro de 2002.

A Resolução ANTT nº 18/2002 (alterada posteriormente) passou a regulamentar o TRIP, mas sem significativas mudanças. Como até aqui exposto, as transportadoras que prestavam o serviço regular interestadual de passageiros seguiam com as permissões precárias. A remuneração era mediante tarifa fixada pela ANTT. Já o art. 1º da Resolução ANTT nº 2.868/2008 prorrogou as permissões das transportadoras que operavam o serviço regular do TRIP até 31/12/2009 ou até que fosse concluída a licitação, o que ocorresse primeiro.

Embora a ANTT já viesse trabalhando desde 2007 na elaboração de um modelo de licitação para o setor, denominado Projeto de Rede Nacional de Transporte Interestadual de Passageiros (ProPass), transcorreram os prazos do art. 98 do Decreto nº 2.521/1998 e do art. 1º da Resolução ANTT nº 2.868/2008 e as transportadoras seguiram operando, já que não poderia haver interrupção do serviço público. A Resolução ANTT nº 3.975/2012 mais uma vez prorrogou as autorizações até o dia 31/12/2014 ou até que fosse concluída a licitação, o que ocorresse primeiro. Segundo os dados que foram utilizados como referência na elaboração do ProPass, o sistema do TRIP, em 31/12/2006, era formado por 258 (duzentos e cinquenta e oito) empresas permissionárias.²²

O ProPass foi o primeiro grande Plano Geral de Outorga do TRIP e tinha o ambicioso objetivo de outorgar permissões para todas as linhas do País. Foi responsável pelo Edital de Licitação nº 01/2013/ANTT (Permissão para prestação de serviços regulares de transporte rodoviário coletivo interestadual de passageiros operados por ônibus do tipo rodoviário), cujo objeto era a delegação de “quotas de exploração agrupadas nos Lotes constantes no Anexo 2 – Projetos Básicos [...] sem caráter de exclusividade [...] sob o regime de permissão”. Foram estabelecidos 54 lotes em 16 grupos, porém a regra editalícia da cláusula 52 era que uma mesma empresa não poderia ser vencedora em mais de um lote do mesmo grupo, isto é, apenas poderia ser vencedora em um lote para cada grupo.²³

A razão de ser dos grupos era para evitar que a disputa ocorresse apenas nas linhas mais lucrativas. Assim, cada grupo englobaria linhas lucrativas e linhas não tão lucrativas ou até deficitárias, mas que são necessárias do ponto de vista de integração regional – trata-se do subsídio cruzado, característica marcante do TRIP.

Em resumo, destaca-se que: (i) a remuneração seria mediante a cobrança de tarifa, além da possibilidade de receitas extraordinárias; (ii) prazo da permissão seria de 15 (quinze) anos; e (iii) o instrumento seria um contrato de permissão. Na licitação o vencedor seria aquele que desse o menor valor de tarifa (cláusula 6 do Edital de Licitação

²² ANTT. *Consulta Pública nº 001/2008*. Documento Base - Referenciais Do Projeto. Disponível em: http://appweb2.antt.gov.br/acpublicas/CPublica2008-01/CPublica2008_01.asp. Acesso em: 23 jun. 2021.

²³ ANTT. *Leilões Especiais e Licitações: ANTT nº 01/2013. BMFBOVESPA*, [s.d.]. Disponível em: <https://bvmf.bmfbovespa.com.br/consultaleiloes/ResumoLeiloesEspeciaisDetalhe.aspx?IdLeilao=5990&TituloLeilao=ANTT+-+N%20ba+01%2f2013+-+PERMISS%3%83O+PARA+PRESTA%3%87%3%83O+DE+SERVI%3%87OS+REGULARES+DE+TRANSPORTE+RODOVI%3%81RIO+COLETIVO+INTERESTADUAL+DE+PASSAGEIROS+-+REVOGADO&idioma=pt-br>Acesso em: 23 de jun. 2021.

nº 01/2013/ANTT) e o cronograma previa a assinatura dos contratos entre 15/12/2014 e 30/12/2014.

Não obstante, antes mesmo de ser finalizada, a licitação foi revogada “por perda superveniente do interesse público”, pela Resolução nº 4.335/2014. O que está por trás desta revogação foi a rápida e inusitada aprovação da Lei nº 12.996/2014, que foi responsável por iniciar o processo de abertura de mercado e ampliação de concorrência de um setor historicamente muito fechado com poucas transportadoras e com permissões precárias (sem licitação).

A Lei nº 12.996/2014 teve origem na Medida Provisória nº 638/2014, a qual não guardava nenhuma relação com o TRIP, mas com o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia produtiva de Veículos Automotores (INOVARAUTO), um programa relacionado a benefícios tributários. Contudo, por uma emenda, no processo de votação e aprovação da MP nº 638/2014, a Comissão Mista da Câmara dos Deputados incluiu disposições para modificar a forma de outorga do serviço regular do TRIP, agora por autorização, a fim de atender pleito de associação de empresas transportadoras do setor e impedir a licitação.²⁴

É curioso destacar que uma das associações de classe das transportadoras (ABRATI) foi a principal responsável por propor esta reforma do setor, no sentido de liberar o setor, de certa forma desregulamentando-o. Mas, em 1992, outra associação de classe das transportadoras (RODONAL) lutou veementemente contra uma reforma semelhante que o Governo Collor havia proposto para o setor, no sentido de liberar a exploração das linhas também por autorizações. Nas palavras de Gômara, comentando esta reforma do Governo Collor, a “vitória da classe!” das transportadoras foi ter logrado impedir dita reforma.²⁵

Importa dizer que a outorga por autorização até já havia sido prevista anteriormente para o transporte internacional de passageiros, por meio do art. 3º da Lei nº 12.743/2012, que alterou o art. 13 da Lei nº 10.233/2001. Não, contudo, para o serviço regular do TRIP, o que ocorreu com a publicação da Lei nº 12.996/2014.

A mudança mais contundente veio com o novo art. 47-B da Lei nº 10.233/2001 (introduzido pela Lei nº 12.996/2014, alterada pela Lei nº 14.298/2022) que determinou

²⁴ BRASIL. Parecer nº 24/2014, da Comissão Mista da MPV 638/2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=615814>. Acesso em: 24 jun. 2021.

²⁵ GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário... Op. Cit*, p. 112-115.

que não haveria limites para o número de autorizações para os serviços regulares, salvo em casos de inviabilidade técnica, operacional e econômica, semelhantemente à concorrência ruínosa, prevista no primeiro regulamento do setor, alterado pelo Decreto nº 71.984/1973. O objetivo é proteger o aspecto concorrencial das transportadoras, assim como a qualidade e a segurança dos usuários, já que em caso de eventual inviabilidade técnica, operacional e econômica as transportadoras poderiam reduzir custos em aspectos essenciais como segurança e qualidade, contribuindo até para maiores riscos de acidentes.²⁶

Quanto à liberdade tarifária, o art. 45 da Lei nº 10.233/2001 já havia previsto a liberdade tarifária para as transportadoras, porém não era observado pela ANTT e transportadoras. Foi o art. 4º da Lei nº 12.996/2014 que estabeleceu um limite temporal de 5 (cinco) anos para que a ANTT deixasse de estipular as tarifas do setor. O art. 76 da Resolução ANTT nº 4.770/2015 explicitou este limite temporal para o dia 18/06/2019.

Estas importantes alterações legislativas ensejaram a publicação da Resolução ANTT nº 4.770/2015, que dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual de passageiros, sob o regime de autorização. Esta resolução da ANTT, com suas muitas alterações, vigora até o momento e é o principal ato normativo do setor.

Em um primeiro momento, tal resolução possibilitou que as empresas já operantes pudessem migrar para a nova sistemática,²⁷ mantendo sua reserva de mercado, e não possibilitou uma verdadeira abertura do mercado para estimular a concorrência. Trata-se do “regime de transição” cujos aspectos mais importantes foram: (i) limitação do número de autorizatárias para as transportadoras que já operavam os mercados existentes (reserva de mercado) e, nos novos mercados, limitação para apenas 2 (duas) transportadoras (art. 70, incisos I e II); (ii) configuração automática de “inviabilidade operacional”, caso houvesse mais transportadoras interessadas do que vagas (art. 71, § 2º), o que demandaria a realização de processo seletivo a ser regulamentado (art. 43); e (iii) realização de

²⁶ Apesar da Lei nº 14.298/2022 mencionar estes três tipos de inviabilidade, todos significam em concorrência ruínosa, isto é, uma circunstância originada por "condições mercadológicas adversas, especialmente quando os empresários de transporte percebem ausência de lucro econômico (lucro econômico zero). Essa situação é observada no momento em que as receitas obtidas passam a ser inferiores aos custos da prestação dos serviços". RIBEIRO, Hugo Alves Silva Identificação de concorrência ruínosa nos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros. Tese de Doutorado – Universidade de Brasília. Faculdade de Tecnologia, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental. Brasília, 2019, p. 37.

²⁷ Estabeleceu que as transportadoras deveriam requerer sua habilitação (“Termo de Autorização”), comprovando dentre outros aspectos sua regularidade fiscal, trabalhista e capacitação técnico-profissional; e então a Licença Operacional, para as linhas (mercados) que pretendiam atender (Capítulos I e II da Resolução nº 4.770/2015).

“estudos de avaliação dos mercados com o objetivo de detalhar e estabelecer os parâmetros de avaliação dos casos enquadrados como inviabilidade operacional” (art. 73).

Este “processo seletivo” acabou sendo definido pela aleatoriedade, através de um simples sorteio, conforme regulamentado pela Resolução ANTT nº 5.072/2016. Sem qualquer outro critério que pudesse selecionar as melhores transportadoras, seja em termos de qualidade, preço ou capacidade, exigiu-se apenas sua habilitação nos termos da Resolução ANTT nº 4.770/2015.

A primeira série de sorteios, prevista nas Deliberações nº 224, de 17 de agosto de 2016 e nº 280, de 11 de novembro de 2016, e no Edital nº 01/2016, foi realizada nos dias 17.11.2016 a 25.11.2016. Extraem-se dados extremamente interessantes: em 923 de um total de 943 mercados sorteados (o que representa 97,78%) disponibilizou-se apenas 1 vaga e nos 20 mercados restantes (o que representa 2,22%) a ANTT ofertou 2 vagas. Como também observou Alexandre Schiller, não se encontra uma justificativa clara para essa escolha do regulador.²⁸

A segunda série de sorteios, prevista pela Portaria nº 34, de 12.06.2017 e Deliberação nº 115, de 08.06.2017, foi realizada no dia 31.08.2017 e contemplou os 27 mercados que não foram objeto de propostas no primeiro processo seletivo. Contudo, nesta etapa a ANTT estabeleceu que o critério seria “menor idade do veículo mais velho” (art. 1, II, e art. 3 da Portaria nº 34/2017). Apenas no caso de empate ocorreria o sorteio entre as transportadoras empatadas. Além disso, exigiu como condição para participação a “implementação e transmissão de dados do MONITRIP” (art. 1, III, e art. 4 da Portaria nº 34/2017).

Faz-se necessário apontar também que, na prática, a ANTT dificilmente deferia pedidos de novos mercados das transportadoras, o que causou uma considerável judicialização para que os pedidos administrativos fossem respondidos.

Desde 2017, o foco da ANTT estava na regulamentação do que seria “inviabilidade operacional”, pois este conceito poderia excepcionar a regra da ampla competição (art. 47-B da Lei nº 10.233/2001). Os art. 41 e 42 da Resolução ANTT nº 4770/2015 estabeleceram que “é considerada inviabilidade operacional situações que configurem concorrência ruínosa ou restrições de infraestrutura”, hipótese em que deveria ser realizado processo seletivo público entre as transportadoras.

²⁸ SCHILLER, Alexandre Ortigão S. Buarque. O novo modelo de autorização da Lei nº 12.996/2014 e os seus efeitos no setor de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 5, n. 2, p. 151-179, 2018, p. 170.

A Nota Técnica nº 3/2018/GEAME/SUPAS apontou a criação de um “modelo de viabilidade operacional” para verificar qual seria a menor participação (%) na movimentação total de passageiros de uma transportadora em determinada ligação para que uma empresa consiga renovar sua frota (*payback*) e manter a prestação de serviço adequado de forma perene. Mediante este modelo de viabilidade, teoricamente seria possível abrir determinado mercado para o número máximo de transportadoras sem que haja concorrência ruínosa. Buscou-se identificar quais seriam as ligações estruturantes das mais de 40 mil linhas do atual sistema rodoviário. Sendo que “uma ligação é considerada estruturante se a mesma proporcionar, de forma isolada, um *payback* de 5 anos a pelo menos uma empresa.”²⁹

A fórmula era complexa e variava conforme o “modelo econômico” (custo fixo proporcional à frota total, custo por veículo operacional, custo por km percorrido), “modelo de demanda” (estimativa da movimentação anual de passageiros para cada ligação) e outros diversos critérios, tais como: preço do óleo diesel, informações de movimentações, população e idade média, PIB *per capita* dos municípios e porcentagem de turismo do total de vínculos ativos, preço de ônibus zero km, porcentagem de investimentos em veículos; anos de *payback*, coeficiente tarifário, porcentagem de frota reserva e gratuidades, capacidade do veículo e taxa de ocupação.³⁰

A Tomada de Subsídios nº 10/2018, de 14.08 até 01.11.2018, foi aberta para receber sugestões da sociedade em relação ao tema. O Relatório Final reconhece que o regime de transição foi cauteloso em termos concorrenciais (justificando que a maior preocupação era preservar a continuidade do serviço que a mudança de regime eventualmente poderia trazer); porém, é enfática ao dizer que “a ideia agora é ampliar a concorrência nos mercados e tratar os casos em que há possibilidade de inviabilidade operacional”.³¹

Em suma, desde 2017 até 2019, para cumprir a Lei nº 10.233/2001, o foco da ANTT foi definir conceito de “inviabilidade operacional” (em uma nova resolução), através de um cálculo econométrico para tentar definir o grau de concentração de

²⁹ ANTT. Nota Técnica nº 03/2018/GEAME/SUPAS, de 07.08.2018, Processo nº 50500.700264/2017-51, que também contém em seus anexos os estudos do 50501.305756/2018-15, p. 1-11. Disponível em: http://antigo.antt.gov.br/index.php/content/view/54017/Tomada_de_Subsidio_n_010_2018.html. Acesso em: 02 mai. 2021.

³⁰ ANTT. Nota Técnica nº 03/2018/GEAME/SUPAS... *Op. Cit.*, p. 16.

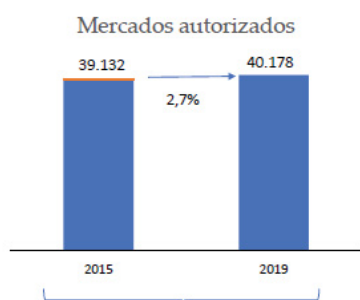
³¹ ANTT. Nota Técnica nº 03/2018/GEAME/SUPAS.. *Op. Cit.*, p. 38.

mercado, considerando as mais de 40 mil linhas identificadas. A lógica era que a ANTT regulasse apenas os cerca de 200 mercados nas ligações dos chamados “eixos estruturais”, mediante análise de inviabilidade operacional e processo de abertura controlada. Nas demais ligações, a ANTT liberaria os mercados (sob o risco da transportadora), conferindo se o mercado pleiteado não estaria na influência de um dos eixos estruturais.³²

Isto acabou dificultando, na prática, a abertura do mercado e a concorrência. Enquanto a ANTT realizava estudos e audiências públicas para intentar estabelecer um modelo econômico, fato é que o setor continuou operando praticamente com a mesma configuração de antes, em um regime de transição, com limitação de empresas para os mercados.

CONTEXTO PRÉ-ABERTURA DE MERCADO NO TRIP

Até 2019, o número de mercados manteve-se praticamente inalterado, apesar de haver grande quantidade de pedidos não analisados pela Agência



Cerca de **50%** dos mercados autorizados funcionavam por decisão judicial

Pedidos de mercados na ANTT pendentes de análise (pré Del. 955/19)

Ano	Empresas	Pedidos
2016	112	446
2017	62	194
2018	80	370
2019	47	342
Total		1.352

O total de pedido totalizava cerca da **14.415 mil mercados (56% deles novos)**, trazendo **63 empresas novas**



33

Até que houve uma mudança de foco: ao invés de seguir na busca de um modelo econômico, a ANTT observou como outros setores definiam inviabilidade operacional e constatou que o conceito girava em torno da limitação da infraestrutura. Para o setor da

³² ANTT. Metodologia Abertura de Mercado (Processo n 50501.305756/2018-15), “Arquivo 1”. Disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/54017/Tomada_de_Subsidio_n_010_2018.html. Acesso em: 20 jan. 2019.

³³ ANTT. Apresentação Transporte Interestadual de Passageiros (TRIP), maio 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cvt/apresentacoes-em-eventos/apresentacoes-de-convidados-em-eventos-de-2021/arquivos-de-eventos-2021/ap-2021-05-21-sylvia-cotias-antt>. Acesso em: 28 set. 2021.

aviação: número de *slots*. Para o portuário: quando há um impedimento operacional para instalar um porto.³⁴

Já tendo expirado o prazo de 18/06/2019, previsto no art. 76 da Resolução ANTT nº 4.770/2015, apenas na segunda metade de 2019 foi que efetivamente o TRIP passou por mudanças significativas. Impulsionado no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI), a Resolução PPI nº 71/2019 além de promover alterações importantes como liberdade de itinerário e de frequência, definiu no art. 3, § 1º que inviabilidade operacional seriam “limitações exclusivamente de caráter físico ou impedimentos legais na utilização de espaços públicos ou instalações destinadas à operação dos serviços de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros”.

Assim, publicada em 30/10/2019, a Deliberação ANTT nº 955/2019 gerou bastante impacto no setor, pois impediu a transferência de linhas, determinou a análise de solicitação dos mercados em até 60 (sessenta) dias, revogou diversos pontos da Resolução ANTT nº 4.770/2015, como os aspectos transitórios, o mencionado prazo para implementação do novo marco regulatório (18/06/2019) e outras incompatibilidades com a Lei nº 10.233/2001.

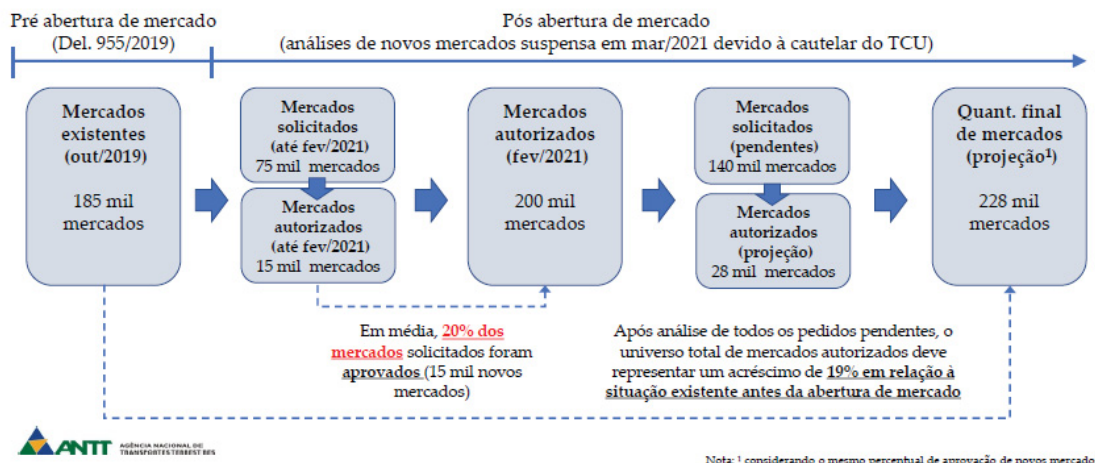
A consequência foi a verdadeira abertura do mercado, não só para novas empresas ingressarem, mas principalmente para novas linhas e seções por empresas que já operavam no sistema. Para que se tenha uma ideia, segundo os dados abertos da ANTT, em outubro de 2019 (antes da Deliberação nº 955/2019) havia 6.686 empresas habilitadas para fretamento e 271 para o serviço regular. Mesmo com a pandemia causada pela Covid-19, em junho de 2021 passou a haver 7.447 empresas habilitadas para o fretamento e 349 para o serviço regular.³⁵ Nitidamente houve o ingresso de novas transportadoras. Também, finalmente novos mercados foram autorizados, aproximadamente 15 mil mercados desde outubro de 2019 até março de 2021.

³⁴ “O acesso restrito à infraestrutura aeroportuária representa uma importante barreira competitiva que limita a presença de entrantes na exploração dos serviços de transportes aéreos regulares. Neste contexto, cabe ao órgão regulador, no quadro do regime de concessões hoje em vigor, disciplinar alguns aspectos básicos desta delação entre concessionárias de aeroportos e empresas aéreas, a saber, a prática de preços (tarifas), a alocação de slots em aeródromos congestionados e a integração vertical entre ambas” SILVA FILHO, Carlos da Costa e. *Interferência recíproca entre os setores aeroportuário e aeroviário e seus impactos concorrenciais*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: estudos de temas relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 50.

³⁵ ANTT. Transporte Rodoviário de Passageiros. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTRkYmFkMmItNDRiZS00NzY0LTllYzQtNmRhYjBINjUzN2YzIiwidCI6Ijg3YmJlOWRlLWE4OTItNGNkZS1hNDY2LTg4Zjk4MmZiYzQ5MCI9&pageName=ReportSectionbcd824b917a2140d19a>. Acesso em: 28 set. 2021

MERCADOS

O potencial de incremento de novos mercado no TRIP ainda é relativamente modesto, ante um setor que opera há praticamente 50 anos sem competição, e não traz qualquer risco significativo para a capacidade de fiscalização da ANTT.



36

O Decreto nº 10.157/2019, que instituiu a Política Federal de Estímulo ao Transporte Rodoviário Coletivo Interestadual e Internacional de Passageiros, reforçou o que a Lei nº 12.996/2014 já havia feito ao alterar a Lei nº 10.233/2001. É dizer, estabeleceu expressamente como princípios do TRIP: (i) a livre concorrência, (ii) liberdade de preços, de itinerário e de frequência, (iii) defesa do consumidor e (iv) redução do custo regulatório.

Também, o Decreto nº 10.157/2019 fixou três diretrizes: (i) inexistência de limite para o número de autorizações para o serviço regular do TRIP (exceto nas hipóteses de inviabilidade operacional, entendida como as “limitações exclusivamente de caráter físico ou os impedimentos legais na utilização de espaços públicos ou de instalações” destinadas à operação do TRIP, art. 3º, § 1º, Decreto nº 10.157/2019), (ii) definição dos serviços sujeitos à adoção de gratuidades instituídas por lei e (iii) vedação à instituição de reserva de mercado em prejuízo à concorrência e à imposição de barreiras que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou internacionais no mercado.

No dia 17/03/2021, no bojo do processo nº TC 033.359/2020-2, os ministros do TCU determinaram que a ANTT suspendesse a eficácia dos deferimentos das autorizações de mercados até decisão de mérito, por entenderem que muitas autorizações e licenças estavam sendo concedidas, aparentemente sem a devida regularidade.³⁷ Desde

³⁶ ANTT. Apresentação Transporte Interestadual... *Op. Cit.*

³⁷ TCU ACÓRDÃO Nº 559/2021 – Plenário.

então, a ANTT segue analisando os pedidos, mas os deferimentos estão com eficácia suspensa. Na Deliberação ANTT nº 385/2021 ficou evidente a divergência de opinião dos diretores da agência, prevalecendo a posição do Diretor-Geral que votou para que o marco regulatório fosse mais uma vez reavaliado, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, incluindo determinações para elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR), consulta interna e audiência pública.³⁸

I.4 Estado da arte: a concentração nos mercados do serviço regular do TRIP

Sem a pretensão de realizar uma análise concorrencial, própria das ciências econômicas, faz-se importante entender qual o estado da arte no que se refere às empresas e grupos empresariais do setor.

Como visto, historicamente o setor do serviço regular do TRIP não foi aberto para a entrada de novas transportadoras. A regulação jurídica, como exposto neste capítulo, não favoreceu este fenômeno. Os dados operacionais das empresas, do período de 1998 a 2001, conforme pesquisa publicada em 2004, por Francisco Martins, também corroboram a conclusão da alta concentração econômica do setor. Ao seu ver, isto era causado pelos aspectos jurídicos, regulatórios e institucionais que barravam a entrada de novos operadores – inclusive, outro aspecto da alta concentração e posição de mercado dominante observado foi o processo de favorecimento e de captura do legislador e do regulador, atendendo os interesses destas empresas em detrimento da coletividade.³⁹

Em 2019, Hugo Ribeiro analisou os dados dos 10 (dez) mercados com maior demanda de passageiros declarados em 2017 e, semelhantemente, concluiu pela alta concentração do mercado do TRIP, utilizando outro índice econômico Hirschman-Herfindahl (HHI), e baixo nível concorrencial – embora o foco principal tenha sido na

³⁸ Quanto ao surgimento da AIR e sua gradativa implementação nas agências reguladoras federais no Brasil, com ênfase nas formas e no momento da participação popular, vide GABARDO, Emerson, GRANER, Mateus Domingues. A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras. *Revista De Direito Administrativo*, 279(3), p. 275–300. <https://doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82965>.

³⁹ MARTINS, Francisco Giuseppe Donato. *Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros: Regulação e Concentração Econômica*. Monografia (Especialização em controle externo) – Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa, Brasília, 2004, p. 114 e 152. Disponível em http://www.transportes.unb.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=209:mercados-de-transporte-rodoviario-interestadual-de-passageiros-umaanalise-sob-enfoque-dinamico-de-elementos-determinantes-das-condicoes-deconcorrencia&id=31:dissertacoes-2007&Itemid=643. Acesso em 12 jan. 2022.

construção teórica do que deveria ser considerado como “concorrência ruínosa”, relacionada à inviabilidade operacional.⁴⁰

Neste sentido, conforme levantamento realizado por Alan Ianke dos Santos, servidor público da ANTT, o serviço regular do TRIP ainda apresenta uma estrutura fortemente concentrada. Em setembro de 2020, havia 185 (cento e oitenta e cinco) transportadoras do serviço regular do TRIP e operavam 3.552 (três mil quinhentos e cinquenta e duas mil) linhas. Esta configuração gerava a oferta de 38.830 diferentes seções (ligações interestaduais dentro das linhas). Referido autor partiu da premissa que a competição efetiva se dá com 4 (quatro) ou mais empresas concorrentes. Assim, constatou que em apenas 1,75% das linhas (no serviço convencional) há competição efetiva, enquanto em 92,87% das linhas em serviço convencional há apenas 1 (uma) ou 2 (duas) empresas disputando os mercados. O grau de monopólio é ainda mais acentuado nos casos de serviços diferenciados (executivo, semi-leito e leito), com 94,64% das linhas atendidas por 1 (uma) ou 2 (duas) empresas apenas; as linhas com efetiva competição representavam apenas 5,38% do total.⁴¹

Bruna dos Santos também fez uma análise concorrencial dos cinco dos maiores mercados do serviço regular do TRIP, no período de 2011 e 2020, e demonstrou que o novo marco regulatório das autorizações não surtiu efeitos de forma comum a todos eles: em mercados com estrutura de duopólio houve indícios de maior rivalidade, como no mercado São Paulo-Belo Horizonte e Belo Horizonte-Rio de Janeiro; já em mercados dominados por uma transportadora (maior parcela do *market share*), não se observaram efeitos significativos, como são os mercados São Paulo-Rio de Janeiro, Juiz de Fora-Rio de Janeiro e Goiânia-Brasília.⁴² Para tal tarefa analisou as seguintes variáveis e dados:

⁴⁰ RIBEIRO, Hugo Alves Silva. *Identificação de concorrência ruínosa nos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros*. Tese (Doutorado em Transportes) —Universidade de Brasília, Brasília, 2019, p. 96 e 121

⁴¹ SANTOS, Alan Ianke dos. *Análise da estrutura econômica do mercado brasileiro de transporte rodoviário regular interestadual de passageiros em longa distância e propostas para melhorias regulatórias*. Monografia (ciências Econômicas) – Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Palhoça, 2020, p. 39.

⁴² SANTOS, Bruna Cardoso dos. Análise concorrencial no mercado rodoviário interestadual de passageiros: a recente transformação do marco regulatório. *Revista Debates em Economia Aplicada*, v. 1, n. 1 (2021), p. 41. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/redea/article/view/6091>. Acesso em 12 jan. 2022.

Quadro 1 – Fonte de dados para análise das variáveis

Análise	Variável	Dados Necessários	Fonte
Análise de Concentração	HHI	<i>Market Share</i> das empresas de cada mercado relevante.	Dados Operacionais do período de janeiro de 2010 a junho de 2020, obtidos no Portal da ANTT.
Análise de Barreiras à entrada	IAP	Número de pagantes, geral e por empresa; número de poltronas oferecidas, geral e por empresas.	Dados Operacionais do período de janeiro de 2010 a junho de 2020, obtidos no Portal da ANTT.
	Histórico de entradas	Lista das empresas que atuaram no mercado relevante, ano a ano.	Dados Operacionais do período de janeiro de 2010 a junho de 2020, obtidos no Portal da ANTT.
		Novas solicitações de entrada	Relatório “Análise de Mercados Novos”, obtido no Portal da ANTT.
Análise de Rivalidade	Dados da Oferta e Demanda	Número de poltronas oferecidas, de passageiros transportados e de pagantes.	Dados Operacionais do período de janeiro de 2010 a junho de 2020, obtidos no Portal da ANTT.
	<i>Market Share</i>	Número de pagantes e de poltronas oferecidas, a cada ano, por cada uma das empresas; além do dado geral do mercado relevante.	Dados Operacionais do período de janeiro de 2010 a junho de 2020, obtidos no Portal da ANTT.
	Oferta de Serviços Diferenciados	Prefixo das linhas	Dados Operacionais do período de janeiro de 2010 a junho de 2020, obtidos no Portal da ANTT.

43

Embora a posição dominante (entendida como capacidade de uma empresa aumentar preços sem perder seus clientes) em um mercado relevante não necessariamente signifique poder de mercado, a posição dominante é condição necessária (mas, não suficiente) para a existência de poder de mercado. A análise da existência de poder de mercado é complexa e envolve a investigação de outras variáveis, como barreiras de entrada, análise da efetividade de competição entre a empresa em posição dominante e as concorrentes, além da possibilidade de elevação unilateral de preços por parte de uma empresa, sem a possibilidade de que os concorrentes possam efetivamente e potencialmente contestar tal aumento. O abuso de poder econômico é justamente o comportamento de um grupo ou empresa que utiliza seu poder de mercado para prejudicar

a livre concorrência, por meio de condutas anticompetitivas.⁴⁴ Desta forma, o cenário de concentração das transportadoras no serviço regular do TRIP é preocupante e pode permitir situações de abuso de poder econômico, agora com liberdade tarifária, por isso a fundamental importância de propiciar a abertura dos mercados à efetiva competição.

Apresentado um breve histórico regulatório do TRIP, antes de analisar o novo regime jurídico do setor, no capítulo seguinte, faz-se necessário ainda neste capítulo apresentar alguns conceitos técnicos essenciais para a compreensão dos temas relativos ao TRIP, sobretudo porque são relevantes para distinguir os tipos e distintos regimes jurídicos do transporte rodoviário coletivo de passageiros no âmbito interestadual, quais sejam: transporte regular rodoviário, transporte regular semiurbano, fretamento eventual, fretamento turístico e fretamento contínuo. Por fim também será introduzido o tema das plataformas digitais que intermediam passageiros e transportadoras que prestam serviço de fretamento.

I.5 Transporte regular interestadual rodoviário de passageiros

O serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual de passageiros é definido pelo art. 2º, XIX, da Resolução ANTT nº 4.770/2015 como “aquele que atende mercados com origem e destino em Estados distintos, ou entre Estados e o Distrito Federal ou Território” – também, com igual redação, art. 3º, XXV, do Decreto nº 2.521/1998. Por sua vez, “mercado” significa o “núcleo de população, local ou regional, onde há potencial de passageiros capaz de gerar demanda para a exploração econômica de uma ligação, de maneira isolada ou combinada com outras ligações” (art. 3º, XVI, do Decreto nº 2.521/1998).

A insuficiência do conceito legal de transporte rodoviário interestadual regular é nítida, pois sequer menciona as características de regularidade, continuidade e de circuito aberto, três das principais diferenças com as modalidades de transporte por fretamento.

A regularidade é definida pela frequência mínima exigida pela ANTT, calculada considerando os mercados solicitados pela transportadora (art. 33, Resolução ANTT nº 4.770/2015) e o período de tempo definido, que é o semanal. Mercado é o “par de localidades que caracteriza uma origem e um destino” (art. 2º, XI, da Resolução ANTT

⁴⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Cartilha do CADE*, p. 9. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em 12 jan. 2022.

nº 4.770/2015). Para mercados cuja menor demanda mensal seja de 4.580 (quatro mil oitocentos e cinquenta) passageiros transportados ou menos, a frequência mínima será de 1 (uma) viagem semanal por sentido, por empresa. Para mercados cuja menor demanda mensal seja igual ou maior a 4.580 (quatro mil oitocentos e cinquenta) passageiros transportados, a frequência mínima é calculada pela seguinte fórmula:

$$F_m = D / 2.425$$

A Frequência Mínima é o resultado da divisão da demanda do mês de menor movimento, considerando dados atualizados contabilizados pela ANTT (D) por 2.425 (dois mil quatrocentos e vinte e cinco). A título exemplificativo, se a menor demanda de um mercado for de 5000 passageiros, o produto da divisão será 2,061. Em caso de número fracionado, o art. 33, § 2º, da Resolução nº 4770/2015, determina sempre o arredondamento da frequência mínima para o número inteiro imediatamente inferior. Logo, a frequência mínima será de 2 (duas) viagens por sentido e por semana.

Caso uma transportadora descumpra a frequência mínima por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, poderá ser caracterizado abandono de mercado, após o devido processo legal, ampla defesa e contraditório e decisão administrativa definitiva. Nessa hipótese, a transportadora ficará impedida de atender tal mercado e de solicitar novos mercados pelo período de 3 (três) anos (art. 34, Resolução ANTT nº 4.770/2015).

Desde que a frequência mínima seja observada, a transportadora pode definir com liberdade o quadro de horários, definidos como “registro da programação das viagens previstas em cada sentido de operação de uma linha, dia da semana e meses do ano, com os horários de partida dos pontos terminais da linha” (art. 2º, XV, da Resolução ANTT nº 4.770/2015).

A continuidade da prestação do serviço pela transportadora para cada mercado é de no mínimo de 12 (doze) meses, atendendo a frequência exigida. Significa dizer, a transportadora apenas poderá paralisar o atendimento após este período de 12 (doze) meses (custo de saída) e mediante prévia comunicação à ANTT e aos usuários, com antecedência mínima de 90 (noventa) dias (art. 44 e 45 da Resolução ANTT nº 4.770/2015).

Outra característica do serviço regular é que é do tipo “circuito aberto”. Significa que as transportadoras podem vender passagens individualmente e não há exigência para que as pessoas da ida sejam as mesmas da volta – como ocorre no circuito fechado.

No serviço regular do TRIP as transportadoras estão obrigadas por lei a conceder descontos e gratuidades a determinados grupos, como idosos, pessoas com deficiência, jovens e crianças (vide item II.6).

Necessário enfatizar que os passageiros não podem viajar de pé no serviço regular do TRIP e há compartimento específico para a guarda de bagagens – ao contrário do transporte interestadual semiurbano e do transporte urbano.

Portanto, considerando as características acima descritas e a insuficiência do conceito legal, propõe-se que o serviço regular do transporte rodoviário interestadual coletivo de passageiros seja definido como aquele que atende mercados com origem e destino em Estados distintos, ou entre Estados e o Distrito Federal, com itinerários fixos, prestados regularmente, conforme frequência mínima, com dever de continuidade, de circuito aberto e submetido às obrigações legais de isenções e descontos previstos em lei.

O transporte regular é fundamental para a população se deslocar para as diversas finalidades, seja lazer, trabalho, estudos ou turismo, tendo em vista a facilidade deste sistema, tanto em termos de custo, distância, como abrangência de municípios (capilaridade).

Por fim, importante mencionar que o transporte regular intermunicipal é aquele prestado entre municípios do mesmo ente da federação, com características semelhantes no sentido de itinerários fixos, regularidade, dever de continuidade, circuito aberto e submetido às isenções e descontos legais.

I.6 Transporte regular interestadual semiurbano de passageiros

O serviço de transporte interestadual semiurbano de passageiros é definido como “serviço de transporte público coletivo entre Municípios de diferentes Unidades Federativas que possuam características de transporte urbano” (art. 3º, XXVI, do Decreto nº 2.521/1998, com redação dada pelo Decreto nº 8.083/2013). As principais características operacionais do transporte urbano, em oposição ao rodoviário, são: os passageiros podem viajar em pé, não há compartimentos para bagagens, o acesso é mediante catracas e as distâncias percorridas são relativamente curtas (em comparação ao rodoviário, tradicionalmente de longas distâncias).

A redação original do citado artigo legal era de que o transporte interestadual semiurbano era aquele com extensão igual ou inferior a 75 (setenta e cinco) quilômetros de extensão, prestado com ônibus de características urbanas. Contudo, esta definição foi

posteriormente alterada, pelo Decreto nº 8.083/2013. A ANTT também formulou os seguintes critérios para definir uma linha semiurbana: (i) transporte de passageiros em áreas conturbadas, em região metropolitana ou em região integrada de desenvolvimento; (ii) linhas em que mais de 50% dos motivos das viagens sejam relacionados a deslocamentos para trabalho e/ou estudo.⁴⁵

A definição das linhas semiurbana ganhou relevância, pois com a Lei nº 12.996/2014 o transporte rodoviário interestadual regular passou a ser delegado por autorização (sem necessidade de licitação), enquanto o semiurbano seguiu sendo delegado por permissão, mas necessariamente precedido de licitação (art. 14, IV, § 1º, da Lei nº 10.233/2001, com redação dada pela Lei nº 12.996/2014). Cabe à ANTT publicar os editais, julgar as licitações e celebrar contratos de permissão (art. 26, I, da Lei nº 10.233/2001, com redação dada pela Lei nº 12.996/2014).⁴⁶

Contudo, mesmo que as 460 (quatrocentas e sessenta) linhas do transporte interestadual semiurbano sejam poucas, em comparação com o rodoviário, a licitação para delegação do serviço de transporte semiurbano de passageiros, por permissão, ainda não costuma ser realizada. A ANTT promoveu apenas a Licitação nº 2/2014, para o transporte semiurbano interestadual de passageiros entre as 67 (sessenta e sete) linhas, entre Brasília e cidades do Estado de Goiás, objeto do Contrato de Permissão nº 001/2015.⁴⁷

As demais linhas são operadas por “autorizações especiais”, precárias, enquanto aguardam licitação; ou por autorizações judiciais; ou por convênios, em que a ANTT delegou a competência para consórcios municipais e para o Distrito Federal.⁴⁸

Como este tipo de transporte não está incluído no escopo deste trabalho, os aspectos mencionados acima são suficientes para dar um panorama geral e para diferenciá-lo do transporte rodoviário.

⁴⁵ RIBEIRO, Hugo Alves Silva; FILHO, Brandão; OLIVEIRA, Cleide Souza de. *Método para classificação dos mercados de transporte rodoviário interestadual semiurbano de passageiros*. Congresso ANPET, junho de 2016, p. 4. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/326070856_METODO_PARA_CLASSIFICACAO_DOS_MERCADOS_DE_TRANSPORTE_RODOVIARIO_INTERESTADUAL_SEMIURBANO_DE_PASSAGEIROS. Acesso em: 01 jul. 2021.

⁴⁶ A Portaria ANTT nº 1.062/2020 estipulava uma metodologia de classificação para linhas urbanas, contudo foi revogada pela Portaria ANTT nº 192/2021

⁴⁷ ANTT. Relação de empresas, linhas e tarifas: planilha com informações sobre as transportadoras e os serviços por ela prestados. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/transporte-interestadual-semiurbano>. Acesso em 01 jul. 2021.

⁴⁸ Trata-se do Convênio ANTT – GDF, Convênio CIMU TIMON/MA - TERESINA/PI e Convênio CIMU MAFRA/SC - RIO NEGRO/PR. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/transporte-interestadual-semiurbano>. Acesso em: 01 jul. 2021.

I.7 Transporte de passageiros por fretamento

O fretamento no âmbito interestadual possui 3 (três) modalidades: fretamento contínuo, eventual e turístico. Todos possuem em comum a característica de circuito fechado, que significa que as pessoas a serem transportadas na ida e na volta são as mesmas. A relação dos passageiros é previamente informada e não pode ser alterada, salvo nas margens e exceções previstas nos atos normativos. Não se trata de transporte disponível a qualquer pessoa para comercialização ou para embarque e desembarque durante o itinerário.

O art. 3, X, do Decreto nº 2521/1998 trata do fretamento contínuo como “o serviço prestado a pessoas jurídicas para o transporte de seus empregados, bem assim a instituições de ensino ou agremiações estudantis para o transporte de seus alunos, professores ou associados”. Nesta espécie de fretamento também as viagens são periódicas. A diferença com o transporte regular é que, além de ser por circuito fechado, no fretamento contínuo há um prazo de duração de 12 (doze meses), podendo ser sucessivamente renovado. A quantidade de viagens, frequência e os horários são pré-estabelecidos em contrato escrito (registrado em cartório) entre a transportadora e seu cliente. Este instrumento contratual é previamente analisado e autorizado pela ANTT, nos termos da Resolução ANTT nº 4777/2015. Assim, a empresa que pretenda prestar este serviço cumprirá os requisitos do art. 40 em diante, da Resolução ANTT nº 4777/2015, e obterá uma licença de viagem de fretamento contínuo. A relação de passageiros (nome, ao menos um sobrenome e documento de identificação) poderá ser alterada em até 10%, do número total de passageiros, limitados a 40 (quarenta). Trata-se de regra para que não seja descaracterizado o circuito fechado, isto é, para que as transportadoras de fretamento não possam mudar a relação de passageiros ilimitadamente, aproximando-se do circuito aberto – exclusivo do transporte regular.

O fretamento turístico é definido como “serviço prestado à pessoa ou a um grupo de pessoas, em circuito fechado, com emissão de nota fiscal e lista de pessoas transportadas, por viagem, com prévia autorização ou licença da ANTT” (art. 3º, XI, do Decreto nº 2.521/1998, redação dada pelo Decreto nº 8.083, de 2013). A definição legal é suficientemente completa, pois deixa claro que se trata de um transporte de caráter privado e em circuito fechado, o que significa que a transportadora não pode vender

bilhetes individualmente e as pessoas da ida devem ser as mesmas da volta. Similarmente é a definição prevista no art. 3º, VI, da Resolução ANTT nº 4777/2015. Também a transportadora obterá licença de viagem de fretamento turístico, nos termos do art. 31 em diante, da Resolução ANTT nº 4777/2015.

As diferenças do fretamento turístico em comparação com o fretamento contínuo são quanto à finalidade e a periodicidade. No primeiro caso o propósito é para fins turísticos, de lazer, excursões, enquanto no segundo é a finalidade é para deslocamento de trabalhadores, estudantes ou semelhantes. Como se infere, o primeiro não possui uma periodicidade fixa, mas é único, conforme a nota fiscal e a relação de passageiros.

Por fim, o fretamento eventual é definido semelhantemente ao turístico pelo art. 3º, XI, do Decreto nº 2.521/1998, redação dada pelo Decreto nº 8.083, de 2013. No âmbito regulamentar, a ANTT deu uma definição residual como aquele tipo de fretamento que não possui características turísticas, mas também é feito em caráter ocasional e com emissão de nota fiscal (art. 3º, VII, da Resolução ANTT nº 4777/2015). É o exemplo comum de comerciantes que fretam um ônibus para viajar e realizar compras em determinados polos de moda em outro estado. Da mesma forma que o turístico, a transportadora deverá obter licença de viagem nos termos do art. 31 em diante, da Resolução ANTT nº 4777/2015.

O art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, estabelece expressamente que o transporte rodoviário de pessoas, realizado por operadoras de turismo ou no exercício dessa atividade ou em caráter privativo, não se submete à concessão ou permissão de serviço público.

Exige-se que a transportadora apresente: comprovantes de regularidade da pessoa jurídica da transportadora (contrato ou estatuto social, certidões de regularidade fiscal e trabalhista), cujo capital social integralizado mínimo deverá ser de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais); documentos dos veículos (CRLV e laudos de inspeção veicular); cadastro dos motoristas; contratação de seguro de responsabilidade civil; dentre outros.

Em resumo, o fretamento é um serviço de transporte coletivo de passageiros previamente estabelecidos (sobretudo grupos de estudantes, funcionários e turistas), que pagam um determinado preço (não sujeito a regulação e independentemente da lotação do veículo), para um itinerário fixo. As viagens podem ter uma frequência contínua ou eventual. As transportadoras precisam obter autorização e prestar as informações necessárias à ANTT, como as notas fiscais, contratos, itinerário etc.

Portanto, este tipo de transporte rodoviário coletivo de passageiros tem uma grande importância por atender determinados grupos, de acordo com suas necessidades específicas, em complemento ao TRIP.

I.8 Plataformas digitais de intermediação de transporte de passageiros

Os avanços da tecnologia propiciaram a criação de um outro tipo de ator neste cenário do transporte rodoviário coletivo de passageiros: as empresas de tecnologia e intermediação, conhecidas como *peer to peer* (P2P), que conectam passageiros e transportadoras que prestam serviço de fretamento. De forma geral, o que estas plataformas digitais (sites e aplicativos para celular) fazem é, através de tecnologia e programação, criar condições organizativas capazes de aproximar usuários, que não necessariamente se conhecem, mas possuem o interesse comum de realizar determinada viagem, com transportadoras previamente cadastradas na plataforma que possuem o interesse de prestar tal serviço.

Estes usuários das plataformas digitais podem tanto entrar em um grupo já existente, como podem criar um. Caso determinada viagem atinja um determinado número de usuários interessados, então a viagem é realizada por uma das transportadoras cadastradas na plataforma digital. Em outras palavras, não há a rigor uma garantia de que a viagem ocorrerá, pois depende de que seja formado um grupo mínimo de pessoas. Nesses casos, o custo da viagem então é rateado entre os usuários (quanto mais pessoas, menor o valor individual que cada um pagará). Em essência, esta é a dinâmica destas empresas de intermediação.

Pode-se dizer que estas plataformas digitais intermediam usuários e transportadoras, para a prestação do serviço de fretamento (mais especificamente, fretamento eventual). Comumente tem-se chamado este tipo de operação como “fretamento colaborativo”. Importante ressaltar que, a rigor, no âmbito federal esta modalidade de fretamento colaborativo não está regulamentada ou prevista na lei, sendo na verdade fretamento eventual, já que não é contínuo ou turístico.

Como estas plataformas digitais de intermediação conseguem alcançar qualquer pessoa com acesso à internet e, assim, oferecer uma significativa gama de destinos e horários – sobretudo para destinos mais comuns, como as principais cidades e capitais estaduais – ascende-se a questão: estariam estas empresas na prática prestando o serviço regular do transporte rodoviário coletivo de passageiros?

Em outras palavras, considerando a ampla disponibilidade de destinos e horários (pelas diversas transportadoras cadastradas) ofertados digitalmente a qualquer pessoa, estas plataformas digitais não acabariam vendendo passagens individuais (típicas do circuito aberto e do serviço regular de passageiros), utilizando-se da “roupagem” do regime jurídico do transporte por fretamento?

Outro aspecto extremamente relevante é que este fretamento colaborativo não é operado em circuito fechado, como é característica de todas as modalidades de fretamento, pois os passageiros da ida não são os mesmos da volta (e vice-versa) nas viagens intermediadas pelas plataformas digitais.

Assim, esta nova tecnologia e forma de operar tem causado uma verdadeira batalha jurídica, ainda em trâmite no Poder Judiciário, de um lado pelas empresas que prestam o serviço regular, isoladamente ou através de associações de classe, e, de outro, pela principal empresa de fretamento colaborativo, chamada Buser (embora já haja outras, como a Flixbus, ou até mesmo empresas tradicionais do serviço regular criando plataformas digitais similares, como é o caso da Águia Branca e a nova Águia Flex). As primeiras sustentam que a Buser e semelhantes prestam na prática um serviço regular sem a devida autorização, sob a veste de fretamento, o que configuraria transporte irregular de passageiros e/ou transporte clandestino.⁴⁹

Não se trata de uma mera discussão retórica, pois o transporte por fretamento não se submete às mesmas exigências do serviço regular, a título exemplificativo: obrigatoriedade na concessão de gratuidades e descontos legais; obrigatoriedade de prestar ininterruptamente o serviço (quer haja lotação, quer haja poucos passageiros); dentre outros pontos. Desta forma, as empresas do serviço regular sustentam que estaria havendo concorrência desleal ou predatória, o que poderia acarretar o colapso do sistema.

⁴⁹ Importa diferenciar estes conceitos, até pelas diferentes consequências e penalidades (Súmula ANTT nº 11/2021 e Portaria nº 22/2021). O “serviço não autorizado” é aquele realizado por transportadora (pessoa jurídica) com alguma autorização válida e regular (no caso do serviço regular, Termo de Autorização (TAR) e Licença Operacional (LOP); no caso do fretamento, Termo de Autorização (TAF), mas em desconformidade com os limites autorizados. Já “transporte clandestino” é aquele prestado seja por pessoa física ou jurídica, sem qualquer autorização. Na primeira hipótese, será aplicada multa e a continuidade da viagem dependerá de transbordo (apresentação de outro veículo autorizado ou bilhetes emitidos por outra empresa autorizada); caso o infrator providencie o transbordo, o veículo poderá liberado, nos termos do art. 1º, da Resolução ANTT nº 233/2003. Mas, se for caracterizado como transporte clandestino, a diferença é que o veículo é apreendido imediatamente e permanece assim por 3 (três) dias, nos termos da Resolução nº 4.287/2014, sem prejuízos das demais sanções, incluindo a necessidade de transbordo dos passageiros – ou de penalidades mais graves em caso de reincidência.

A rigor, o mais adequado seria considerar uma concorrência intramodal, pois, apesar de serem do mesmo modal, são serviços submetidos a regimes jurídicos diversos, diferente de concorrências intermodais.⁵⁰ Por sua vez, a Buser defende a livre iniciativa e que o fretamento colaborativo não pressupõe o circuito fechado.

Antes da efetiva implementação da liberdade tarifária no serviço regular, como será enfrentado no capítulo seguinte, a desproporcionalidade dos preços era muito maior, visto que as empresas do serviço regular eram obrigadas a prestar pela tarifa fixada pela ANTT e empresas como a Buser ofereciam o serviço muitas vezes pela metade do preço – a depender das condições de lotação e de outros aspectos. Com a liberdade tarifária, a disputa neste aspecto perde um pouco de sua força, limitando-se à questão dos custos e encargos legais. De todo modo, o cenário suscita interessantes debates relacionados à característica de livre iniciativa do serviço de fretamento e sua relação com o serviço regular.

A discussão é semelhante ao que ocorreu no transporte individual remunerado de passageiros, entre as empresas de intermediação e os taxis. O Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 1.054.110/SP fixou a tese de que é inconstitucional lei municipal que proíba ou restrinja a operação de aplicativos como Uber, Cabify, InDriver e 99.⁵¹ Não significa que os municípios e o Distrito Federal

⁵⁰ O modal do transporte rodoviário concorre com outros modais, como o da aviação, a título exemplificativo (LEAL, Luiz Henrique da Conceição. *Análise da Concorrência Intermodal no Transporte Interestadual de Passageiros no Brasil com Aplicação dos Modelos de Regressão Múltipla*. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Transportes) – UFRJ/COPPE, Rio de Janeiro, 2009).

⁵¹ Ementa: Direito constitucional. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Transporte individual remunerado de passageiros por aplicativo. livre iniciativa e livre concorrência. 1. Recurso Extraordinário com repercussão geral interposto contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que proibiu o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas cadastrados em aplicativos como Uber, Cabify e 99. 2. A questão constitucional suscitada no recurso diz respeito à licitude da atuação de motoristas privados cadastrados em plataformas de transporte compartilhado em mercado até então explorado por taxistas. 3. As normas que proibam ou restrinjam de forma desproporcional o transporte privado individual de passageiros são inconstitucionais porque: (i) não há regra nem princípio constitucional que prescreva a exclusividade do modelo de táxi no mercado de transporte individual de passageiros; (ii) é contrário ao regime de livre iniciativa e de livre concorrência a criação de reservas de mercado em favor de atores econômicos já estabelecidos, com o propósito de afastar o impacto gerado pela inovação no setor; (iii) a possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica para preservar o mercado concorrencial e proteger o consumidor não pode contrariar ou esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos essenciais. Em um regime constitucional fundado na livre iniciativa, o legislador ordinário não tem ampla discricionariedade para suprimir espaços relevantes da iniciativa privada. 4. A admissão de uma modalidade de transporte individual submetida a uma menor intensidade de regulação, mas complementar ao serviço de táxi afirma-se como uma estratégia constitucionalmente adequada para acomodação da atividade inovadora no setor. Trata-se, afinal, de uma opção que: (i) privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência; (ii) incentiva a inovação; (iii) tem impacto positivo sobre a mobilidade urbana e o meio ambiente; (iv) protege o consumidor; e (v) é apta a corrigir as ineficiências de um setor submetido historicamente a um monopólio “de fato”. 5. A União Federal, no exercício de competência legislativa privativa para dispor sobre trânsito e transporte (CF/1988, art. 22, XI), estabeleceu diretrizes

não possam regulamentar, conforme as diretrizes da Lei nº 13.640/2018, mas os dois modelos convivem, obedecendo parâmetros mínimos diferentes.⁵²

Entretanto, no âmbito da regulamentação da ANTT, em nenhum momento houve uma proibição legal em relação às empresas de tecnologia que intermediam este “fretamento colaborativo” (Buser, FlixBus, dentre outras), ao contrário de leis municipais que proibiram o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas cadastrados em aplicativos. O que a há é a fiscalização da ANTT quanto à regularidade das viagens realizadas por transportadoras de fretamento, quando indevidamente praticam o circuito aberto.

regulatórias para o transporte privado individual por aplicativo, cujas normas não incluem o controle de entrada e de preço. Em razão disso, a regulamentação e a fiscalização atribuídas aos municípios e ao Distrito Federal não podem contrariar o padrão regulatório estabelecido pelo legislador federal. 6. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação das seguintes teses de julgamento: “1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)”. (STF RE 1054110, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019).

⁵² FORTINI, Cristiana. Lei 13.640/18: fim da controvérsia sobre os aplicativos de transporte de passageiros? Consultor jurídico (São Paulo. Online), v. 18, p. 5, 2018. Também, FORTINI, Cristiana. Ainda sobre aplicativos e transporte privado de passageiros. Consultor jurídico (São Paulo. Online), v. 19, p. 16, 2019.

CAPÍTULO II. REGIME JURÍDICO DO TRIP

II.1 As dificuldades do modelo de regulação contratual

A regulação pode ser conceituada como a “opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa”.⁵³ Em outras palavras, é a concepção de que o Estado não atuará diretamente prestando as atividades de interesse público, mas reserva para si o desempenho de orientar em direção de objetivos eleitos. Importante salientar que este repasse dos serviços públicos para o mercado exige “como contrapartida uma ampliação da atuação do Estado na área da regulação e da fiscalização”,⁵⁴ já que não se tem a ilusão de que o mercado regularia por si só e perfeitamente a concorrência no setor.

Como exposto no capítulo anterior, não obstante os diversos comandos normativos para delegação do TRIP por instrumentos contratuais (precedidos de licitação), na prática isto nunca chegou a se concretizar – o mais próximo disso foi com o edital de licitação do já mencionado PROPASS. Diversos motivos podem ser apontados como responsáveis por tal situação, como a limitação de recursos humanos e materiais da Administração Pública, frente à complexidade de planejamento das linhas e seções de um país de extensão continental, como é o Brasil; ineficiência dos gestores públicos; e até mesmo possível “captura” da ANTT.⁵⁵

Sem a pretensão de demonstrar todas as variáveis possíveis que explicam este estado de coisas (delegação do TRIP por instrumentos unilaterais), faz-se pertinente destacar algumas das características específicas do setor de transporte interestadual que dificultaram a efetiva regulação por um modelo contratual – o que, idealmente, seria o

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* – 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 587.

⁵⁴ GABARDO, Emerson. Competência para a prestação de serviços públicos e o transporte coletivo rodoviário no meio ambiente urbano. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, jul./set. 2009, p. 153.

⁵⁵ A teoria da captura ou teoria dos grupos de interesse tem origem em pesquisas empíricas do início do séc. XX, nos Estados Unidos da América do Norte, em que grupos econômicos (regulados) foram favorecidos por agências reguladoras – embora estas tenham sido criadas justamente para corrigir falhas de mercado. A ideia é que o Estado tem o poder de determinar ou proibir determinados comportamentos, dar ou tirar recursos e assim interferir nos setores econômicos. Logo, grupos de interesse tentam capturar os reguladores para que suas decisões não os afetem negativamente ou os beneficiem. Isto poderia ocorrer de diversas formas, mas principalmente com promessas de empregos futuros para os reguladores ou outros tipos de vantagens. VIEIRA, Alexandre Sérgio Alves. *Agências reguladoras independentes? Especialização e captura nas trajetórias de carreira dos reguladores federais brasileiros*. Rio de Janeiro, 2015. Dissertação (Mestrado) – Escola de Administração Pública e de Empresas do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 18-19.

melhor modelo, em termos de claras garantias e atribuições de riscos para o Estado, transportadoras e usuários.⁵⁶ Isto porque o instrumento editalício definiria clara e objetivamente o objeto, ao menos em termos de mercados e/ou linhas, especificações de itinerário, idade da frota, formas de remuneração, dentre outros aspectos necessários.⁵⁷

De início, o transporte interestadual rodoviário de passageiros, via de regra, não possui padrões rígidos de deslocamento entre as origens e destinos, ao contrário, por exemplo, do transporte urbano municipal, em que os padrões são muito mais claros e definidos: ida e volta, no mesmo dia, principalmente nos horários comerciais, em que as pessoas estão se locomovendo para o trabalho, escolas, etc. Já no TRIP, conforme pesquisa de usuários da ANTT, a maioria dos passageiros não possui uma frequência definida de viagem (31,5% responderam que utilizam “eventualmente”) e o segundo maior grupo dos usuários entrevistados respondeu que a frequência é anual (21,9%).⁵⁸ Considerando este perfil de aproximadamente metade dos usuários do TRIP, observa-se a dificuldade em se estabelecer um padrão rígido de frequência.

Além disso, para a maioria dos usuários do TRIP (57,9%), os motivos da viagem são para visita a amigos/parentes ou lazer/turismo.⁵⁹ Esta característica de motivação dos usuários também influencia na falta de um padrão rígido de origens e destinos, pois, salvo no caso de familiares, não há uma previsibilidade certa em relação às localidades.

Mas, afinal, o que estes fatores significam na modelagem de um sistema de rotas interestaduais?

Para tal resposta, é imprescindível compreender que comumente o planejamento de transportes baseia-se em um “modelo gravitacional”. As viagens entre duas cidades podem ser determinadas pela população das cidades (“m1” e “m2”) e pela distância (“d”),

⁵⁶ Neste sentido de que a delegação dos serviços de transporte coletivo deveria ser pela concessão (e não permissão), Emerson Gabardo e Romeu Felipe Bacellar Filho defendem que é imprescindível a proteção típica do contrato, porque na verdade a permissão, quando escrita com condições de bilateralidade, acaba sendo um efetivo contrato que não admite a precariedade nem a revogabilidade. “Desse modo, e mediante a incidência recíproca dos deveres de coerência, lealdade e transparência, torna-se segura a relação entre a Administração e o parceiro particular, além de mais promissora a realização eficiente do serviço”. GABARDO, Emerson. Competência para a prestação de serviços... *Op. Cit.*, p. 167-68; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. As concessões, permissões e autorizações de serviço público. In: CARDOSO, José Eduardo Martins et al. (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 416.

⁵⁷ SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação Jurídica do Transporte Rodoviário de Passageiros*. Rio de Janeiro, 2003, p. 76.

⁵⁸ ANTT. *Pesquisa de Satisfação dos Usuários de serviços regulados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres: Relatório de Resultados Transporte Rodoviário de Passageiros – Agosto 2018*, p. 45. Disponível em: <https://dados.antt.gov.br/dataset/pesquisa-de-satisfacao-dos-usuarios-2017-2018>. Acesso em: 02 ago. 2021.

⁵⁹ ANTT. *Pesquisa de Satisfação dos Usuários...* *Op. Cit.*, p. 46.

isto é, a geração de viagens será diretamente proporcional à população das cidades e inversamente proporcional ao quadrado da distância. Neste modelo define-se uma constante (“g”), que oscila a depender do motivo do deslocamento. $F = g \times (m_1 \times m_2) / d^2$. Em outras palavras, cidades mais populosas e próximas tendem a ter mais viagens entre si do que cidades muito longínquas.⁶⁰

Assim, teoricamente, com uma menor distância entre as cidades, maior a atratividade e a probabilidade desta ligação gerar viagens no decorrer do tempo. Ocorre que como no TRIP as viagens são interestaduais, geralmente, a distância entre a origem e destino é consideravelmente longa, tornando mais difícil projetar a evolução da demanda. Além disso, outro complicador para a regulação por um modelo contratual é a motivação de turismo/lazer e visita de amigos/familiares, sem uma frequência rígida. Felipe Freire conclui que essa dinamicidade nos padrões de deslocamentos interestaduais faz com que a matriz de riscos seja muito elástica.⁶¹

Consequentemente, a modelagem de financiamento de eventual contrato de concessão para o TRIP acaba sendo complexa, diante do risco da variação de demanda e da garantia constitucional do direito à manutenção da equação equilíbrio econômico-financeira (art. 37, XXI, da CF) – pressuposto para que seja viável ao concessionário assumir a prestação do serviço por conta e risco. Isto porque a elaboração da equação econômico-financeira, que balizará todo o período da concessão, poderá se revelar insuficiente ou falha, considerando as volatilidades do TRIP, o que geraria o dever do Poder Concedente de recompor completa e imediatamente em caso de alteração desta equação econômico-financeira.⁶²

Assim, esta recomposição acabaria onerando excessivamente os usuários, considerando que atualmente a cobrança de tarifa é a forma de contraprestação do serviço, ou então o próprio Poder Concedente, a depender das disposições contratuais que este eventual contrato de concessão dispuser.⁶³

⁶⁰ COSTA, Felipe Freire. *A inadequação do modelo de regulação contratual ao transporte rodoviário interestadual de passageiros*. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/inadequa%C3%A7%C3%A3o-do-modelo-de-regula%C3%A7%C3%A3o-contratual-ao-freire-da-costa/>. Acesso em: 02 ago. 2021.

⁶¹ COSTA, Felipe Freire. *A inadequação do modelo de... Op. Cit.*

⁶² SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 49

⁶³ Cabe fazer a ressalva que a cobrança de tarifas é das fontes possíveis de remuneração capaz de envolver algum nível de atribuição de risco ao prestador, mas não a única. Cada risco pode ser atribuído a determinada parte (concessionário ou concedente) ou ainda dividido entre ambos. O risco de variação da

Outra questão relevante seria o alto valor de garantia a ser exigido dos licitantes, tendo em vista os riscos mencionados acima (art. 56 da Lei nº 8.666/1993), o que aumentaria também os custos na participação do certame, já que quanto maior a importância a ser garantida, maior é o prêmio do seguro-garantia. Com maiores custos, a concorrência tende a ser menor, freando a entrada de novos competidores ou de competidores com menor capacidade econômica.⁶⁴

Estas são as principais dificuldades do modelo contratual para a delegação do TRIP, nos termos de uma concessão ou permissão de serviço público comum (Lei nº 8.987/1995). Não se trata de questões insuperáveis, mas certamente contribuíram para a opção do legislador em delegar o serviço regular do TRIP por autorização.

Tal modelo por ora tem se revelado o mais adequado para abrir o mercado, estimular a concorrência, promover a liberdade tarifária e a qualidade do serviço. Gustavo Binjenbojm entende que a ideia de autorização trará potenciais benefícios aos usuários: redução do preço e melhoria da qualidade – afinal, a disputa exige que as empresas invistam em padrões de qualidade e/ou reduzam o preço; ademais, a concorrência permite um leque maior em termos de opção para os usuários, já que ora podem optar por um preço mais baixo, ora por um padrão de qualidade mais alto. Acrescenta que “a vantagem, aqui, é que além da regulação por comando e controle, o agente terá igualmente incentivos gerados pela competição, estando exposto a riscos aos quais concessionários e permissionários não estão geralmente submetidos”.⁶⁵ No mesmo sentido, não especificamente quanto ao setor, Egon Bockmann Moreira escreve que as autorizações conferem um ritmo mais apurado ao setor, de modo que tendem a evitar que o interesse público se curve às estruturas monopolísticas ou que haja a redução de um serviço tido constitucionalmente como público, diante da volatilidade do mercado.⁶⁶

Entretanto é necessário seguir monitorando o cenário, já que a melhora pode ser apenas inicial e, em determinado período, a realidade pode vir a ser muito distinta, com

demanda, que afeta a receita pela arrecadação das tarifas, pode ser repartido entre as partes. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário... Op. Cit.*, p. 65.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1197.

⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 09, nº 3, p. 1283-1284.

⁶⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Autorizações e contratos de serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia (RDP)*, ano 8, nº 31, jul/set. 2010, p. 8.

novamente poucas empresas, aumento de preços e falta de incentivos para melhoria da qualidade.

II.2 Instrumentos de delegação no TRIP: concessão, permissão e autorização

No histórico regulatório do TRIP demonstrou-se que os diversos regulamentos e a legislação (no sentido de lei formal) mencionaram a concessão, permissão e autorização, não raro sem um rigor conceitual e com classificações muito diferente das atuais.⁶⁷ De uma forma muito genérica e sintética, pode-se dizer que as menções ao termo concessão transmitiam a ideia de um contrato administrativo precedido de licitação, na modalidade de concorrência. Já permissão e autorização eram mencionadas como atos unilaterais do Poder Público, sem prévia licitação.

Mas, a rigor, há uma distinção conceitual entre estes três instrumentos? O tema é polêmico: de um lado, há autores que diferenciam cada um dos três instrumentos; de outro, há quem defenda a inexistência de uma distinção do ponto de vista constitucional. Em relação à autorização para delegação de serviços públicos também há dissenso.

Especificamente no objeto de estudo deste trabalho são relevantes o art. 21, XII, “e”, da CF (“Compete à União [...] explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão [...] os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros”), o *caput* do art. 175, da CF (“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”) e o parágrafo único do art. 175, da CF, que delega à lei a disposição sobre (i) “o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos”, (ii) “o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação”, (iii) “as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”; (iv) “os direitos dos usuários”; (v) “política tarifária”; e (vi) “a obrigação de manter serviço adequado”.

Ao analisar os enunciados constitucionais, Vera Monteiro observa que os três termos (concessão, permissão e autorização) são “usados como sinônimo de ato jurídico e têm a função de abrir a possibilidade de contratação de terceiros (ente público ou empresa privada, pessoa jurídica ou pessoa física) na exploração de serviços públicos”, o

⁶⁷ A título exemplificativo, comentando as diferenças de delegação do TRIP pelo DNER, Antônio Gômora sustentava que “a permissão é mais que a licença e menos que a concessão. A autorização resulta na forma genérica para todas as modalidades de outorga de um ato oficial para a prestação de serviço”. GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário... Op. Cit, p. 98.*

que impossibilita uma distinção clara a partir da Constituição.⁶⁸ Em posição contrária, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que, embora o art. 21 tenha se referido a autorização, permissão e concessão e o art. 175 apenas à concessão e permissão, no que se refere a outorga a terceiros para prestar um serviço público, a outorga de serviço público não poderia se dar por autorização, pois “a resposta se encontra no art. 175, que é aquele que cogita da normalidade da prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado”.⁶⁹

A classificação e as distinções doutrinárias gerais destes conceitos serão tratadas com maior profundidade no capítulo III. Por ora serão descritas as definições e os âmbitos de aplicação da concessão, autorização, permissão e processo seletivo especificamente do novo regime jurídico do TRIP, especialmente a Lei nº 10.233/2001 e Resolução ANTT nº 4770/2015, no sentido de “instrumentos de regulação”.⁷⁰ Entende-se que a teoria dos ordenamentos setoriais acabou alterando a visão tradicional do Direito e suas fontes, no sentido de que há subsistemas jurídicos com princípios, conceitos e estruturas próprias de determinado setor. Logo, “não há como tratar do setor de telecomunicações com a concepção do instrumento jurídico da concessão e da permissão, que temos da época das estradas-de-ferro”.⁷¹

As únicas duas hipóteses de concessão para o TRIP estão previstas no art. 13, I, da Lei nº 10.233/2001: (i) “quando se tratar de exploração de infraestrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública” e (ii) “de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infraestrutura”. O art. 14, § 1º, da Lei nº 10.233/2001,

⁶⁸ Ora a Constituição se reporta unicamente à concessão (art. 25, §2º), também à concessão e à permissão (art. 30, V, e art. 175) e, ainda, aos três instrumentos, autorização, permissão e concessão (art. 21, XI e XII). MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 97.

⁷⁰ Vera Monteiro escreve que o problema não está “entre o bom e o mau, mas em aceitar que a concessão, a permissão e a autorização são instrumentos de regulação, os quais podem assumir diferentes formatos, conforme a conveniência e as peculiaridades de um dado setor econômico”. MONTEIRO, Vera. *Concessão... Op. Cit.*, p. 94. Pertinente também citar a influência da regulação específica de setores que acabam modificando profundamente o panorama da teoria geral: “*las reformas legales que se han producido en el seno de los sectores más avanzados del Derecho Administrativo especial han irradiado numerosos efectos y consecuencias sobre las teorías y categorías generales*”. Eberhard SCHMIDT-ASSMANN. *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo* (parte 1: pp. 27-84) In: BARNES J. (Ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012, p. 30.

⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teorias pluralistas das fontes de direito: lex mercatoria, ordenamentos setoriais, subsistemas, microssistemas jurídicos e redes normativas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 36, out/dez 2008, p. 17-18. Também, MARQUES, Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 301 e 302.

estabelece que as outorgas de concessão serão “sempre precedidas de licitação, conforme prescreve o art. 175 da Constituição Federal”.

Até o presente momento não se tem notícia de nenhuma concessão realizada pela ANTT para exploração de infraestrutura de transporte público, como seria um possível caso (em tese) de algum terminal rodoviário federal ou estrutura similar que permitisse o embarque e desembarque de ônibus e passageiros. Via de regra, os terminais rodoviários são todos municipais, inclusive muitos destes entes cobram taxas de embarque para cada passageiro que utiliza dita infraestrutura, como é o caso de Curitiba, Londrina, Guaratuba, dentre outros. Provavelmente por isso não há terminais rodoviários federais para ônibus.

Tampouco se conhece qualquer concessão da ANTT para a prestação de transporte interestadual ou internacional de passageiros associado à exploração de infraestrutura. Isto não causa estranheza, frente às dificuldades do modelo contratual para regular o TRIP, como já exposto no item anterior, somado à característica de terminais rodoviários municipais.

De todo modo, face a previsão legal do art. 13, I, da Lei nº 10.233/2001, em tese poderia ser possível eventual projeto concessionário, tanto como uma concessão comum, regida pela Lei nº 8.987/1995, concessão patrocinada ou concessão administrativa, estas últimas disciplinadas pela Lei nº 11.079/2004. Inclusive, há autorização para que a concessão possa estar vinculada a contratos de arrendamento de ativos e a contratos de construção, com cláusula de reversão à União (art. 14, § 3º, da Lei nº 10.233/2001). A subseção II, da Lei nº 10.233/2001, estabelece as diretrizes gerais para estas concessões, como os itens obrigatórios para o edital de licitação (objeto, prazo, condições de prorrogação, investimentos mínimos, condições para reversibilidade dos bens, as responsabilidades pelos ônus de eventuais desapropriações, requisitos dos concorrentes, critérios para julgamento da licitação etc.).

Já o instrumento de regulação por permissão é aplicável apenas para o transporte interestadual semiurbano de passageiros (desvinculados da exploração da infraestrutura) – nos termos do art. 13, IV, “a”, da Lei nº 10.233/2001. Pertinente pontuar que até a alteração promovida pela Lei nº 12.996/2014, o transporte semiurbano tinha o mesmo tratamento que o rodoviário, embora tenham características radicalmente distintas, não apenas diferenças físicas dos ônibus, mas principalmente pela lógica da regulação. De todo modo, tal como na concessão, o art. 14, §1º, da Lei nº 10.233/2001, também estabelece que as outorgas de permissão serão “sempre precedidas de licitação, conforme prescreve o art. 175 da Constituição Federal”. A subseção III, da Lei nº 10.233/2001,

estabelece as normas gerais para a licitação e contrato de permissão. Apesar do comando expresse, entre todas as linhas do transporte interestadual semiurbano, a ANTT promoveu apenas a Licitação nº 2/2014, para o transporte semiurbano interestadual de passageiros entre as 67 (sessenta e sete) linhas, entre Brasília e cidades do Estado de Goiás, objeto do Contrato de Permissão nº 001/2015.⁷²

A autorização é o instrumento mais expressivo e comum no modal rodoviário de transporte de passageiros. É utilizado tanto para a prestação de serviço regular, desvinculado da exploração de infraestrutura (art. 13, V, “e”, da Lei nº 10.233/2001), como para os serviços não regulares, como é o caso do fretamento e suas espécies (art. 13, V, “a”, da Lei nº 10.233/2001).

Merecem destaque os seguintes pontos em relação à autorização prevista na Lei nº 10.233/2001: (i) há previsão expressa que “independe de licitação” (art. 43, I); (ii) as autorizatárias possuem liberdade de preços dos serviços e tarifas, “em ambiente de livre e aberta competição” (art. 43, II), mas com o poder-dever da ANTT reprimir “toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico”, inclusive adotando procedimento de comunicação aos órgãos do sistema de defesa da concorrência, isto é, o CADE, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (art. 47-C e 31); (iii) “não haverá limite para o número de autorizações para o serviço regular”, salvo no caso de inviabilidade operacional, hipótese em que a ANTT poderá realizar processo seletivo público para outorgar autorização, “observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, na forma do regulamento” (art. 47-B, parágrafo único); e (iv) as autorizações “não possuem prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação” (art. 43, III, e 48).

Observa-se que o legislador previu diferentes instrumentos para diferentes situações envolvendo o transporte rodoviário interestadual de passageiros. Em tese, tem-se um caso do que a doutrina denomina de “assimetria regulatória”, entendido como

⁷² “Transporte Interestadual Semiurbano” e “Relação de empresas, linhas e tarifas” e “Planilha com informações sobre as transportadoras e os serviços por ela prestados.” Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/transporte-interestadual-semiurbano>. Acesso em 01 jul. 2021. As demais linhas são operadas por “autorizações especiais”, precárias, enquanto aguardam licitação; ou por autorizações judiciais; ou por convênios, em que a ANTT delegou a competência para consórcios municipais e para o Distrito Federal. Trata-se do Convênio ANTT – GDF, Convênio CIMU TIMON/MA - TERESINA/PI e Convênio CIMU MAFRA/SC - RIO NEGRO/PR. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/transporte-interestadual-semiurbano>. Acesso em: 01 jul. 2021.

diferentes níveis regulatórios em um mesmo serviço, em outras palavras: “a concomitância entre prestadoras sujeitas ao regime público e ao regime privado, ainda que ambas subordinadas a restrições de acesso para exploração da atividade econômica específica (necessidade de prévia licença – concessão, permissão ou autorização”.⁷³ Contudo, na prática não há propriamente uma concomitância entre prestadores com diferentes regimes jurídicos, uma vez que as transportadoras do serviço regular do TRIP estão sujeitas às mesmas regras, não há propriamente umas sujeitas ao regime público e outras ao regime privado.

Ainda assim, estes diferentes níveis de regulação possuem uma razão de ser. A concessão foi imaginada para casos em que a concorrência tende a ser ineficiente, já que não faria sentido a construção de vários terminais ou rodovias em um mesmo trecho. Neste caso a restrição da concorrência acaba sendo mais atrativo para os altos investimentos e aportes de recursos para as obras de infraestrutura, associada ao transporte.

Semelhantemente, a permissão foi pensada para os transportes semiurbanos, com restrição à concorrência, até por ser semelhante às características urbanas. A criação de barreiras de entrada e de operação pode ser justificada como um estímulo para que o delegatário mantenha linhas deficitárias em conjunto com linhas superavitárias, evitando o fenômeno conhecido como “*cherry picking*”, isto é, escolha seletivas para selecionar as “cerejas do bolo”, no sentido de mais rentáveis por exemplo.

Este modelo de delegação até poderia ser utilizado para o serviço regular, porém o legislador acabou modificando o regime jurídico para o modelo de autorizações, privilegiando e estimulando a concorrência. Para que a premissa da competitividade possa ser concretizada, é importantíssimo que não haja significativas barreiras de entradas (daí a inexistência de limite para o número de autorizações, a princípio, ressalvados os casos de inviabilidade técnica, operacional e econômica) e que as empresas possam ter liberdade de tarifas para poder disputar entre si. Pertinente observar que “no modelo de autorização, como a qualquer instante pode haver novos concorrentes, o prestador do serviço terá constantes exigências advindas do próprio mercado.”⁷⁴

⁷³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, abr./jun. 2002, p. 23. Também se remetendo ao conceito formulado por Floriano de Azevedo Marques Neto, p. 177. BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. *Direito da regulação econômica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 177.

⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L.F. *Direito da regulação... Op. Cit.*, p. 180-182.

II.3 Requisitos para obtenção do Termo de Autorização para serviços regulares e de fretamento

No âmbito da competência delegada à ANTT pelo art. 29, da Lei nº 10.233/2001, o art. 3º, da Resolução ANTT nº 4.770/2015, disciplina os requisitos para que as empresas interessadas em prestar o serviço regular obtenham “Termo de Autorização” (TAR), a ser emitido pela Diretoria da ANTT. Tal como estabelece a Lei nº 10.233/2001, não há um limite para o número de autorizações. Trata-se de um ato vinculado, isto é, cumpridas as exigências estabelecidas, deverá ser deferido o pleito e publicado o Termo de Autorização com o número da inscrição no CNPJ, razão social e o número do Termo de Autorização (art. 23, da Resolução ANTT nº 4.770/2015). Este termo tem prazo de vigência indeterminado, enquanto os requisitos forem atendidos, mas a cada 3 (três) anos a autorizatária deverá atualizar a documentação, sob pena de extinção (art. 2º, XXIII, e art. 24, da Resolução ANTT nº 4.770/2015).

Entretanto, ao contrário do que intuitivamente possa parecer para um leitor desavisado, este termo não garante por si só o direito para que determinada autorizatária possa prestar qualquer serviço regular em qualquer linha que assim deseje. Para isso é necessária a obtenção de Licença de Operação (LOP) específica para cada mercado – como será exposto adiante.

Tal como será analisado em seguida, o “Termo de Autorização de Serviços Regulares” mais se aproxima da habilitação em uma licitação, nos termos do art. 27 da Lei nº 8.666/1993 e art. 62 da Lei nº 14.133/2021, pois apenas é concedido pela ANTT após a verificação do preenchimento de todas as condições mínimas e não há um limite de autorizações – semelhante ao “direito de licitar”, assegurado a qualquer pessoa, segundo as condições fixadas na lei e no ato convocatório.⁷⁵

Assim, esta expressão utilizada pela ANTT (“Termo de Autorização”) não é a mais precisa e adequada, visto que transmite a equivocada ideia da própria autorização para o serviço regular, enquanto é na verdade mera habilitação e não é válida por si só para explorar qualquer linha regularmente. Acaba sendo contrária à Lei nº 10.233/2001. Primeiro, com o art. 47-B da referida lei, que trata da não existência de limites ao número de autorizações para o serviço regular, salvo no caso de inviabilidade técnica, operacional

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 8.666/1993, 18. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 664-665.

e econômica (a Lei nº 14.298/2022 ampliou as hipóteses de inviabilidade técnica e econômica, antes a redação era de apenas inviabilidade técnica). Nos termos do atual regulamento da ANTT, a “autorização” a que a lei se refere é a “licença de operação (LOP)”, que é a fase em que a agência analisa a (in)viabilidade técnica, operacional e econômica. Segundo, com o art. 44, I, da mesma lei, que fala da publicação da autorização com indicação do objeto, que significa determinado mercado.

Apresentada esta crítica, e com esta ressalva, é importante comentar os requisitos para a obtenção do Termo de Autorização para o Serviço Regular. O requerimento deverá ser solicitado pelo representante legal ou por procurador, com o devido comprovante dos poderes de representação (art. 6º, da Resolução ANTT nº 4.770/2015), contendo os documentos comprobatórios relativos às regularidades (i) jurídica, (ii) financeira, (iii) fiscal, (iv) trabalhista, (v) qualificação técnico profissional e (vi) qualificação técnico operacional. Interessante destacar que o regulamento fixou prazo de análise de toda esta documentação, pela ANTT, em até 45 (quarenta e cinco) dias úteis, a partir da data do protocolo pela empresa e caso não haja pendência, hipótese em que o prazo é suspenso até o recebimento da documentação saneadora da pendência (art. 7º, da Resolução ANTT nº 4.770/2015).

A regularidade jurídica é comprovada com os documentos exigidos no art. 8º, da Resolução ANTT nº 4.770/2015. Destaca-se o obrigatório CNAE principal de transporte coletivo de passageiros”, constante no cartão CNPJ, e a não condenação dos diretores ou sócios-gerentes pela prática dos crimes de peculato, concussão, prevaricação, contrabando e descaminho, bem como contra a economia popular e a fé pública. Ademais de tal previsão, importante apontar que eventualmente outras condenações judiciais podem ensejar a proibição de que empresas e sócios possam contratar com o poder público, como é o caso do art. 6º, II, da Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção) e do art. 12, da Lei nº 8.429/1993 (Lei de improbidade administrativa).⁷⁶

A regularidade financeira é comprovada pela análise (i) do capital social, em função da frota de ônibus, o que é feito pela análise do ato constitutivo e suas alterações societárias (art. 9º, I, da Resolução ANTT nº 4.770/2015), e (ii) do patrimônio líquido

⁷⁶ Em relação à improbidade administrativa, ao contrário do que decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 852.475/SP, defende-se a prescritibilidade quinquenal de ações de ressarcimento ao erário fundadas por atos de improbidade, ainda que dolosos. GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. Crítica à decisão do STF sobre a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário por atos dolosos de improbidade administrativa. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 223, p. 55-74, set. 2019.

positivo, a partir do balanço patrimonial e demonstração de resultado do último exercício social (art. 9º, II, da Resolução ANTT nº 4.770/2015). Para até 10 (dez) ônibus, o capital social mínimo será de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais); entre 11 (onze) e até 50 (cinquenta) ônibus, de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); e a partir de 51 (cinquenta e um) ônibus, R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) – art. 9, I e II, da Resolução ANTT nº 4.770/2015. A reforçar este ponto, agora por previsão legal expressa, a Lei nº 14.298/2022 acrescentou o inciso II, no § 3º, do art. 47-B, da Lei nº 10.233/2001, para exigir capital social mínimo de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

Em que pese diferentes valores de capital social mínimo tenham o condão de possibilitar que mais transportadoras possam ser habilitadas, e potencialmente obtenham a licença operacional para os mercados, acredita-se que tal regra não é a mais adequada. Do ponto de vista das autorizatárias, é um contrassenso que a transportadora escolha alguma das classes, sem mesmo saber quantos mercados poderá efetivamente operar. A título exemplificativo, determinada empresa planeja operar “x” mercados e para isso conclui que precisará de “y” ônibus; logo, integraliza “z” de capital social, em alguma das classes. Ocorre que, no momento da obtenção da LOP (posterior à habilitação), pode ser que acabe obtendo menos mercados ou, em outro cenário, até mais mercados. Eventualmente, a transportadora teria que novamente adequar sua classe, submetendo novamente os documentos, promovendo alterações do contrato ou estatuto social. Muito mais simples seria se a ANTT exigisse apenas um valor de capital social mínimo (que não barrasse a entrada de novas empresas), cujo valor pudesse ser complementado apenas e se os mercados pleiteados fossem efetivamente autorizados.

Outra observação é que o regulamento da ANTT tomou o cuidado de exigir a efetiva comprovação da integralização das quotas do capital social das empresas (art. 8º, IV), isto é, prova documental da transferência ou do depósito de recursos para a empresa, e não meramente a apresentação do contrato social ou estatuto social registrado na Junta Comercial, pois não necessariamente isso equivale à prova da integralização. Isso é relevante para que empresas não acabem burlando tal exigência de demonstração de capacidade financeira, apenas apresentando o registro na junta comercial e não o efetivo aporte desses recursos.⁷⁷

⁷⁷ “Caso os sócios ou acionistas se comprometam a investir na empresa certa quantia, esse capital será denominado capital social subscrito (assinado, comprometido). Este compromisso surge no papel, no contrato social assinado pelos sócios. Ao cumprirem o contrato firmado, fornecendo dinheiro ou outros bens à empresa, os proprietários integralizam capital (realização do capital). Capital a integralizar é,

O art. 10, da Resolução ANTT nº 4.770/2015, estabelece que qualquer alteração no capital social ou na direção da empresa deverá ser comunicada à ANTT em até 30 (trinta) dias ao registro na junta comercial. É uma medida para que a ANTT possa fiscalizar eventuais operações de redução de capital social após a obtenção do Termo de Autorização ou de contratação de diretores ou sócios-gerentes condenados pelos crimes descritos acima. Entretanto, pertinente apontar uma fragilidade desta fiscalização, já que depende de a própria empresa informar à ANTT, que fica em uma posição passiva e não ativa propriamente, dependendo de denúncia ou fiscalização extraordinária. O art. 24, da Resolução ANTT nº 4.770/2015, intenta reduzir esta lacuna com a obrigação de que a cada 3 (três) anos as autorizatárias devem atualizar a documentação.

Apenas a título de observação, não se exigiu demonstração de capacidade financeira por índices contábeis, como de liquidez, mas apenas em termos de patrimônio – o que seria autorizado, mediante justificção, em editais de licitações, como já definiu o TCU na Súmula 289. Certamente poderia ser uma opção para evitar empresas com dificuldades financeiras que, em última análise, poderiam comprometer a adequada prestação do serviço regular.

A regularidade fiscal é comprovada pela apresentação das certidões negativas ou positivas com efeitos de negativas nas esferas: federal (RFB/PGFN), estadual (do ente onde estiver localizada a sede da autorizatária) e municipal (do ente onde estiver localizada a sede da autorizatária) – art. 11, I e II, da Resolução ANTT nº 4.770/2015. A ANTT exige também certidão negativa ou positiva com efeito de negativa, em relação a seus próprios débitos, condicionando “à inexistência de multas impeditivas da transportadora junto à ANTT” (art. 11, parágrafo único, da Resolução ANTT nº 4.770/2015).

A questão é controversa: de um lado, há a ideia de que contribuintes inadimplentes não poderiam contratar com a Administração Pública, além da questão da “vantagem competitiva” pelo não pagamento dos tributos; de outro, tem-se que a ANTT possui meios próprios de cobrar seus créditos, não sendo constitucional proibir ou restringir o exercício da atividade econômica à regularidade fiscal (Súmulas STF nº 70, 323 e 547). Em apertada síntese, diante da limitação do objeto desta pesquisa, defende-se a inconstitucionalidade de tal condicionante para obtenção do Termo de Autorização.

portanto, parte do capital comprometido (subscrito) ainda não realizado.”. MARION, José Carlos. *Contabilidade Básica*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 59.

A regularidade trabalhista é comprovada pela apresentação de certidão de regularidade do FGTS, relativo à sede da pessoa jurídica, e da Justiça do Trabalho (art. 12, I e II, da Resolução ANTT nº 4.770/2015).

A qualificação técnico-profissional se dá com a indicação de um responsável pela gestão do serviço regular, quem deverá ter no mínimo 12 (doze) meses de experiência, o que é comprovado com (i) declaração ou atestado do serviço por órgão público, ou por empresa privada, específica a esta pessoa física responsável pela gestão (art. 13, parágrafo único, da Resolução ANTT nº 4.770/2015) e (ii) carteira de trabalho e previdência social, certidão de tempo de serviço ou contrato social ou ata de assembleia sobre a investidura do cargo deste responsável (art. 13, I, II e III, da Resolução ANTT nº 4.770/2015). Em um paralelo, é o que dispõe o art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/1993 e art. 67, da Lei nº 14.133/2021.

A qualificação técnico-operacional não é em relação aos profissionais, mas à empresa. É feita com base no volume de passageiros-quilômetro por ano (dentro os últimos cinco anos), mediante a comprovação por atestados emitidos por entes públicos em relação à empresa – como pode ser o caso de experiência prévia com transporte rodoviário intermunicipal (art. 14, da Resolução ANTT nº 4.770/2015). A depender deste volume, a empresa é classificada entre três possíveis classes (art. 15, da Resolução ANTT nº 4.770/2015): (I) até 37.319.800 passageiros por quilômetros transportados por ano; (II) acima de 37.319.800 e até 186.599.000 passageiros por quilômetros transportados por ano; e (III) acima de 186.599.000 passageiros por quilômetros transportados por ano. Chama a atenção a disposição do parágrafo único do art. 15, da Resolução ANTT nº 4.770/2015, que acaba na prática tornando não obrigatória a apresentação dos documentos para qualificação técnico-profissional, pois estabelece que, em caso não de não comprovação, automaticamente a transportadora será classificada na classe I.

Esta exigência é fundamental para a análise das licenças operacionais para cada mercado, pois a transportadora não poderá pleitear mercados para os quais não tenha capacidade de atender o número dos passageiros-quilômetro por ano. Em outras palavras, a transportadora apenas poderá operar mercados com volume da classe correspondente a que esteja submetida ou inferior (art. 16, da Resolução ANTT nº 4.770/2015).

Em suma, estas são as exigências para a habilitação e qualificação para o serviço regular, o que não se confunde com o direito de explorar os mercados, como já sinalizado, daí a imprecisão do TAR. Apresentou-se também algumas críticas e propostas de melhoria do regulamento quanto à habilitação. Em relação à qualificação, não se

identificou excessos ou óbices que inviabilizem a participação de empresas interessadas (em analogia, súmula 263, do TCU).⁷⁸ Muito pelo contrário, a rigor, exige-se apenas um gestor com experiência de 1 (um) ano, já que o volume de passageiros-quilômetro não é imprescindível para obtenção do termo. Sob este prisma, a qualificação técnica trata dos requisitos indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações sem comprometer o caráter competitivo ou a entrada de novas empresas, ao menos neste ponto, diferente do que frequentemente ocorre em determinadas licitações, com exigências formais e desnecessárias voltadas para propositadamente restringir a competitividade no certame (direcionamento).

Todos as exigências narradas acima também são aplicáveis para eventuais consórcios que desejem explorar o serviço regular do TRIP. Quanto às regularidades jurídica, fiscal e trabalhista, aplicam-se individualmente para cada empresa consorciada. Para a regularidade financeira “será considerado o somatório dos valores do capital social mínimo de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação no consórcio” (art. 18, da Resolução ANTT nº 4.770/2015). Ademais, o consórcio deverá indicar a empresa líder, com amplos poderes para representar as consorciadas, que deverão ser obrigatoriamente pessoas jurídicas, responsáveis solidariamente entre si (art. 19, da Resolução ANTT nº 4.770/2015).

Muito mais simples do que estes requisitos para “habilitação” das empresas que pretendam prestar o serviço regular são as exigências para a obtenção do Termo de Autorização para as modalidades de fretamento (TAF): (i) contrato social/estatuto social com objeto social “compatível com a atividade de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional realizado em regime de fretamento; (ii) capital social integralizado igual ou superior a 120 (cento e vinte) mil reais; (iii) documentos de eleição e posse dos administradores; (iv) prova de regularidade fiscal; (v) prova de regularidade trabalhista; e (vi) cadastro no Ministério do Turismo, no caso de fretamento turístico (art. 10 e 13, da Resolução ANTT 4777/2015). Além disso, antes de cada viagem, a autorizatária deverá possuir uma licença de viagem, concedida pelo sistema da ANTT,

⁷⁸ Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

independentemente do tipo de fretamento (art. 31, 39, dentre outros, da Resolução nº 4777/2015).

Em síntese, há uma significativa diferença do capital social mínimo entre os serviços regulares e de fretamento: R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), respectivamente. Também não é exigido das empresas interessadas a obter a autorização para o fretamento a apresentação de balanços ou outros documentos contábeis, muito menos exigência de patrimônio positivo. Outra diferença é a não obrigatoriedade de qualificação técnico-profissional ou técnico-operacional.

Estes distintos requisitos são justificáveis pelas diferenças entre os objetos das autorizações. No serviço regular pressupõe-se uma série de obrigações diretas e indiretas que reclamam a demonstração mais contundente de capacidade financeira e qualificação técnica, daí também a maior densidade regulatória. Já o fretamento apresenta uma menor carga de obrigações regulatórias, com menos requisitos, embora ambos sejam instrumentalizados pela mesma nomenclatura “Termo de Autorização”.

II.4 Outorga de mercados e Licença Operacional (LOP)

Uma vez que a transportadora obtenha o TAR para o serviço regular, então é possível que inicie o processo administrativo para obtenção da Licença Operacional (LOP), que é propriamente a “autorização” a que se refere a Lei nº 10.233/2001, imprecisamente utilizada pela ANTT ao se referir à habilitação. De todo modo, a LOP é definida como “ato da ANTT, com a relação dos mercados autorizados, e sua(s) respectiva(s) linha(s), que autoriza a transportadora a executar a prestação do serviço regular” de transporte rodoviário coletivo interestadual ou internacional de passageiros” (art. 2º, VIII, da Resolução da ANTT nº 4.770/2015). Em comparação com a TAR, o processo para obtenção da LOP é mais complexo, com mais etapas e com alguns prazos para as empresas autorizatórias, a ANTT e outras transportadoras (art. 25 a 43, da Resolução ANTT nº 4770/2015).

Inicia-se com um requerimento pela autorizatória, momento em que a ANTT analisa apenas dois requisitos de admissibilidade, de acordo com a Instrução Normativa ANTT nº 01/2020 (aprovada pela Resolução ANTT nº 5.888/2020): (i) o TAR vigente e (ii) para as transportadoras que já possuíam LOP (para as novas transportadoras esta exigência é dispensada), a implementação do MONTRIIP, que é o sistema de

monitoramento e acompanhamento das viagens, instituído pela Resolução ANTT nº 4.499/2014.⁷⁹ Interessante apontar que dito sistema apresenta alguns problemas (como transferência de dados e incapacidade de processar todos os dados em tempo real). André Guskow sugere o uso de tecnologias de blockchain como possível solução.⁸⁰

Se houver pendência(s), o pedido é arquivado, mediante publicação de decisão administrativa motivada no Portal ANTT Legis (art. 3º, IN ANTT nº 01/2020). Caso os dois requisitos estejam cumpridos, a Superintendência de Serviços de Transporte Rodoviário de Passageiros (SUPAS) encaminha na forma de Ofício Circular os mercados solicitados, por 30 (trinta) dias, para que outras transportadoras eventualmente se manifestem (art. 27, da Resolução ANTT nº 4770/2015), momento em que ocorrem as impugnações pelas transportadoras concorrentes que intentam justificar a impossibilidade de deferimento daqueles mercados.

Também a partir deste ofício circular, as autorizatárias são intimadas para apresentar a documentação necessária para o preenchimento dos itens obrigatórios do art. 25, da Resolução ANTT nº 4770/2015: (i) indicação dos mercados que a autorizatária pretende atender, que é o par de localidades que caracterizam uma origem e um destino; (ii) relação das linhas pretendidas (com as seções e o itinerário) para atender os mercados pretendidos no item anterior; (iii) frequência da linha, respeitada a frequência mínima de

⁷⁹ O MONITRIIP, disciplinado por meio da Resolução ANTT nº 4.499/2014, estabelece padrões para a coleta, armazenamento, disponibilização e envio de dados que possibilitem o acompanhamento tempestivo da operação dos serviços de transporte, o qual é fundamental para a gestão do setor e o aprimoramento da atuação da Agência na qualidade dos serviços outorgados. Em outras palavras, permite que a ANTT acompanhe em tempo real diversas informações relevantes, além de servir como base de dados para fiscalização e até atuações administrativas. A título exemplificativo, permite a comunicação do GPS dos ônibus, identificação do motorista, velocidade e tempo da viagem, detector de parada, início e fim da viagem, leitor de bilhete de embarque, dentre outros. O Monitriip é composto pelos subsistemas embarcado e não embarcado. O primeiro caso abrange o conjunto de equipamentos instalados nos veículos, destinados a permitir a sua localização e o seu monitoramento ao longo de toda a operação. O segundo trata da infraestrutura que não está localizada nos veículos utilizados na prestação de serviços, relacionada à venda de bilhetes de passagem rodoviários, venda e recarga de cartões de embarque semiurbano e de registro de ocorrências dos usuários. O sistema consiste na instalação, em todos os ônibus da frota, de sistema de monitoramento cadastrado pela ANTT, que faz a transmissão de dados por meio de conexão móvel de dados (exemplos: EDGE, 3G). A Agência monitora todas as viagens realizadas sob sua autorização/permissão e, no transporte regular de passageiros, acompanha, também, o número de pessoas transportadas, as tarifas praticadas, o cumprimento da programação horária e do itinerário. Disponível em: <https://appweb1.antt.gov.br/monitriipPortal/site/informacao/MonitriipTransporte.aspx> e <https://portal.antt.gov.br/pt/web/guest/perguntas-frequentes>. Acesso em: 30 ago. 2021.

⁸⁰ O exame do uso de mecanismos e ferramentas de direito computacional e tecnologias blockchain no âmbito da regulação do transporte terrestre de passageiros no Brasil foi objeto de projeto apresentado por André Guskow Cardoso durante workshop promovido pelo MIT – IAP Media Lab. O projeto demonstra a imprescindibilidade de adoção de providências para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do sistema Monitriip, atualmente adotado pela ANTT. CARDOSO, André Guskow. *O uso do direito computacional na regulação do transporte terrestre por ônibus no Brasil*. Disponível em: <https://justen.com.br/pdfs/IE172/Andre-The-use-of-computational.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

uma viagem semanal, por sentido e por empresa (art. 33 Resolução da ANTT nº 4.770/2015); (iv) esquema operacional e quadro de horários da linha, disciplinado pela Resolução ANTT nº 5.285/2017, que determina a apresentação de informações como itinerário com pontos terminais, tempo médio de cada etapa, velocidade média, distância entre os pontos no itinerário da linha etc.; (v) serviços e horários de viagem que atenderão a frequência mínima da linha, ou seja, o tipo de ônibus que realiza a viagem (convencional, executivo, semi-leito ou leito), segundo a Resolução ANTT nº 4.130/2013; (vi) frota necessária para prestação do serviço, inclusive para que, em caso de falha ou outro atraso da viagem, continue a viagem em até 3 (três) horas, nos termos do art. 28 a 30 da Resolução ANTT nº 4770/2015, como é o caso de contratação de seguro de responsabilidade civil, especificações técnicas do motor dos ônibus e da idade máxima de 20 (vinte) anos, a partir do ano de fabricação do chassi, constante do CRLV, considerando-se 31/12 para aniversário; (vii) relação das garagens, pontos de apoio e pontos de parada, que obedecerão requisitos mínimos de segurança, acessibilidade, higiene e conforto, além de serem previamente informados à ANTT – art. 35 a 38, da Resolução ANTT nº 4770/2015; (viii) relação dos terminais rodoviários; (ix) cadastro dos motoristas, devidamente capacitados em conformidade com os atos normativos; e (x) relação das instalações para venda de bilhetes de passagem nos pontos de origem, destino e seções das ligações a serem atendidas.

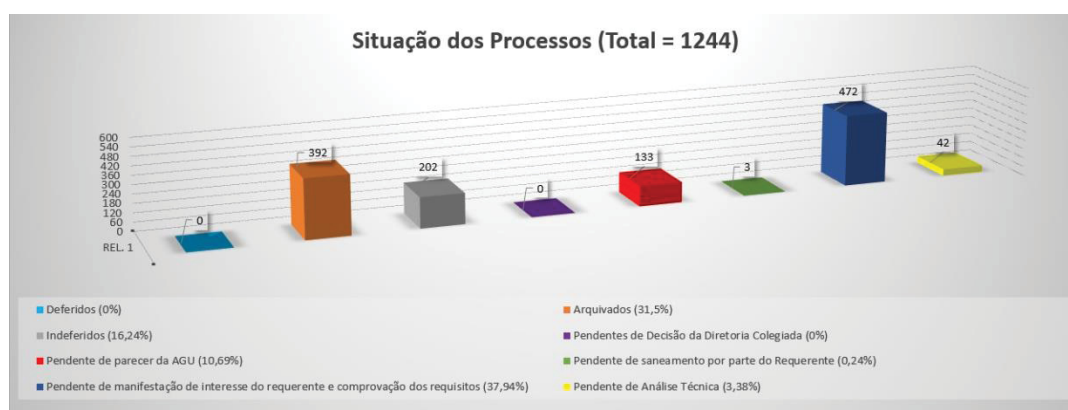
Pertinente comentar que a Deliberação nº 955/2019 simplificou a questão da idade média da frota e de seus controversos cálculos (se seria para a empresa como um todo ou para cada linha, dentre outros pontos conflituosos), revogando o então art. 78 da Resolução ANTT nº 4770/2015. Isto poderia ser um grande empecilho para a entrada de novas empresas no TRIP, visto que o custo de aquisição dos ônibus é o mais significativo e impactante.

Segundo o art. 2º e 4º, da IN ANTT nº 01/2020, após a apresentação da documentação, os requerimentos passam a ser classificados como “em processamento” e são analisados por ordem cronológica, a partir da publicação do mencionado Ofício Circular da SUPAS.

Em caso de pendências documentais, a ANTT comunicará a autorizatária para que esclareça ou as regularize, se for possível, em até 60 (sessenta) dias úteis, sob pena de arquivamento, mas sem prejuízo de novo processo (art. 26, da Resolução ANTT nº 4770/2015). A conclusão da análise é feita por meio de uma Nota Técnica da ANTT, inclusive com o exame das eventuais impugnações, minuta de portaria da SUPAS e

íntegra do processo administrativo. Então, é publicada Portaria da SUPAS com o resultado: indeferimento, deferimento parcial ou deferimento total (art. 40, da Resolução ANTT nº 4770/2015). A prática da ANTT foi de atribuir um número de LOP para cada empresa, alterando os mercados em caso de novos deferimentos.

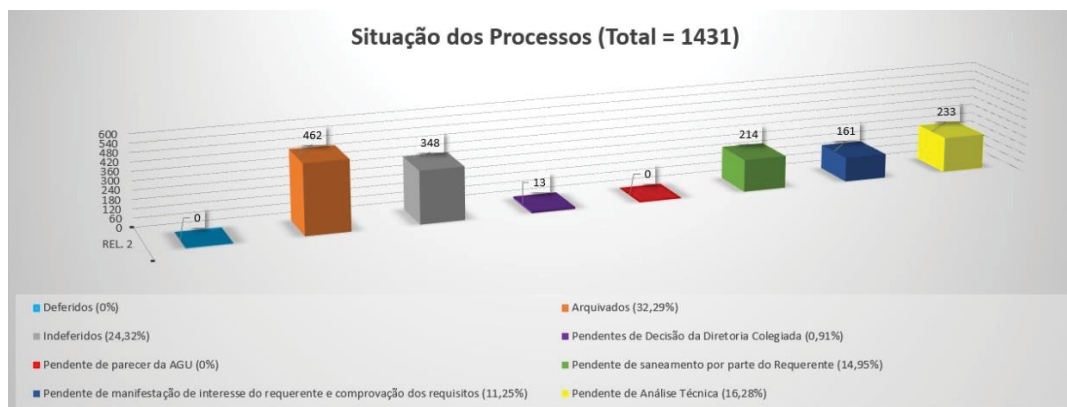
Um sério problema, muito em razão do grande volume de requerimentos de mercados, é a demora da ANTT para concluir a análise da LOP. Neste caso não há um prazo, na Resolução nº 4770/2015, para que a agência decida, ao contrário dos 45 (quarenta e cinco) dias, no caso do TAR. Como uma tentativa de reduzir esta demora e para aumentar a transparência e governança, o art. 4º da Deliberação nº 955/2019 determinou que a SUPAS passasse a encaminhar quinzenalmente relatório à Diretoria da ANTT indicando o total dos pedidos, pedidos analisados, quantidade de deferimentos, esperada conclusão dos trabalhos etc. Não apenas isso, mas que a SUPAS analisasse todos os pedidos até aquele momento no prazo de 60 (sessenta) dias. Conforme os relatórios de análise de status de novos mercados de 27/12/2019, 13/04/2020, 14/12/2020, 08/01/2021 e 03/05/2021, de um modo geral, observa-se de fato uma melhora parcial na celeridade da análise dos pedidos.⁸¹



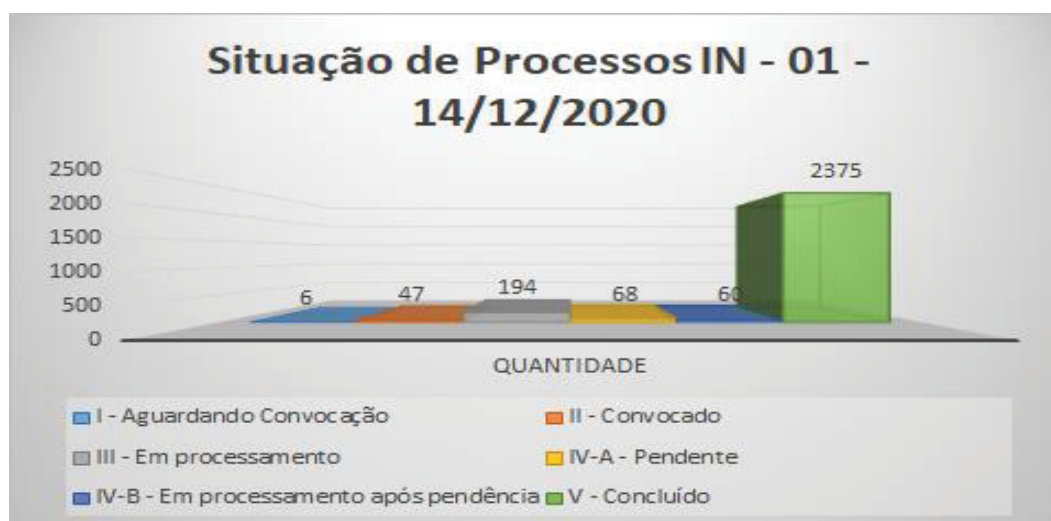
82

⁸¹ ANTT. Mercados Novos - Relatórios e Convocações. Relatórios - Análise de Mercados Novos. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/mercados-novos-relatorios-e-convocacoes>. Acesso em: 31 ago. 2021.

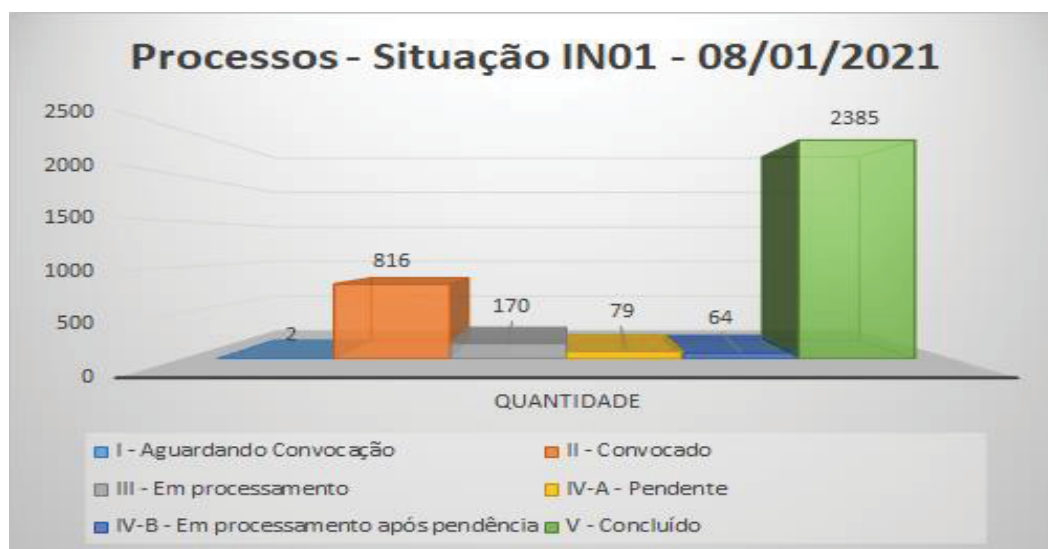
⁸² ANTT. Mercados Novos - Relatórios e Convocações. Relatórios - Análise de Mercados Novos. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/mercados-novos-relatorios-e-convocacoes>. Acesso em: 31 ago. 2021.



83



84

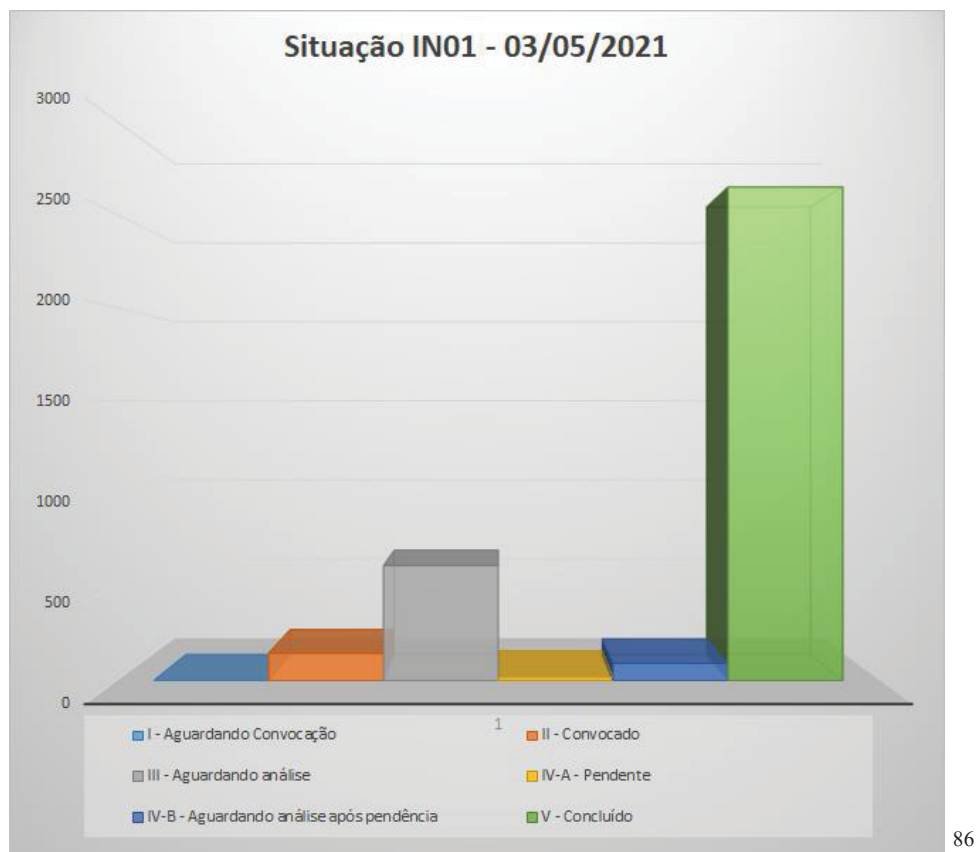


85

⁸³ ANTT. Mercados Novos - Relatórios e Convocações. Relatórios - Análise de Mercados Novos. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/mercados-novos-relatorios-e-convocacoes>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁸⁴ ANTT. Mercados Novos - Relatórios e Convocações. Relatórios - Análise de Mercados Novos. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/mercados-novos-relatorios-e-convocacoes>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁸⁵ ANTT. Mercados Novos - Relatórios e Convocações. Relatórios - Análise de Mercados Novos. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/mercados-novos-relatorios-e-convocacoes>. Acesso em: 31 ago. 2021.



Para que se tenha uma ideia, no ano de 2020 a ANTT autorizou mais de 14 mil mercados. Segundo os dados abertos da ANTT, em outubro de 2019 havia 6.686 empresas habilitadas para fretamento e 271 para o serviço regular. Mesmo com a pandemia causada pela covid-19, em junho de 2021 já havia 7.447 empresas habilitadas para o fretamento e 349 para o serviço regular. Também segundo as informações disponíveis para consulta, atualmente há 55.379 seções autorizadas pela ANTT.⁸⁷

Como mencionado, o TCU determinou que a ANTT suspendesse a eficácia dos deferimentos das autorizações de mercados até decisão de mérito.⁸⁸ Desde então, a ANTT segue analisando os pedidos, mas os deferimentos estão com eficácia suspensa.

⁸⁶ ANTT. Mercados Novos - Relatórios e Convocações. Relatórios - Análise de Mercados Novos. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/mercados-novos-relatorios-e-convocacoes>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁸⁷ ANTT. Transporte Rodoviário de Passageiros. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTRkYmFkMmItNDRiZS00NzY0LTllYzQtNmRhYjBINjUzN2YzIiwidCI6Ijg3YmJlOWRlLWE4OTItNGNkZS1hNDY2LTg4Zjk4MmZiYzQ5MCI9&pageName=ReportSectionbcd824b917a2140d19a>. Acesso em: 25 jun. 2021.

⁸⁸ TCU ACÓRDÃO N° 559/2021 – Plenário.

II.5 Transferências de mercados e controle societário

Originalmente, a redação do art. 51, da Resolução ANTT nº 4770/2015, permitia que as autorizatárias do serviço regular pudessem transferir os mercados de sua titularidade para outras autorizatárias (outra empresa com TAR), desde que estas atendessem os mesmos requisitos. Isto era uma prática muito comum por diversos motivos, desde a existência de multas e a impossibilidade de habilitação ou por uma questão empresarial, já que nem todos os mercados eram deferidos e também pelo tempo do procedimento para obter a LOP.⁸⁹

No entanto, a mencionada Deliberação nº 955/2019/DG/ANTT/MI deu nova redação, vedando tais operações. Inclusive, foi mais ampla ao proibir transferência de “mercados, linhas ou qualquer hipótese de subautorização da prestação do serviço regular” (art. 51, da Resolução ANTT nº 4770/2015), como era o caso de negócios jurídicos entre transportadoras, que possuíam a LOP de determinada linha, e cediam a exploração para transportadoras, que não possuíam tal licença, mas que utilizavam frota própria, dentre outros arranjos.⁹⁰

Aparentemente, a ideia por trás desta deliberação foi que não seria mais necessária a transferência, pois as transportadoras poderiam pedir diretamente a autorização (que na verdade é a LOP, como esclarecido). Entretanto, considerando que determinados mercados possuem um limite para o número de transportadoras, que é a questão da inviabilidade técnica, operacional e econômica e limitação de infraestrutura, a rigor, nem sempre toda linha ou mercado pode ser autorizado. Pode-se dizer que a *mens lege* na norma foi vedar uma espécie de “mercado paralelo”. Proibindo tanto as hipóteses de trespasse, com a mudança do sujeito; como da subconcessão, cessão que “importa na transferência de faculdades indissociáveis à gestão de serviços públicos para o âmbito de terceiros, ou quando o terceiro assumir a gestão do serviço por conta e risco próprios”,⁹¹

⁸⁹ A título exemplificativo, vide Deliberação da Diretoria Colegiada da ANTT nº 457 (publicada no DOU de 10/11/2020) que autorizou a transferência dos mercados de Pedra Preta/MT a Fernandópolis/SP e Pedra Preta/MT para Votuporanga/SP.

⁹⁰ Diário do Transporte. *ANTT atende a pedido da Expresso Transporte e Turismo para operar a linha São Paulo-Curitiba*. Publicado em: 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://diariodotransporte.com.br/2019/02/15/antt-atende-a-pedido-da-expresso-transporte-e-turismo-para-implantacao-de-linha-sao-paulo-curitiba/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁹¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; HOHMANN, Ana Carolina. Contrato de leasing operacional: possibilidade de sua utilização para a construção de Terminal de Cargas em bem público Arrendado à Concessionária de Serviço Público. Governet. *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 3, p. 235-243, 2008.

ainda com o vínculo originalmente estabelecido.⁹² Não obstante, frequentemente esta regra é burlada com a possibilidade de que a autorizatária, com a devida LOP, preste os serviços com ônibus de terceiros, mediante pedido de autorização formulado à ANTT, que defere tais requerimentos. Em paralelo, a autorizatária e este terceiro celebram contrato particular com a remuneração ou participação na receita de determinada linha do serviço regular. Assim, não é exagero dizer que na prática ocorre a subautorização no serviço regular – apesar de sua proibição.⁹³

Isto não se confunde com a fusão, cisão ou incorporação – ou outro arranjo que altere o controle societário da empresa. Estas são operações, ao final, que podem eventualmente surtir o mesmo efeito prático que o trespasse ou subautorização (que é a transferência do mercado), mas a diferença é que precisariam observar todas as regras pertinentes às alterações societárias. Para estas hipóteses o art. 52, da Resolução ANTT nº 4770/2015, permite expressamente, desde que haja prévia anuência da ANTT. Trata-se de disposição semelhante à do art. 27 da Lei nº 8.987/1995, sobre as concessões comuns, que dispõe que “a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão”. Neste caso, é um permissivo para transferência e para a alteração de controle societário, desde que haja anuência do concedente e que as condições objetivas do contrato sejam mantidas, especialmente qualificação técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, sem prejuízo ao serviço público.

O assunto é controverso. No âmbito das concessões, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o trespasse da concessão é admitir, por vias transversas, que alguém passe à condição de concessionário sem licitação, o que seria vedado pelo art. 175, da CF.⁹⁴ Contudo, diversos autores defendem que não se trata de burla à licitação, pois tal

⁹² FREITAS, Rafael Vêras de. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, abr./jun. 2015, p. 175.

⁹³ A título comparativo, o tema da subconcessão também é polêmico no setor de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Apesar da previsão do art. 26 da Lei nº 8.987/1995, o art. 41 da mesma lei expressamente dispõe que não se aplica ao setor. A legislação específica, a Lei nº 4.117/62 (CBT) e o Decreto nº 52.795/63 não possuem previsão acerca da figura da subconcessão do serviço público de radiodifusão (GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess. A prática de subconcessão promovida por concessionárias de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens – “Aluguel” de horários para televidas e programas religiosos, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 85-103, jul./set. 2014).

⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 746. Também, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 630.

etapa não se confunde com o regime jurídico próprio dos contratos, os quais não são personalíssimos, como outrora sustentava Hely Lopes Meirelles.⁹⁵ Mas, sim objetivos, nos termos da proposta vencedora, posição que parece ser a mais adequada.⁹⁶

Sobre este tema, há 18 (dezoito) anos começou a tramitar no STF a ADI nº 2946/DF, que discute precisamente a inconstitucionalidade da transferência e do controle societário por violação ao dever de licitação do art. 175, da CF, e apenas recentemente houve posicionamento pela inconstitucionalidade da transferência da concessão (não do controle societário), com proposta de modulação dos efeitos da decisão para que no prazo de 2 (dois) anos a Administração extinga todos os contratos que tiverem sido cedidos e promova nova licitação – porém o julgamento ainda não foi finalizado. Face esta decisão, houve uma interessante polarização: de um lado, Carlos Ari Sunfeld, Eduardo Jordão, Egon Bockmann Moreira, Floriano De Azevedo Marques Neto, Gustavo Binenbojm, Jacintho Arruda Câmara, José Vicente Santos de Mendonça, Marçal Justen Filho e Vera Monteiro assinaram um artigo defendendo a constitucionalidade da transferência dos contratos de concessão.⁹⁷ De outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello, Ricardo Marcondes Martins, Weida Zancaner Bandeira de Mello, Carolina Zancaner Zockun, Pedro Estevam Serrano, Irene Nohara e Maurício Zockun defenderam o oposto, isto é, a inconstitucionalidade de ditas transferências.⁹⁸ De todo modo, a princípio, a discussão da ADI nº 2946/DF parece apenas tangenciar o TRIP, mas não afetá-lo diretamente, visto que as autorizações no âmbito do TRIP não estão sujeitas à licitação, tema que será apresentado no capítulo III.

O que é relevante de tal discussão para o presente caso é quanto à natureza jurídica da decisão de transferência da autorização, se seria ato administrativo discricionário ou vinculado. Defende-se que é um ato vinculado, não sujeito exatamente a um juízo de conveniência ou oportunidade, pois se a transportadora (i) observar “legislação própria”

⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 194.

⁹⁶ FREITAS, Rafael Vêras de. O regime jurídico do ato de transferência das... *Op. Cit.*, p. 168-173. Também neste sentido, GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 258.

⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *É constitucional transferir contratos de concessão: STF deve preservar a segurança jurídica de quem confia nas leis*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/e-constitucional-transferir-contratos-de-concessao-17082021>. Acesso em: 02 set. 2021.

⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de et al. *Transferência de concessão é inconstitucional. Espera-se que o Supremo honre o papel de guardião da Carta e não se submeta a interesses do poder econômico*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2021/08/transferencia-de-concessao-e-inconstitucional.shtml>. Acesso em: 02 set. 2021.

e (ii) comprovar o registro dos atos societários na respectiva junta comercial, então a ANTT deverá autorizar a fusão, cisão, incorporação ou alteração do controle societário. A expressão “legislação própria” deve ser interpretada no sentido de juridicidade ampla, não apenas as próprias normas regulamentares do TRIP (especialmente do TAR e da LOP), mas também as demais disposições de Direito empresarial e de Direito concorrencial. Tal como mencionado anteriormente, a ANTT deverá reprimir “toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico” (art. 47-C da Lei nº 10.233/2001). Assim, na avaliação destas operações societárias, estes aspectos concorrenciais devem ser analisados pela agência ou então devem ser comunicados aos órgãos do sistema de defesa da concorrência (art. 31, da Lei nº 10.233/2001). Pertinente, neste sentido, pontuar que esta anuência é semelhante à do art. 27 da Lei nº 8.987/1995 e à do art. 61 da Lei nº 12.529/2011, que trata dos atos de concentração do CADE.⁹⁹

Por fim, no transporte interestadual por fretamento é vedada a subautorização para a prestação dos serviços. Interessante destacar que a definição do art. 6º, da Resolução ANTT nº 4777/2015, é tão ampla que na verdade proíbe “qualquer forma de transferência do direito de prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, realizado em regime de fretamento”. Portanto, no caso do transporte por fretamento, há uma vedação de qualquer tipo de transferência do direito de prestação do serviço – até porque não há um sentido ou racionalidade na transferência do TAF ou da licença de viagem, que é única para cada viagem. Por ausência de previsão normativa, cumpre ressaltar que não há obrigatoriedade de as transportadoras de fretamento comunicarem eventuais alterações do controle societário ou mesmo nas hipóteses de fusão, cisão ou incorporação. De todo modo, esta norma do art. 6º, da Resolução ANTT nº 4777/2015 é relevante na discussão quanto às empresas de “fretamento colaborativo”.

II.6 Remuneração da transportadora por tarifa

Embora possa parecer redundante, toda prestação de serviço envolve custos e no caso do TRIP há despesas com pessoal (desde mecânicos, motoristas, encarregados do tráfego, além dos demais departamentos), manutenção dos veículos (pneus, peças, diesel, dentre outros), aquisição de novos ônibus (maior custo de operação, aproximando-se de

⁹⁹ FREITAS, Rafael Vêras de. O regime jurídico do ato de transferência das... *Op. Cit.*, p. 180.

1 milhão de reais cada um, a depender das especificações), investimentos para infraestrutura, sem mencionar o restante das demais despesas necessárias para a operação e para cumprimento de obrigações legais. Por isso, a escolha de quem arcará com o custeio do serviço é relevante.¹⁰⁰ No serviço regular do TRIP, conforme o art. 53 da Resolução ANTT nº 4770/2015, a opção feita foi pelo custeio dos usuários, com a cobrança de tarifas (sem qualquer subsídio ou fonte de custeio por parte do Estado) e pela possibilidade de as empresas obterem receitas marginais (ou “receitas de serviços acessórios”, expressão do art. 53 da Resolução ANTT nº 4770/2015). Cumpre mencionar que além do efetivo custo do serviço, ainda há custos com pedágio, ICMS e, quando houver, taxas de embarque dos terminais rodoviários.

Esta decisão política quanto ao custeio gera sucintamente dois efeitos, muito relacionados. Primeiro, a distinção entre os interesses dos usuários e comunidade, ou seja, cidadãos que custeiam e os que não custeiam as despesas necessárias para a prestação do serviço (interesses que não se confundem); e, segundo, a alteração na distribuição da riqueza na sociedade, na medida em que se a comunidade arca com os custos, então há uma distribuição de riqueza para os usuários, da mesma forma, quando se institui cobrança de tarifas, ocorre uma alteração nesse contexto, já que os recursos obtidos por outras fontes deixam de ser utilizados naquela prestação de serviço.¹⁰¹

Tradicionalmente, as tarifas são controladas em todos os seus aspectos pelo Estado: valor (ainda que o licitante possa estabelecer sua proposta, não poderá alterar unilateralmente, como a Administração Pública), estrutura tarifária, índices ou fórmulas de reajustes, procedimentos de revisão tarifária. Ao delegatário é garantido o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Apesar do regime tarifário ser publicista por excelência, vem-se observando mecanismos de flexibilização das tarifas. É o que ocorreu no serviço regular do TRIP, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.996/2014, o que passou a ser implementado na prática apenas em 2019 e até março de 2021 (por conta do acórdão do TCU, como mencionado). As transportadoras passaram a ter a liberdade para *a priori* determinar os preços das tarifas – afinal, a ANTT ainda pode intervir nas hipóteses legais para cessar

¹⁰⁰ Rafael Schwind aponta basicamente três soluções para a atribuição de custeio: (i) sem cobrança dos usuários (denominados vulgarmente “gratuitos”), cuja fonte de recursos geralmente é pela cobrança de tributos; (ii) obtenção de receitas marginais, que são pagos por usuários que utilizam serviços acessórios ao principal; e (iii) cobrança dos usuários por tarifas daqueles que utilizam do serviço. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário... Op. Cit.*, p. 57-59.

¹⁰¹ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário... Op. Cit.*, p. 57-59.

abuso de direito ou infração contra a ordem econômica (art. 43, II, art. 45 e art. 47-C, da Lei nº 10.233/2001, e art. 53 a 55, da Resolução ANTT nº 4770/2015). Esta situação pode ser caracterizada no que Jacintho Arruda Câmara chama de “liberdade vigiada”, a liberdade tarifária somente perdurará apenas se for conveniente ao interesse público, sendo que a intervenção estatal mais rígida está preservada, ao menos em um estado potencial.¹⁰²

A liberdade tarifária do novo regime jurídico do TRIP não traz apenas os bônus de, em tese, uma maior remuneração da transportadora, mas também a atribuição à transportadora de todos os riscos da operação, o que em tese é precificado por ela ao estabelecer a tarifa. A lógica é que quanto maior o risco a ser assumido, maior a remuneração demandada para que “valha a pena” que a transportadora corra esse risco. Como assevera Rafael Schwind, “nos casos em que o interessado puder propor uma tarifa para o desempenho do serviço, essa tarifa proposta constituirá a precificação dos riscos assumidos”.¹⁰³

Se, de mero coadjuvante nas tarifas do regime publicista, agora o particular assume funções de maior responsabilidade, então qual a garantia de que as tarifas simplesmente não subam neste regime de flexibilidade tarifária? Para explicar este ponto é preciso destacar o efeito restritivo das tarifas sobre a utilização do serviço. Significa dizer, se hipoteticamente não houvesse tarifa, certamente um número maior de usuários do TRIP utilizariam o serviço. Da mesma forma, uma tarifa mais elevada não necessariamente amplia a remuneração da transportadora, pois justamente pode haver uma diminuição significativa do número de usuários, não apenas pela questão concorrencial, mas porque os potenciais usuários poderiam ou deixar de realizar a viagem ou escolher outro modal de transporte, afetando o retorno financeiro da transportadora. Deste modo, ainda que haja flexibilidade tarifária, a fixação concreta do valor pelas transportadoras não significa por si só o aumento dos preços.¹⁰⁴

¹⁰² CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas Concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89-92). Surge a pertinente questão se neste caso do TRIP não se está diante de um regime de preços (próprio do direito privado) e não mais de caráter público. A caracterização ou descaracterização do TRIP enquanto serviço público será enfrentada no Capítulo III, por ora importa desde já enfatizar que não se trata do primeiro regime, pois a liberdade tarifária é “provisória”, nas palavras de Jacintho Arruda Câmara, isto é, a liberdade conferida é circunstancial e transitória, visto que a ANTT resguarda a prerrogativa de retomar o regime de maior intervenção para as finalidades legais, especialmente descritas no art. 47-C, da Lei nº 10.233/2001.

¹⁰³ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário... Op. Cit.*, p. 74.

¹⁰⁴ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário... Op. Cit.*, p. 144-145.

À ANTT cabe o papel de reprimir “toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31” (art. 45 da Lei nº 10.233/2001). O art. 31 trata da comunicação ao CADE e aos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Embora a ANTT tenha este dever, até porque as transportadoras pagam atualmente taxa de fiscalização precisamente para isso, as transportadoras concorrentes é que acabam realizando este papel, informando a agência sobre as práticas ilegais das demais transportadoras.¹⁰⁵ Reconhece-se a dificuldade da agência em acompanhar cada horário de cada linha, entre as milhares existentes no país. Por razões óbvias, as transportadoras tendem a possuir maiores informações sobre sua própria atividade do que a agência federal (assimetria de informações). Apesar disso, o que não está muito claro ainda é se a ANTT é a que deve apreciar estas denúncias de práticas anticoncorrenciais ou se deve apenas remeter ao CADE.¹⁰⁶

A regulação em regime de liberdade tarifária traz novos desafios. Se antes o objeto principal era a preocupação com a “equação econômico-financeira, indicação das fontes de recursos para o financiamento da medida instituída e os critérios aplicáveis pelo Estado para a instituição de medidas concretas de políticas públicas”; agora a preocupação e a atenção da ANTT recaem sobre “(i) evitar e reprimir o abuso do poder econômico; (ii) evitar discriminações sem respaldo em critérios objetivos; e (iii) manter a flexibilidade enquanto mecanismo orientado à consecução de finalidades de interesse público”.¹⁰⁷ A fiscalização e a regulação do setor parecem caminhar muito mais para aspectos de Direito concorrencial, analisando práticas predatórias e distorções de competições – por exemplo, transportadoras com maior capacidade econômica poderiam reduzir a tarifa a um valor

¹⁰⁵ Segundo art. 77, § 3º, da Lei nº 10.233/2001 (incluído pela Lei nº 12.996, de 2014), a Taxa de Fiscalização é de R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais) por ano e por ônibus registrado pela empresa detentora de autorização ou permissão outorgada pela ANTT. O art. 3º da Resolução ANTT nº 4.936/2015 estabeleceu os procedimentos para o pagamento da Taxa de Fiscalização para diferentes meses de 2015. Contudo, apenas no início de 2020 foi que a agência passou a cobrar as taxas dos anos anteriores. Há discussões jurídicas quanto à inconstitucionalidade e ilegalidade desta taxa por possuir mesma base de cálculo que impostos (art. 145, §2º, da CF), como o processo nº 1039771-84.2020.4.01.3400, na JFDF, ajuizado pela Associação Nacional Das Empresas De Transporte Rodoviário De Passageiros – ANATRIP.

¹⁰⁶ O CADE pode realizar o controle administrativo tanto de modo prévio (por meio do controle concreto de concentrações econômicas), como pelo modo repressivo, após as condutas infrativas, tipicamente o “processo administrativo concorrencial”. Cumpre destacar que também há outras formas de defesa da concorrência: (i) controle judicial de natureza civil, realizado por concorrentes, consumidores ou outros prejudicados, como o Ministério Público, com participação do CADE como assistente judicial; (ii) controle judicial penal, pela via da ação civil pública incondicionada; e (iii) controle misto (civil-político ou civil-administrativo), com fundamento na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o código de processo civil de 2015*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 81-82.

¹⁰⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário... Op. Cit.*, p. 164.

que sequer pudesse fazer frente aos custos mínimos necessários para operar, de modo a ter deliberadamente prejuízo e, assim, levar outro concorrente à falência. Neste sentido, aparentemente o CADE seria o órgão mais adequado para enfrentar estes novos desafios da liberdade tarifária do TRIP.

Outro aspecto tarifário relevante no serviço regular diz respeito às gratuidades e descontos para determinadas classes de usuários que deverão ser respeitadas obrigatoriamente, em razão de políticas públicas (art. 55, da Resolução ANTT nº 4770/2015), que, em suma são:

Para os idosos, acima de 60 (sessenta anos) e com renda mensal igual ou inferior a dois salários-mínimos, as transportadoras devem disponibilizar 2 (dois) assentos para vagas gratuitas em cada ônibus e, caso haja mais idosos de baixa renda, então deverão conceder 50% (cinquenta por cento) de desconto, sobre o preço da tarifa, sem limite de poltronas (Resolução ANTT nº 1.692/2006). Também, as pessoas com deficiência e comprovadamente carentes, cadastradas no Passe Livre, terão gratuidade nas viagens interestaduais das linhas regulares – neste caso também não há limitação do número de beneficiários, se houver poltronas livres, deverá ser concedida a gratuidade (Lei nº 8899/1994, Decreto nº 3691/2000 e Portaria GM nº 261/2012). Em terceiro lugar, jovens de baixa renda (entre 15 e 29 anos) tem direito a 2 (duas) vagas gratuitas e 2 (duas) vagas com desconto de 50% em cada veículo (Resolução ANTT nº 5.063/2016). Por fim, poderão viajar gratuitamente crianças de até 6 (seis) anos incompletos, com responsável, desde que não ocupem poltrona, ou seja, sente-se com seu responsável (item XVII do Art. 6º da Resolução nº 1.383, de 29/03/06, alterada pela Resolução nº 1.922, de 28/03/2007, da ANTT). Considerando que um ônibus rodoviário convencional tem capacidade média de 46 (quarenta e seis) passageiros, não raro estes benefícios tarifários correspondem a 10% dos assentos disponíveis, a depender das linhas e da época.

A regra geral é que a instituição de benefícios tarifários deva ser feita por lei, necessariamente com a indicação da fonte de custeio, por analogia ao art. 35, da Lei nº 9.074/1995. Ainda assim, determinada lei pode estabelecer os parâmetros e fonte de custeio para que benefícios tarifários sejam instituídos por atos infralegais, isto é, desde que haja delegação por lei formal – fenômeno da deslegificação que ocorre por exemplo no setor de telecomunicações (Lei nº 9.472/97).¹⁰⁸

¹⁰⁸SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário... Op. Cit.*, p. 111-112.

Portanto, no novo regime tarifário as transportadoras devem observar a legislação que instituiu os benefícios tarifários (lei em sentido formal ou benefício tarifário por ato infralegal, desde que haja lei permitindo tal “deslegifcação”), mas fora isso possuem liberdade para fixarem as tarifas para suas respectivas linhas, por exemplo cobrar preços distintos a depender do horário, ainda que para o mesmo dia, realizar promoções etc. A ANTT apenas intervirá nas hipóteses legais mencionadas, como abuso de direito ou infrações contra a ordem econômica, permanecendo certa dubiedade se será dita agência federal ou o CADE quem efetivamente analisará as condutas anticoncorrenciais.

II.7 Reequilíbrio econômico-financeiro

O art. 37, XXI, CF, costuma ser apontado como “*artigo de fé*”, pelo curto enunciado extraído do extenso e impreciso (“condições efetivas da proposta, nos termos da lei”), a partir do qual se construiu todo um regime jurídico com base no que se chamou de princípio constitucional à garantia da manutenção da equação econômico-financeira.¹⁰⁹ Certamente o tema comporta um exame aprofundado, o que extrapolaria os limites deste estudo. Serão abordados os aspectos essenciais para responder tais indagações.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é pautada por uma fórmula matemática elaborada no momento da apresentação da proposta pelo licitante, com base nas condições traçadas no edital de licitação. A lógica é que embora possa haver causas e resultados supervenientes e imprevistos, que afetem as prestações pactuadas, a equação (fórmula matemática da proposta) não será modificada em sua estrutura, ou seja, deverá ser mantida a relação/proporção entre elas – não é que as prestações entre concedente e concessionária sejam imutáveis, apenas a relação entre elas.¹¹⁰

¹⁰⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello bem observa que a doutrina e a jurisprudência brasileira assentaram-se pacificamente no art. 37, XXI, da CF, como verdadeiro “artigo de fé” para a manutenção deste equilíbrio. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 253. Gustavo Kercher defender que da literalidade da Constituição Federal, não se encontra *prima facie* normas que permitam extrair o princípio da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público – nem tampouco a partir do art. 175, da CF. Pelo contrário, o parágrafo único do art. 175, da CF, delegou ao legislador ordinário a disciplina sobre o regime econômico-financeiro destes contratos. LOUREIRO, Gustavo Kercher. *Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 86-120.

¹¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado de equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 46. Também, TÁCITO, Caio. *O Equilíbrio Financeiro*

Sendo assim, em um regime jurídico em que o instrumento é a autorização (sem um contrato, edital, termo de referência ou proposta econômica), com liberdade tarifária, com liberdade de itinerário, em ambiente de livre e aberta competição, ainda é possível se falar em reequilíbrio econômico-financeiro? Se sim, como conceber a equação econômico-financeiro do empreendimento e em qual momento?

No mínimo, a lógica da concorrência e da liberdade tarifária neste modelo do TRIP implicam em uma distinta alocação de riscos e responsabilidades do Poder Concedente, em comparação com as tradicionais concessões comuns (Lei nº 8.987/1995) ou parcerias público privadas (Lei nº 11.079/2004) – ainda mais distantes dos contratos administrativos de curto prazo regidos pela Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993 e agora Lei nº 14.133/2021). Embora contratos de longo prazo e de curto prazo possuam racionalidades e características muito distintas, ambos os tipos são marcados por algo em comum: “o particular não dispõe de autonomia para selecionar as alternativas economicamente mais vantajosas segundo seus critérios de gestão”, pois é o Estado que assume as competências para criar o projeto concessionário; logo, é o Estado que se responsabiliza pelos efeitos de suas escolhas, ou seja, “acaba sendo o responsável pela viabilidade do empreendimento e muitas vezes assume formalmente a garantia de uma taxa de retorno ao particular, sob pena de ter de indenizá-lo caso essa expectativa não se confirme”.¹¹¹

Diferentemente desses modelos, no serviço regular do TRIP, a autorizatária é quem possui autonomia para precificar as passagens, para definir as linhas, os horários e dias (respeitada a frequência mínima que é de apenas uma viagem por semana), havendo praticamente nenhuma ingerência da ANTT nas decisões operacionais – salvo os requisitos mínimos regulatórios e benefícios tarifários. Conseqüentemente, se a autorizatária possui os meios para selecionar as alternativas economicamente mais vantajosas para influir na busca do serviço pelos usuários, também é ela que se responsabiliza pelos efeitos de suas escolhas empresariais, de modo que não faz sentido

na Concessão de Serviço Público. In: *Temas de Direito Público* – vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 201.

¹¹¹ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário... Op. Cit.*, p. 147-148. Para um maior aprofundamento quanto à lógica do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de longo prazo, vide MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado de equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 89-98.

que a ANTT garanta uma demanda periódica mínima ou algum retorno financeiro ao particular.

Rafael Schwind e Alexandre Faraco concordam que a flexibilidade tarifária tem por objetivo precisamente o de abandonar a garantia de taxa interna de retorno (TIR) ou dos constantes processos de revisões tarifárias, discussões de custos, etc., ao dar margem de liberdade ao agente econômico para que responda aos estímulos que acompanham tanto a entrada de novos concorrentes, quanto à atribuição do risco de variação da demanda.¹¹² Por isso, a tarifa fixada exclusivamente pela transportadora acaba sendo a precificação (ao menos) dos riscos de demanda e concorrência, pois se houver um aumento desproporcional de encargos ou outra hipótese que ensejaria o desequilíbrio da equação econômico-financeira em um modelo “clássico” (como previsão de isenções ou descontos, de acordo com políticas públicas), imediatamente a transportadora poderá alterar a tarifa. Jacinto Arruda Câmara comenta que a adoção destes mecanismos traz implícita a ideia de que o mercado controla o preço de maneira mais eficiente que o Estado, considerando que sempre houve dificuldade do Estado em determinar os custos reais das empresas e ainda estabelecer qual o lucro aceitável.¹¹³

Não se pode olvidar que nem sempre o aumento da tarifa corresponderá ao aumento da remuneração, uma vez que pelo maior preço, o número de usuário poderá diminuir, tendo em vista a condição socioeconômica limitada dos usuários – o que é muito comum, por exemplo, no transporte coletivo municipal de passageiros (caso o preço suba muito, usuários recorrem a outros modais de transporte). Caso o aumento da tarifa não seja suficiente para reequilibrar a equação econômico-financeira do mercado, aparentemente a solução realista parece ser a de que a transportadora paralise a operação (observadas as regras pertinentes, especialmente quanto ao período mínimo obrigatório após a concessão da LOP, sob pena de caracterização de abandono de mercado e das respectivas penalidades). Isto porque o risco da demanda e da operação foi assumido pela autorizatária.

Ainda nesta hipótese, poderá haver prejuízo à universalização do serviço público ou, descompasso com o interesse público, caso os poucos passageiros fiquem desatendidos. Será uma responsabilidade da ANTT adotar medidas para reagir a tal situação. Vale lembrar que a agência possui autonomia para “estabelecer condições

¹¹² SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário...* Op. Cit., p. 157. Também, FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 167.

¹¹³ CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa...* Op. Cit., p. 87 e 88.

específicas para a outorga de autorização”, em função das características de cada mercado (art. 47-A, da Lei nº 10.233/2001), podendo realizar processo seletivo público para a outorga da autorização (art. 47-B, parágrafo único, da Lei nº 10.233/2001), dentre outras possíveis medidas para garantir a sustentabilidade do sistema.

Pertinente comentar que os art. 63 a 65, da Resolução ANTT nº 4770/2015, disciplinam as hipóteses de intervenção no mercado e possuem uma redação tão aberta, que acabam não dizendo nada, como “comete abuso de direito a autorizatária que, no exercício de sua atividade, exceder manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo seu fim social ou econômico” (art. 64). No artigo seguinte, art. 65, da Resolução ANTT nº 4770/2015, há uma tentativa de exemplificação: “I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; ou IV – exercer de forma abusiva posição dominante.” São questões extremamente complexas a serem decididas caso a caso – afinal, como considerar infração “dominar mercado relevante” se é o objetivo empresarial legítimo de todas as transportadoras?

Defende-se que a autorizatária do TRIP não possui a garantia constitucional ao reequilíbrio econômico-financeiro para cada autorização entre mercados (LOP). A escolha do regime jurídico de autorização com as liberdades tarifárias e de itinerário, com concorrência, acaba transferindo os riscos à transportadora. Ainda que se cogitasse de sua aplicação, a equação econômico-financeira é extremamente dinâmica em regimes de flexibilidade tarifária: “não há a garantia de uma compatibilidade exata e precisa entre encargos e vantagens ao longo de cada momento da concessão”.¹¹⁴ Marçal Justen Filho, ao comentar este caráter dinâmico que a autonomia gerencial pode conferir à equação econômico-financeira, aponta o exemplo das variações de preço, inevitáveis no regime de concorrência: se o preço aumenta, não é necessariamente porque os encargos aumentaram proporcionalmente.¹¹⁵ O *caput* do art. 47, da Lei nº 10.233/2001, parece confirmar esta posição de dinamicidade da equação econômico-financeira ao estabelecer que a autorizatária “não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades”. Dito dispositivo aloca os riscos da operação às transportadoras. Ainda, este mesmo artigo determina que a autorizatária deverá “observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação,

¹¹⁴ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário... Op. Cit.*, p. 161.

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 361.

que lhe fixará prazo suficiente para adaptação”. Além deste prazo para adaptação, há de se interpretar que eventuais novas condições impostas podem motivar a imediata renúncia da autorizatária.

Caso a ANTT altere aspectos regulatórios que reduzam significativamente a autonomia gerencial do particular, seja em aspectos tarifários, de itinerário, frequência mínima, dentre outros, então seria possível ventilar a possibilidade de pleito de reequilíbrio econômico-financeiro. Se Estado está retomando o papel de protagonista e avocando a competência para determinar o empreendimento, isso significa também que o Estado se responsabiliza pelos efeitos de suas escolhas, sobretudo: viabilidade do empreendimento. Neste cenário hipotético não mais se estaria diante de um regime predominantemente privado.

II.8 Penalidades e formas de extinção

Qualquer descumprimento parcial ou total das normas aplicáveis ao TRIP, além das demais, como Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e do Usuário do Serviço Público (Lei 13.460/2017), ou da validade dos bilhetes (Lei nº 11.975/2009), ensejarão a aplicação de penalidade, caso constatado pela fiscalização.¹¹⁶ O art. 56, da Resolução nº 4770/2015, da ANTT, reproduz as penalidades de advertência, multa, suspensão, cassação, declaração de inidoneidade e perdimento, previstas no art. 78-A, da Lei nº 10.233/2001. Também, as medidas administrativas de retenção, remoção e apreensão do veículo, interdição de estabelecimento, instalação ou equipamento e transbordo de passageiros.

A apuração de infrações e a aplicação das penalidades serão circunstanciadas em um auto de infração e permanecerão em sigilo até a notificação do infrator (art. 78-B, da Lei nº 10.233/2001). Também é assegurado o contraditório e a ampla defesa (art. 78-C, da Lei nº 10.233/2001), garantindo-se defesa prévia e a recurso.

Segundo o art. 57, da Resolução nº 4770/2015, da ANTT, a aplicação das sanções deve ser proporcional, considerando os seguintes critérios: (i) a natureza da infração, (ii)

¹¹⁶ GABARDO, Emerson. *O novo Código de Defesa do Usuário do Serviço Público: Lei 13.460/17*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/emerson-gabardo/o-novo-codigo-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-lei-13-460-17>. Acesso em: 08 set. 2021. Também, JURUENA, Cynthia Gruedling, VALLE, Vivian Cristina Lima López. O usuário do serviço público e a aplicação da Lei 13.460/2017 sob o enfoque dos Poderes Executivo e Judiciário. *Revista Sequência*, v. 42, n.87, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2021.e76786>. Acesso em: 08 set. 2021.

a gravidade da infração, (iii) os danos, para o serviço e usuários, (iv) a vantagem auferida pelo ilícito, (v) as circunstâncias agravantes e atenuantes, (vi) os antecedentes e (vii) a reincidência genérica ou específica.

Já a regulamentação das imposições de penalidades do TRIP está na Resolução ANTT nº 233/2003. As infrações são categorizadas em 5 (cinco) grupos, iniciando com 10.000 (dez mil) vezes o coeficiente tarifário e, aumentando na mesma proporção, até 50.000 (cinquenta mil) vezes o coeficiente tarifário. Levar passageiro sem bilhete gera multa no primeiro grupo, já não informar previamente à ANTT transferência do controle societário é infração tipificada no último grupo. Assim, na fiscalização do TRIP, diversos aspectos são verificados, desde características técnicas e operacionais dos veículos, como higiene dentro e fora do ônibus, idade do ônibus, iluminação, pneus, cintos de segurança; passando por questões operacionais dos serviços, como verificação do TAR e LOP; documentos de porte obrigatório; cadastro dos motoristas, descanso mínimo entre as jornadas de trabalho; funcionamento do Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC), concessão de gratuidades e descontos nas passagens, dentre outros.

Conforme a Resolução nº 4.287/14, viagem clandestina estará sujeita a apreensão do veículo por 72h e multa no valor de R\$ 7.428,32. Esta era uma das penalidades frequentemente aplicadas a empresas de “fretamento colaborativo”, quando não estavam em regularidade com as modalidades de transporte (mais frequentemente quando realizam fretamento em circuito aberto, o que é proibido). Mas, com a Súmula ANTT nº 11/2021 e Portaria nº 22/2021 estas situações passaram a ser consideradas transporte irregular (não transporte clandestino, sujeito à apreensão do veículo).

Por fim, uma penalidade muito significativa é a caracterização de abandono de mercado. Caso a transportadora deixe de cumprir a frequência mínima estabelecida, por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, poderá a ANTT declarar o abandono de mercado – apenas após o esgotamento dos recursos administrativos (o art. 34, da Resolução nº 4770/2015, menciona equivocadamente a expressão “decisão administrativa transitada em julgado”). Tal caracterização impede que a autorizatária atenda o mercado abandonado e solicite novos mercados pelo período de 3 (três) anos, sem prejuízo de outras penalidades.

No que se refere às formas de extinção, o art. 43, III, da Lei nº 10.233/2001, prescreve que a autorização não terá prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se (i) pela sua plena eficácia, (ii) por renúncia, (iii) anulação ou (iv) cassação. Já as formas de extinção do TAR estão disciplinadas pelo art. 59, da Resolução nº 4770/2015, da ANTT, e

preveem mais hipóteses: “I – plena eficácia do Termo de Autorização; II – revogação; III – renúncia; IV – anulação; V – falência; ou VI – extinção da autorizatória”.

A cassação não foi inserida nas hipóteses de extinção da autorização nos termos da regulamentação da ANTT, mas de penalidades (art. 56, I, “d”, da Resolução ANTT nº 4770/2015). O art. 48 da Lei nº 10.233/2001, estabelece que “em caso de perda das condições indispensáveis ao cumprimento do objeto da autorização, ou de sua transferência irregular, a Agência extingui-la-á mediante cassação.” O fundamento da cassação não é ilegalidade de ato anterior ou por questões de mérito, mas no descumprimento posterior, pelo particular.¹¹⁷ Deste modo, do ponto de vista formal, claramente o art. 59, da Resolução nº 4770/2015, da ANTT, merece pronta complementação para que seja prevista a cassação.

A primeira hipótese de “extinção por plena eficácia” causa certa estranheza, visto que nos termos da lei a autorização não possui prazo de vigência ou termo final, sendo indeterminada. No entanto, o art. 24 da Resolução nº 4770/2015, da ANTT, estabelece que se a transportadora não atualizar a documentação de habilitação do TAR a cada 3 (três) anos, então a autorização será extinta. Parece ser esta hipótese a que se reporta o art. 59, I, da Resolução nº 4770/2015, da ANTT. Melhor teria sido não mencionar esta hipótese, já que acaba sendo abrangido pela cassação, isto é, se a transportadora não renovar a documentação, acaba perdendo as condições indispensáveis ao cumprimento do objeto da autorização.

A segunda hipótese “revogação” poderá ser realizada por fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal ato discricionário da ANTT, como estabelece o art. 60, da Resolução ANTT nº 4770/2015. A redação é muito semelhante ao art. 49, da Lei nº 8.666/1993 e ao art. 71 da Lei nº 14.133/2021. Embora não previsto expressamente, cumpre enfatizar que deverá ser assegurado prévia manifestação da transportadora, em respeito ao devido processo legal. Nos termos da Súmula nº 473/STF, consagrou-se que a Administração Pública tem o poder de anular os atos ilegais e revogar os inoportunos ou inconvenientes, desde que respeitados os direitos adquiridos. O ponto de atenção é a necessidade de ocorrência de fato superveniente e a motivação, sobretudo em atos ou decisões discricionárias e não de atos vinculados – como é a concessão do TAR ou da LOP. Igualmente deve ser respeitado o art. 24, da LINDB, que aponta que a revisão administrativa “levará em conta as orientações gerais da época,

¹¹⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 155-156.

sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.”

A terceira hipótese “renúncia” poderá ser feita pela autorizatária a qualquer momento após o período mínimo de 12 (doze) meses, contados a partir da operação, conforme frequência cadastrada junto à ANTT. A autorizatária deverá comunicar previamente à ANTT com antecedência mínima de 90 (noventa) dias. Tudo sob pena de caracterizar-se abandono de mercado, com as sanções expostas anteriormente (art. 45, da Resolução ANTT nº 4770/2015). Trata-se de possibilidade coerente com a opção de saída da transportadora e, concomitantemente, a vedação de interrupção do serviço público de forma repentina ou abrupta. Apesar de não estar prevista na Resolução ANTT nº 4770/2015, não se pode olvidar da possibilidade de renúncia na hipótese do art. 47, da Lei nº 10.233/2001, quando novas condições a serem exigidas sejam onerosas à transportadora e por isso deseje optar por sair. A expressão “prazo suficiente para adaptação” do mencionado artigo legal também permite a renúncia.

A quarta hipótese “anulação” ocorrerá quando se verificar vício de legalidade no ato de delegação do TAR ou LOP, assim a ANTT deverá declarar sua nulidade, “impedindo os efeitos jurídicos que ordinariamente deveriam produzir, além de desconstituir os já produzidos” (art. 62, da Resolução ANTT nº 4770/2015). Essa anulação deve respeitar o princípio da ampla defesa e do contraditório, previsto no art. 5º, LV, da CF.¹¹⁸ Exceção a esta regra, é a convalidação, desde que (i) o vício não tenha acarretado lesão ao interesse público ou a terceiros e (ii) os defeitos possam ser sanáveis (art. 62, parágrafo único, da Resolução ANTT nº 4770/2015). Está em consonância com o art. 21, da LINDB, que exige da Administração Pública a indicação de modo expreso das consequências jurídicas e administrativas e autoriza a regularização, se for o caso, de modo proporcional, “sem prejuízo aos interesses gerais não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”. Caso a ilegalidade seja imputável apenas à Administração Pública, não tendo a transportadora contribuído, esta deverá ser indenizada por todos os prejuízos sofridos.¹¹⁹

A quinta e sexta hipótese dizem respeito à “falência” e “extinção da autorizatária”, o que dispensa maiores explicações. No primeiro caso deve ser extinta a autorização quando for declarada judicialmente a falência – não há menção à recuperação judicial, logo a recuperação judicial não teria o condão de extinguir o TAR. No segundo,

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 591.

¹¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 591.

obviamente quando a própria pessoa jurídica for extinta por deliberação dos sócios ou acionistas. Em apertada síntese, estas são as situações que determinarão ou poderão ensejar a extinção da autorização.

CAPÍTULO III. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO REGIME JURÍDICO DO TRIP

III.1 Discussão judicial objeto das ADI nº 6270/DF e ADI nº 5549/DF

Expostas as características gerais do que se chamou de novo regime jurídico do TRIP, agora faz-se necessário analisar sua constitucionalidade. O tema é atualmente discutido em duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 6270/DF e ADI 5549/DF), as quais, todavia, não foram julgadas, até o presente momento. Assim, será feita uma breve exposição de seus principais argumentos para, nos subitens seguintes deste capítulo, analisá-los com maior profundidade.

A ADI nº 5549/DF foi proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR) e aponta a inconstitucionalidade de parte do art. 3º, da Lei 12.996/2014, que deu nova redação ao art. 13, IV e V, alínea “e”, e ao art. 14, III, alínea “j”, da Lei 10.233/2001. Em suma, a nova outorga do serviço regular do TRIP por autorização (não mais por permissão) violaria o art. 37, caput e XXI, e art. 175, caput, ambos da CF. O raciocínio da PGR é que o TRIP é um serviço público e a Constituição Federal não permite que a outorga seja por autorização, além disso, exige a realização de prévia licitação – daí a incompatibilidade das alterações da Lei nº 12.996/2014 com o art. 175, da CF.

Vale mencionar que a petição inicial da PGR cita a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, no sentido de que serviços públicos devem sempre ser objeto de concessão ou de permissão, nunca de autorização, porque esta consiste em ato administrativo discricionário e precário – não haveria autorizações de serviço público. Entretanto, necessário destacar que o referido autor também entende que nem todas as atividades descritas no art. 21, XI e XII, da CF, são típicos serviços públicos: algumas atividades são exercidas por particulares (por autorizações), segundo seus próprios interesses, sem benefício a interesses de grupos sociais.¹²⁰ Em suma, a argumentação da ADI parte da premissa que o serviço regular do TRIP é um serviço público e, segundo uma interpretação dos art. 175 e 37, XXI, da CF, reputa que a Lei nº 12.996/2014 (que alterou a Lei nº 10.233/2001) é inconstitucional, por estabelecer um regime jurídico

¹²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 408.

incompatível com a categoria de serviço público, notadamente em relação ao dever de licitar.

A ADI nº 6270/DF foi proposta pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros (ANATRIP), objetivando a declaração de inconstitucionalidade de artigos da Lei nº 12.996/2014, que reformaram o regime jurídico do TRIP, isto é, modificaram a Lei nº 10.233/2001. O principal pedido é quanto à inconstitucionalidade do modelo de autorização para a prestação do serviço regular do TRIP, sem necessidade de prévia licitação (nova redação do art. 13, IV e V, alínea “e”, e art. 14, III, alínea “j”, ambos da Lei nº 10.233/2001).

Por consequência, a ANATRIP pleiteou a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, da já mencionada Deliberação ANTT nº 955/2019, que foi significativa para na prática implementar as reformas da Lei nº 12.996/2014. Também, da Resolução CPPI nº 71/2019, que previu que a política pública para regulamentação do TRIP observaria 4 (quatro) princípios – quais sejam: livre concorrência; liberdade de preços, de itinerário e de frequência; defesa do consumidor; e redução do custo regulatório – e 3 (três) diretrizes – inexistência de limite para o número de autorizações para o serviço regular do TRIP, salvo no caso de inviabilidade operacional; definição de quais serviços estariam sujeitos às gratuidades legais; e vedação à instituição de reserva de mercado, em prejuízo aos demais concorrentes, pela imposição de barreiras à entrada de novos competidores.

Na ADI nº 6270/DF, a ANATRIP traz um cenário em que as autorizações fariam com que não houvesse nenhum controle estatal do serviço regular do TRIP, implicando em uma piora na qualidade dos serviços, além da limitação do direito de locomoção da população, já que neste modelo seria permitido que apenas o lucro das transportadoras norteasse as operações, implicando no desatendimento de cidades e comunidades, além do cancelamento de viagens, em caso de não lotação dos ônibus. Sem nenhum controle, os preços das tarifas também aumentariam e a frota dos ônibus não seria mais renovada, pela inexistência de garantia de retorno desses investimentos.

Neste sentido, as alterações promovidas pela Lei nº 12.996/2014 violariam tanto o direito fundamental da livre locomoção (art. 5º, XV, da CF), como o direito fundamental social ao transporte (art. 6º, da CF), configurando um descumprimento da obrigação de levar os serviços de transporte à maior quantidade de pontos possíveis, dentro do território nacional e permitir o seu acesso. Outro argumento utilizado na ADI nº 6270/DF diz respeito à qualificação do serviço regular do TRIP como serviço público e, com efeito, à

obrigatoriedade de prévia licitação, nos termos do art. 175, caput, da CF, art. 21, XII, alínea “e”, da CF, e art. 37, XXI, da CF. A argumentação é construída na premissa de que o art. 21, XII, alínea “e”, da CF, teria qualificado o TRIP como serviço público.

A Resolução/CPPI nº 71/2019 e a Deliberação/ANTT nº 955/2019 seriam inconstitucionais por fundarem-se na outorga do serviço regular do TRIP por autorização, pelos motivos resumidos acima. Especificamente, a Resolução/CPPI nº 71/2019 violaria o princípio da separação dos poderes, pois instituiu novos princípios e diretrizes em matéria de competência exclusiva da União, delegada apenas à ANTT (art. 22, II, alínea “e”, da CF, e art. 22, III, e art. 24, III, ambos da Lei nº 10.233/2001). Isto é, o Conselho da Parceria Pública de Investimento (CPPI), ligado à Presidência da República, teria invadido competência da ANTT.

Igualmente, a Deliberação ANTT nº 955/2019 seria inconstitucional não somente por arrastamento, mas também por não ter tido participação popular, violando o princípio do devido processo legal. Ademais, apontou-se que tais alterações descaracterizariam a natureza de serviço público, em uma “solução mercadológica”, em oposição ao regime jurídico do serviço público (notadamente funcionamento equitativo, contínuo e eficiente), principalmente pela incompatibilidade com a ausência de limite de autorizações (salvo em caso de inviabilidade operacional) e a não realização de algum processo de seleção pública. A ANATRIP se insurgiu em relação à proibição de transferência dos mercados entre as empresas autorizadas, em desrespeito ao art. 27 da Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral das Concessões), o que significaria violação ao direito adquirido, segurança jurídica e proteção da confiança, para pleitear transferências de mercados (art. 5º, XXXVI, da CF).

Não é demasiado enfatizar que a discussão se dá exclusivamente quanto ao serviço regular do “transporte rodoviário interestadual de passageiros” (art. 21, XII, alínea e, da CF). Sequer se ventila a possibilidade quanto à modalidade de fretamento, embora também seja “transporte rodoviário interestadual de passageiros” (art. 21, XII, alínea e, da CF).

Portanto, para a averiguação da constitucionalidade das mencionadas reformas no TRIP, reputa-se imprescindível responder duas principais questões: o serviço regular do TRIP é um serviço público? E a previsão constitucional de autorização, no art. 21, XII, alínea “e”, da CF, legitima as mencionadas alterações do regime jurídico do TRIP pela Lei nº 12.996/2014?

Em relação à primeira indagação, podem ser formuladas outras questões acessórias: (i) Todas as atividades previstas no art. 21, XI e XII, da CF são serviço

público? (ii) Se for compreendido como serviço público, dentre os diversos conceitos existentes na doutrina e jurisprudência, pode o serviço regular do TRIP ser delegado por autorização (diante da inexistência de previsão no art. 175, da CF, que se refere apenas aos termos permissão e concessão)? (iii) Há obrigatoriedade de prévia licitação (art. 175, da CF)? (iv) O novo regime jurídico do TRIP viola o regime jurídico dos serviços públicos?

Ainda relacionada à primeira questão principal, (v) teria ocorrido a “despublicização” do serviço regular do TRIP, por opção do Poder Legislativo? Marçal Justen Filho comenta 5 (cinco) principais características deste fenômeno de iniciativa estatal que reduz a amplitude dos serviços públicos até o ponto de eliminá-los em alguns setores (daí a possibilidade de ser parcial ou total): primeiro, pela adoção da livre iniciativa (sem exatamente uma “delegação” estatal); segundo, pela eliminação da exclusividade (competição entre os sujeitos, às vezes com limitação quantitativa); terceiro, incidência de um regime privatista¹²¹; quarto, eventual competição em assimetria regulatória (entre concessionárias de serviço público e empresas sob o regime de autorização); e a figura da autorização.¹²² Trata-se de análise relevante, pois caso o serviço regular do TRIP não seja caracterizado como serviço público, não parece subsistir a tese de violação ao art. 175, da CF, quanto à forma de outorga (permissão e concessão) e ao dever de prévia licitação – discussões objeto das ADI nº 5549 e 6270.

Em relação à segunda indagação, se o serviço regular do TRIP não for considerado como serviço público, qual sua natureza jurídica? Seria atividade econômica privada autorizada pela União ou seria necessário construir uma terceira categoria como “atividade econômica de interesse geral” (art. 21, XII, alínea “e”, da CF)?

III.2 Serviços públicos como intervenção estatal e sua relação com o modelo de Estado Social

¹²¹ Apesar de Marçal Justen Filho não ter exposto com detalhes o que seria o regime privatista, pode-se concluir que, em oposição ao regime do serviço público, é aquele marcado pela incidência dos postulados genéricos da livre iniciativa e da livre concorrência, além de que a relação entre a empresa autorizatória e o usuário se sujeita às regras próprias da atividade privada. JUSTEN FILHO, Marçal. *Serviços de interesse econômico geral no Brasil: os invasores*. In: WALD, Arnoldo, *et al* (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 791-794.

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Serviços de interesse... Op. Cit.*, p. 793-795.

Os serviços públicos estão inseridos na temática da atuação do Estado na esfera econômica, que pode ser classificada em: (i) política econômica, equivalente ao planejamento (art. 174, da CF), abrangendo tanto normas que configuram instrumentos diretos de controle (por exemplo, fixação de salários), como instrumentos diretos e indiretos de adaptação institucional. (ii) intervenção, cujas duas formas principais são: (ii.1) absorção, quando o Estado assume integralmente a atividade econômica, seja nas hipóteses de monopólio de atividade econômica (art. 173, da CF) ou pelo serviço público (art. 175, da CF); e (ii.2) participação concomitante do Estado com os particulares. Por fim, (iii) regulação, pela adoção de ações de controle normativo e fiscalizatório, que podem ser feitas de forma obrigatória (direção) ou por estímulos a favorecer determinada ação ou omissão (indução).¹²³

Importante se faz, ainda que brevemente, apontar que a escolha do elenco de serviços públicos é sobretudo política, pois passa pela definição pelo Estado do âmbito e dos limites de sua intervenção no domínio econômico (o que reflete determinada concepção política). Não é um benefício para o Estado, mas uma solução para atender necessidades da população, as quais não seriam supridas por mecanismos de Direito privado (ou até seriam, mas insatisfatoriamente).¹²⁴ Esta questão tem por pano de fundo a dicotomia entre dois modelos fundamentais de Estado, inseridos no modelo econômico capitalista: Estado Social (interventor) e o Estado Subsidiário (liberal). Evidentemente, como qualquer teorização, trata-se de dois modelos teóricos que visam transformar a realidade, de modo que, na prática, haverá uma aproximação ou distanciamento de um ou outro modelo teórico – e nunca sua realização plena em todos os setores e hipóteses de incidência.¹²⁵

Uma das características da subsidiariedade do Estado é a valorização da sociedade civil em detrimento do Estado, de modo que, a princípio, o Estado só pode fazer aquilo que o indivíduo ou a família ou pequenas coletividades ou o Município ou o Estado-Membro não puder fazer pelos seus – em uma escala de subsidiariedade horizontal (Estado) e subsidiariedade vertical (no caso, a União). Em outras palavras, “o princípio da subsidiariedade compreende uma ideia apriorística de que só devem ser atribuídas

¹²³ GABARDO, Emerson. Interesse Público e subsidiariedade... *Op. Cit.*, p. 130-131.

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo...* *Op. Cit.*, p. 637.

¹²⁵ GABARDO, Emerson. Estado Social e Estado Subsidiário: dois modelos distintos de desenvolvimento. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. Belo Horizonte, v. 11, n. 3, 2019, p. 284.

competências às esferas superiores (ou mais distantes) se for demonstrado que as esferas inferiores (ou mais próximas) não conseguiram atender às necessidades e demandas”.¹²⁶ Este modelo está muito ligado ao princípio democrático, de liberdade (como autonomia individual) e dignidade, em que os “maus” são os governantes e os “bons” são os indivíduos – lógica que favorece o mercado como instituição pertencente à sociedade e não ao Estado.¹²⁷

Diferentemente, para perspectiva social, o Estado não é um “mal necessário”, tendo papel central na vida das pessoas, sobretudo na atuação coletiva para alcançar pretensões individuais. Este modelo está vinculado fortemente ao princípio republicano, o qual se preocupa com os meios, principalmente: igualdade, liberdade (como capacidade de participação coletiva) e fraternidade. Por isso que particulares que colaboram de alguma forma com o Estado devem agir de forma republicana, não bastam apenas resultados, mas devem seguir também um regime diferente a que os agentes privados estão submetidos (em poucas palavras, de fazer o que quiserem e dispor do que quiserem).

Ademais, a ênfase no ideal republicano vai além da ingenuidade de confiar exageradamente na democracia. Nas palavras de Emerson Gabardo “democracia sem república não funciona (e aqui, obviamente, não se está tratando de “formas de governo” e sim de compromissos cívicos inerentes aos princípios)”.¹²⁸ Os agentes públicos devem ser vinculados pela noção de função, a de escolher a melhor opção (dentre as opções legalmente previstas) para “dar a resposta mais adequada à felicidade dos destinatários da norma”.¹²⁹

Cumprе esclarecer desde já que a felicidade mencionada não tem uma concepção subjetiva ou utilitarista, mas é estabelecida enquanto princípio objetivo, que não pode ser verificada empiricamente.¹³⁰ A felicidade (enquanto princípio objetivo) no sistema jurídico-constitucional deve ser justificável, pois combate uma perspectiva utilitarista, porém não pode incorrer no outro extremo de ser um conjunto de valores absolutos e apriorísticos. Sua legitimidade dependerá da justificação racional intersubjetiva. Com fulcro na teoria de Hart, sugere Emerson Gabardo uma face externa (hábito social regular e uniforme) e uma fase interna (padrões de comportamentos internalizados, que não são

¹²⁶ GABARDO, Emerson. Estado Social e... *Op. Cit.*, p. 285

¹²⁷ GABARDO, Emerson. Estado Social e... *Op. Cit.*, p. 286-287.

¹²⁸ GABARDO, Emerson. Estado Social e... *Op. Cit.*, p. 288.

¹²⁹ GABARDO, Emerson. Estado Social e... *Op. Cit.*, p. 290.

¹³⁰ GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento em um Estado Social. *Revista Digital de Direito Administrativo*. v. 5, n. 1, 2018, p. 107-108.

propriamente sentimentos). O desafio de dar um conteúdo jurídico ao dever republicano de felicidade passa por “conjuguar solidariedade, liberdade e alteridade, sem perder de vista a noção de dignidade como ideia-força mínima. Só a partir do reconhecimento de uma imbricação necessária destes elementos é que se poderá conferir um conteúdo jurídico ao dever republicano de felicidade”.¹³¹

Neste cenário, a discussão do número de serviços públicos a serem atribuídos (pelo legislador) ao Estado, para que sejam prestados direta ou indiretamente, está umbilicalmente relacionado ao modelo de Estado que se quer construir. Embora haja diferentes graus e níveis de intensidade, um modelo de Estado Subsidiário contará com menos serviços públicos (e menor responsabilização estatal), pois a premissa é que a sociedade civil e, particularmente, o mercado, resolvem os problemas sociais, não havendo razão para maior atuação do Estado.¹³²

Não parece ser esta, todavia, a melhor solução. Partindo de uma Constituição dirigente, como a de 1988, o Estado Social é a proposta mais adequada para manter um regime sólido de direitos fundamentais. Mas não há um modelo único interventivo. A sua forma de intervenção vai depender de diferentes variáveis. Como aponta Gustavo Justino de Oliveira, o caminho do meio-termo parece ser o de “modelos público-privados mais contemporâneos, para sairmos de tentação do dogma extremista de tudo privatizar ou tudo estatizar”.¹³³ Nesse sentido, também é a opinião de Carlos Ayres Britto.¹³⁴

De um lado, o cenário concorrencial induz a uma série de benefícios socioeconômicos. Primeiro, a competitividade pode propiciar uma melhor eficiência alocativa, isto é, eliminar uma excessiva transferência de renda dos consumidores/usuários para os produtores/transportadoras, considerando que a pressão concorrencial fará com que os preços sejam mais baixos. Também, uma eficiência

¹³¹ GABARDO, Emerson. A felicidade como... *Op. Cit.*, p. 132.

¹³² Neste sentido, André Luiz Freire comenta que a ideia de um Estado Regulador, enquanto “mero árbitro do jogo econômico”, está relacionado com o pensamento de que “os serviços públicos, até mesmo por serem formas de atividade econômica, deveriam ser executados pelos sujeitos privados, muito mais eficientes. Defendeu-se, inclusive, ideia do fim do serviço público”. FREIRE, André Luiz. A crise financeira e o papel do Estado: uma análise jurídica a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 158.

¹³³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Direito Administrativo pragmático*. Rio de Janeiro: 2020, p. 29.

¹³⁴ “Em síntese, optar pela protagonização estatal da atividade econômica, tanto quanto optar pela privatização, é ato deliberativo que exige cuidadosa valoração de todo um quadro factual personalizado.” (BRITTO, Carlos Ayres. A privatização das empresas estatais à luz da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, nº 12, 1995, p. 130).

produtiva, no sentido de que em um mercado competitivo, o produtor/transportador é forçado a reduzir seus custos para cobrar preços menores e assim conquistar consumidores. Terceiro, neste tipo de mercado, há uma tendência de as empresas concorrentes investirem em tecnologia para diferenciar seu serviço e assim melhorar a qualidade, o que pode ser denominado de eficiência dinâmica, um benefício adicional ao consumidor/usuário. Em contraposição, em cenários de monopólio não há incentivos para que haja uma redução de custos e de preços. Quarto, a competição reduz a possibilidade de algum agente ou grupo econômico abusar de seu poder econômico, por exemplo aumentando arbitrariamente os lucros com a imposição de preços abusivos. Quinto, a pluralidade de escolhas para o consumidor/usuário geralmente propicia melhor satisfação e bem-estar, pela possibilidade de escolha do melhor serviço, horário, preço, dentre outros fatores relevantes para ele.¹³⁵

De outro lado, o ambiente concorrencial nem sempre será adequado e produzirá os mencionados benefícios, a depender de determinadas circunstâncias sociais ou peculiaridades setoriais. É o caso de monopólios naturais, em que a maior eficiência econômica de um mercado se dá com apenas um ou poucos agentes;¹³⁶ setores politicamente estratégicos, como é o caso da refinação do petróleo (art. 177, da CF); ou mesmo de setores sensíveis, como do mercado de trabalho, em que os trabalhadores praticamente não possuem poder de barganha e geralmente há mais trabalhadores do que vagas, por isso há uma série de garantias mínimas ao trabalhador, dos quais não se pode abrir mão.¹³⁷

Não há, portanto, *a priori* uma resposta universal se é melhor “estatizar” ou “privatizar” determinada atividade, mas fato é que o mercado e a família não dão conta de resolver todos os problemas, até porque o mercado possui uma lógica contrária à igualdade econômica, de modo que é contraditório exigir que se comporte de forma solidária. Daí a razão de ser da intervenção do Estado que, por outro lado, tampouco tem condições de prover todas as soluções para os problemas sociais. Em suma, “é preciso fazer uma interpretação inteligente e relativa dos diferentes modelos de Estado social,

¹³⁵ JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 24-26.

¹³⁶ O exemplo clássico comumente citado é o setor ferroviário, já que eventual duplicação da rede ferroviária implicaria em custos exorbitantes e na impossibilidade de preços competitivos; entretanto, o novo marco regulatório das ferrovias (por meio de autorizações) é uma evidência de concorrência entre malhas ferroviária (Lei nº 14.273/2021, resultante da conversão da Medida Provisória nº 1.065/2021).

¹³⁷ JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias...* Op. Cit., p. 29-31.

bem como dos respectivos sistemas constitucionais”.¹³⁸ O Estado Social do século XXI não pode ser o mesmo que o Estado Social de meados do século XX. Estas considerações, de um contexto mais amplo, são verdadeiras balizas para compreensão do papel e do cenário em que os serviços públicos estão postos. Em cada setor, o Estado deverá avaliar se é o caso de estimular um cenário concorrencial e qual a intensidade da necessidade de intervenção para guiar e induzir os fins sociais almejados.

III.3 Critérios subjetivo, material e formal da noção de serviço público

Pertinente e necessário expor as principais conceituações e classificações teóricas de serviço público para que se tenha um panorama geral, desde o que se pode chamar de doutrina clássica, até as construções mais recentes – com a ressalva, desde já, que se trata de, quiçá, um dos temas mais vastos e com diferentes posições no Direito administrativo, daí a limitação da exposição que se fará em seguida.

Segundo Dinorá Grotti, atribui-se a Rousseau o uso originário da expressão serviço público, abrangendo qualquer atividade estatal, principalmente no sentido de ações que visam assegurar aos cidadãos a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente (conceito político). Na cultura jurídico europeia de raiz francesa, influenciado por ele, o conceito jurídico ainda terá estas duas principais características: atividade estatal (não atividade privada) e atuação para satisfação de uma necessidade sentida coletivamente pela sociedade. Por isso, no conceito clássico, o elemento determinante de uma atividade para que seja considerada serviço público é o ato de *publicatio*. É dizer, a atribuição da titularidade à Administração e a exclusão dos particulares sem prévia concessão outorgada – que, mesmo neste caso, seguirá sendo de titularidade da Administração. Logo, por restringir a liberdade econômica, só poderia ser feita por lei formal.¹³⁹

Nesta concepção, o regime jurídico era especial, caracterizado pela prevalência do interesse público sobre o privado, com possibilidade de alterações do serviço por atos

¹³⁸ GABARDO, Emerson. Estado Social e... *Op. Cit.*, p. 294-298.

¹³⁹ Diferentemente, nos países anglo-saxões o conceito de serviço público não está associado à assunção de serviços gerais pelo Estado, mas sim pela presença de privados submetidos a algum tipo de regulação e de controle público. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20-25. Para um maior aprofundamento quanto à Escola de Serviço Público, também conhecida como Escola Realista ou de Bourdeaux, vide GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público...* *Op. Cit.*, p. 26 a 38.

unilaterais do Poder Público, além da satisfação regular e contínua das necessidades de interesse geral. Embora haja diversos posicionamentos dentre os autores de uma concepção clássica, pode-se dizer que há um relativo consenso de que a definição de serviço público reunia três principais critérios: (i) intervenção de uma pessoa pública, ainda que não assegure diretamente o serviço; (ii) satisfação de uma necessidade de interesse geral; e (iii) regime jurídico específico adaptado às exigências deste interesse geral, o qual era derogatório e exorbitante ao Direito comum. Estes critérios são relevantes, pois, de uma forma ou de outra, ainda orientam as principais posições doutrinárias sobre serviço público.¹⁴⁰

A concepção orgânica enfatiza este aspecto subjetivo de toda e qualquer atividade desempenhada pelo Poder Público – em uma concepção mais radical, prescinde de quaisquer outras características. Esta posição foi predominante no apogeu da teoria do serviço público na França, tanto na doutrina, como na jurisprudência francesa, mas passou a ser modificada: de um lado, porque atividades próprias de particulares passaram a ser prestadas pelo Estado; de outro, pois particulares passaram a prestar serviços próprios do Estado até então. Por isso, o aspecto subjetivo passou a admitir a prestação por entes ou pessoas privadas.¹⁴¹

Estas circunstâncias ensejaram não apenas a abertura do critério subjetivo, mas na formulação de uma nova concepção denominada objetiva, material ou funcional. O cerne do conceito está na atividade, cujo objeto é a satisfação de necessidades ou interesses gerais, coletivos, públicos ou úteis. Deste modo, a definição de serviço público não residiria no complexo de meios públicos, mas na natureza da atividade. O problema é que para isso, o conceito acabou sendo muito vago e não jurídico, já que demandaria muito mais uma análise sociológica, econômica, política etc.¹⁴² Ademais, nem sempre uma necessidade (por mais essencial que seja) será satisfeita por serviço público – para apenas citar um exemplo: serviços bancários são praticamente imprescindíveis para a vida no séc. XXI e, nem por isso, são serviço público.

Em oposição a esta concepção puramente objetiva, material ou funcional, a vertente formalista considera que o diferencial é o regime jurídico aplicável, isto é, normas especiais do regime público é que definiriam e tipificariam o que é serviço

¹⁴⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público... Op. Cit.* p. 42.

¹⁴¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público... Op. Cit.* p. 42-43.

¹⁴² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público... Op. Cit.* p. 49.

público. Assim, no Direito público francês do final do séc. XIX, o serviço público era caracterizado por três notas principais: (i) a essencialidade, relacionada à convivência social, (ii) aparato estatal como realizador desta atividade e (iii) regime exorbitante e autoritário.¹⁴³

Em suma, na busca de um conceito de serviço público, a adoção isolada de qualquer um destes três critérios (subjetivo, material e formal) apresenta inconsistências. Tanto é que a maior parte dos autores no Brasil conjuga dois ou três dos critérios acima para sua própria definição de serviço público, privilegiando mais um ou outro.¹⁴⁴ É o que se passará a expor na sequência.

III.4 Principais noções de serviço público no Brasil

De início, defende-se que o serviço público possui a natureza de atividade econômica (em sentido amplo), “apesar de o sistema constitucional não reconhecer, do ponto de vista jurídico, tal nomenclatura”.¹⁴⁵ Em sentido contrário, André Luiz Freire sustenta que o serviço público não guarda nenhuma relação com atividade econômica (regras e princípios diversos) e, por isso, não se confundiriam, não sendo adequado considerar serviço público como modalidade de atividade econômica.¹⁴⁶ Entretanto, partindo do conceito de atividade econômica como “a ação de escolha e busca de recursos (bens) para o atendimento de necessidades econômicas. Será econômica toda atividade que tenha por objeto um bem econômico e, em assim sendo, o serviço público”.¹⁴⁷ Em outras palavras, o que as assemelha é o objeto, daí porque são espécies do mesmo gênero; e o que as diferencia é o regime jurídico.¹⁴⁸

¹⁴³ O autor também analisa o “serviço público” e a “concessão”, no Direito francês do final do séc. XIX, pois embora posteriormente viriam a convergir, antes eram figuras distintas, tanto é que o “contrato de Direito administrativo” era regido pela disciplina do Código Civil, de direito privado. A engenhosa solução de juntá-los tinha seus propósitos: uma ingerência maior do Estado nas atividades do concessionário, inclusive de tomá-la no fim do prazo ou pela encampação, além da possibilidade de instrumentalizar ao que atualmente se denominaria de políticas públicas – e ainda preservando a ação empresarial privada. LOUREIRO, Gustavo Kercher. *Estudos sobre o regime...* Op. Cit., p. 35-43.

¹⁴⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público...* Op. Cit. p. 44-53.

¹⁴⁵ GABARDO, Emerson. Interesse Público e subsidiariedade... Op. Cit., p. 131. Também, a clássica obra: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 99-100.

¹⁴⁶ FREIRE, André Luiz. A crise financeira e... Op. Cit., p. 158. Também neste sentido, MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 197.

¹⁴⁷ GABARDO, Emerson. Interesse Público e subsidiariedade... Op. Cit., p. 131

¹⁴⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista*

No ordenamento jurídico brasileiro não há uma definição legal do conceito de serviço público que seja suficientemente precisa. A Constituição Federal, ao utilizar a expressão, o faz indiscriminadamente, de modo que não é possível deduzir uma definição – nem tampouco nas constituições anteriores à de 1988.¹⁴⁹ O que se tem de mais próximo é a definição ambígua prevista na Lei do Usuário do Serviço Público (Lei nº 13.460/2017), cujo art. 2º, II, apenas estabeleceu que serviço público seria “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”.¹⁵⁰

O Supremo Tribunal Federal (STF) não tem adotado um único conceito ou classificação de serviço público. Pelo contrário, diversos julgamentos mencionam serviço público de forma amplíssima (como todas as atividades exercidas pelo Estado) ou simplesmente sem delimitar o conceito adotado.¹⁵¹ O ponto é que as decisões do STF não servem como parâmetro seguro e estável para a afirmação de que no Brasil o conceito de serviço público é de uma ou de outra maneira.

Neste sentido, no recente julgamento da ADI nº 2946/DF, quanto à possibilidade de transferência da concessão e do controle societário da concessionária sem licitação e simples anuência do concedente, novamente o STF em diversas passagens se referiu à noção de serviço público, mas sem definir ou explicitar o conceito. De um lado, citou-se que “a doutrina aponta que os movimentos de liberalização e privatização implicaram uma crise da velha noção de *publicatio* e, por conseguinte, a necessidade de se repensar a rigidez de alguns institutos clássicos do Direito Administrativo”,¹⁵² mas apenas para justificar que o caráter personalíssimo do contrato de concessão é alcançado por esta releitura (e não seria oposto ao dever de licitar previsto no art. 175, da CF). Entretanto, a

de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014, p. 125.

¹⁴⁹ SCHIER, Adriana. *Serviço Público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016, p. 60-61.

¹⁵⁰ “O próprio conceito de serviço público utilizado pela lei é ambíguo (como em geral ocorre no texto constitucional). Perdeu-se a oportunidade de conferir mais segurança jurídica à matéria mediante o estabelecimento de uma terminologia de melhor precisão” (GABARDO, Emerson. O Novo Código de Defesa do Usuário do Serviço Público: Lei 13.460/17, *Revista Colunistas de Direito do Estado*, ano 2017, n. 367. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/o-novo-codigo-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-lei-13-460-17>. Acesso em 25 set. 2021).

¹⁵¹ Vide o trabalho empírico que analisou todas as decisões do STF sobre o tema de 2011 a 2017. FÁCIO, Rafaella Nátaly. existe um conceito de serviço público no Supremo Tribunal Federal? uma análise crítica. VALVERDE, Gianpierre; PAREDES, Braylyn; MIRANDA, Marycielo; GALLO, William (Coord.). *Nuevas tendencias e innovaciones del Derecho Administrativo: memorias del II Congreso Latinoamericano Estudiantil de Derecho Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 301-331.

¹⁵² STF, ADI nº 2946/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 18/05/2022.

publicatio segue sendo aspecto determinante do regime jurídico de serviço público, como se extrai do voto do relator, Min. Dias Toffoli, quando assevera que “os serviços públicos são titularizados pelo Estado – sendo, por isso mesmo, impossível à iniciativa privada prestá-los por direito próprio – e estabelece as balizas normativas do regime jurídico das concessões e permissões de serviço público”.¹⁵³ Percebe-se que o STF relativiza casuisticamente aspectos ou elementos da noção de serviço público sem qualquer critério apriorístico que possa ser aplicável à variedade de casos existente.

Tradicionalmente, o serviço público é atribuído à titularidade do Estado. Alexandre Aragão considera que a redação do art. 175, da CF espelha este entendimento ao estabelecer uma forte ligação entre a titularidade estatal e a ideia de serviço público – ainda que não absoluta.¹⁵⁴ Marçal Justen Filho defende que os serviços públicos não se qualificam porque são de titularidade do Estado, mas o são por serem públicos, isto é, o serviço é público antes de ser estatal e este reconhecimento é que atribui a titularidade ao Estado.¹⁵⁵ Em que pese o raciocínio, a argumentação parece um tanto quanto retórica e circular, já que é difícil sustentar abstratamente que determinado serviço/atividade seja público por essência, sem um suporte fático, ou seja, previsão legal na Constituição ou na legislação ordinária. O “reconhecimento” se dá justamente quando há uma previsão legal atribuindo a titularidade ou a obrigação ao Estado.

Em uma abordagem distinta, Vitor Schirato posiciona-se contra esta ideia de titularidade do Estado. Ao adotar os serviços públicos por uma perspectiva instrumental – para a realização de direitos fundamentais –, entende o autor que a titularidade não é inerente, mas sim o “conteúdo obrigacional, o qual impõe ao Estado um dever positivo de fazer algo em favor dos cidadãos (prestar os serviços ou, no mínimo, garantir sua prestação)”.¹⁵⁶ Explica que o mais adequado é compreender como obrigação, ao invés de titularidade, principalmente porque a restrição à livre iniciativa deverá ser sempre proporcional para a satisfação de um direito fundamental.¹⁵⁷ Cabe pontuar que o próprio autor admite a titularidade estatal apenas se considerada a partir do conteúdo obrigacional

¹⁵³ STF, ADI nº 2946/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 18/05/2022.

¹⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In ARAGÃO, Alexandre Santos de, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 439.

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo... Op. Cit.*, p. 636.

¹⁵⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p.288.

¹⁵⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público... Op. Cit.*, p. 100-101.

imposto ao Estado.¹⁵⁸ A teorização é interessante ao focar na carga obrigacional, relacionada à prestação de um serviço público.

Importante distinguir que os conceitos de titularidade de serviço público e *publicatio* não são os mesmos, embora sejam muito próximos, razão pela qual, por vezes, são indevidamente mencionados como sinônimos. Como visto, a *publicatio* significa a retirada da livre iniciativa de determinada atividade econômica, isto é, a Constituição ou uma lei em sentido formal estabelecem uma reserva a um ente da federação. Assim, nestes setores não vigoram os princípios constitucionais da livre iniciativa, mas dependem da regulamentação que será dada a tal segmento.

Já a titularidade significa a imposição do dever de prestação de uma atividade econômica a um ente da federação. Mas, a titularidade não necessariamente será exclusiva. Celso Antônio Bandeira de Mello comenta que há 5 (cinco) espécies de serviços sobre os quais o Estado não detém a exclusividade da titularidade: (i) serviços de saúde (art. 196 e 197, da CF), mas que são livres à iniciativa privada (art. 199, da CF); (ii) serviços de educação (art. 205, 208, 211 e 213, da CF), mas que também livres à iniciativa privada” (art. 209, da CF); (iii) serviços de assistência social, por prever a presença de particulares, independentemente de concessão ou permissão (art. 204, I e II, da CF); (iv) serviços de previdência social (art. 201, e 202, da CF), porém com uma atuação complementar da iniciativa privada (art. 202, da CF); e (v) radiodifusão sonora e de sons e imagens, por impor que o Estado os desempenhe e os dê em concessão, permissão ou autorização (art. 223, da CF).¹⁵⁹ Nestes casos, o Poder Público é titular dos serviços, mas não impôs a *publicatio* a tais atividade, ou seja, particulares podem prestar este serviço.

O chamado “serviço público virtual” é a aplicação do regime jurídico dos serviços públicos às atividades titularizadas por particulares.¹⁶⁰ Neste sentido, até poderia ser invocado para mitigar a questão da titularidade do Estado quanto aos serviços públicos. Mas, como bem aponta Adriana Schier, na verdade o serviço público virtual não chega a

¹⁵⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público... Op. Cit.*, p. 107.

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e concessão... Op. Cit.*, p. 24.

¹⁶⁰ Serviço público virtual pode ser entendido como uma “categoria que permite estender, excepcionalmente, o regime jurídico dos serviços públicos a atividades titularizadas por particulares”. SCHIER, Adriana. *Serviço público... Op. Cit.*, p. 67-68; também: CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 423-427. O problema é que esta categoria depende apenas de um juízo fundado no caráter de essencialidade, por isso tal expressão deve ser refutada, tal como critica Agustín Gordillo. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, t. II, p. 38.

comprometer o critério subjetivo, visto que é mais uma extensão deste regime, sem produzir uma verdadeira *publicatio*. O serviço público virtual não é uma espécie de serviço público, embora possa parecer à primeira vista.¹⁶¹ No Brasil não foi recebida a concepção de serviço público virtual ou impróprio, oriundo de uma concepção puramente material, funcional ou objetiva de serviço público.¹⁶²

O elemento material é o fim buscado pelo Estado com a prestação dos serviços públicos que, ao ver de Adriana Schier, é a “a concretização dos direitos fundamentais de cunho social”.¹⁶³ Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o caráter instrumental no serviço público se vê desde a sua concepção, no sentido de satisfação de necessidades ou interesses gerais, quando em dado tempo e lugar o Estado reputa que “não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável que fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e aos controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas”.¹⁶⁴

Não obstante, discorda-se quanto à necessidade de adoção do elemento material para a noção de serviço público, pois implica em dois problemas. Em primeiro lugar, nem todo serviço público pode estar vinculado a um direito fundamental ou mais especificamente a um direito fundamental de cunho social. A título exemplificativo, qual o direito fundamental direto em eventual serviço público de navegação aeroespacial (art. 21, XII, alínea “c”), da CF) ou no caso de transporte ferroviário ou aquaviário de cargas (art. 21, XII, alínea “d”), da CF)? Difícil sustentar a concretização direta de um direito fundamental em tais casos. Em segundo lugar, caso assim se entenda, é de se imaginar que todos os direitos fundamentais sociais deveriam ter um serviço público que lhes correspondesse, já que sua finalidade é concretizar direitos fundamentais. Conforme exposto no item III.2, defende-se que o Estado Social do século XXI não deve escolher indistintamente para todos os casos a forma de intervenção pelo serviço público, isto porque por vezes será mais adequado outro tipo de atuação estatal para suprir determinadas necessidades (retomando, pode ser pela absorção, participação concomitante do Estado com os particulares, regulação ou indução) ou até a não atuação estatal por determinado tempo. Em outras palavras, à Administração Pública cabe o papel de principal agente de realização do interesse público por uma ação administrativa, o que

¹⁶¹ SCHIER, Adriana. Serviço público... *Op. Cit.*, p. 67-70..

¹⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços...* *Op. Cit.*, p. 155.

¹⁶³ SCHIER, Adriana. Serviço público... *Op. Cit.*, p. 73-74

¹⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e concessão...* *Op. Cit.*, p. 71.

não significa “necessariamente em uma prestação de serviço público, mas a qualquer uma das atividades que compõem a dinâmica da Administração Pública”, como ações relacionadas ao poder de polícia, intervenção direta na economia, regulação ou fomento.¹⁶⁵

Neste sentido, Alexandre Aragão escreve que não se deve tomar em conta os fundamentos das relações jurídicas para se construir uma noção de serviço público, por isso, ao seu ver, o bem comum ou a satisfação das necessidades dos cidadãos não devem ter relevância na conceituação. O mais importante são os próprios conteúdos de serviço público, isto é, o seu regime jurídico. Reconhece o autor que há uma grande diversidade de regimes jurídicos, todavia, indica que deve haver algo quantitativamente e qualitativamente em comum para que se justifique o seu enquadramento sob o mesmo conceito geral.¹⁶⁶

Pertinente reconhecer que não há como traçar uma linha divisória entre o público e o privado no que se refere ao regime jurídico incidente sobre uma atividade ou exploração de um bem, porque as sujeições e prerrogativas do regime público incidem com maior ou menor intensidade conforme a natureza jurídica e a pessoa jurídica que a executa. Em tese, o regime de direito público incidiria de modo “puro” quando se tratar da hipótese de tarefas de titularidade pública realizadas por entidades estatais de direito público que se utilizam de bens públicos para a realização do interesse público – por analogia, o regime de direito privado “puro” ocorreria nas atividades de titularidade privada realizadas por entidades não-estatais, com uso de bens privados, para o atendimento de fins particulares. Entretanto, a enorme gama de interações público-privadas será necessariamente regida por uma combinação mista,¹⁶⁷ nem integralmente pública, tampouco integralmente privada – a depender das opções políticas do legislador e da racionalidade do sistema (definida também pela doutrina e pela jurisprudência). No mencionado julgamento da ADI nº 2946/DF, o STF considerou que o regime jurídico das

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Administração pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais. XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Administração Pública Democrática e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. 2007, p. 6804 e 6818. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf. Acesso em 06 fev. 2022.

¹⁶⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte, 2017, p. 110-111.

¹⁶⁷ MÂNICA, Fernando Borges, MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica da Privatização: Fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 24-25.

concessões é formado essencialmente pelas leis nº 8.987/1995 e demais (inclusive, pelas leis setoriais e que criam agências reguladoras), mas nem mesmo a licitação é regra absoluta e inflexível nos serviços públicos. Decidiu o STF que a Constituição fornece um quadro-panorama sobre serviços públicos, de modo que incumbe ao “legislador ordinário ampla liberdade quanto a sua conformação, à vista da dinamicidade e da variedade das situações fáticas a serem abrangidas pela respectiva normatização”.¹⁶⁸ Ainda assim, tal fenômeno não impede os enquadramentos classificatórios realizados pela ciência do Direito e que impactam na compreensão dos respectivos regimes jurídicos pelos operadores jurídicos.

Alexandre Aragão aponta que a Constituição Federal poderia, em tese, contemplar 4 (quatro) concepções doutrinárias de serviços públicos, de acordo com diferentes graus de abrangência. Para a concepção amplíssima, profundamente influenciada pela escola clássica do serviço público de Léon Duguit, será serviço público toda a atividade exercida pelo Estado (sinônimo de Administração Pública), independentemente se são “externas ou internas, inerentes ou não à soberania, econômicas/potencialmente lucrativas ou não, prestacionais, de polícia administrativa ou de fomento”.¹⁶⁹ Para a concepção ampla, serão serviços públicos as atividades prestacionais em geral do Estado, “as funções que exerce para proporcionar diretamente aos indivíduos comodidades e utilidades, independentemente de poderem deles ser cobradas individualmente ou não, ou de serem de titularidade exclusiva do Estado”,¹⁷⁰ isto é, abrange os serviços públicos econômicos, serviços sociais e serviços *uti universi*, ficando de fora as atividades de polícia administrativa e de fomento. Para a concepção restrita, serão serviço público apenas as atividades prestacionais com um liame imediato com os indivíduos; os seus beneficiários poderão ser identificados e sua fruição mensurada.¹⁷¹ Finalmente, para a concepção restritíssima, além das características da concepção restrita, o serviço público deve ser de

¹⁶⁸ Destaca-se “De tudo isso decorre que, mesmo no tocante aos serviços públicos, a exigência constitucional de licitação prévia não se traduz em regra absoluta e inflexível. Ao contrário. O quadro jurídico-normativo acima resumidamente delineado, apesar de não exaurir a matéria, é suficiente para demonstrar que os comandos constitucionais inscritos no art. 37, inciso XXI, e no art. 175, caput, a par de estipularem, como regra, a obrigatoriedade de licitação, não definem, eles próprios, os exatos contornos do dever de licitar, cabendo, portanto, ao legislador ordinário ampla liberdade quanto a sua conformação, à vista da dinamicidade e da variedade das situações fáticas a serem abrangidas pela respectiva normatização. Numa breve pesquisa de jurisprudência, é possível identificar diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal que privilegiam a escolha legislativa, desde que protegidos os valores constitucionais assegurados pela garantia da licitação.” (STF, ADI nº 2946/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 18/05/2022).

¹⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços... Op. Cit.*, p.121.

¹⁷⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços... Op. Cit.*, p.123.

¹⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços... Op. Cit.*, p.124.

“titularidade exclusiva do Estado, exploráveis pela iniciativa privada apenas mediante concessão ou permissão”, assim ficariam de fora serviços *uti universi*, serviços sociais não titularizados pelo Estado com exclusividade (como a saúde e educação, a título exemplificativo).¹⁷²

O conceito proposto por Alexandre Aragão é a da concepção restrita que, ao seu ver, é a mais operacional, primeiro por contemplar “serviços públicos econômicos” (equivalente à concepção restritíssima de serviço público) e “serviços públicos sociais”,¹⁷³ além de ser inferível a partir da CF de 1988. Assim, “são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a carga do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade”.¹⁷⁴ Explica que a “prestação” direta a indivíduos determinados é o que diferencia da polícia administrativa e do fomento, gerando “utilidades econômicas”, pois serviços públicos são um dos tipos de atividade econômica. Porém, nem sempre os princípios da ordem econômica serão aplicáveis aos serviços públicos, apenas quando couber e se for possível – como é o caso da livre iniciativa, não se pode dizer que fundamenta os serviços públicos, já que a decisão de delegação será sempre do Poder Público. A delegação só será dispensável, a princípio, para serviços públicos sociais que não necessitam de *publicatio*, nos casos previstos na Constituição Federal: saúde (art. 199, da CF), educação (art. 209, da CF), assistência social (art. 204, I e II, da CF) e previdência social (art. 202, da CF). A finalidade será o interesse público primário, ou seja, “melhoria das condições sociais e econômicas da sociedade”. Justifica a expressão mais genérica “bem-estar da coletividade” por não ser propriamente a preservação da dignidade da pessoa humana (apesar de ocorrer na grande maioria dos casos), já que alguns serviços públicos não guardam relação direta, mas apenas

¹⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços... Op. Cit.*, p.124.

¹⁷³ Embora possuam semelhanças (maior ou menor grau, sujeitos à legislação consumerista, específicos e divisíveis, geram direitos subjetivos individuais etc.), a justificar inclusão no mesmo conceito, também possuem diferenças: serviços públicos econômicos apenas comportam a prestação pela iniciativa privada mediante delegação do Poder Público, já serviços públicos sociais, como educação e saúde, necessitam por vezes apenas autorizações administrativas de polícia; no primeiro, geralmente os serviços são cobrados dos usuários, por sua vez, no segundo, geralmente são gratuitos. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços... Op. Cit.*, p.130. Para um aprofundamento quanto à autorização administrativa, no âmbito da saúde, para uso de medicamentos com substâncias proscritas, vide GABARDO, Emerson; CABRAL, Rodrigo Maciel. Autorização para uso de medicamentos com princípios ativos proscritos no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 473-515.

¹⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços... Op. Cit.*, p.130.

indiretamente, como os de infraestrutura: fornecimento de energia elétrica a grandes indústrias e transporte hidroviário de minério.¹⁷⁵

Já Adriana Schier adota uma noção de serviço público segundo os três elementos já mencionados: (i) a titularidade é estatal; (ii) a finalidade é a garantia de condições de dignidade aos cidadãos e (iii) o regime jurídico publicista (que tipifica o serviço público) é formado pelo conjunto de princípios relacionados ao mínimo existencial – universalidade, modicidade e continuidade. Tudo para que o direito fundamental (implícito) ao serviço público adequado seja garantido; ainda que não o seja, como reforço, para que no mínimo goze de proteção especial, seja pelo princípio da proibição de retrocesso social ao núcleo essencial do Direito ao serviço público e às condições que integram o mínimo vital.¹⁷⁶ Semelhantemente, no que tange ao regime jurídico dos serviços públicos, Vitor Schirato defende que os serviços públicos se diferenciam das demais atividades econômicas, pelo conjunto de obrigações de “universalização, continuidade e modicidade tarifária”. Esclarece que este regime jurídico não é uniforme, devendo ser modulado para cada serviço público que se considere as características específicas.¹⁷⁷ A esta posição doutrinária é que se filia, no que tange à noção de serviço público.

Assim, observam-se duas significativas diferenças entre os conceitos de Adriana Schier e Alexandre Aragão, não apenas quanto à finalidade (dignidade da pessoa humana x bem-estar social), mas principalmente quanto ao conteúdo do regime jurídico dos serviços públicos. Adriana Schier entende que a Constituição Federal “determina a adoção do regime publicista ao instituto, não só por força do art. 37, caput, mas também diante do art. 175, da CF, parágrafo 4º, que faz referência expressa ao serviço público adequado”, conceito definido no art. 6º, §1º, da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995).¹⁷⁸ Coerentemente, sustenta esta posição ao considerar que alguns tipos de serviço de telecomunicação e de captação de energia na verdade não são serviço público, por serem prestados sob um regime de Direito privado.¹⁷⁹

¹⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços... Op. Cit.*, p.131-135.

¹⁷⁶ SCHIER, Adriana. *Serviço público... Op. Cit.*, p. 264-266.

¹⁷⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público... Op. Cit.*, p. 292.

¹⁷⁸ SCHIER, Adriana. *Serviço público... Op. Cit.*, p. 84-85.

¹⁷⁹ A regulação das atividades de serviço público no Brasil, especialmente a partir da década de 90, passou a permitir a prestação de serviços (outrora ou públicos) em um regime jurídico privado – muito pela ideia de competição. Para explicar tal fenômeno, entende que nesses casos o legislador explicitou que tais serviços não são serviço público – assim conjuga o novo tratamento de algumas atividades à necessária

Por sua vez, Alexandre de Aragão adota uma posição mais flexível quanto ao regime jurídico dos serviços públicos, em face destas mudanças legislativas, ao dizer que cada vez mais se tem tentado atribuir “formas de gestão econômica através de mecanismos mais ou menos híbridos e atípicos de delegação [de serviços públicos] à iniciativa privada, principalmente através das denominadas Parcerias Público-Privadas”.¹⁸⁰ Neste ponto, não é acertado relativizar as formas de delegação de serviços públicos para admitir mecanismos híbridos ou atípicos, pois, conforme o art. 175, da CF, isto pode ocorrer apenas mediante permissão ou concessão. Embora as Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) tenham peculiaridades em relação à concessão comum (Lei nº 8.987/1995), ainda são formas de concessão (art. 2º, da Lei nº 11.079/2004)¹⁸¹, ou seja, amparadas pelo art. 175, da CF.

Daniel Hachem escreve que o conceito de serviço público é composto por estes três elementos: (i) subjetivo, atividade de titularidade do Estado, cuja obrigação é de assegurar continuamente sua prestação, seja direta ou indiretamente por concessão ou permissão; (ii) material, no sentido de ser útil (prestações fáticas) e destinadas à satisfação de relevantes necessidades, relacionadas à garantia e promoção de sua dignidade; e (iii) formal, por se submeter a um regime jurídico especial, composto por princípios e regras de Direito Público, com ênfase na prestação adequada, qualidade e acessibilidade a todos. Dentre eles, o material é o elemento mais decisivo para caracterizá-lo como serviço público e diferenciá-lo das demais atividades estatais – daí a forte conexão com os direitos fundamentais sociais –, já que a satisfação destes direitos depende das ações estatais. Em síntese, serviço público é o principal mecanismo da Administração Pública para a realização dos direitos fundamentais sociais.¹⁸²

Marçal Justen Filho reconhece a pluralidade de conceitos de serviço público, sugerindo que se fale em “serviços públicos”. Mas seu conceito se aproxima mais de uma corrente publicista, veja-se: “atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os

submissão do serviço público ao regime jurídico de direito público (SCHIER, Adriana. Serviço público... *Op. Cit.*, p. 108).

¹⁸⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços... Op. Cit.*, p. 130.

¹⁸¹ “Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.”

¹⁸² HACHEM, Daniel Wunder. *Direito fundamental ao serviço público adequado... Op. Cit.*, p. 126-127.

mecanismos da livre-iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob o regime de direito público”.¹⁸³ Defende o autor que o aspecto material/objetivo é o mais relevante dentre os outros dois, porque a qualificação como serviço público depende da satisfação direta e imediata de direitos fundamentais – e não pela titularidade estatal ou pelo regime jurídico de Direito público.¹⁸⁴ Destaca que o regime jurídico específico do serviço público acarreta o “afastamento de postulados genéricos da livre iniciativa e da livre concorrência”, já que o particular poderá desempenhar este serviço público apenas mediante um contrato de concessão ou de permissão, mediante licitação. Por fim, a instituição de um serviço público depende de regra legal. O art. 21, da CF, elenca algumas atividades, mas o elenco pode ser alterado por via de lei ordinária.¹⁸⁵

Fernando Mânica e Fernando Menegat escrevem que serviço público não é um objeto extraído da realidade, mas uma qualificação especial legislativamente atribuída a uma atividade, isto é, uma decisão política normativamente positivada. Ao ver dos autores, os critérios para definição de serviço público são concomitantemente o orgânico e formal – neste ponto, o regime jurídico do serviço público é predominantemente formado por normas de Direito público, calcado na noção de serviço adequado.¹⁸⁶

Débora Carvalho Mascarenhas dos Anjos parte da classificação de Eros Grau quanto aos serviços públicos (espécie) e atividade econômica em sentido estrito (espécie) serem atividades econômicas em sentido amplo (gênero), mas considera que os dois aspectos que distinguem uma da outra são: titularidade da atividade e o regime jurídico – neste ponto discordando de Eros Grau, que considera o regime jurídico não essencial para a conceituação de serviço público. Assim, a autora adota o critério orgânico e formal. O regime de Direito público seria aquele o “Estado tem o dever inescusável de promover, direta ou indiretamente, sua prestação”, de acordo com os “princípios da supremacia do interesse público, da adaptabilidade, da universalidade, da impessoalidade, da continuidade, da transparência, da motivação, da modicidade das tarifas e do controle”. Já o regime jurídico privado seria caracterizado pelos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.¹⁸⁷ No mesmo sentido, Emerson Gabardo reconhece a dinamicidade do

¹⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo... Op. Cit.*, p. 632.

¹⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo... Op. Cit.*, p. 636.

¹⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Serviços de interesse econômico geral... Op. Cit.*, p. 791-792.

¹⁸⁶ MÂNICA, Fernando Borges, MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica... Op. Cit.*, p. 73.

¹⁸⁷ ANJOS, Débora Carvalho Mascarenhas dos. *Definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais: análise dos critérios dicotômico, concorrencial e modelo empresarial. Dissertação*

instituto e que “os sistemas jurídicos nem sempre trazem elementos suficientes para um fechamento conceitual”. Nestes termos, o serviço público deve ser entendido como uma “atividade econômica em sentido estrito, que teve seu regime jurídico alterado, mediante uma ação imperativa do Estado ao torná-lo típico”.¹⁸⁸

Deste modo, sintetizando a noção de serviço público adotada, haverá serviço público nas hipóteses em que por opção política (entenda-se: previsão constitucional e lei em sentido formal), aspecto de titularidade, determinados serviços forem considerados pelo sistema jurídico como típicos do Estado e a legislação lhes atribuir um regime jurídico especial (entendido como normas predominantemente de Direito público voltadas para o *serviço público adequado* (art. 175, da CF, e art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995)), aspecto formal (regime jurídico). Não significa sustentar que haja uma definição *a priori* exaustiva e geral do regime jurídico dos serviços públicos, já que dependerá das leis e da regulação setorial em cada caso. Por isso, a titularidade estatal de determinada atividade (como nos casos do art. 21, XI e XII, da CF) não significa automaticamente a sua caracterização como serviço público (caso se adotasse exclusivamente o critério de titularidade, assim seria, mas não é a posição deste trabalho). Ainda assim, a titularidade estatal, a previsão de competência na constituição é um dos elementos necessários para a definição de serviço público, mas que, igualmente relevante, depende dos contornos da legislação setorial ou específica, diante da incompletude da Constituição Federal sobre o tema. Por isso, além do critério subjetivo, deve estar atendido também o critério formal (regime jurídico).

Considerando haver uma exigência constitucional de um *serviço público adequado* (art. 175, da CF, e art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995), o regime jurídico (predominantemente público) de cada serviço público deverá prever princípios relacionados à garantia da supremacia do interesse público, da adaptabilidade, da universalidade, da impessoalidade, da continuidade, da transparência, da motivação, da modicidade tarifária e do controle.

Sendo assim, a prestação de serviços públicos (de forma direta ou indireta) é uma das principais formas de atuação do Estado Social a fim de promover a felicidade (objetiva) das pessoas sob sua influência, mas não é a única. É preciso desmistificar o dogma enraizado de que o serviço público necessariamente é a melhor opção em uma

(mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, p. 21-22.

¹⁸⁸ GABARDO, Emerson. Interesse Público e subsidiariedade... *Op. Cit.*, p. 131.

concepção de Estado Social. A melhor forma de que os cidadãos sejam atendidos, e efetivados os direitos fundamentais, deverá ser construída em cada caso, a depender das peculiaridades e da modelagem de cada contrato. Por fim, não pode passar despercebido que ao elastecer excessivamente a noção de serviço público, justamente corre-se o risco de o instituto perder sua força e essência.

III.5 Instrumentos para o exercício de atividades econômicas

Igualmente importante para os objetivos perseguidos neste capítulo (para que não se perca de vista: se o serviço regular do TRIP é um serviço público e se o regime jurídico atual é constitucional), faz-se necessário abordar os instrumentos de delegação da atividade econômica mencionada nos enunciados constitucionais do art. 21, XII, alínea e, que estabelece competência à União para “*explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão [...] os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros*”; e o art. 175, da CF, que dispõe que “*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*” – conforme o parágrafo único, “*a lei disporá sobre*” o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter “*serviço adequado*.” Também, imprescindível analisar o art. 13, I, IV e V, da Lei nº 10.233/2001, quando trata das hipóteses de concessão, permissão e autorização para o TRIP. Como apresentado no item II.2, o serviço regular atualmente é prestado pelo instrumento da autorização.

Ao analisar os enunciados constitucionais, Vera Monteiro observa que os três termos (concessão, permissão e autorização) são “usados como sinônimo de ato jurídico e têm a função de abrir a possibilidade de contratação de terceiros (ente público ou empresa privada, pessoa jurídica ou pessoa física) na exploração de serviços públicos”, o que impossibilita uma distinção clara a partir da Constituição.¹⁸⁹

Ao considerar a crescente complexidade no fenômeno contratual da Administração no Brasil, Fernando Dias Menezes de Almeida chama de “módulos

¹⁸⁹ A Constituição se reporta unicamente à concessão (art. 25, §2º), também à concessão e à permissão (art. 30, V, e art. 175) e, ainda, aos três instrumentos, autorização, permissão e concessão (art. 21, XI e XII). MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.

convencionais de concessão”, para expressar a conotação de transferência, para atribuir um título jurídico para que um terceiro desempenhe funções tipicamente estatais. São exemplos, (i) a concessão de serviço público e a (ii) permissão de serviços públicos.¹⁹⁰

Fernando Dias Menezes de Almeida cita a clássica discussão sobre o sentido mais amplo ou mais restrito do termo “concessão”. Em uma vertente ampla, abrangeria todos os casos de outorga bilateral ou unilateral de direitos ou poderes a particulares (posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro); um sentido intermediário considera a concessão como gênero, aplicável tanto a serviços públicos, como obras públicas e uso de bens públicos (adotado majoritariamente no Brasil); e um sentido restrito apenas aos serviços públicos. Posiciona-se o mencionado autor pela adoção do sentido intermediário – opção que também é feita nesta pesquisa.¹⁹¹ Desta forma, por um viés estrutural, a concessão é a outorga, a diversa pessoa, de um direito relativo a algo que seja inerente à Administração (como um serviço público ou outra atividade própria da Administração). Em acréscimo, citando Vera Monteiro, aponta que é mais propício acrescentar um “ângulo funcional de análise jurídica” à concessão, que é “viabilizar a realização de investimentos significativos para promover a disponibilização de bens e serviços à sociedade”, geralmente em razão da insuficiência dos cofres públicos para tal custeio.¹⁹² O regime geral da concessão de serviço público é tratado pelas Leis nº 8.975/1995 e 9.074/1995, sem prejuízo de leis setoriais específicas a depender de cada caso. Tipicamente, a delegação é feita pela via contratual, que atribuirá à concessionária o desempenho por sua conta e risco (nos contratos mais modernos, inclusive com matriz de riscos). Também, depende de autorização legislativa específica. A imposição de regras (decorrentes de lei, em última análise) é o que caracteriza o “regime especial” dos contratos administrativos de concessão de serviço público.¹⁹³

A permissão de serviço público também tem natureza contratual, por força do art. 40, da Lei nº 8.987/1995 (“permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão), rompendo assim com uma longa tradição doutrinária que considerava permissões como atos unilaterais. O dispositivo legal também estabelece que serão aplicáveis à permissão as mesmas regras da concessão (“*observará os termos desta Lei,*

¹⁹⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quarter Latim, 2012, p. 240.

¹⁹¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo... Op. Cit.*, p. 242.

¹⁹² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo... Op. Cit.*, p. 262. MONTEIRO, Vera. *Concessão... Op. Cit.*, p. 174-175.

¹⁹³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo... Op. Cit.*, p. 265.

das demais normas pertinentes e do edital de licitação”). A princípio, as únicas diferenças pelo enunciado do art. 40, da Lei nº 8.987/1995, seriam a menção a “contratos de adesão” e “precariedade e revogabilidade unilateral”. Contudo, não são diferenças qualitativas com a concessão de serviços públicos. A rigor, a adesão do particular à minuta contratual elaborada pela Administração se dá tanto na permissão, como na concessão – não há praticamente margem para alterações. Já a precariedade (relacionada à revogação unilateral) do contrato não conduz à ausência de prazo de duração, o que é até estranho ao regime geral dos contratos administrativos, por isso que não se pode atribuir um sentido implícito de que a precariedade significaria ausência de indenização, o que seria contrário à lógica de atrair investimento privado. Em suma, “resta difícil a distinção qualitativa entre permissão e concessão de serviços públicos”.¹⁹⁴ Comumente diz-se que a permissão seria provisória e não demandaria altos investimentos, ao contrário da concessão, que se destina a contratos de longa duração e investimentos de grande monta. Entretanto, como pertinentemente destaca Fernando Menezes de Almeida, “são diferenças que podem ser consideradas acidentais, decorrendo mais da praxe da Administração”.¹⁹⁵

Dinorá Grotti comenta que há três possibilidades ao se considerar a autorização, prevista no art. 21, XI e XII, da CF: (i) não poderia haver autorização de serviço público, porque o art. 175, da CF, silenciou a respeito, referindo-se apenas à permissão e concessão; (ii) introduziu-se equivocadamente a autorização para os serviços públicos; e (iii) a autorização poderia ser prevista para algumas atividades, em regime de direito privado, “constituindo atividade econômica em sentido estrito, enquanto os demais, sujeitos ao regime de concessão ou permissão, seriam serviços públicos”¹⁹⁶

Gustavo Justino de Oliveira e Pedro da Cunha Ferraz citam que há 4 (quatro) principais vertentes quanto às autorizações do art. 21, XI e XII, da CF. A primeira, mais tradicional, é de que não há autorização de serviço público, mas a autorização pode ser utilizada para que agentes econômicos prestem atividades nesses setores, desde que não sejam voltadas à coletividade – o exemplo mais próximo do TRIP é o serviço de fretamento. A segunda corrente é similar a primeira, mas é mais ampla ao considerar que as autorizações não estão limitadas a serviços de interesse particular, pois podem abranger serviços à coletividade (hipótese que será autorização para atividade econômica em

¹⁹⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo... Op. Cit.*, p. 266.

¹⁹⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo... Op. Cit.*, p. 266.

¹⁹⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público... Op. Cit.* p. 163-164.

sentido estrito e não autorização de serviço público). Já a terceira defende que a autorização é liberação ao exercício de atividade econômica, para os mencionados setores, podendo haver assimetria regulatória para a mesma atividade (delegação de serviço público e autorização para atividade econômica). Por fim, a quarta linha admite que pode haver autorização de serviço público, sem prévia licitação, em conjunto com permissão e concessão – citam uma subdivisão desta vertente: restritiva (cabível apenas se todos os prestadores estiverem sujeitos ao mesmo regime e mesmas condições) e ampliativa (admite assimetria regulatória).¹⁹⁷

Fernando Menegat aponta muito bem que as autorizações administrativas eram tradicionalmente espécie de ato administrativo, compreendidas, de uma forma geral, pela função de poder de polícia. Eram assim uma espécie de instrumento que removia um obstáculo ou uma proibição geral de uma determinada atividade de titularidade privada, daí as notas de unilateralidade, discricionariedade, precariedade (relacionada ao exercício de autoridade administrativa) e natureza declaratória.¹⁹⁸ Além deste sentido, até havia “*autorização de serviço público*”, mas apenas nos casos excepcionais e temporários, literalmente de instabilidade e emergência transitória, daí as notas de unilateralidade, precariedade e discricionariedade.¹⁹⁹ Ocorre que com as significativas alterações setoriais desde a década de 1990 (telecomunicações, gás natural, energia elétrica, transporte rodoviário, ferrovias etc.), mostra-se absolutamente insuficiente compreender as novas autorizações sob a óptica das autorizações do século passado, até porque as reformas gerenciais da década de 90 trouxeram soluções jurídicas até então inexistentes.²⁰⁰

Diante das mutações do serviço público e, partindo da premissa de que os setores econômicos são bipartidos quanto à sua titularidade (pública ou privada), Fernando Menegat se posiciona que as autorizações do art. 21, XI e XII, da CF, são um “instrumento de outorga de uma atividade pública a um privado, conferindo-o o acesso à prestação de uma atividade que, a priori e em abstrato, é qualificável como serviço público”, mas que pode “despir-se” do regime jurídico específico do serviço público. Esta atividade autorizada não é serviço público, pelo óbice do art. 175, da CF, que não menciona

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERRAZ, Pedro da Cunha. Dilemas regulatórios na prestação do serviço de transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros: a autorização de serviço público na lei nº 10.233/01 ante as inovações tecnológicas que impactam o setor de transportes. *Direito e infraestrutura: rodovias e ferrovias – 20 anos da Lei nº 10.233/2001/ Sebastião Botto de Barros Tojal, Jorge Henrique de Oliveira Souza (Coord.)*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 109-111.

¹⁹⁸ MÂNICA, Fernando Borges, MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica... Op. Cit.*, p. 23-24.

¹⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo... Op. Cit.*, p. 357.

²⁰⁰ GABARDO, Emerson. *Interesse Público e subsidiariedade... Op. Cit.*, p. 134.

autorização. Fernando Menegat entende que tampouco seria uma atividade econômica em sentido estrito (livre iniciativa), diante da inegável previsão constitucional do art. 21, XI e XII, quanto à titularidade da União. Assim, Fernando Menegat defende uma terceira categoria, “algo que se situa entre o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito”, que denomina de “serviços de interesse econômico geral”, tal como Egon Bockmann Moreira, definidos como “atividades de titularidade pública, outorgadas aos privados mediante autorização regulatória, submetidas a um regime jurídico essencialmente de Direito privado”.²⁰¹

Contudo, neste ponto discorda-se do posicionamento dos mencionados autores, pois entende-se que não há necessidade de adotar uma terceira categoria (serviço público, serviços de interesse econômico geral e atividade econômica em sentido estrito). Este conceito utilizado na União Europeia não possui qualquer respaldo no ordenamento jurídico brasileiro e não tem uma efetiva repercussão no regime jurídico – afinal, as classificações não são verdadeiras ou falsas, mas úteis ou inúteis. É suficiente compreender a realidade a partir da classificação serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito. Evidentemente que não são as mesmas noções clássicas, mas nestes casos das autorizações das atividades do art. 21, XI e XII, da CF, é possível compreender que são atividades econômicas em sentido estrito, embora fortemente reguladas. Ainda que, do ponto de vista constitucional, sejam de titularidade da União, ela optou pelo regime de autorização (Lei nº 10.233/2001), incidindo também os termos da Lei nº 13.874/19 (comumente denominada de “lei da liberdade econômica”), por tratar de “normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador” (art. 1º, caput, da Lei nº 13.874/19), aplicável inclusive para as hipóteses de atos públicos de liberação de licença e autorização como condição para o exercício da atividade econômica (art. 1º, § 6º, da Lei nº 13.874/19). Se fosse outro regime, haveria uma inversão hermenêutica que afastaria a atividade de submissão a esta legislação (tornando-o, efetivamente, um serviço público). Este é o posicionamento mais acertado, daí porque é desnecessário importar

²⁰¹ MÂNICA, Fernando Borges, MENEGAT, Fernando. Teoria Jurídica... *Op. Cit.*, p. 149-154. Em posição diametralmente oposta, Dinorá Adelaide Musetti considera que “o art. 21 lista atividades que somente podem ser desempenhadas diretamente pela União ou mediante autorização, permissão ou concessão, o que importa necessariamente no reconhecimento de que são serviços públicos.” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço... *Op. Cit.*, p. 91-92 e 103. Também no sentido de que o art. 21, XI e XII, da CF, tratam de serviços públicos é a opinião de José Afonso da Silva. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 43. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 815.

uma categoria “serviços de interesse econômico geral” da União Europeia para explicar o fenômeno brasileiro. Enfim, os conceitos de serviço público e atividade econômica em sentido estrito devem ser entendidos como contrários ou opostos e não como contraditórios.

Adriana Schier considera que estas atividades prestadas por autorizações são atividades privadas, isto é, não são serviços públicos.²⁰² Por razões diferentes, Vitor Schirato também aponta que as autorizações do art. 21, da CF, não teriam como objeto a delegação de um serviço público, inclusive até poderiam concorrer com serviços públicos, mas seriam “*atividades econômicas reguladas*”, prestadas em regime privado. A diferença é que a regulação estatal seria mais intensa nestas atividades do art. 21, da CF, em razão da estrutura de mercado na qual se inserem, como por exemplo: (i) limitações de agentes por barreiras de entrada, (ii) existência de falhas de mercado, que impeçam a coexistência de agentes sem uma ação estatal que garanta uma normalidade de funcionamento “como ocorre no caso preciso dos setores em que a entrada de agentes depende do compartilhamento de instalações que se constituem monopólios naturais”.²⁰³ Cita como exemplos: o caso do transporte rodoviário de passageiros, além dos serviços de telecomunicações, energia elétrica, gás natural canalizado e transporte aéreo de passageiros. Conclui que, apesar do interesse coletivo à atuação dos agentes autorizatários, este interesse não transmuta a atividade privada ao regime jurídico de serviço público. A Administração Pública deverá aplicar o “dever de proporcionalidade na aferição da legitimidade das restrições impostas ao princípio da livre iniciativa”.²⁰⁴

De todo modo, o ponto em comum entre as posições mencionadas é que autorizações não podem ser entendidas como instrumentos aptos a delegar um serviço público – em sentido contrário, Débora Carvalho Mascarenhas dos Anjos e Maria Silvia Di Pietro admitem que, apesar do silêncio no art. 175, da CF, há sim autorização de serviço público.²⁰⁵ O argumento das autoras pauta-se no art. 175, da CF, notadamente porque a redação do art. 21, XII, da CF, não foi alterada pela Emenda Constitucional nº 08/1995, que modificou apenas o inciso XI, do mesmo artigo constitucional. No mesmo sentido, Alexandre Schiller sustenta que as atividades do art. 21, XI e XII, da CF,

²⁰² SCHIER, Adriana. Serviço público... *Op. Cit.*, p. 108.

²⁰³ SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público...* *Op. Cit.*, p. 276-277.

²⁰⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público...* *Op. Cit.*, p. 278

²⁰⁵ ANJOS, Débora Carvalho Mascarenhas dos. Definição do... *Op. Cit.*, p. 25. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 235.

poderiam ser classificadas como serviços públicos e, concomitantemente, prestadas por autorização, em regime privado – ao seu ver, “a escolha do instrumento da autorização não significa que as atividades autorizadas devem deixar de ser tratadas como serviços públicos”.²⁰⁶

Tal posicionamento revela-se inadequado, pois seria “paradoxal imaginar a prestação de um serviço público no regime jurídico privado”.²⁰⁷ Em outras palavras: ou as atividades do art. 21, XI e XII, da CF, são consideradas pelo legislador como serviço público (em um regime jurídico predominantemente público) ou como atividades econômicas privadas (em um regime jurídico privado ou predominantemente privado, a depender da regulamentação específica de cada setor). Mas, parece contraditório afirmar que serviços públicos podem ser prestados em um regime jurídico de Direito privado. O fato concreto é que a Constituição não oferece uma resposta apriorística a esta questão – possibilitando que o legislador infraconstitucional delibere a respeito do tema.

Importante considerar que a Constituição concede ao Estado “razoável margem empírica de apreciação para a escolha de instrumentos adequados de regulação à ordenação das diversas atividades econômicas”, desde a atuação direta na economia por meio de empresas estatais no regime concorrencial (art. 173, da CF), seja direta ou indiretamente na prestação de serviços públicos (art. 175, da CF), ou como agente normativo e ordenador, nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174, da CF), além de outras funções não previstas expressamente, como a atividade de fomento.²⁰⁸

Gustavo Binjenbojm entende que a Constituição não deu uma resposta definitiva sobre o regime jurídico de certas atividades do art. 21, XI e XII, da CF, de modo que permitiu uma “liberdade relativa de conformação”, para que a partir da análise de cada setor, o Estado definisse a forma e a intensidade de sua atuação. Assim, sustenta que “a Constituição abandonou um modelo puramente binário (em que atividades econômicas são públicas ou privadas), assumindo um sistema que, segundo Alexandre Santos de Aragão, comporta *dégradés*”.²⁰⁹ O autor está correto no tocante à “liberdade de

²⁰⁶ SCHILLER, Alexandre Ortigão S. Buarque. Sistema de... *Op. Cit.*, p. 122-123.

²⁰⁷ GABARDO, Emerson. *Interesse Público e subsidiariedade...* *Op. Cit.*, p. 134. Alexandre de Aragão comenta que ampliar o conceito de serviço público para abranger atividades prestadas em regime privado equivaleria a acabar com o conteúdo de serviço público (ARAGÃO, Alexandre. *Serviço público...* *Op. Cit.*, p. 177.)

²⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L.F. *Direito da regulação...* *Op. Cit.*, p. 172.

²⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L.F. *Direito da regulação...* *Op. Cit.*, p. 175. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público... *Op. Cit.*, p. 7.

conformação”. A grande questão é que este pretense modelo “puramente binário” (contraditório) nunca existiu na prática – embora aparentasse existir face ao modelo de Estado interventor típico da segunda metade do século XX, fundado, pela opção política da época, na prestação direta dos serviços públicos. O modelo binário “impuro” (não-contraditório), todavia, resta plenamente em vigor. Afinal, os modelos conceituais são simplificações drásticas da realidade para a aglutinação de características e a afirmação de definições. Na prática, o regime irá se aproximar mais ou menos do modelo conceitual – e isso é importante para a o seu entendimento e operação jurídica. A classificação dicotômica entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, portanto, mantém-se válida e útil à compreensão do assunto.

Para cada setor é possível que seja dado um tratamento jurídico especial, enquadrando-o como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito (e dentro destas categorias haverá nuances). É o que ocorreu no setor de telecomunicações, em que se estabeleceu um regime de assimetria regulatória: atividades prestadas por concessões ou permissões, como serviço público, em regime jurídico público, precedidas de licitação (art. 63 da Lei nº 9.472/1997) e por autorizações, como atividade privada, em regime jurídico privado (art. 131 da Lei nº 9.472/1997). Inclusive, é possível a prestação de uma modalidade de serviço de forma concomitante nos dois regimes, como ocorre com a telefonia fixa.²¹⁰ Destaque-se novamente que neste caso não se trata de serviço público em regime privado, mas que é possível que uma atividade seja prestada em dois tipos de regimes jurídicos. Isto foi referendado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar da ADI nº 1668, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, cujo julgamento ocorreu em 20/08/1998.²¹¹

Semelhantemente, no setor de energia elétrica, mais especificamente na etapa de geração de energia elétrica, convivem também dois regimes: público (concessão) e privado (autorização), conforme o art. 4º da Lei nº 9.074/1995.²¹² Por fim, no setor

²¹⁰ SAIKALI, Lucas Bossoni. Regulação dos serviços de streaming sob demanda. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2020, p. 27.

²¹¹ O setor de telecomunicações é paradigmático, pois foi alterado em uma das primeiras emendas constitucionais (EC nº 08/1995). A Lei nº 9792 estabeleceu dois regimes jurídicos para a telecomunicações, especialmente no de telefonia fixa, um de Direito público e um de Direito privado para o mesmo serviço na essência. Uma com a normatividade de contratos de concessão, com a obrigatoriedade de rigorosas metas de universalização, lista de consumidores prontas, controle tarifário etc. Já as autorizatárias competiam com este setor anteriormente monopolizado, sem controle de preços e sem obrigações de universalização – portanto, como autêntica atividade econômica em sentido estrito.

²¹² Diferentemente da geração e comercialização, em que há regimes jurídicos e condições de mercados distintos, a distribuição de energia elétrica é qualificada como serviço público, submetido ao

portuário, há serviços do porto organizado e das instalações portuárias que são outorgados pelo poder público mediante concessão ou arrendamento de bem público, assim como fora da área do porto organizado, outorgam-se autorizações em regime tipicamente privado, nos termos do art. 1º, §§1º e 2º, da Lei nº 12.815/2013.

No que se refere ao novo regime jurídico do serviço regular do TRIP, Gustavo Binjenbojm entende que não é serviço público, mas atividade econômica em sentido estrito, cuja exploração foi liberada por autorização – assim como outras atividades previstas no art. 21, XI e XII, da CF, de acordo com a margem de conformação dada pela Constituição. O autor afirma expressamente que o Estado não tem mais a titularidade do serviço do TRIP. Também, deixa claro que as autorizatárias do TRIP estão submetidas a um regime privado, mas fortemente regulado, não deixando de ser uma atividade econômica em sentido estrito – daí porque não haveria também violação ao dever de licitar.²¹³

Em sentido oposto, Gustavo Justino de Oliveira e Pedro da Cunha Ferraz consideram que o serviço regular do TRIP é serviço público, prestado por uma autorização de serviço público. Contudo, os autores não demonstram com precisão quais as suas razões para a dita conclusão de que é serviço público. Iniciam com considerações sociológicas sobre o tema, como se observa do seguinte trecho “trata-se de fato inegável que os contornos dogmático-jurídicos do serviço público sempre serão determinados pela realidade social e econômica” e,²¹⁴ em seguida, discorrem sobre a relação de serviços públicos com monopólios naturais, no sentido de que a “autorização de serviço público”, do art. 21, XI e XII, da CF seria uma “válvula de escape”. Segundo os autores: “a Constituição abriu espaço para os serviços públicos ali referidos serem prestados em regime de concorrência através da adoção da autorização de serviço público como instrumento de delegação”.²¹⁵ Em suma, embora não explícito neste ponto, infere-se que adotam o critério de titularidade, no sentido de que todas as atividades do art. 21, XI e

regime do art. 175, da CF, em que a União estrutura as licitações das concessões (FORTINI, Cristiana; FAJARDO, Gabriel Ribeiro; VILLANI, André Almeida. Integridade e regulação na prestação dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica. *RECHTD. Revista De Estudos Constitucionais, Hermenêutica E Teoria Do Direito*, v. 12, n. 3, 2020, p. 487.

²¹³ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L.F. *Direito da regulação... Op. Cit.*, p. 182-183.

²¹⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERRAZ, Pedro da Cunha. *Dilemas regulatórios... Op. Cit.*, p. 103-104.

²¹⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERRAZ, Pedro da Cunha. *Dilemas regulatórios... Op. Cit.*, p. 104.

XII, da CF, são serviços públicos, para além da incorporação de um conteúdo sociológico, da realidade social e econômica, ao seu conceito.

Esta posição, todavia, não é adequada ao sistema jurídico positivo brasileiro. De início, como exposto anteriormente sobre as noções históricas de serviço público, a tentativa de recorrer a argumentos sociológicos é problemática. Há muito tempo que tais argumentos se tornaram amplamente insatisfatórios para a compreensão do fenômeno. Desnecessariamente, tais incursões criam imbrólios sobre quem diz ou pode dizer o que é a realidade social, sobretudo em uma sociedade que é plural, fragmentada, desigual e complexa. Vide que esta noção foi superada pela própria vertente formal (regime jurídico).²¹⁶ Serviço público não é extraído da realidade social, mas é uma qualificação especial legislativamente atribuída a uma certa atividade, isto é, uma decisão política normativamente positivada.²¹⁷ Ademais, nem sempre uma necessidade (por mais essencial que seja) será satisfeita por serviço público. Serviços bancários são imprescindíveis para a vida no séc. XXI e, nem por isso, são serviço público. O mesmo se pode dizer das atividades econômicas inerentes aos serviços de internet.

Por sua vez, se todas as atividades do art. 21, XI e XII, da CF, fossem serviço público, então seria necessário admitir que “navegação aérea e aeroespacial” está neste rol. Mas, o transporte aéreo regular não é serviço público, conforme o próprio art. 174, da Lei 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), muito menos o serviço de transporte aéreo não regular. Nesta esteira, a posição de Oliveira e Ferraz é inconciliável com diversas decisões do STF que chancelaram leis que transformaram serviços públicos em atividades privadas regulamentadas. Foi o que ocorreu desde o setor de telecomunicações (ADIN nº 1668),²¹⁸ como também no transporte aquaviário (art. 21, XII, “d”, da CF), em que o STF não considerou serviço público, porque a norma constitucional é de distribuição de competência federativa e não significa serviço público automaticamente (RE nº 220.999-7).²¹⁹ Tal posição também é incompatível com as mencionadas alterações legislativas nos setores de geração de energia elétrica (art. 4º da Lei nº 9.074/1995) e no caso da exploração indireta das instalações portuárias (art. 1º, §2º, da Lei nº 12.815/2013). Por isso, nem todas as atividades do art. 21, XI e XII, da CF

²¹⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público... Op. Cit.* p. 49.

²¹⁷ MÂNICA, Fernando Borges, MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica... Op. Cit.*, p. 73.

²¹⁸ Repita-se: o setor de telecomunicações é paradigmático, pois foi alterado em uma das primeiras emendas constitucionais (EC nº 08/1995), referendado desde a Medida Cautelar da ADI nº 1668, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, cujo julgamento ocorreu em 20/08/1998.

²¹⁹ ARAGÃO, Alexandre. *Serviço público... Op. Cit.*, p. 184.

são serviço público, ao contrário de atividades as quais a Constituição Federal expressamente previu que assim seriam, como é o caso dos serviços de distribuição local de gás canalizado (art. 25, § 2º, da CF) e do transporte coletivo municipal (art. 30, V, da CF, os municípios deverão “*organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial*”).

Ainda sobre este tema, se o art. 21, XI e XII, CF, ao se referir à prestação de serviço mediante autorização (logo, atividades privadas autorizadas), permitiria que fossem consideradas serviços públicos? Alexandre Aragão responde que não, pois “se o regime jurídico – que é o que importa – é diverso, a inclusão das duas categorias de atividades no mesmo conceito (de serviço público) faria com que este, por sua amplitude, acabasse ficando sem conteúdo”.²²⁰ No mesmo sentido, Marçal Justen Filho escreve que “a submissão do dito serviço público ao regime de Direito Privado conduz ao surgimento de outras figuras. Deixa de existir serviço público”.²²¹ Mais adequado, portanto, é considerar que, conforme o art. 175, da CF, permissão e concessão são instrumentos para a prestação de serviços públicos e a autorização para o desempenho de atividades privadas – não existe, portanto, autorização de serviço público. Não se trata de mera nomenclatura, mas do próprio conteúdo da noção de serviço público, ante a sua principal característica: o regime jurídico.

Daí as necessárias críticas à doutrina de Gustavo Justino e Pedro Ferraz, à luz do posicionamento de Adriana Schier (aversa à possibilidade de autorizações de serviços públicos, por se tratar de atividades privadas),²²² de Vitor Schirato (apesar do interesse coletivo à atuação dos agentes autorizatários, este interesse não transmuta a atividade privada ao regime jurídico de serviço público),²²³ e de Gustavo Binenbojm (quanto ao serviço regular do TRIP não ser serviço público).²²⁴

Retomando no que tange à titularidade da União, discorda-se de Gustavo Binenbojm, pois entende-se que, por força constitucional (art. 21, XII, alínea “e”, da CF), o transporte rodoviário interestadual de passageiros é de titularidade da União. É uma situação diferente das atividades econômicas previstas no art. 170, parágrafo único, da

²²⁰ ARAGÃO, Alexandre. Serviço público... *Op. Cit.*, p. 177.

²²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das.. Op. Cit.*, p. 20.

²²² SCHIER, Adriana. Serviço público... *Op. Cit.*, p. 108.

²²³ SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público... Op. Cit.*, p. 278

²²⁴ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L.F. *Direito da regulação... Op. Cit.*, p. 182-183.

CF, que são de titularidade dos particulares – a título explicativo, a União não pode impor uma concessão, permissão ou autorização para exploração de padarias, cafeterias ou qualquer outra atividade econômica geral que não seja de sua titularidade da União, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Por outro lado, pelo fato do serviço regular do TRIP ser de titularidade da União não significa automaticamente que seja serviço público ou prestada em um regime jurídico público. A União pode deliberar (por lei) como o serviço regular do TRIP será prestado e regulado: se será serviço público ou se atividade econômica em sentido estrito. Do ponto de vista constitucional, a competência da União pode ser exercida de forma a que o serviço regular do TRIP seja prestado por quem quiser, desde que atendidos alguns requisitos legais, em regime de atividade econômica em sentido estrito. Da mesma forma, no futuro a União pode eventualmente decidir (por lei) que não mais adotará o modelo de autorizações e resolver licitar e delegar por meio de concessão ou permissão. De todo modo, a titularidade é da União e embora o novo regime jurídico do serviço regular do TRIP seja predominantemente privado (atividade econômica em sentido estrito), estritamente do ponto de vista constitucional não está na mesma situação que as demais atividades econômicas em geral, mesmo as fortemente reguladas.

A ideia da assimetria regulatória é equilibrar o jogo do mercado por intermédio da normatização diferenciada. O agente com predominância e vantagens fáticas no mercado (explorador em regime público) se sujeita a maiores deveres, enquanto o competidor incipiente (explorador em regime privado) é liberado de algumas obrigações para poder concorrer de uma forma mais efetiva. Semelhantemente, esta ideia foi implementada na exploração dos terminais portuários, convivendo tanto empresas submetidas a um regime público (concessionárias), como outras a um regime privado (autorizatórias), sem prévia licitação no caso destas últimas.²²⁵

Todavia, vale esclarecer que, na prática, no serviço regular do TRIP não se vê propriamente um modelo de assimetria regulatória, tal como é equivocadamente apontado por Gustavo Binenbojm.²²⁶ Nesses setores há concessionárias, submetidas ao regime público, e a discussão gira em torno das relações e competições com empresas,

²²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n 37, jan/mar.2012, p. 12-15.

²²⁶ Assim diz o autor: “no caso do serviço de transporte coletivo de passageiros, a situação é idêntica a dos exemplos referidos no tópico anterior (telecomunicações, energia e portos)”. BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L.F. *Direito da regulação... Op. Cit.*, p. 178.

autorizatárias, cujo regime é privado. Porém, como exposto anteriormente no item II.2, no TRIP todas as transportadoras do serviço regular prestam o serviço no mesmo regime de autorização. Não há exatamente uma disputa entre autorizatárias do TRIP e permissionárias, porque estas últimas prestam apenas o transporte interestadual semiurbano, ou seja, não há identidade quanto ao objeto do serviço. Apenas em tese é que se poderia cogitar de autorizatárias do TRIP em competição com concessionárias (art. 13, I, da Lei nº 10.233/2001),²²⁷ contudo, atualmente não há nenhuma concessão nestes moldes, tampouco notícia ou intenção de que ocorra. Por fim, tampouco no serviço regular do TRIP há uma assimetria regulatória quando se analisa as autorizatárias que prestam o serviço de fretamento. Entre elas não há uma competição, ao menos do ponto de vista jurídico, tendo em vista que os objetos e os regimes jurídicos são distintos, sobretudo quanto aos requisitos para obtenção do termo de autorização, desnecessidade de licenças operacionais para o fretamento, não obrigatoriedade dos descontos legais para idosos, estudantes etc. (vide itens II.3 a II.7)

Poderia se dizer que há uma competição em sentido amplo entre autorizatárias do serviço regular com as autorizatárias do fretamento (com a intermediação ou atuação direta das empresas de tecnologia que se dizem transportadoras mediante “fretamento colaborativo”, embora não haja regulamentação em tal sentido). Esta situação acaba gerando distorções, principalmente porque as transportadoras do serviço regular possuem obrigações de descontos e isenções, além de frequência mínima, diferentemente das transportadoras do fretamento – destaque-se que as diferenças já foram bem mais significativas, especialmente quando não havia liberdade tarifária, antes do novo regime do TRIP. De todo modo, por não terem propriamente o mesmo objeto, não parece adequado compará-las como se estivessem em regime de assimetria regulatória. Ao fim, a discussão entre serviço regular e fretamento está muito mais associada à questão da não observância das regras do fretamento pelas transportadoras deste setor. Quando intermediadas por plataformas digitais, estas transportadoras não realizam o circuito fechado, isto é, os passageiros da viagem de ida não são os mesmos dos da volta, configurando assim circuito aberto, exclusivo do serviço regular. Como mencionado, as violações aos requisitos regulatórios podem ser classificadas como (i) transporte irregular (a transportadora possui alguma autorização (TAR, LOP ou TAF), mas descumpre alguma norma, como por exemplo: a realização de circuito aberto por transportadoras de

²²⁷ Seria a hipótese de exploração de infra-estrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infra-estrutura.

fretamento) ou (ii) transporte clandestino (neste caso a transportadora não possui nenhuma autorização, nem o TAR e/ou LOP, no caso do serviço regular, e TAF, para o fretamento).

Em síntese, defende-se que, ao estipular as opções “*explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão*” (no art. 21, XI e II), a Constituição Federal conferiu uma margem de liberdade de escolha ao legislador infraconstitucional para que, em cada caso, estabeleça se haverá prestação em regime de serviço público ou em regime de exploração de atividade econômica em sentido estrito. Ademais, poderá haver um *dégradé* ou intensidade de normas de Direito público ou de Direito privado – neste sentido, considerando os marcos regulatórios de cada setor. Se determinado setor for prestado predominantemente por um regime jurídico público Os instrumentos serão concessão ou permissão de serviço público – como por exemplo, o transporte coletivo municipal, cujo moldura jurídica está desenhada no art. 30, V, da CF, ao estipular apenas concessão ou permissão. Se o regime jurídico for predominantemente privado, então deverá ser adotado o instrumento da autorização.

Significa dizer: nem toda atividade econômica é serviço público em potencial, “excluídos dois campos: o que é serviço público obrigatoriamente e o que obrigatoriamente não é, o legislador infraconstitucional pode determinar outras atividades como serviço público”.²²⁸ O art. 21, XI e XII, da CF, não prevê obrigatoriamente o regime jurídico de serviço público para todas as atividades ali descritas – diferentemente do mencionado art. 30, V, da CF. Neste sentido, Mânica e Menegat escrevem que “*a atividade autorizada [do art. 21 da Constituição] não é qualificada como serviço público, já que o art. 175 da CF/88 desautoriza a utilização desse instrumento para delegar atividade qualificada como tal*”.²²⁹ Entretanto, não assistem razão ao defenderem que é necessária uma terceira categoria como de “serviço público de interesse econômico geral” para estas atividades do art. 21, XI e XII, da CF, que forem prestadas por autorização.

Portanto, com estas ressalvas mencionadas, adota-se duas categorias para as atividades do art. 21, XI e XII, da CF: serviços públicos, cujos instrumentos de delegação serão a concessão e a permissão, tal como estabelece o art. 175, da CF, prestados em regime jurídico público²³⁰ (não sendo o caso de autorização de serviço público); e

²²⁸ GABARDO, Emerson. *Interesse Público e subsidiariedade...* Op. Cit., p. 136.

²²⁹ MÂNICA, Fernando Borges, MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica...* Op. Cit., p. 221.

²³⁰ Como dito anteriormente, regime jurídico formado por um conjunto de obrigações para um *serviço público adequado* (art. 175, da CF, e art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995), predominantemente público, o qual

atividades econômicas privadas, prestadas por autorizações, em regime jurídico especial (a ser definido em cada setor, mas predominantemente privado).²³¹

III.6 O serviço regular do TRIP é serviço público?

Estabelecidas as premissas adotadas e apresentadas algumas das noções de serviço público na doutrina brasileira, bem como o regime jurídico do TRIP (no capítulo II) e os instrumentos de delegação de atividades econômicas públicas reguladas, tem-se condições suficientes para responder à indagação se o TRIP é serviço público. Não se trata de defender neste momento se deveria ser serviço público (o que já foi esboçado nos itens anteriores), mas tão somente se “realmente” é ou não, a partir da análise do instrumento de autorização e dos principais princípios jurídicos do regime público (universalidade, continuidade e modicidade tarifária) e da iniciativa privada aplicáveis ao presente objeto de estudo (livre-iniciativa, liberdade de preços e concorrência).

Esta indagação é válida, pois em sendo utilizada a autorização, a União optou pelo abandono do regime predominantemente público em favor do reconhecimento de uma atividade econômica em sentido estrito. Isto implica que não mais se estaria diante de uma hipótese de responsabilidade objetiva das prestadoras de serviço público e do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, e da Lei nº 8.987/1995. É verdade que para o consumidor não significa em substancial alteração, visto que seguirá havendo responsabilidade civil objetiva da transportadora, com fulcro no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), só não mais a possibilidade de responsabilidade subsidiária do Estado.²³²

deverá respeitar a garantia da supremacia do interesse público, da adaptabilidade, da universalidade, da impessoalidade, da continuidade, da transparência, da motivação, da modicidade tarifária e do controle.

²³¹ MOREIRA, Egon. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67. Alexandre Aragão fala na possibilidade de despublicização para tornar determinadas atividades econômicas (previstas no art. 21, XI e XII, da CF) como “atividades econômicas privadas de interesse público”. ARAGÃO, Alexandre. *Serviço público... Op. Cit.*, p. 184; também ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Belo Horizonte, ano 3, nº 10, abr./jun. 2005, p. 21).

²³² Em sede de repercussão geral, o STF, decidiu que o termo “terceiros” do art. 37, § 6º, da CF, alcança usuários e não usuários do serviço público para fins de responsabilização (EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato

Inicialmente cumpre citar Alexandre Schiller que, em dissertação dedicada a este tema, sustenta que é serviço público o serviço regular do TRIP (com as alterações da Lei nº 12.996/2014, inclusive), por estar ligado aos direitos fundamentais, ser essencial e porque “não convém à coletividade que fique relegada inteiramente ao particular, exigindo a atuação do poder estatal”.²³³ Evidentemente que este aspecto é importante. Contudo, não há uma precisão teórica quanto ao conceito de serviço público adotado em tal pesquisa. O autor ora cita Celso Antônio Bandeira de Mello, quando defende que serviço público é prestado sob regime de Direito público, ora Alexandre Aragão, que refuta a ideia de caracterização de serviço público por seu regime jurídico (claramente em oposição à corrente formal). Aliás, este último também critica veementemente a caracterização do serviço público “por mais essencial que seja para a coletividade, apenas em razão da “natureza das coisas”, da sua importância para o liame social, sendo imprescindível, além desse dado, o reconhecimento pelo direito positivo da responsabilidade do Estado pela atividade”.²³⁴

A Constituição Federal, a Lei nº 10.233/2001 (ainda que com as alterações da Lei nº 12.996/2014) e a Resolução ANTT nº 4.770/2015 não estabelecem expressamente que o serviço regular do TRIP seria um serviço público. De fato, a Constituição menciona no art. 6º que o transporte é um direito social, mas não trata especificamente do TRIP. Não parece adequado sustentar que todo e qualquer tipo de transporte seja um direito social, caso contrário se consideraria que o transporte individual ou o fretamento seriam também direitos fundamentais sociais. Já a Lei nº 10.233/2001 não utiliza tal expressão “serviço público”; no máximo se reporta no art. 20, II, alínea a, da Lei nº 10.233/2001, à definição de serviço adequado como um dos objetivos da ANTT, da mesma forma o art. 2º, XVIII, da Resolução nº 4.770/2015.

Para que não se incorra em omissão, a Lei nº 12.587/2012 até estipula no art. 4º, VI, que “para os fins desta lei, considera-se: [...] transporte público coletivo: serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento

administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido. (STF RE nº 591874, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, Repercussão Geral - Mérito DJe-237, divulgado em 17/12/2009, publicado em 18/12/2009).

²³³ SCHILLER, Alexandre Ortigão S. Buarque. *Sistema de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros no Brasil: concorrência, falhas de governo e reflexos regulatórios*. Rio de Janeiro, 2018. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 107-109.

²³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços... Op. Cit.*, p.133.

individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público”. Entretanto, não é aplicável ao serviço regular do TRIP, não só porque dita lei regulamenta o transporte urbano (não o rodoviário, tema desta pesquisa), mas também exige que o itinerário e o preço sejam fixados pelo poder público (o que não ocorre no serviço regular do TRIP, em que as transportadoras possuem liberdade de itinerário e liberdade tarifária).²³⁵ Em síntese, os textos normativos não fornecem uma única resposta cabal para a pergunta objeto deste estudo.

Pois bem, como exposto no capítulo II, o art. 13, V, alínea e, da Lei nº 10.233/2001 e a Resolução ANTT nº 4.770/2015 estabelecem que o serviço regular do TRIP deverá ser prestado mediante autorização regulatória, com fundamento no art. 21, XII, alínea e, da CF. Gustavo Binbenbojm afirma que o modelo de autorização, para o TRIP (art. 3º, da Lei nº 12.996/2014), é constitucional, por estar “dentro da margem de conformação estabelecida no texto constitucional [art. 21, XII, da CF]”,²³⁶ isto é, ao Estado compete escolher os instrumentos adequados de regulação para a ordenação de atividades econômicas, de acordo com níveis de intensidades: desde a titularidade ao Poder Público, seja em casos de monopólio natural, como também por força de fins legítimos a serem perseguidos (com maior controle, universalização, imposição de continuidade, etc.), até situações em que o Estado pode flexibilizar a titularidade estatal sobre determinadas atividades com a abertura a concorrência privada. Ao seu ver, a Constituição permitiu que o legislador ordinário, no âmbito de sua liberdade relativa de conformação, pudesse optar por dosar entre um regime jurídico de Direito público, ora com peso maior para o regime de Direito privado.²³⁷

De fato, a menção à autorização é uma importante pista, mas é preciso analisar, ainda, se o regime jurídico da Lei nº 10.233/2001 é predominantemente privado, seguindo o conceito adotado nesta pesquisa.

É inegável que o novo regime jurídico do serviço regular do TRIP intenta se aproximar ao máximo da livre-iniciativa econômica, quando frisa que “não haverá limite para o número de autorizações para o serviço regular” (art. 47-B, da Lei nº 10.233/2001),

²³⁵ Quanto à aspectos controversos e inconstitucionais da Lei nº 12.587/2012, especialmente quanto à atribuição de competência para regulamentar o tema aos Municípios e Distrito Federal, competência que é da União, nos termos do art. 22, IV, da CF, vide OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 43-46.

²³⁶ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L.F. *Direito da regulação... Op. Cit.*, p. 178.

²³⁷ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L.F. *Direito da regulação... Op. Cit.*, p. 171-179.

que “independem de licitação” (art. 43, I, da Lei nº 10.233/2001) e que a liberdade tarifária é exercida “em ambiente de livre e aberta competição” (art. 43, II, da Lei nº 10.233/2001). Conferem-se liberdades com algumas restrições, especialmente nos casos de inviabilidade operacional (não só, mas relacionada à limitação de vagas nas rodoviárias), hipótese em que a ANTT poderá (não é um dever) realizar “processo seletivo público para outorga da autorização, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, na forma do regulamento” (art. 47-B, caput e parágrafo único, da Lei nº 10.233/2001). Deste modo, além destas características, outra pista de que não é serviço público é a previsão legal de que o processo seletivo público não é regra, mas exceção no serviço regular do TRIP.

Mesmo em atividades econômicas privadas, é possível que o Estado limite quantitativamente o número de operadores, inclusive em procedimentos seletivos para outorga das autorizações. Marçal Justen Filho comenta que há “procedimentos licitatórios para outorga de autorizações em telefonia móvel, que é atividade que não configura serviço público”.²³⁸ Acertadamente comenta que a fixação deste limite quantitativo máximo deve ser feita por critérios objetivos de seleção entre os interessados, admitindo “inclusive, em soluções aleatórias, sempre que se reputar inconveniente a escolha infundada em oferta de maior valor em favor do Poder Público”.²³⁹ Significa dizer, ainda que a ANTT realize processo seletivo público, isto por si só não significa que se trata de serviço público.

Como descrito no capítulo II.7, há liberdade tarifária das transportadoras para definirem os preços, sem nenhuma ingerência da ANTT, *a priori*, que possui apenas o dever fiscalizatório de intervir com o objetivo de reprimir práticas prejudiciais à concorrência, cessar abuso de direito ou infração contra a ordem econômica (art. 43, II, 45, 47-C, da Lei nº 10.233/2001) – pertinente retomar a expressão: “liberdade vigiada”.²⁴⁰

Reconhece-se que embora tradicionalmente o Estado controle todos os aspectos da tarifa em contratos de concessões, esta característica não é exclusiva do regime predominantemente público, pois, a depender da modelagem do projeto concessionário,

²³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Serviços de interesse econômico geral... Op. Cit.*, p. 809.

²³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Serviços de interesse econômico geral... Op. Cit.*, p. 809.

²⁴⁰ CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas Concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89-92). Surge a pertinente questão se neste caso do TRIP não se está diante de um regime de preços (próprio do Direito privado) e não mais de caráter público. Porém, a liberdade tarifária é “provisória”, nas palavras de Jacintho Arruda Câmara, isto é, a liberdade conferida é circunstancial e transitória, visto que a ANTT resguarda a prerrogativa de retomar o regime de maior intervenção para as finalidades legais, especialmente descritas no art. 47-C, da Lei nº 10.233/2001.

é possível que o concessionário tenha liberdade tarifária. Porém, a liberdade tarifária do serviço regular do TRIP se aproxima mais da livre-iniciativa econômica, já que a modicidade tarifária (ao menos nos termos da Lei nº 10.233/2001) acaba sendo uma mera expectativa de que se concretize, em razão da abertura do mercado e da concorrência. Não há uma carga obrigacional expressa para que as autorizatárias cobrem um preço razoável ao usuário – suficiente para custear a operação e gerar lucro – muito menos sabe a ANTT ou o Estado qual seria a tarifa módica (no máximo baseia-se pelo histórico). Ainda assim, mesmo em atividades econômicas privadas, Marçal Justen Filho considera que “não existe impossibilidade jurídica do estabelecimento de limites máximos”.²⁴¹ É o que ocorre, por exemplo, no caso da limitação dos reajustes dos planos de saúde individuais pela Agência Nacional de Saúde (ANS), nos termos da Lei nº 9.656/1998 e dos atos normativos da agência.

Tanto é que a lei e o regulamento da ANTT não tratam especificamente de intervenção para assegurar modicidade tarifária. A Lei nº 10.233/2001 menciona que tarifas devem ser módicas no art. 28, da Lei nº 10.233/2001, dispositivo que determina que a ANTT e a ANTAQ deverão adotar normas e procedimentos para que a “prestação de serviços de transporte se exerçam de forma adequada, satisfazendo as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço, e modicidade nas tarifas”. Na definição do que é “serviço adequado”, o art. 2º, XVIII, da Resolução ANTT nº 4770/2015 menciona a modicidade tarifária. Entretanto, a Lei nº 10.233/2001 limita a intervenção da ANTT para reprimir “prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico” (art. 45, Lei nº 10.233/2001), semelhantemente para “cessar abuso de direito ou infração contra a ordem econômica” (art. 45, Lei nº 10.233/2001). É dizer, ao menos a partir dos enunciados legais e do arcabouço jurídico, não está clara a hipótese de intervenção da ANTT para controlar os preços, pela justificativa de modicidade tarifária – ao contrário, a ideia é de liberdade tarifária das transportadoras e espera-se que a concorrência faça os preços serem mais baixos.

Outra característica é a liberdade de itinerário e de frequência das transportadoras (art. 2º, II, do Decreto nº 10.157/2019). Evidentemente que as liberdades não são ilimitadas: a empresa interessada deverá preencher os requisitos de “habilitação” para

²⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Serviços de interesse econômico geral... Op. Cit.*, p. 810.

obtenção do TAR e, em seguida, pleitear os mercados específicos e dependerá do deferimento da ANTT para incluí-los na LOP da autorizatária;²⁴² também, a frequência mínima exigida para cada mercado será de no mínimo 1 (uma) viagem semanal por sentido (mas, pode ser maior a depender da demanda dos mercados, vide a fórmula art. 33, Resolução ANTT nº 4.770/2015) e a continuidade mínima será de 12 (doze) meses – observadas as comunicações e prazos prévios. Ao comentar sobre o controle da regularidade de autorizatárias, Justen Filho entende que autoridades estatais podem instaurar mecanismos de controle quanto à regularidade da atuação para “identificar e reprimir violações aos direitos dos usuários, resultando, inclusive, na caducidade da autorização em caso de infrações graves”.²⁴³ Isto tampouco importa automaticamente na constatação de que o serviço regular do TRIP seja serviço público, pois imposições análogas existem para a generalidade das atividades econômicas.

No regime jurídico do serviço regular do TRIP a universalidade e a continuidade, típicas do serviço público não são garantidas por regras jurídicas. Tanto é assim, que a lógica é de uma continuidade “mínima” e espera-se (já que não há uma carga obrigacional, contratual ou legal) que a concorrência acabe propiciando uma continuidade “adequada” e estimule que a autorizatária amplie seus serviços para mais localidades. Tampouco há um dever de um mínimo de mercados (par de localidades). A ênfase é conferir autonomia para que planeje e selecione as alternativas (itinerários e frequência), assumindo a responsabilidade pelo empreendimento, por sua conta e risco, na expectativa de que o seu interesse pelo lucro (com mais viagens e passageiros) seja convergente com o dos usuários (mais opções de horários e dias). Esta racionalidade das autorizações é diferente de toda concessão: em que o Estado tem responsabilidade pela viabilidade do objeto contratual – independentemente dos riscos assumidos pelo concessionário.

Assim, a liberdade das decisões operacionais, bem como das alternativas econômicas, a serem tomadas pela autorizatária, também fazem com que o regime jurídico do serviço regular do TRIP seja fortemente marcado pela livre-iniciativa econômica, até porque todo o risco está alocado à transportadora. A continuidade e a universalidade dependem não de uma obrigação contratual expressa, mas de uma expectativa decorrente do funcionamento do sistema concorrencial do TRIP.

²⁴² Mercado é definido como “*par de localidades que caracteriza uma origem e um destino*” (art. 2º, XI, da Resolução ANTT nº 4.770/2015).

²⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Serviços de interesse econômico geral... Op. Cit.*, p. 810.

Retomando as 5 (cinco) principais características apontadas por Marçal Justen Filho: primeiro, observa-se que foi adotado o ideal da livre iniciativa, sem exatamente uma “delegação” estatal, o que é reforçado pela natureza jurídica de ato vinculado na outorga do TRIP e da LOP; segundo, pela eliminação da exclusividade, via de regra, salvo nos casos de inviabilidade operacional; terceiro, incidência de um regime predominantemente privado (em termos de liberdades de tarifa, itinerário, frequência, autonomia das transportadoras e princípios incidentes); quarto, não se viu propriamente competição em assimetria regulatória (entre concessionárias de serviço público e empresas sob o regime de autorização); e, por fim, a própria figura da autorização – não contemplada no artigo 175 da CF.²⁴⁴

Ademais, a ANTT não tem um papel protagonista (típico de agente delegatário), salvo no momento inicial da outorga do TAR e das LOP para os mercados especificamente solicitados – além da função de fiscalização. A ANTT autoriza as transportadoras e concede as licenças de operações; não obstante, trata-se de ato vinculado, ou seja, atendidos os requisitos a ANTT é obrigada a conceder a autorização e as licenças. Este regime parece muito mais próximo ao de atividades econômicas especialmente regulamentadas (como é o caso das instituições financeiras e bancos) do que ao de serviços públicos.

Como se aderiu à corrente que considera mais relevante o regime jurídico público (ênfase no aspecto formal), conclui-se que o serviço regular do TRIP nos termos da Lei nº 10.233/2001 e da Resolução ANTT nº 4770/2005 não foi considerado pelo legislador infraconstitucional como serviço público, sendo portanto uma atividade econômica privada em sentido estrito, fortemente regulada.

III.7 Dever de licitar para as licenças operacionais (LOP)

Uma importante questão que surge é quanto à obrigatoriedade ou não de se realizar licitação para as licenças operacionais (LOP), isto é, para que a transportadora tenha “autorização” para explorar determinado mercado – como já exposto no item II.4, antes

²⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Serviços de interesse econômico geral no Brasil: os invasores. In: WALD, Arnoldo, *et al* (Org.). o direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 793-795.

de pleitear a LOP, a transportadora deverá obter o TAR, espécie de “habilitação”.²⁴⁵ Pertinente reiterar que a Lei nº 10.233/2001 não menciona as licenças operacionais (criadas pela ANTT), referindo-se indistintamente apenas pelo termo “autorização”. Feitas as ressalvas, o dever de licitar é relevante, pois é objeto de discussão nas ADI nº 6270/DF e ADI nº 5549/DF, indicadas no capítulo III.1. Desta forma, faz-se necessário analisar as disposições constitucionais sobre o tema.

Pois bem, de início os enunciados constitucionais que criam para a Administração o dever de licitar são os art. 37, XXI, art. 173, §1º, III, e art. 175, caput. O art. 37, XXI, da CF, estabelece que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”. No caso do serviço regular do TRIP, o art. 43, I, da Lei nº 10.233/2001, excepciona expressamente a licitação. Ainda assim, embora seja enorme a abrangência dos casos “obras, serviços, compras e alienações”, a exploração do serviço do TRIP não parece se enquadrar no objeto descrito.

Como mencionado anteriormente, no julgamento da ADI nº 2946/DF, o STF considerou que o regime jurídico das concessões é formado essencialmente pelas leis nº 8.987/1995 e demais (inclusive, pelas leis setoriais e que criam agências reguladoras), mas nem mesmo a licitação é regra absoluta e inflexível nos serviços públicos, pois incumbe ao “legislador ordinário ampla liberdade quanto a sua conformação, à vista da dinamicidade e da variedade das situações fáticas a serem abrangidas pela respectiva normatização.”²⁴⁶

O art. 173, da CF, trata da exploração direta de atividade econômica pelo Estado por meio de empresas estatais (gênero), seja por empresas públicas ou sociedades de economia mista (espécies). O art. 173, §1º, III, não ampliou o dever de licitar a novos

²⁴⁵ Pertinente esclarecer que o processo seletivo público, previsto no art. 47-B, da Lei nº 10.233/2001, não é propriamente uma das modalidades de licitação. As modalidades são tratadas no art. 22 da Lei 8666/1993 e art. 28 da Lei nº 14.133/2021. Já os tipos estão no art. 45, da Lei 8666 e a nova lei de licitações fala em “critérios de julgamento” (art. 33, da Lei nº 14.133/2021).

²⁴⁶ Destaca-se “De tudo isso decorre que, mesmo no tocante aos serviços públicos, a exigência constitucional de licitação prévia não se traduz em regra absoluta e inflexível. Ao contrário. O quadro jurídico-normativo acima resumidamente delineado, apesar de não exaurir a matéria, é suficiente para demonstrar que os comandos constitucionais inscritos no art. 37, inciso XXI, e no art. 175, caput, a par de estipularem, como regra, a obrigatoriedade de licitação, não definem, eles próprios, os exatos contornos do dever de licitar, cabendo, portanto, ao legislador ordinário ampla liberdade quanto a sua conformação, à vista da dinamicidade e da variedade das situações fáticas a serem abrangidas pela respectiva normatização. Numa breve pesquisa de jurisprudência, é possível identificar diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal que privilegiam a escolha legislativa, desde que protegidos os valores constitucionais assegurados pela garantia da licitação.” (STF, ADI nº 2946/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 18/05/2022).

órgãos, entes ou objetos (além do art. 37, XXI, da CF), mas apenas ressaltou que as empresas estatais poderiam ter uma licitação peculiar, adaptada à natureza empresarial desses entes, não exatamente submetidas ao mesmo regime licitatório que aos órgãos e entes da Administração Pública. Evidentemente, tal disposição não é aplicável ao caso do serviço regular do TRIP.

O art. 175, da CF, ampliou a abrangência do dever de licitar do art. 37, XXI, da CF, também para os serviços públicos. Entretanto, como o serviço regular do TRIP não foi caracterizado como serviço público pelo legislador infraconstitucional, com efeito não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade pela não realização da licitação como regra (art. 43, I, da Lei nº 10.233/2001).²⁴⁷ Poderia cogitar-se eventualmente de inconstitucionalidade pela vedação de retrocesso social nos serviços públicos, como sustenta Adriana Schier, porém trata-se de posição minoritária na doutrina.²⁴⁸

No caso, a autorização do serviço regular do TRIP é um ato vinculado, de modo que deverá ser outorgada sempre que o particular cumprir os requisitos legais, respeitando assim a isonomia. Semelhantemente ao que ocorre com o credenciamento, serão habilitados tantos quantos atenderem as condições previamente estabelecidas. Gustavo Justino de Oliveira e Pedro Ferraz bem observaram no caso das autorizações do serviço regular do TRIP que a “vinculação é um fator determinante para a constitucionalidade da autorização como instrumento de delegação”.²⁴⁹

Porém, é importante frisar que em qualquer hipótese de impossibilidade na outorga de autorizações, seja por razões técnicas, econômicas ou por outro motivo, deverá ser realizado algum tipo de “mecanismo concursal de seleção dos autorizatários”. Fernando Menegat frisa que este procedimento não necessariamente tem de ser o certame licitatório descrito na Lei nº 8.666/1993, podendo ser outro previsto na legislação setorial.²⁵⁰

²⁴⁷ Há autores que defendem a inexistência de um dever geral de licitação para a Administração Pública (SUNDFELD, Carlos Ari. ROSILHO, André. Onde está o princípio universal da licitação? *In* SUNDFELD, Carlos Ari, JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). *Contratos Públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 27-29). Entretanto, esta conclusão não parece ser a mais acertada, sobretudo pela interpretação do enunciado do art. 37, XXI, da CF, que ressalvados os casos disciplinados na legislação, há obrigatoriedade na realização de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações.

²⁴⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço Público... Op. Cit.* 209.

²⁴⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERRAZ, Pedro da Cunha. *Dilemas regulatórios... Op. Cit.*, p. 115. Citam também, neste sentido: FREIRE, André Luiz. O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 397.

²⁵⁰ MÂNICA, Fernando Borges, MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica... Op. Cit.*, p. 261.

Tanto é que nas hipóteses de inviabilidade operacional, a ANTT poderá “realizar processo seletivo público para outorga da autorização, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, na forma do regulamento” (art. 47-B, parágrafo único, da Lei nº 10.233/2001). Nestas situações, a ANTT não tem uma faculdade discricionária de “poder” fazer, mas um “dever”, sob pena de aí sim violar a isonomia, impessoalidade, moralidade e a legalidade. De fato, em havendo mais concorrentes que autorizações (no sentido de viabilidade econômica, técnica e operacional, já que *a priori* não há limite pré-determinado), então há a imposição material do princípio licitatório. Entretanto, o princípio licitatório não se restringe ao artigo 175 ou ao artigo 37, XXI. É uma decorrência do sistema constitucional como um todo e sua realização depende de integração legislativa específica ao caso.

Este processo seletivo público (leia-se, “licitação” em sentido amplo) está previsto também nos arts. 41 a 43, da Resolução ANTT nº 4770/2015, mas praticamente se limitam aos termos da lei, sem adentrar nos detalhes dos procedimentos, prazos e, sobretudo, os critérios do processo seletivo público.²⁵¹ A Resolução ANTT nº 5072/2016 (resultado da audiência pública nº 13/2015) é o ato normativo que dispõe sobre este processo, estabelece que a ANTT deverá divulgar comunicado de abertura do processo, com o mercado a ser atendido, as transportadoras interessadas, número de vagas disponíveis e os procedimentos e prazos – podendo conter “condições específicas em função das características de cada mercado” (art. 3º, parágrafo único, Resolução ANTT nº 5072/2016).

O que causa verdadeiro espanto é o critério para selecionar as transportadoras: mero e simples sorteio (art. 6º, da Resolução ANTT nº 5072/2016). Como foi o caso do “Edital de Processo Seletivo Público nº 01/2016”, objeto das Deliberações 224/2016 e 279/2016 DG/ANTT/MTPA. Já no processo seletivo seguinte (Deliberações nº 239/2016, 224/2016, 280/2016 e 115/2017 DG/ANTT/MTPA), a ANTT acabou adicionando dois critérios: menor idade do veículo mais velho para seleção das empresas e implementação

²⁵¹ O art. 22, XXVII, da CF, estabelece que compete privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades”, incluindo as autarquias, como é o caso da ANTT, criada pela Lei nº 10.233/2001. Até poderia se ventilar quanto à obrigatoriedade de que o “processo seletivo público” fosse necessariamente previsto em lei formal. Entretanto, este não parece ser o entendimento mais adequado, tendo em vista que o art. 47-B, § 2º, da Lei nº 10.233/2001 expressamente delegou à ANTT a regulamentação deste mecanismo de seleção.

e transmissão de dados do MONITRIIP como condição para participação no processo seletivo público (Portaria ANTT nº 37/2017).²⁵²

Até é compreensível que se as empresas participantes do processo seletivo possuem o TAR, preenchem os requisitos legais para prestar o serviço, mas definir a transportadora pela aleatoriedade é realmente muito pouco. É de se esperar que os critérios sejam sérios, como por exemplo foi feito no processo seletivo seguinte, por idade da frota e implementação do MONITRIIP. A idade da frota é talvez um dos aspectos mais relevantes para a qualidade dos usuários, tendo em vista que ônibus novos oferecem via de regra mais segurança (mais tecnologia, riscos menores de falhas mecânicas que acarretam paralização e atrasos nas viagens), além de mais conforto. Recentemente, a Lei nº 14.298/2022 alterou o art. 47-B, da Lei nº 10.233/2001, para estabelecer que o Poder Executivo definirá os critérios de viabilidade técnica, operacional e econômica, que servirão de subsídio para que a ANTT estabeleça critérios objetivos para a autorização dos serviços regulares do TRIP.

Desse modo, se a licitação promove a concorrência antes da outorga do serviço e a Administração Pública escolhe o vencedor, mediante os critérios fixados no edital de licitação, a lógica das autorizações (sem licitação prévia) é de que a concorrência ocorra entre os prestadores e os “vencedores” serão eleitos pelos usuários do serviço – para isso, deve haver a efetiva possibilidade de abertura do mercado. Assim, tal qual na licitação, também há disputa nas autorizações, mas esta deixa de ocorrer em um processo formal e público e passa a ser feita na arena do mercado.²⁵³

O comum argumento de que a ausência de prévia licitação fomentaria a corrupção não tem muito sentido aqui, entre outros motivos, porque as práticas corruptas também se dão nas licitações, sendo este um problema universal.²⁵⁴ Por isso, não há como supor que o processo de licitação por si só garante probidade. Na verdade, o próprio termo licitação adquire um sentido plural, já que, além do regime geral, há uma série de leis que estabelecem peculiaridades e formas distintas – Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), Lei de PPPs (Lei nº 11.079/2004), além de leis setoriais, como é o caso da Lei nº 10.233/2001

²⁵² No portal “ANTT Legis”, foi acessado “Listagem geral dos Atos da ANTT” e feita a busca livre por “processo seletivo público”. Foram localizados 33 (trinta e três) resultados, sendo as duas deliberações acima identificadas como os atos da ANTT que promoveram o processo seletivo público. Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=consultarAtosInicial&cod_modulo=161&cod_menu=5408. Acesso em: 03 dez. 2021.

²⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. ROSILHO, André. *Onde está... Op. Cit.*, p. 36.

²⁵⁴ FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr/jun 2016.

(TRIP), da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997). Sem mencionar nas hipóteses legais que expressamente afastam a licitação.

Conclui-se, neste aspecto, que o regime jurídico do serviço regular do TRIP não se mostra inconstitucional (sem prejuízo de outros argumentos, como da proibição de retrocesso social nos serviços públicos, como aludido, embora seja posição minoritária), a princípio, tendo em vista a não obrigatoriedade de licitação para as hipóteses de outorga da LOP, que é a licença que efetivamente autoriza o par de localidades pleiteadas pelas transportadoras. Entretanto, caso a LOP para determinado mercado não possa ser concedida para todas as autorizatárias que solicitarem (seja naquele momento ou no futuro), então a ANTT terá o dever de realizar licitação, isto é, o mencionado processo seletivo público previsto no art. 47-B, parágrafo único, da Lei nº 10.233/2001.

Não se trata de discricionariedade, mas de ato vinculado. As autorizatárias possuem nessas hipóteses um direito subjetivo à realização de tal procedimento, sob pena da ANTT cometer ato ilícito, violando não só os princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e a legalidade, mas subvertendo todo o racional do modelo das autorizações. A partir da regulamentação da Resolução nº 5.072/2016, constata-se que o ato normativo é insuficiente e o critério da aleatoriedade não é o mais adequado. Novos critérios até podem ser previstos nos editais específicos, porém não é recomendável que haja uma casuística nesse sentido, porque compromete os valores e os princípios que regem a Administração Pública. Critérios como idade de frota devem estar expressos na resolução que trata do processo seletivo público.

III.8 Serviço regular do TRIP como atividade econômica em sentido estrito

Por fim, considerando a defesa do posicionamento de que o serviço regular do TRIP passou ser uma atividade econômica em sentido estrito, importa explicar os critérios da afirmação de que é um regime predominantemente privado e não um regime jurídico de serviço público.²⁵⁵

²⁵⁵ Alexandre Aragão comenta que são atividades da iniciativa privada que a lei impõe uma contínua sujeição à regulação do poder público autorizante, através de um regime jurídico setorial, em razão da preocupação com o bem-estar da coletividade e/ou por riscos de desigualdades ou assimetrias de informação para os usuários – pode-se citar como exemplos: serviço de taxi, atividade bancária, seguros, dentre outros. Os bancos e instituições financeiras por exemplo tem uma essencial função na vida de praticamente toda a coletividade (nem por isso são serviço público, a não ser que se adote exclusivamente o critério objetivo, material ou funcional). O Estado simplesmente autoriza ou regulamenta, assegurando a continuidade e regulando a tarifa (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços... Op. Cit.*, p. 153-154).

Não se trata de um regime jurídico de direito privado puro, porque a titularidade do ponto de vista constitucional é da União (art. 21, XII, alínea “e”, da CF). É dizer: não é uma atividade de titularidade privada, nos termos do art. 170, parágrafo único, da CF (“é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”). Também, em decorrência disto, eventual alteração legislativa poderia estabelecer que o serviço regular do TRIP seria prestado em regime de direito público. Caso fosse atividade econômica, de titularidade privada, tal legislação, que ferisse a livre-iniciativa, seria considerada constitucional (reporta-se aos exemplos hipotéticos mencionados quanto à eventual concessão ou permissão de cafeterias ou padarias).

Tampouco é um regime jurídico, no sentido de um *serviço público adequado* (art. 175, da CF, e art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995), predominantemente público, o qual deverá respeitar a garantia da supremacia do interesse público, da adaptabilidade, da universalidade, da impessoalidade, da continuidade, da transparência, da motivação, da modicidade tarifária e do controle. O regime jurídico do serviço regular do TRIP é regido por uma combinação mista, mas as características que se reputam mais relevantes são típicas de um regime jurídico privado. Em síntese ao exposto nesta pesquisa, pode-se apontar 4 (quatro) principais aspectos:

Primeiro, por opção do legislador, o serviço regular do TRIP é outorgado por uma autorização (TAR) e licenças operacionais (LOP), ou seja, não por permissão ou concessão. Esta já é uma importante pista, considerando a interpretação dada ao art. 175, da CF. Muito embora, é de se reconhecer que a nomenclatura não conduz a uma conclusão definitiva, afinal o legislador poderia cometer uma imprecisão terminológica, por exemplo nomeando autorização o que na verdade seria permissão ou concessão. Não foi o que ocorreu no presente caso, em que sequer há um contrato assinado entre a ANTT e as transportadoras – característica básica para a concessão e para a permissão de serviço público. Em reforço, o direito de prestar o serviço regular se dá com a obtenção de licenças (LOP), típico instrumento de um regime jurídico privado. Ora, se já parece forçoso defender autorizações de serviço público (sobretudo pelo *caput* do art. 175, da CF), que se dirá de licenças de serviço público? Como exposto, o TAR é apenas um dos passos para as transportadoras regulares. Apenas com as LOPs é que é possível a prestação do transporte. Por isso, seria totalmente equivocado entender que o serviço regular do TRIP é um “serviço público” prestado por licenças. Esta característica é um forte motivo para a conclusão de que o serviço regular do TRIP não é mais serviço

público. De todo modo, a análise das demais características do regime jurídico do TRIP também conduz a este desfecho.

Segundo, esta LOP independe de licitação, nos moldes típicos da Lei nº 8.666/1993 ou da Lei nº 14.133/2021. Apenas nas hipóteses de inviabilidade operacional, técnica e econômica é que a ANTT deverá realizar processo seletivo público, que até o momento é basicamente definida por sorteio. Por sua vez, sorteio não é nem modalidade, tampouco tipo de licitação, nos termos da Lei nº 8.666/1993 (no máximo, critério de desempate, conforme art. 45, § 2º, da Lei nº 8.666/1993) ou da Lei nº 14.133/2021. Esta é outra pista importante, já que no regime jurídico público, é dever constitucional a realização de licitação – salvo as exceções legais, previstas em lei. Como a Lei nº 10.233/2001 é uma lei que expressamente estabelece uma exceção à licitação, este critério da licitação não é, a rigor, suficiente para a definição do regime jurídico privado, mas é outra característica que faz com que o regime jurídico do serviço regular do TRIP se aproxime mais do privado.

Terceiro, a autorizatária possui amplíssima autonomia para planejar a atividade econômica, tanto da análise quanto a quais mercados atenderá, como será o itinerário, qual a frequência das viagens e qual será o preço que cobrará dos usuários. Tanto é que a ANTT não pode obrigar as transportadoras a atenderem mercados ou a realizarem determinados itinerários (as transportadoras possuem liberdade para pleitear os mercados que desejam operar e qual será a rota) ou a aumentarem a frequência das viagens, acima da frequência mínima prevista nos art. 33 em diante, da Resolução ANTT nº 4.770/2015. Em último caso, pode até ocorrer que mercados fiquem se oferta de transporte – caso nenhuma transportadora pleiteie a respectiva LOP. Por isso, se aproxima muito da livre-iniciativa econômica – típica marca do regime jurídico privado. A ANTT estabelece requisitos mínimos de frequência, tipo de veículos, dentre outras obrigações, mas não detém uma responsabilidade pelo planejamento operacional dos mercados, até por isso não há que se falar em reequilíbrio econômico-financeiro. A agência deverá sempre autorizar as transportadoras e os mercados pleiteados, salvo nos mencionados casos de inviabilidade. Situação completamente distinta seria se a ANTT tivesse adotado um regime jurídico de direito público, outorgando os mercados por contratos de concessão ou permissão, situação em que poderia impor uma carga obrigacional maior – ao mesmo tempo, provavelmente estaria sujeita ao dever de reequilibrar a equação econômico-financeira, a depender do cenário concreto. É dizer, não se trata de *serviço público adequado*, nos moldes do art. 175, da CF, e art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995, pois não

há, em especial, uma garantia da supremacia do interesse público, da universalidade, da continuidade e da modicidade tarifária. Pretender que o atual regime jurídico do serviço regular do TRIP seja serviço público, implica em esvaziar por completo a noção de serviço público. Chamar uma atividade de serviço público sem a ela impor um *regime* de serviço público é algo *nonsense* e totalmente contrário aos pressupostos do Estado Social.

Quarto, em linhas gerais, há abertura de mercado para que a concorrência ocorra na própria execução dos serviços, assemelhando-se à dinâmica de setores ou mercados livres, isto é, "ambiente de livre e aberta competição" (art. 43, II, da Lei nº 10.233/2001). Como demonstrado, a regulação do setor não inviabiliza ou restringe excessivamente a entrada ou a saída das transportadoras, por isso que por este ponto de vista também há uma forte marca da livre-iniciativa privada. Em comparação, a competição não é travada na licitação, como tipicamente ocorre em contratações do Poder Público – a exceção, como dito, é nas hipóteses de inviabilidade técnica, operacional e econômica.

Por isso, ao contrário da posição defendida por Gustavo Justino de Oliveira e Pedro da Cunha Ferraz, o serviço regular do TRIP não é serviço público, ao menos a partir da atual Lei nº 10.233/2001 e Resolução ANTT nº 4.770/2015. Não é acertado adotar um conceito de natureza sociológica, muito menos admitir, ao arrepio do art. 175, da CF, "autorizações de serviço público". Fazem-se necessárias críticas à doutrina de Gustavo Justino e Pedro Ferraz, à luz do posicionamento de Adriana Schier (aversa à possibilidade de autorizações de serviços públicos, por se tratarem de atividades privadas).²⁵⁶ Semelhantemente, propõem Gustavo Binembojm (quanto ao serviço regular do TRIP não ser serviço público),²⁵⁷ e Vitor Schirato (para quem, apesar do interesse coletivo à atuação dos agentes autorizatários, este interesse não transmuta a atividade privada ao regime jurídico de serviço público).²⁵⁸

Apresentados os aspectos que conduzem à constatação de que é um regime predominantemente privado e, conseqüentemente, não um serviço público, faz-se necessário destacar que a ANTT pode condicionar à prévia autorização, porém não poderá discipliná-la a ponto de inviabilizar ou restringir excessivamente a entrada ou a permanência no mercado regulado. O núcleo essencial do direito fundamental à livre-iniciativa privada não poderá ser sacrificado.²⁵⁹

²⁵⁶ SCHIER, Adriana. Serviço público... *Op. Cit.*, p. 108.

²⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L.F. *Direito da regulação...* *Op. Cit.*, p. 182-183.

²⁵⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público...* *Op. Cit.*, p. 278

²⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços...* *Op. Cit.*, p. 163.

É o que poderia ocorrer se os requisitos para o TAR impusessem uma forte barreira de entrada para novas transportadoras. Como já exposto, para o TAR é necessária a comprovação de regularidade jurídica, regularidade financeira, regularidade fiscal e trabalhista, além da comprovação da qualificação técnico-profissional e técnico-operacional (vide II.3). São requisitos e obrigações essenciais para o próprio funcionamento da empresa. No máximo poderia se analisar o capital social mínimo para 10 (dez) veículos, fixado em R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). Entretanto, parece que é um valor muito razoável, considerando que a empresa deve ter capacidade econômica e financeira para a operação, até porque apenas um ônibus novo custa aproximadamente 1 milhão de reais (incluindo o chassi e a carroceria). A barreira de saída para as transportadoras tampouco é expressiva (12 meses), considerando a baixa frequência mínima de viagens (vide item I.5).

Outra hipótese de violação ao direito fundamental da livre-iniciativa no atual regime jurídico do serviço regular poderia ser a “imposição quantitativa e qualitativamente excessiva de obrigações de fazer para a empresa privada”, como por exemplo: uma empresa privada de plano de saúde pode ser obrigada a comunicar casos de epidemia, mas não pode ser obrigada a tratar doenças de pessoas que não são clientes; bancos podem ser obrigados a divulgar a taxa e juros cobradas, mas não a oferecer linhas de crédito.²⁶⁰

Em suma, a intensidade da regulamentação administrativa não poderá transmutar a autorização e a atividade econômica privada em serviço público, em um cenário que há, por lei, situação de igualdade no regime jurídico incidente. Caso seja conveniente e oportuno que o regime jurídico não seja mais predominantemente privado, será preciso que isto ocorra por alteração legislativa e a Administração Pública deverá fazê-lo da forma correta, realizando licitação para a concessão ou permissão da atividade como serviço público. É importante reiterar que apesar de poder ser enquadrada a atividade do TRIP como atividade econômica em sentido estrito fortemente regulamentada, ela é originalmente uma competência da União (art. 21, XII, alínea “e”, da CF). Portanto, em nível constitucional, não está na mesma situação que as demais atividades econômicas em geral, mesmo as fortemente regulamentadas.

²⁶⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços... Op. Cit.*, p. 165-167.

CONCLUSÃO

Os problemas e desafios históricos na regulamentação do serviço regular do TRIP foram apresentados desde as “Instruções para o Licenciamento em Caráter Precário de Veículos Destinados ao Transporte Coletivo de Passageiros nas Estradas de Rodagem Federais”, em que não havia um rigor conceitual, ora se referindo à concessão, à autorização ou à licença. Nesta época, houve uma forte concentração do mercado em alguns grupos empresariais. De uma forma geral, as autorizações e permissões precárias foram sendo prorrogadas, possibilitando que as empresas continuassem operando, sem uma efetiva competição e abertura do mercado. Na esmagadora maioria das linhas apenas havia uma transportadora; raramente duas transportadoras competiam. Tal cenário não ocorreu por falta de previsões normativas, mas fato é que as concorrências impostas pelos regulamentos não eram realizadas. Mesmo após a Constituição de 1988, quando o serviço regular do TRIP era caracterizado como serviço público, com a obrigação de licitar, o setor permaneceu operando com permissões precárias sucessivamente prorrogadas por atos normativos.

A gestão do TRIP foi reestruturada com a Lei nº 10.233/2001, atribuindo a competência à ANTT. No entanto, pouco mudou naquele momento e na década seguinte: As autorizações seguiram sendo prorrogadas e a licitação não saía do papel. Merece destaque o Projeto de Rede Nacional de Transporte Interestadual de Passageiros (ProPass), pois foi o primeiro grande plano geral de outorga e foi responsável pelo Edital de Licitação nº 01/2013/ANTT, cujo objetivo era outorgar permissões para todas as linhas do País, dividindo o território em lotes e quotas de exploração dos lotes. Dita licitação foi revogada, em razão das alterações introduzidas pela Lei nº 12.996/2014 – inegavelmente houve um forte *lobby* das empresas do setor para evitar a licitação.

Demonstrou-se que o novo marco regulatório do serviço regular do TRIP é substancialmente diferente do anterior, uma vez que tem a pretensão de que a concorrência não seja realizada na licitação, mas na própria execução dos serviços. Para que isso possa ser viabilizado, é necessário não apenas abrir o mercado para novas transportadoras ou transportadoras que antes atuavam em outras linhas, mas também conferir liberdade tarifária e liberdade de itinerário. Porém, a transição não foi abrupta. O próprio art. 4º, da Lei nº 12.996/2014, estipulou o prazo de 5 (cinco) anos para que a ANTT se preparasse e deixasse de estipular as tarifas (18/06/2019).

Por meio da Resolução ANTT nº 4770/2015, a ANTT possibilitou que as empresas já operantes pudessem migrar para a nova sistemática, mantendo a reserva de mercado, sem uma verdadeira abertura do mercado para estimular a concorrência – isto foi reconhecido pela própria agência. Para todas as linhas estabeleceu-se que apenas 2 (duas) transportadoras competiriam o mesmo mercado. Caso houvesse mais interessadas do que estas vagas, automaticamente se configuraria “inviabilidade operacional” e seria realizado um processo seletivo – processo que se deu por sorteios para que apenas 1 (uma) empresa operasse na grande maioria dos mercados (Resolução ANTT nº 5.072/2016, Deliberações nº 224, de 17 de agosto de 2016 e nº 280, de 11 de novembro de 2016 e Portaria nº 34, de 12.06.2017 e Deliberação nº 115, de 08.06.2017).

Desde 2017, o principal foco da ANTT era regulamentar o que seria “inviabilidade operacional”, porque era o conceito que excepcionava a competição (art. 47-B, da Lei nº 10.233/2001). Assim, diversos estudos, notas técnicas, audiências e reuniões foram realizadas para esta finalidade. Cogitou-se de uma complexa fórmula que estabeleceria um “modelo econômico” (custo fixo proporcional à frota total, custo por veículo operacional, custo por km percorrido), “modelo de demanda” (estimativa da movimentação anual de passageiros para cada ligação) e outros diversos critérios, tais como: preço do óleo diesel, informações de movimentações, população e idade média, PIB *per capita* dos municípios e porcentagem de turismo do total de vínculos ativos, preço de ônibus zero km, porcentagem de investimentos em veículos; anos de *playback*, coeficiente tarifário, porcentagem de frota reserva e gratuidades, capacidade do veículo e taxa de ocupação. A ideia era que a ANTT regulasse intensamente apenas os mercados mais relevantes, denominados de eixos estruturais, que eram aproximadamente 200, limitando o número de transportadoras. Nos restantes, os mercados seriam efetivamente abertos.

Já esgotado o prazo para que a ANTT deixasse de controlar as tarifas (18/06/2019), apenas na segunda metade de 2019 foi que o serviço regular do TRIP começou a experimentar as significativas mudanças da Lei nº 12.996/2014. Para o conceito de “inviabilidade operacional” definiu-se de modo simples que seria a limitação física na utilização dos espaços públicos (rodoviárias). A abertura do mercado se deu com a conhecida e polêmica Deliberação nº 955/2019, que determinou a análise de todas as solicitações de LOP no prazo de 60 (sessenta) dias – dentre outros aspectos mencionados. De outubro de 2019 a março de 2021 aproximadamente 15 mil mercados foram

autorizados pela ANTT, quando então o TCU determinou que a ANTT suspendesse as autorizações de mercados (LOP).²⁶¹

Em seguida, foi apresentado no capítulo 2 o novo regime jurídico do serviço regular do TRIP. Inicialmente, procurou-se destacar algumas das características do setor que dificultam a regulação por um modelo contratual (permissão ou concessão), como a falta de um padrão rígido de deslocamento dos passageiros (muito diferente do transporte urbano, por exemplo), considerando a frequência que os usuários utilizam o serviço (indefinida ou anual, para a maioria dos entrevistados) e os motivos da viagem (visita a amigos/parentes ou lazer/turismo). Isto acaba tornando mais complexa a modelagem contratual, podendo ser mais uma via mais onerosa para a Administração Pública.

Em seguida, adotou-se a premissa que concessão, permissão e autorização não podem ser distinguidas do ponto de vista constitucional, dependendo das características atribuídas na legislação setorial. Assim, procurou-se esclarecer os instrumentos de delegação no TRIP para as hipóteses de: concessão, nos termos do art. 13, I, da Lei nº 10.233/2001 (exploração de infraestrutura de transporte público precedida ou não de obra pública e prestação de serviços de transporte associados à exploração de infraestrutura); permissão, conforme art. 13, IV, “a”, da Lei nº 10.233/2001 (transporte interestadual semiurbano de passageiros, desvinculados da exploração de infraestrutura); e a autorização, de acordo com o art. 13, V, alíneas “a” e “e”, da Lei nº 10.233/2001 (tanto para o serviço regular, como para o fretamento, apesar de possuírem regimes jurídicos distintos). Em tese, seria um exemplo de assimetria regulatória, porém na prática, ao menos por ora, não há concomitância de transportadoras em regimes de concessão ou autorização.

Analisou-se, então, os requisitos para que as transportadoras obtenham o TAR, autorização que não importa no direito de explorar os mercados, apenas é uma espécie de “habilitação” das transportadoras. Tais requisitos não impõem uma restrição significativa para o ingresso de novas empresas no setor. Para explorar os mercados, as transportadoras necessitam indicar o par de localidades que pretendem atender (incluindo as seções e itinerário), frequência da linha, esquema operacional, serviço e horários, frota necessária, relação das garagens, relação dos terminais rodoviários, cadastro dos motoristas e relação das instalações para venda dos bilhetes de passagens. Assim, a ANTT analisa os pleitos

²⁶¹ TCU ACÓRDÃO Nº 559/2021 – Plenário. Atualmente, uma nova resolução da ANTT está em discussão para alterar a Resolução ANTT nº 4.770/2015 e consolidar as disposições de outras resoluções da ANTT que regulamentam o serviço regular do TRIP.

e defere ou não o pedido. Em caso afirmativo, tal mercado é incluído na LOP da transportadora. Neste ponto é que a atuação da ANTT é mais expressiva, pois analisa os pleitos em processos administrativos.

Outros aspectos do regime jurídico foram observados, como a vedação de transferência de mercados entre autorizatárias (subautorização). Também, a liberdade tarifária das autorizatárias e as consequências desta característica, principalmente de atribuírem todo o risco da exploração do serviço às transportadoras, já que será sua responsabilidade precificar os riscos assumidos. Por sua vez, à ANTT é imposto um novo desafio, que é gerir aspectos concorrenciais, para evitar e reprimir abuso do poder econômico ou infrações contra a ordem econômica. Esclareceu-se por que não é correto que as autorizatárias pleiteiem reequilíbrios econômico-financeiros, uma vez que é a transportadora a responsável por determinar a forma e o modo da operação (respeitados os requisitos mínimos), não fazendo sentido que se atribua a responsabilidade ou a viabilidade da atividade econômica à ANTT. Além disso, comentou-se sobre as penalidades e formas de extinção da autorização.

No capítulo 3, contextualizou-se as ADI 6270/DF e ADI 5549/DF que pugnam pela inconstitucionalidade do modelo das autorizações por violarem o dever de licitação (art. 37, XXI, e art. 175, da CF), considerando que o serviço regular do TRIP é serviço público, e o direito fundamental da livre locomoção e do transporte (art. 5º, XV, e 6º, da CF). O cerne da questão está na caracterização do serviço regular do TRIP como serviço público ou não, tendo em vista o enunciado do art. 21, XII, alínea “e”, da CF.

Para buscar uma resposta, primeiro apontou-se que o serviço público é uma das formas de intervenção do Estado na esfera econômica e que a escolha do rol de atividades submetidas a este tipo de intervenção reflete uma concepção política, mas que deve atender a necessidade da população e concretizar o interesse público. Adotou-se que a Constituição de 1988 estabelece o modelo de um Estado Social, mas que isto não significa em apenas um único caminho interventivo – como se sempre o Estado devesse “estatizar” as atividades. Em cada caso, o Estado deverá avaliar qual a intensidade de intervenção e se estimulará a concorrência ou não.

Na sequência, expôs-se as principais noções teóricas sobre serviço público. Em síntese, as divergências giram em torno dos três critérios subjetivo (titularidade), material (satisfação de necessidades) e formal (regime jurídico). Filiou-se à corrente com ênfase no critério formal (além do subjetivo), no sentido de que quando, por opção política, determinados serviços forem considerados pelo sistema jurídico como serviços públicos,

então deverão ser prestados sob o regime jurídico público, entendido como normas predominantemente de Direito público, voltadas para o atendimento de um *serviço público adequado* (art. 175, da CF, e art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995, sem prejuízo da legislação setorial), o qual pode variar de setor a setor, mas necessariamente deverá respeitar a garantia da supremacia do interesse público, da adaptabilidade, da universalidade, da impessoalidade, da continuidade, da transparência, da motivação, da modicidade tarifária e do controle. Além disso, e tão importante quanto, deverá ser precedido por licitação e delegado pelos instrumentos de concessão ou permissão, conforme o art. 175, da CF.

Defendeu-se que para a noção de serviço público não é necessária uma legitimação material, fundada no interesse público para atender um ou mais direitos fundamentais direta ou indiretamente atingidos. Em relação ao critério subjetivo, entende-se que a titularidade da União quanto ao serviço regular do TRIP (art. 21, XII, alínea “e”, da CF), não significa automaticamente na qualificação como serviços públicos ou na impossibilidade da União (por lei) estabelecer um regime jurídico predominantemente privado, próprio das atividades econômicas em sentido estrito. No entanto, neste último caso, necessário pontuar que não se pode dizer que a titularidade não seja mais da União, pelo fato de o regime jurídico ser semelhante àquelas atividades de titularidade dos agentes privados. A rigor, as transportadoras do serviço regular do TRIP não exercem a atividade por direito próprio, no sentido de titularidade, nos termos do art. 170, parágrafo único, da CF; mas, por uma decisão político-administrativa do Estado, notadamente, pela Lei nº 12.996/2014, que alterou a Lei nº 10.233/2001. Eventualmente, no futuro, este regime jurídico poderia ser alterado por lei, em um retorno ao serviço público, por exemplo, e, nesta hipótese, não haveria uma violação constitucional à titularidade dos agentes privados, ao contrário de atividades como de padarias, cafeterias, dentre outras atividades econômicas em geral.

Em síntese, o art. 21, XII, alínea “e”, da CF confere uma liberdade de relativa conformação ou margem de escolha ao legislador infraconstitucional para escolher qual o regime e a intensidade da regulação em cada setor econômico. A qualificação como serviços públicos dependerá da opção do legislador infraconstitucional – neste sentido, não se entende possível sustentar inconstitucionalidade de um regime jurídico por violação a um conceito científico de serviço público.

Entendeu-se que pela classificação serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito – não pela importação ou construção de uma terceira categoria como

serviços de interesse econômico geral. Explica-se que não se entende por modelos puramente binários, mas um sistema com dégrádés, predominantemente público (serviços públicos) ou privado (atividades econômicas em sentido estrito).

Abordou-se os instrumentos da concessão, permissão e autorização mencionados no art. 21, XI e XII, da CF. Quanto à concessão, seguiu-se a posição de que é gênero, aplicável tanto a serviços públicos, como obras públicas e uso de bens públicos (predominantemente tratada nas Leis nº 8.975/1995 e 9.074/1995, sem prejuízo de leis setoriais específicas), tipicamente delegadas pela via contratual e com imposição de regras em um regime especial (predominantemente público). Semelhantemente, a permissão também tem natureza contratual (“contratos de adesão”, conforme o art. 40, da Lei nº 8.987/1995), rompendo com a tradicional concepção de que seria, necessariamente, ato unilateral. As diferenças com a concessão seriam as menções a contratos de adesão e precariedade – mas, com direito à indenização, em caso de revogação unilateral antes do prazo de vencimento do contrato. Em relação às autorizações, foram apresentadas as principais vertentes. Tradicionalmente eram entendidas como espécie de ato administrativo, sobretudo pela função de poder de polícia, cujas principais características são unilateralidade, discricionariedade, precariedade e natureza declaratória. Em situações excepcionais e temporárias, admitia-se autorizações de serviço público. A partir das alterações legislativas nos setores de telecomunicações, gás natural, energia elétrica, ferrovias e portos, em linhas gerais, as autorizações permitiram que particulares passassem explorar serviços tais setores. Assim, surgiram diferentes posicionamentos quanto às autorizações do art. 21, XI e XII, da CF, se seriam atividades econômicas privadas (em oposição a serviços públicos), por vezes até concorrendo com concessionárias de serviços públicos (assimetria regulatória), ou se seriam serviço público (autorização de serviço público). Adotou-se a posição de que as autorizações do art. 21, XI e XII, da CF, permitem que agentes econômicos prestem atividades econômicas privadas, independentemente se no interesse particular ou coletivo (não sendo adequado se falar em autorizações de serviços públicos, conforme o marco teórico escolhido).

Finalmente, concluiu-se que o serviço regular do TRIP não é mais serviço público, tendo em vista que foi significativamente “privatizado” ou “despublicizado”, por força da Lei nº 12.996/2014, que alterou a Lei nº 10.233/2001, dentro da liberdade de conformação permitida pelo art. 21, XII, alínea “e”, da CF. Concluiu-se que as principais características do serviço regular do TRIP são de um regime predominantemente privado, por 4 (quatro)

principais aspectos: (i) outorga por autorização (não permissão ou concessão, próprias do regime público); (ii) não obrigatoriedade da realização de licitação nos moldes típicos da Lei nº 8.666/1993 ou da Lei nº 14.133/2021 (típicas do regime público), salvo nas hipóteses de inviabilidade operacional, técnica e econômica, quando será um dever a realização de processo seletivo público; (iii) grande autonomia para o planejamento da atividade econômica, aproximando-se muito da livre iniciativa econômica (em oposição, a uma carga obrigacional forte relacionada ao dever de continuidade, típica do regime público); e (iv) ambiente de livre e aberta competição, com a abertura do mercado para novas transportadoras, a fim de que ocorra a concorrência na própria execução dos serviços (não na licitação, salvo nas mencionadas hipóteses de inviabilidade), inclusive com poucas barreiras de entrada e de saída, o que favorece o ingresso de novas transportadoras. Afinal, seria paradoxal entender o serviço regular do TRIP como serviço público, em regime predominantemente privado, considerando o art. 175, da CF. Também, pela interpretação deste enunciado constitucional, concluiu-se pela impossibilidade de autorização para serviços públicos, com a ressalva de situações excepcionais e temporárias. Em outras palavras, o que era qualificado como atividade econômica, sujeita a um regime jurídico de serviço público, foi transformado em atividade econômica, sujeita a um regime jurídico privado, ainda que sujeita a intensa regulação (em comparação com as atividades privadas de modo geral, mas que ao mesmo tempo, não se confunde com elas, pelas razões quanto à titularidade da União e à possibilidade de alteração do regime jurídico por lei superveniente).

Conseqüentemente, não há inconstitucionalidade pela não realização de licitação na outorga das licenças de operação (LOP). Como exposto, não há uma obrigatoriedade de realização de licitação, sempre que os mercados puderem ser autorizados a quantas transportadoras solicitarem (TAR e LOP), desde que tal decisão administrativa seja um ato vinculado, isto é, atendidos os requisitos, então deverá ser expedido o TAR e as LOP pleiteadas pelas transportadoras para explorar os mercados pretendidos. Há de se ter em vista que em determinados mercados pode haver uma limitação fática à competição, ou seja, os casos de viabilidade técnica, econômica e operacional. Em tais casos, a ANTT deverá regulamentar as hipóteses de inviabilidade para que se tenha segurança jurídica e fiquem claros os cenários em que será obrigatória a realização de processo seletivo público. Por estas razões, defende-se que o novo marco regulatório do TRIP é constitucional, ao menos quanto aos pontos referidos nas ADI 6270/DF e ADI 5549/DF.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latim, 2012

ALMEIDA, José Ivonaldo Holanda de. Nordeste do Brasil e o monopólio rodoviário de passageiros. *Revista Formação*, n. 3, 1996, p. 145-156.

ANJOS, Débora Carvalho Mascarenhas dos. Definição do regime jurídico de licitação e contratos das empresas estatais: análise dos critérios dicotômico, concorrencial e modelo empresarial. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

ANTT. Consulta Pública nº 001/2008. Documento Base - Referenciais Do Projeto. Disponível em: http://appweb2.antt.gov.br/acpublicas/CPublica2008-01/CPublica2008_01.asp. Acesso em: 23 jun. 2021.

ANTT. Leilões Especiais e Licitações: ANTT nº 01/2013. BMFBOVESPA, [s.d.]. Disponível em: <http://bvmf.bmfbovespa.com.br/consulta-leiloes/ResumoLeiloesEspeciaisDetalhe.aspx?IdLeilao=5990&TituloLeilao=ANTT+-+N%c2%ba+01%2f2013+-+PERMISS%c3%83O+PARA+PRESTA%c3%87%c3%83O+DE+SERVI%c3%87OS+REGULARES+DE+TRANSPORTE+RODOVI%c3%81RIO+COLETIVO+INTERESTADUAL+DE+PASSAGEIROS+-+REVOGADO&idioma=pt-br>. Acesso em 23 de jun. 2021.

ANTT. Nota Técnica nº 03/2018/GEAME/SUPAS, de 07.08.2018, Processo nº 50500.700264/2017-51, que também contém em seus anexos os estudos do 50501.305756/2018-15, p. 1-11. Disponível em: http://antigo.antt.gov.br/index.php/content/view/54017/Tomada_de_Subsidio_n__010_2018.html. Acesso em: 02 mai. 2021.

ANTT. Metodologia Abertura de Mercado (Processo n 50501.305756/2018-15), “Arquivo 1”. Disponível em: http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/54017/Tomada_de_Subsidio_n__010_2018.html. Acesso em: 20 jan. 2019.

ANTT. Apresentação Transporte Interestadual de Passageiros (TRIP), maio 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cvt/apresentacoes-em-eventos/apresentacoes-de-convidados-em-eventos-de-2021/arquivos-de-eventos-2021/ap-2021-05-21-sylvia-cotias-antt>. Acesso em: 28 set. 2021.

ANTT. Transporte Rodoviário de Passageiros. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTRkYmFkMmltNDRiZS00NzY0LTllYzQtNmRhYjBINjUzN2YzIiwidCI6Ijg3YmJlOWRILWE4OTItNGNkZS1hNDY2LTg4Zjk4MmZiYzQ5MCI9&pageName=ReportSectionbcd824b917a2140d19a>. Acesso em: 28 set. 2021.

ANTT. Relação de empresas, linhas e tarifas: planilha com informações sobre as transportadoras e os serviços por ela prestados. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/transporte-interestadual-semiurbano>. Acesso em 01 jul. 2021.

ANTT. *Pesquisa de Satisfação dos Usuários de serviços regulados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres: Relatório de Resultados Transporte Rodoviário de Passageiros – Agosto 2018*, p. 45. Disponível em: <https://dados.antt.gov.br/dataset/pesquisa-de-satisfacao-dos-usuarios-2017-2018>. Acesso em: 02 ago. 2021.

ANTT. Mercados Novos - Relatórios e Convocações. Relatórios - Análise de Mercados Novos. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/mercados-novos-relatorios-e-convocacoes>. Acesso em: 31 ago. 2021

ANTT. Transporte Rodoviário de Passageiros. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTRkYmFkMmItNDRiZS00NzY0LTllYzQtNmRhYjBINjUzN2YzIiwidCI6Ijg3YmJlOWRILWE4OTItNGNkZS1hNDY2LTg4Zjk4MmZiYzQ5MCI9&pageName=ReportSectionbcd824b917a2140d19a>. Acesso em: 25 jun. 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, v. 233, Jul/Set. 2003, p. 311-371.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teorias pluralistas das fontes de direito: lex mercatoria, ordenamentos setoriais, subsistemas, microssistemas jurídicos e redes normativas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 36, out/dez 2008

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado de equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In ARAGÃO, Alexandre Santos de, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte, 2017.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. As concessões, permissões e autorizações de serviço público. In: CARDOSO, José Eduardo Martins et al. (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. *Direito da regulação econômica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 09, nº 3, p. 1268-1285.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. Parecer nº 24/2014, da Comissão Mista da MPV 638/2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=615814>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRITTO, Carlos Ayres. A privatização das empresas estatais à luz da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, nº 12, 1995

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas Concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARDOSO, André Guskow. *O uso do direito computacional na regulação do transporte terrestre por ônibus no Brasil*. Disponível em: <https://justen.com.br/pdfs/IE172/Andre-The-use-of-computational.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COIMBRA, Crésio. *Visão Histórica e Análise Conceitual dos Transportes no Brasil*. Rio de Janeiro: CEDOP, 1974.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Cartilha do CADE*, p. 9. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em 12 jan. 2022.

COSTA, Felipe Freire. *A inadequação do modelo de regulação contratual ao transporte rodoviário interestadual de passageiros*. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/inadequa%C3%A7%C3%A3o-do-modelo-de-regula%C3%A7%C3%A3o-contratual-ao-freire-da-costa/>. Acesso em: 02 ago. 2021

DIÁRIO DO TRANSPORTE. *ANTT atende a pedido da Expresso Transporte e Turismo para operar a linha São Paulo-Curitiba*. Publicado em: 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://diariodotransporte.com.br/2019/02/15/antt-atende-a-pedido-da-expresso-transporte-e-turismo-para-implantacao-de-linha-sao-paulo-curitiba/>. Acesso em: 31 ago. 2021

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FÁCIO, Rafaella Nátaly. existe um conceito de serviço público no Supremo Tribunal Federal? uma análise crítica. VALVERDE, Gianpierre; PAREDES, Braylyn; MIRANDA, Marycielo; GALLO, William (Coord.). *Nuevas tendencias e innovaciones del Derecho Administrativo: memorias del II Congreso Latinoamericano Estudiantil de Derecho Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr/jun 2016.

FORTINI, Cristiana; FAJARDO, Gabriel Ribeiro; VILLANI, André Almeida. Integridade e regulação na prestação dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica. *RECHTD. Revista De Estudos Constitucionais, Hermenêutica E Teoria Do Direito*, v. 12, n. 3, 2020, p. 481-502

FORTINI, Cristiana. Lei 13.640/18: Fim da controvérsia sobre os aplicativos de transporte de passageiros? *Consultor jurídico* (São Paulo. Online), v. 18, 2018.

FORTINI, Cristiana. Ainda sobre aplicativos e transporte privado de passageiros. *Consultor jurídico* (São Paulo. Online), v. 19, 2019.

FREIRE, André Luiz. A crise financeira e o papel do Estado: uma análise jurídica a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003, Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FREITAS, Rafael Vêras de. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, abr./jun. 2015

GABARDO, Emerson. *Interesse Público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum 2009.

GABARDO, Emerson. Competência para a prestação de serviços públicos e o transporte coletivo rodoviário no meio ambiente urbano. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, jul./set. 2009, p. 148-149.

GABARDO, Emerson. *O novo Código de Defesa do Usuário do Serviço Público: Lei 13.460/17*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/o-novo-codigo-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-lei-13-460-17>. Acesso em: 08 set. 2021.

GABARDO, Emerson. Estado Social e Estado Subsidiário: dois modelos distintos de desenvolvimento. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. Belo Horizonte, v. 11, n. 3, 2019.

GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento em um Estado Social. *Revista Digital de Direito Administrativo*. v. 5, n. 1, 2018.

GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. Crítica à decisão do STF sobre a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário por atos dolosos de improbidade administrativa. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 223, p. 55-74, set. 2019.

GABARDO, Emerson, GRANER, Mateus Domingues. A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, 279(3), 275–300. <https://doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82965>.

GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess. A prática de subconcessão promovida por concessionárias de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens – “Aluguel” de horários para televidas e programas religiosos, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 85-103, jul./set. 2014.

GABARDO, Emerson; CABRAL, Rodrigo Maciel. Autorização para uso de medicamentos com princípios ativos proscritos no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 2, p. 473-515.

GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, t. II.

GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. O transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros: um acrescentamento histórico. Brasília: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JURUENA, Cynthia Gruedling, VALLE, Vivian Cristina Lima López. O usuário do serviço público e a aplicação da Lei 13.460/2017 sob o enfoque dos Poderes Executivo e

Judiciário. *Revista Sequência*, v. 42, n.87, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2021.e76786>. Acesso em: 08 set. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Serviços de interesse econômico geral no Brasil: os invasores. In: WALD, Arnaldo, *et al* (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito*. São Paulo: Malheiros, 2017

LEAL, Luiz Henrique da Conceição. *Análise da Concorrência Intermodal no Transporte Interestadual de Passageiros no Brasil com Aplicação dos Modelos de Regressão Múltipla*. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Transportes) – UFRJ/COPPE, Rio de Janeiro, 2009.

LOUREIRO, Gustavo Kercher. *Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MÂNICA, Fernando Borges, MENEGAT, Fernando. *Teoria Jurídica da Privatização: Fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARTINS, Francisco Giusepe Donato. *Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros: Regulação e Concentração Econômica*. Monografia (Especialização em controle externo) – Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa, Brasília, 2004, p. 114 e 152.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARION, José Carlos. *Contabilidade Básica*. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 228, Abr./Jun. 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000

MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o código de processo civil de 2015*. São Paulo: Atlas, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Forum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira*. São Paulo: Malheiros, 2012

MELLO, Celso Antônio Bandeira de et al. *Transferência de concessão é inconstitucional. Espera-se que o Supremo honre o papel de guardião da Carta e não se submeta a interesses do poder econômico*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2021/08/transferencia-de-concessao-e-inconstitucional.shtml>. Acesso em: 02 set. 2021

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Portos Brasileiros e Seus Regimes Jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e Seus Regimes Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. Autorizações e contratos de serviços públicos, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, nº 31, jul/set., 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado de equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010

MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. *Transportes no Brasil – Síntese Histórica*. Disponível em: <https://antigo.infraestrutura.gov.br/conteudo/136-transportes-no-brasil-sintese-historica.html>. Acesso em: 07 jun. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; HOHMANN, Ana Carolina. Contrato de leasing operacional: possibilidade de sua utilização para a construção de Terminal de Cargas em bem público Arrendado à Concessionária de Serviço Público. *Governet. Boletim de Licitações e Contratos*, v. 3, p. 235-243, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Direito Administrativo pragmático*. Rio de Janeiro: 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Administração pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais*. XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Administração Pública Democrática e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. 2007, p. 6818. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_d_e_oliveira.pdf. Acesso em 06 fev. 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERRAZ, Pedro da Cunha. *Dilemas regulatórios na prestação do serviço de transporte coletivo rodoviário interestadual e internacional de passageiros: a autorização de serviço público na lei nº 10.233/01 ante as inovações tecnológicas que impactam o setor de transportes*. In *Direito e infraestrutura: rodovias e ferrovias – 20 anos da Lei nº 10.233/2001/ Sebastião Botto de Barros Tojal, Jorge Henrique de Oliveira Souza (Coord.)*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

RIBEIRO, Hugo Alves Silva. Regulamentação do Conceito de 'Inviabilidade Operacional', limitador do número de Autorizações entre Linhas Interestaduais de Ônibus. XXIX Congresso Nacional de Pesquisa em Transporte. ANPET, Ouro Preto, 2015, p. 2298/2305.

RIBEIRO, Hugo Alves Silva. Identificação de concorrência ruínosa nos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros. Tese (Doutorado em Transportes) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

RIBEIRO, Hugo Alves Silva. FILHO, Brandão; OLIVEIRA, Cleide Souza de. *Método para classificação dos mercados de transporte rodoviário interestadual semiurbano de passageiros*. Congresso ANPET, junho de 2016, p. 4. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/326070856_METODO_PARA_CLASSIFICACAO_DOS_MERCADOS_DE_TRANSPORTE_RODOVIARIO_INTERESTADUAL_SEMIURBANO_DE_PASSAGEIROS. Acesso em: 01 jul. 2021.

SANTOS, Alan Ianke dos. *Análise da estrutura econômica do mercado brasileiro de transporte rodoviário regular interestadual de passageiros em longa distância e propostas para melhorias regulatórias*. Monografia (ciências Econômicas) – Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Palhoça, 2020.

SANTOS, Bruno Candido dos. Divisão territorial do trabalho, rede urbana e transporte rodoviário interestadual de passageiros no Brasil. *Revista Transporte Y Territorio*, n. 20, jan-jun, p. 140-146. Disponível em: <https://doi.org/10.34096/rtt.i20.6387>. Acesso em 15 dez. 2021.

SANTOS, Bruna Cardoso dos. Análise concorrencial no mercado rodoviário interestadual de passageiros: a recente transformação do marco regulatório. *Revista Debates em Economia Aplicada*, v. 1, n. 1 (2021), p. 41. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/redea/article/view/6091>. Acesso em 12 jan. 2022

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço Público: Garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHILLER, Alexandre Ortigão S. Buarque. O novo modelo de autorização da Lei nº 12.996/2014 e os seus efeitos no setor de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 5, n. 2, p. 151-179, 2018.

SCHILLER, Alexandre Ortigão S. Buarque. *Sistema de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros no Brasil: concorrência, falhas de governo e reflexos regulatórios*. Rio de Janeiro, 2018. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *As concessões de serviços públicos em evolução*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte: Fórum, ano 15, nº 180, dez. 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo*” (parte 1: pp. 27-84) In: BARNES J. (Ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação Jurídica do Transporte Rodoviário de Passageiros*. Rio de Janeiro, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 43. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

SILVA FILHO, Carlos da Costa e. *Interferência recíproca entre os setores aeroportuário e aeroviário e seus impactos concorrenciais*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: estudos de temas relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *É constitucional transferir contratos de concessão: STF deve preservar a segurança jurídica de quem confia nas leis*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/e-constitucional-transferir-contratos-de-concessao-17082021>. Acesso em: 02 set. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n 37, jan/mar.2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. ROSILHO, André. Onde está o princípio universal da licitação? In SUNDFELD, Carlos Ari, JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). *Contratos Públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

TÁCITO, Caio. O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público. In: *Temas de Direito Público* – vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VIEIRA, Alexandre Sérgio Alves. *Agências reguladoras independentes? Especialização e captura nas trajetórias de carreira dos reguladores federais brasileiros*. Rio de Janeiro, 2015. Dissertação (Mestrado) – Escola de Administração Pública e de Empresas do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

WRIGHT, Charles L. A questão do monopólio no transporte rodoviário de passageiros. *Revista dos Transportes Públicos*, ANTP, n. 12, v. 49, p. 5-22.