Concessão, permissão e autorização: regime constitucional de outorga da prestação de serviço de transporte coletivo de passageiros

Concession, permission and authorization: constitutional system for granting public passenger transport services

Supremo Tribunal Federal (STF)

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.549 Distrito Federal

Voto-vogal

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (voto-vogal): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 13, incisos IV e V, alínea "*e*", além do art. 14, inciso III, alínea "j", da Lei 10.233/2001, com a redação conferida pela Lei 12.996/2014.

1) Breve relato da tramitação dos autos

Em sua petição inicial, a PGR aduz que as normas questionadas violam o art. 37, *caput*, e inciso XXI c/c art. 175, *caput*, da Constituição, ao raciocínio de que o STF possui entendimento pacífico de proibir "*que empresas privadas explorem serviços de transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros sem se submeter a prévia licitação*".

O relator, Min. Luiz Fux, adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868/99 (eDOC 19).

Em suas informações, o Presidente do Senado Federal defende a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, ao argumento de que a lei questionada tem origem na MP 576/2012, a qual visava fomentar a competição no segmento de mercado de transporte interestadual e internacional de passageiros (sem exploração de infraestrutura), "*possibilitando a entrada de novos prestadores, que explorarão a atividade com base nos princípios constitucionais da atividade econômica*", aduzindo, por tal razão, que "*compete à União escolher o regime jurídico que melhor deve incidir sobre a provisão dos serviços indicados na Constituição Federal*". (eDOC 36)

A Advocacia-Geral da União apontou a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, em manifestação assim ementada:

> "Administrativo. Artigos 13, incisos IV e V, alínea 'e'; e 14, inciso III, alínea 'j', da Lei n. 10.233, de 05 de junho de 2001, na redação conferida pelo artigo 3º da Lei n 12.996, de 18 de junho de 2004. Disposições questionadas que alteram, de permissão para autorização, o regime de outorga da prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros, desvinculados da exploração de infraestrutura. Alegação de ofensa aos artigos 37, caput e inciso XXI: e 175, caput, da Constituição Federal. Inexistência de violação aos preceitos indicados pelo autor. O uso da autorização para a outorga de serviços públicos possui permissão constitucional, inclusive no que diz respeito a serviços de transporte interestadual e internacional de passageiros (artigo 21, inciso XII, alínea 'c', da Carta). Cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer a forma de delegação de determinados serviços públicos, admitindo-se que a sua exploração, quando não realizada diretamente, seja feita mediante concessão, permissão ou autorização. Manifestação pela improcedência do pedido veiculado pelo requerente". (eDOC 39)

Por veicular narrativa de ordem histórica, transcreva-se o seguinte trecho da manifestação da Advocacia-Geral da União, citando o Parecer nº 176/2014/CONJUR-MT/CGU/AGU da Consultoria Jurídica junto ao então Ministério dos Transportes (à época da tramitação):

"(…) 14. Depois, foi publicado o Decreto nº 952, de 7 de outubro de 1993, que disciplinou a outorga da permissão para os serviços regulares e da autorização para os serviços temporários e sob regime de fretamento, abandonou o regime de concessão e revogou por completo os regulamentos até então vigentes.

15. Esse último ato normativo, que fixou o prazo de 15 (quinze) anos para as permissões, prorrogável, no máximo, por igual período, também estabeleceu cláusulas essenciais ao contrato de permissão. Manteve, sem caráter de exclusividade e pelo mesmo prazo referido, as permissões e autorizações até então outorgadas, celebradas com base em disposições legais e regulamentares anteriores. Bastava, para tanto, as transportadoras demonstrarem condições para a prestação dos serviços e firmarem os respectivos contratos.

16. Posteriormente, com a publicação do regulamento em vigor, o Decreto nº 2.521, de 20 de março de 1998, a prorrogação de que cuidava o citado Decreto nº 952, de 1993, veio a ser retirada, mantendo-se o prazo já estabelecido.

17. Diante desse quadro, conclui-se que em outubro de 2008 encerraram-se os contratos de exploração de 1.666 linhas do transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

(…)

21. Diante da impossibilidade de prorrogação, e por não ter sido possível licitar o serviço público em questão até 8 de outubro de 2008, a Procuradoria-Geral da ANTT, no PARECER/ANTT/PRG/RLL/Nº 0421- -3.5.7/2008, manifestou-se no sentido de que a Agência, nos termos do art. 49 da Lei nº 10.233, de 2001, poderia autorizar a prestação de serviços de transporte por intermédio de outras formas de outorga em caráter especial. A Autarquia, então, transformou as permissões em autorizações de regime especial, com vigência máxima até o dia 31 de dezembro de 2009, ou o que ocorresse primeiro, até que as vencedoras do certame licitatório assinassem seus respectivos contratos e iniciassem a efetiva operação do serviço público em tela.

22. Visando a colocar em prática o entendimento esposado no parecer citado por último, a ANTT editou as Resoluções nº 2.868 e 2.869, ambas de 4 de setembro de 2008, publicadas no DOU de 5 de setembro de 2008, que autorizaram as empresas permissionárias do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros a operarem sob regime de Autorização Especial a partir de 9 de outubro de 2008.

(…)

25. As duas resoluções também trouxeram o cronograma para a realização da licitação dos serviços que iriam suceder os indicados nos respectivos Anexos. Esse primeiro cronograma, contudo — pelas mais diversas razões, externas e internas à Administração Pública —, não teve como ser atendido. Sobrevieram, então, as Resoluções ANTT n. 3.320 e 3.321, ambas de 18 de novembro de 2009, com alterações nos prazos originais. O termo definitivo para a transição completa dos serviços restou posicionado em dezembro de 2011, com o beneplácito do Tribunal de Contas da União.

26. Esse segundo cronograma não teve melhor sorte. Mais recentemente, a ANTT publicou a Resolução n. 3.975, de 19 de dezembro de 2012, distendendo o termo final da transição dos serviços para 31 de dezembro de 2014.

27. Pois bem. Essa cronologia, especialmente as resoluções publicadas pela ANTT desde outubro de 2008, permite entrever que o Poder Público Federal

> está, há bom tempo, trabalhando em busca da regularização dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Desde 2008, as transportadoras operam por meio de autorizações especiais, fórmula jurídica precária e provisória, que não se coaduna com o regime legal atualmente vigente, imposto pela Lei nº 10.233, de 2001".

E conclui a AGU:

> "Assim, ante a conjuntura fática ressaltada no referido parecer, observa-se que, desde 2008, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros são operados por meio de autorizações especiais, o que demonstra que a conformação do regime legal de outorga aplicável à espécie constituía medida de extrema relevância.
> É nesse contexto que foram editadas as normas ora questionadas, com o intuito de permitir '*a delegação da atividade de maneira mais célere e eficiente*', com a observância das condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, modicidade, cortesia e generalidade que devem permear a prestação desses serviços.
> (...)
> Por outro lado, cumpre destacar que o uso do instituto da autorização para a outorga de serviços públicos não é inédito no ordenamento jurídico pátrio, possuindo assento constitucional, inclusive no que diz respeito a serviços de transporte interestadual e internacional de passageiros. Com efeito, veja-se o teor do artigo 21, incisos XI e XII, alínea 'e', da Carta Republicana:
> (...)
> Dessa feita, cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer a forma de delegação de determinados serviços públicos, admitindo-se, portanto, que a sua exploração, quando não realizada diretamente, seja feita mediante concessão, permissão ou autorização.
> (...)
> Desse modo, constata-se que a adoção da autorização, como forma legal de outorga da prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura, compatibiliza-se com a Carta da República, não havendo que se falar em violação aos artigos 37, caput e inciso XXI; e 175, caput, da Constituição Federal". (eDOC 39)

A Agência Nacional de Transportes Terrestres/ANTT, em sua intervenção como *amicus curiae* (eDOC 55), ao apontar que "*a licitação tanto pode ser um procedimento que garante competitividade para a entrada em um mercado com característica de monopólio natural, quanto pode ser um procedimento que prejudica a competitividade, por impedir a entrada de todas as demais empresas nesse mercado*", defende a constitucionalidade da norma questionada, ao fundamento de que "*no caso de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros não*

é necessária a escolha de apenas uma ou algumas empresas, pois todas aquelas que cumprem os requisitos impostos pelo ente regulador podem competir livremente no mercado". (eDOC 56)

Aponta que, em razão de o serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros estar situado em área intermediária entre prestação de serviço público e consecução de atividade econômica, por expressa determinação do Poder Constituinte Originário, o Estado pode escolher agir como prestador direto ou indireto (mediante delegação, seja na modalidade concessão, seja na livre concorrência com prévia autorização da União).

Argumenta que, pelas características do regime de autorização (independe de licitação; "*é exercido em liberdade de preços, tarifas e fretes e em ambiente de livre e aberta competição*"; é ato precário; além de não prever "*prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, renúncia, anulação ou cassação*"), a atuação estatal deve ser de regulação e fiscalização, conferido livre "*ingresso de quaisquer empresas, que devem apenas atender às normas regulatórias e à fiscalização da ANTT para manterem seu direito*". (eDOC 56)

A Procuradoria-Geral da República ofereceu parecer, a seguir ementado:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 12.996/2014. ALTERAÇÃO DO REGIME DE OUTORGA, A PARTICULARES, DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO TERRESTRE INTERESTADUAL E INTERNACIONAL. AUTORIZAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 175 E 37, CAPUT E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREVISÃO DA OUTORGA DE SERVIÇOS PÚBLICOS SEMPRE MEDIANTE LICITAÇÃO. ART. 21, XII, DA CF/88. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE INTERESSE PREDOMINANTE DA COLETIVIDADE DAQUELES PRESTADOS EM BENEFÍCIO ECONÔMICO DO PARTICULAR A QUEM OUTORGADO. FORMALIZAÇÃO DE IRREGULARIDADE FÁTICA, RECONHECIDA COMO INCONSTITUCIONAL PELA JURISPRUDÊNCIA. 1. É inconstitucional, por violação aos arts. 175 e 37, caput e XII, da Constituição Federal, a previsão legal de outorga da prestação do serviço público de transporte coletivo terrestre interestadual e internacional de passageiros por meio de autorização, que não requer prévia realização de procedimento licitatório. 2. O modelo constitucional de outorga de serviços públicos a particulares, mediante permissão ou concessão, requer a observância de licitação, visando a garantir igualdade de condições entre os interessados e adequada prestação do serviço. 3. Não legitima o ato normativo impugnado quadro fático que demonstra a efetiva prestação do serviço de transporte coletivo estadual e interestadual por particulares, há anos, mediante a concessão de autorizações especiais. Parecer pela procedência do pedido". (eDOC 70)

Foram admitidos (eDOCs 22, 50, 63 e 80), também, como *'amici curiae'*, a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros (Abrati — eDOC 22), a Associação Paulista de Direito Administrativo (APDA — eDOC 43) e a Associação Brasileira de Mobilidade e Tecnologia (AMOBITEC — eDOC 71).

2) Mérito

2.1) Modificação no regime de outorga realizada pela Lei 12.996/14

Para facilitar a compreensão da matéria, citem-se as normas que foram acrescidas pela Lei 12.996/2014:

> "Art. 13. Ressalvado o disposto em legislação específica, as outorgas a que se refere o inciso I do caput do art. 12 serão realizadas sob a forma de:
> (…)
> IV — permissão, quando se tratar de:
> a) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura;
> b) prestação regular de serviços de transporte ferroviário de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura;
> (…)
> V — autorização, quando se tratar de: (…)
> e) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura".

> "Art. 14. Ressalvado o disposto em legislação específica, o disposto no art. 13 aplica-se conforme as seguintes diretrizes: (…)
> III — depende de autorização: (…)
> j) transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, que terá regulamentação específica expedida pela ANTT".

A redação anterior à alteração procedida pela Lei 12.996/2014 era a seguinte (inexistiam a alínea "e" do inciso V do art. 13, além da alínea "j" no inciso III do art. 14):

> "Art. 13. Ressalvado o disposto em legislação específica, as outorgas a que se refere o inciso I do caput do art. 12 serão realizadas sob a forma de: (…)
> IV — permissão, quando se tratar de prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura".

Ou seja, antes da mudança operada pela Lei 12.996/2014, a "*prestação regular de serviços de transporte coletivo de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura*" era realizada sob o regime de permissão.

Após aquela reforma, alterou-se para o regime de autorização a prestação de serviço de *"transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros"*, repassando à ANTT a regulamentação da norma.

Não obstante, manteve-se sob o regime de permissão, quando se tratar de "*prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura*" e de "*serviços de transporte ferroviário de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura*" (apenas esta última situação foi alterada pela recente Lei 14.273/2021, repassando também ao regime de autorização).

Eis os conceitos:

> "SERVIÇO REGULAR DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO COLETIVO INTERESTADUAL SEMIURBANO DE PASSAGEIROS: serviço de transporte público coletivo entre Municípios de diferentes Unidades Federativas, que mantenham contiguidade nos seus perímetros urbanos ou que possuam características de transporte urbano".
>
> "SERVIÇO COM CARACTERÍSTICA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO URBANO: serviço de transporte rodoviário realizado em conurbações ou entre regiões metropolitanas, utilizado com frequência mínima semanal pelos usuários, ou aqueles cujos motivos de viagem de seus usuários são, predominantemente, trabalho e estudo".

Atualmente (após a Lei 14.273/2021), a "*prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura*" **foi mantida como submetida ao regime de permissão, passando ao regime de autorização apenas o *"transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros***", destituído de exploração de infraestrutura, o qual é conceituado como sendo:

> "XIX — Serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual de passageiros: aquele que atende mercados com origem e destino em Estados distintos, ou entre Estados e o Distrito Federal ou Território;
> XX — Serviço regular de transporte rodoviário coletivo internacional de passageiros: aquele que atende mercado(s) entre o Brasil e outro(s) país(es)". (Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=RES&numeroAto=00004770&seqAto=000&valorAno=2015&orgao=DG/ANTT/MT&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true. Acesso em: 15.3.2023)

Além disso, cumpre destacar que, sempre que houver outorga da prestação de serviço de transporte público de passageiros, com exploração de infraestrutura, o regime será de concessão**,** por força do art. 13, I, da própria Lei 10.233/2001:

> "Art. 13. Ressalvado o disposto em legislação específica, as outorgas a que se refere o inciso I do caput do art. 12 serão realizadas sob a forma de:
> I — concessão, **quando se tratar de exploração de infraestrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infra-estrutura**". (grifo nosso)

Pois bem. Resta definir se a modificação do regime de permissão para autorização, no transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, sem exploração de infraestrutura, é permitida pela Constituição Federal.

Como consequência, impende saber se é necessária a licitação para a outorga de serviços de transporte interestadual e internacional rodoviário coletivo de passageiros, desvinculados da exploração de infraestrutura**.**

2.2) Regime constitucional de outorga da prestação de serviço público de transporte de passageiros

A Constituição Federal trata sobre o serviço de transporte de passageiros nos seguintes artigos:

> "Art. 21. Compete à União:
> (…)
> XII — explorar, diretamente ou mediante autorização**,** concessão ou permissão:
> (…)
> **e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros**". **(grifo nosso)**

> "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
> (…)
> IX — diretrizes da política nacional de transportes".
> **"Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes** aéreo, aquático e terrestre**,** devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade". (grifo nosso)

No que diz respeito à forma de repasse à iniciativa privada da prestação de serviços públicos, reza o art. 175 da Constituição Federal:

> "Art. 175. 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.
> Parágrafo único. A lei disporá sobre:
> I — o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
> II — os direitos dos usuários;
> III — política tarifária;
> IV — a obrigação de manter serviço adequado".

Por sua vez, dispõe o art. 37, XXI, da CF:

> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (…)
> XXI — ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Vê-se, pois, que o próprio inciso XXI do art. 37 registra a possibilidade de excepcionar-se a licitação em casos especificados na legislação.

Outrossim, o art. 21, XII, da CF é claro em afirmar que, na prestação de serviço público de transporte rodoviário de passageiros, a União poderá explorar diretamente ou indiretamente, nesta última situação mediante autorização, concessão ou permissão**.**

Por sua vez, o art. 175 da CF proclama que, ao optar pela prestação indireta de serviços públicos, o Estado deverá obedecer ao procedimento licitatório, sob o regime de concessão ou permissão.

Eventual incompatibilidade aparente entre o art. 21 e o art. 175 resolve-se pela especificidade da norma, de sorte que, inexistindo restrição quanto ao regime de escolha do repasse à iniciativa privada da prestação de serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, compete à legislação infraconstitucional realizar a escolha da melhor opção possível

(autorização, permissão ou concessão), desde que não sejam contrariados os princípios constitucionais.

Cumprindo o mandamento constitucional (art. 22, IX), houve a edição da Lei 10.233/2001 que tratou, entre outras medidas, dos princípios e das diretrizes para os transportes aquaviário e terrestre, a partir de seu art. 11, a saber (redação atual, após o advento da Lei 14.301/2022):

> "Art. 11. O gerenciamento da infraestrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais:
> I — preservar o interesse nacional e promover o desenvolvimento econômico e social;
> II — assegurar a unidade nacional e a integração regional;
> III — proteger os interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados;
> IV — assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência;
> V — compatibilizar os transportes com a preservação do meio ambiente, reduzindo os níveis de poluição sonora e de contaminação atmosférica, do solo e dos recursos hídricos;
> VI — promover a conservação de energia, por meio da redução do consumo de combustíveis automotivos;
> VII — reduzir os danos sociais e econômicos decorrentes dos congestionamentos de tráfego;
> VIII — assegurar aos usuários liberdade de escolha da forma de locomoção e dos meios de transporte mais adequados às suas necessidades;
> IX — estabelecer prioridade para o deslocamento de pedestres e o transporte coletivo de passageiros, em sua superposição com o transporte individual, particularmente nos centros urbanos;
> X — promover a integração física e operacional do Sistema Nacional de Viação com os sistemas viários dos países limítrofes;
> XI — ampliar a competitividade do País no mercado internacional;
> XII — estimular a pesquisa e o desenvolvimento de tecnologias aplicáveis ao setor de transportes.
> (…)
> Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre:
> I — **descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal**;
> II — aproveitar as vantagens comparativas dos diferentes meios de transporte, promovendo sua integração física e a conjugação de suas operações, para a movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens;

> III — dar prioridade aos programas de ação e de investimentos relacionados com os eixos estratégicos de integração nacional, de abastecimento do mercado interno e de exportação;
> IV — promover a pesquisa e a adoção das melhores tecnologias aplicáveis aos meios de transporte e à integração destes;
> V — promover a adoção de práticas adequadas de conservação e uso racional dos combustíveis e de preservação do meio ambiente;
> VI — estabelecer que os subsídios incidentes sobre fretes e tarifas constituam ônus ao nível de governo que os imponha ou conceda;
> VII — reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica;
> VIII — promover o tratamento isonômico nos procedimentos de alfandegamento e das exportações;
> IX — promover a adoção de ações que facilitem a multimodalidade e a implantação do documento único no desembaraço das mercadorias;
> X — promover a implantação de sistema eletrônico para entrega e recebimento de mercadorias, contemplando a multimodalidade". (grifo nosso)

Em relação à forma de exploração, a citada lei federal estabeleceu casos de submissão ao regime de concessão (art. 13, I); outros ao de permissão (art. 13, IV); e outros ao de autorização (art. 13, V).

Dispôs, ainda, o que seria objeto de licitação e o que não seria a contrario sensu, *conforme se percebe do § 1º do art. 14, in verbis:*

> "Art. 14. Ressalvado o disposto em legislação específica, o disposto no art. 13 aplica-se conforme as seguintes diretrizes:
> (…)
> § 1º. As outorgas de concessão ou permissão serão sempre precedidas de licitação, conforme prescreve o art. 175 da Constituição Federal.
> § 2º. É vedada a prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros, de qualquer natureza, que não tenham sido autorizados, concedidos ou permitidos pela autoridade competente.
> § 3º. As outorgas de concessão a que se refere o inciso I do art. 13 poderão estar vinculadas a contratos de arrendamento de ativos e a contratos de construção, com cláusula de reversão ao patrimônio da União". (grifo nosso)

Isto é, a legislação federal estipulou que a concessão e a permissão seriam precedidas de licitação, ao passo que a autorização, de forma indireta, acabou aquiescendo quanto à prescindibilidade daquele procedimento licitatório, além de registrar que o serviço de transporte interestadual e internacional coletivo de passageiros poderia ser submetido ao regime de autorização.

Aqui merece registro o fato de o § 2º do art. 14 tratar-se de norma originária da Lei 10.233/2001 — que não foi objeto de questionamento pela

PGR —, a qual, por si só, já ampara que o serviço de transporte coletivo de passageiros, de qualquer natureza, possa ser objeto de regime de autorização**.**

Ademais, é importante mencionar que, durante o processo legislativo do projeto de lei originário (que desaguou na promulgação da Lei 10.233/2001), houve o veto presidencial aos incisos II e III do art. 13, os quais estavam dispostos da seguinte forma:

> "II — permissão, quando se tratar de prestação regular de serviços de transporte coletivo de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura;
> III — autorização, quando se tratar de prestação não regular de serviços de transporte, ou de exploração de infraestrutura de uso privativo".

Eis os motivos da aposição do veto:

> "A norma constante do inciso II do art. 13 contraria o interesse público porque submete ao regime de permissão o transporte aquaviário de passageiros, fato que atenta contra o regime jurídico atualmente aplicado ao setor.
> Também contraria o interesse público a norma do inciso III, por não abranger, no regime de autorização o transporte aquaviário de passageiros". (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/200 1/Mv516-01.htm. Acesso em: 15.3.2023)

Ou seja, do ponto de vista histórico-interpretativo, o veto aos dois incisos do art. 13 tinha como justificativa a mistura de todos os modais de transporte como permissão ou autorização, sem observar que o transporte aquaviário de passageiros possuiria regime jurídico diverso.

Desse modo, a alegada contrariedade ao interesse público não era por vício de inconstitucionalidade, mas pelo fato de que se tratou diversos modais de transporte que possuíam regramentos diversos, de forma idêntica, sem observar as especificidades de cada meio (terrestre, aquaviário ou aéreo).

Também é importante registrar que a Lei 9.491/1997, aliada à regulamentação operada pelo Decreto Presidencial sem número, de 16 de julho de 2008 (revogado posteriormente pelo Decreto 8.057/2013), *operou a desestatização de inúmeras linhas de transporte rodoviário interestadual de passageiros***.** Senão vejamos o art. 2º, III, da Lei 9.491/1997 e o Decreto 8.057/2013, respectivamente:

> "Art. 2º. Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei:
> (…)
> III — serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização".

> "Art. 1º. Ficam incluídas no Programa Nacional de Desestatização — PND, para os fins da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, **as ligações a serem atendidas pelos serviços regulares de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros constantes nos Anexos I, II e III**.
> Art. 2º. Fica designada a Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT responsável pela execução e acompanhamento do processo de desestatização do serviço de que trata este Decreto, nos termos do § 1º do art. 6º da Lei nº 9.491, de 1997, sob a supervisão do Ministério dos Transportes.
> Art. 3º. Fica designado o Ministério dos Transportes como responsável pela supervisão e aprovação dos estudos, projetos, levantamentos ou investigações que subsidiem o processo de desestatização das ligações de que trata o art. 1º.
> Art. 4º. Fica revogado o Decreto de 16 de julho de 2008, que dispõe sobre a inclusão, no PND, de linhas do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, e dá outras providências. (grifo nosso)

O Pleno desta Corte teve oportunidade de denegar o mandado de segurança, que questionava a desestatização de várias linhas por meio daquele Decreto Presidencial sem número, de 16 de julho de 2008 (revogado posteriormente pelo Decreto 8.057/2013). Eis o acórdão:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. LINHAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS. DECRETO PRESIDENCIAL DE 16 DE JULHO DE 2008. PRIVATIZAÇÃO. DESESTATIZAÇÃO. ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 1º, ALÍNEA B, DA LEI 9.491/97. TRANSFERÊNCIA PARA A INICIATIVA PRIVADA DA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. ART. 21, INCISO XII, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE DESESTATIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO JÁ EXPLORADOS POR PARTICULARES. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A titularidade dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, nos termos do art. 21, XII, e, da Constituição Federal, é da União. 2. É possível a desestatização de serviços públicos já explorados por particulares, de responsabilidade da União, conforme disposto no art. 2º, § 1º, b, parte final, da Lei 9.491/97. 3. Inexistência de concessão ou de permissão para a utilização de algumas linhas, além da iminente expiração do prazo de concessão ou permissão de outras linhas. 4. Existência de decisões judiciais proferidas em ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal que determinam a imediata realização de certames das linhas em operação. 5. Possibilidade de adoção da modalidade leilão no caso em apreço, nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei 9.491/97. 6. Necessidade de observância do devido processo licitatório, independentemente da modalidade a ser adotada (leilão ou concorrência). 7. Ordem denegada". (MS 27.516, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 5.12.2008, grifo nosso)

Sendo assim, resta claro que houve a desestatização de várias linhas de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

Feito esse registro histórico-normativo, passemos à diferenciação entre o regime de concessão e de permissão na prestação de serviço de transporte coletivo rodoviário de passageiros.

2.3) Outorga da prestação de serviço de transporte coletivo de passageiros: autorização X permissão

Em apertada síntese, a diferenciação, em ordem didática, pode ser assim definida: enquanto a permissão visa a outorgar o exercício ao particular da prestação de serviço público, a autorização intenta chancelar ato de viés predominantemente particular, que contenha algum interesse público em sua fiscalização ou regulação.

Além disso, a primeira submete-se ao procedimento licitatório, conferindo direitos ao outorgado, ao passo que a segunda é realizada mediante ato administrativo, em regra, de natureza precária e discricionária, singularmente voltado para satisfação de interesse do administrado.

Essa dicotomia e respeito à deferência ao Ente político da escolha entre o regime de permissão ou de autorização, quando houver autorização constitucional e legal, não é nova nesta Corte, consoante percebe-se do seguinte aresto dos idos de 1953, envolvendo navegação aérea:

> "Exploração de serviço público ou de interesse público. Regime de autorização, que se não confunde com o de concessão. Inaplicabilidade da ressalva do parágrafo único do art. 31 da Constituição Federal". (RE 20.111, Rel. Min. Nelson Hungria, Primeira Turma, DJ 24.12.1953)

Do voto do relator, Min. Nelson Hungria, colhe-se:

> "O art. 5º, XXII, da Constituição de 46 declara que compete à União 'explorar diretamente ou mediante autorização ou concessão de serviços … de navegação aérea'. É livre à União, portanto, adotar, quando não queira exercer diretamente à exploração, o regime de autorização ou de concessão. Preferiu a União, como é sabido, o regime de autorização; ao invés de outorgar com exclusividade ou privilegiadamente o serviço de navegação área, entendeu de melhor aviso manter o sistema de concorrência, isto é, da acessibilidade de tal serviço a quem se submete às exigências regulamentares. Em lugar de concessão, que é a outorga ou delegação a título exclusivo, de prerrogativas do poder público, adotou o critério de autorização, reservando-se apenas o controle ou regulamentação da exploração do serviço". (RE 20.111, Rel. Min. Nelson Hungria, Primeira Turma, DJ 24.12.1953, grifo nosso)

Pois bem.

Em se tratando de transporte coletivo de passageiros, a linha é tênue entre a possibilidade de a outorga da prestação do serviço ocorrer pela via da permissão ou autorização; esta é possível, caso se trate de transporte de passageiros em sentido estrito (táxi ou fretamento de ônibus ou vans), ao revés, na hipótese de se cuidar de transporte coletivo de passageiros, em sentido amplo (todos os modais), aquela permissão, em tese, é imperiosa, salvo em algumas situações.

Cito doutrina abalizada que assim leciona:

> "(…) Na verdade, não há autorização para a prestação de serviço público. Este ou é objeto de concessão ou de permissão. A autorização é ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu exclusivo ou predominante interesse, não se caracterizando a atividade como serviço público.
>
> Não nos parece possível conceber dois tipos diversos de atos para o mesmo objeto. Também não nos convence que a diferença se situe na natureza do serviço como parece pretender aquele grande mestre. Se o serviço se caracteriza como público deve ser consentido por permissão. Alguns autores exemplificam a autorização invocando a atividade de portar arma ou a de derivar água de rio público. Ora, com a devida vênia, tais atividades são realmente autorizadas, mas estão longe de considerar-se serviço público; cuida-se, isto sim, de atividades de interesse privado, que precisam de consentimento estatal pela necessidade de ser exercido, pela Administração, o seu poder de polícia. Por isso é que o Poder Público, nesses casos, confere autorização.
>
> Costuma-se fazer remissão ao art. 21, XII, da CF, para justificar a dita autorização de serviço público. Assim, porém, não nos parece. O art. 21 da CF dá competência à União Federal para explorar diretamente, mediante autorização, concessão ou permissão, algumas atividades, como os serviços da radiodifusão sonora, de sons e imagens, navegação, transportes etc. Essas atividades, contudo, nem sempre são típicos serviços públicos; algumas vezes são exercidas por particulares no próprio interesse destes, ou seja, sem que haja qualquer benefício para certo grupamento social. Desse modo, a única interpretação cabível, em nosso entender, para a menção às três espécies de consentimento federal, reside em que a concessão e a permissão são institutos próprios para a prestação de serviços públicos, e a autorização o adequado para o desempenho da atividade do próprio interesse do autorizatário.
>
> É certo que pode haver equívoco na rotulação dos consentimentos estatais. Cumpre, entretanto, averiguar a sua verdadeira essência. Ainda que rotulada de autorização, o ato será de permissão se alvejar o desempenho de serviço público; ou, ao contrário, se rotulado de permissão, será de autorização se o consentimento destinar à atividade de interesse do particular.
>
> (…)
>
> Há autores, todavia, que admitem a autorização de serviços públicos sob regime privado, distinguindo-os dos prestados sob regime de direito público. E o fazem, entre outros motivos, pela menção à autorização, ao lado da

> permissão e da concessão, feita pela Constituição. Ousamos, com a devida vênia, dissentir desse entendimento. Em nosso entender, ou a atividade se caracteriza efetivamente como serviço público — hipótese em que pode este ser prestado por concessão ou permissão (mas não por autorização) — ou se tratará de atividade meramente privada e, aí sim, poderá ser outorgada a autorização. Além disso, se o serviço é público, somente o regime de direito público poderá regulá-lo em seu perfil fundamental.
>
> Na prática, existem certas atividades que encerram alguma dúvida sobre se devem ser consideradas serviços de utilidade pública ou atividades de mero interesse privado, dada a dificuldade em se apontar a linha demarcatória entre ambos. Há mesmo atividades que nascem como de interesse privado e, ao desenvolver-se, passam a caracterizar-se como serviços públicos. A atividade de transporte de passageiros, por exemplo, às vezes suscita dúvida, e isso porque há serviços públicos e serviços privados de transporte de pessoas**.** É o caso de vans que conduzem moradores para residências situadas em local de mais difícil acesso em morros. Ou ainda o serviço de táxis. Trata-se, em nosso entender, de atividades privadas e, por isso mesmo, suscetíveis de autorização. E, sendo autorização, não será realmente para nenhum serviço público, já que este se configura como objeto de permissão.
>
> Particularmente em relação às vans de passageiros, também denominadas de 'peruas', é forçoso reconhecer a dificuldade de enquadrar sua atividade — que é a de transportar, em cada veículo, pequeno número de passageiros nos núcleos urbanos — como serviço público ou atividade meramente privada. Situa-se, com efeito, em posição que fica num meio-termo entre o transporte coletivo de passageiros, inegavelmente serviço público, e o serviço de táxi, que, atendendo a pessoas de modo individualizado, melhor se configura como atividade privada. Embora consideremos esse tipo de transporte mais bem enquadrado como atividade privada (ao menos da forma como se iniciou junto à população, em que o atendimento era mais individualizado), entendemos deva ele submeter-se à regulamentação e controle pelo Poder Público**,** o que, em regra, não vem ocorrendo nas cidades, principalmente nas metrópoles, em que se tem desenvolvido notoriamente, ocupando espaço que o transporte coletivo regular não vinha conseguindo preencher em benefício da população". (FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 361/362, grifo nosso)

É importante relembrar que, até 1990, o serviço de transporte coletivo interestadual era explorado, mediante autorização (chamada de "permissão", mas sem realização de licitação).

O art. 8º, XV, alínea "d", da Constituição de 1967, com redação idêntica da EC 1/1969, assim dispunha:

> "Art. 8º. Compete à União: (…)
> XV — explorar, diretamente ou mediante autorização ou
> concessão: (…)
> d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de um Estado ou Território". (grifo nosso)

O Decreto-Lei 512/1969 contemplava esse regime de outorga da seguinte forma:

> "Art. 1º. A política nacional de viação rodoviária se integra na política nacional dos transportes, cuja formulação compete ao Ministro dos Transportes, e compreende: (…)
> e) concessão, permissão e fiscalização do serviço de transporte coletivo de passageiros e de carga, nas estradas federais ou de ligação, interestaduais e internacionais".

Regulamentando tal autorização normativa (art. 1º, alínea "e" do Decreto-Lei 512/1969), a redação original do art. 11 do Decreto 92.353, de 31 de janeiro de 1986, disciplinava que:

> "Art. 11. A exploração dos serviços será adjudicada:
> I — pelo regime de concessão, mediante concorrência pública;
> II — pelo regime de permissão, mediante seleção sumária de transportadora".

Ou seja, apesar de ser explorado mediante permissão, esta ocorria *"mediante seleção sumária da transportadora"*, o que equivaleria, hodiernamente, ao regime de autorização, mormente considerando que, à época, apenas existia autorização constitucional para o regime de concessão ou autorização.

Somente com a alteração proferida pelo Decreto 99.072/1990, já sob a égide da Constituição de 1988, é que se instituiu licitação, na modalidade de concorrência, tanto na concessão quanto na permissão, alterando a redação do art. 11 do Decreto 92.353/1986, a saber:

> "Art. 11. Os serviços públicos rodoviários de transporte coletivo de passageiros, interestaduais e internacionais, quando não prestados diretamente, somente poderão ser explorados mediante concessão ou permissão do DNER e prévia licitação, na modalidade da concorrência".

A alteração procedida pela Lei 12.996/2014, no art. 13, incisos IV e V, alínea "*e*", *além do art. 14, inciso III, alínea "j"*, todos da Lei 10.233/2001 — ao que parece — apenas retornou ao regime vigente antes de 1990, consistente na maior liberdade à iniciativa privada, a despeito de se tratar de ato precário que não gera qualquer direito adquirido de manutenção na exploração da atividade pela empresa particular.

É cediço que, ao julgar o tema 854 da sistemática da repercussão geral (RE 1.001.104), o STF entendeu que a concessão do serviço de transporte

público coletivo urbano deveria ser precedida de licitação, salvo em situações excepcionais. A conferir:

> "TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO — LICITAÇÃO — FORMA ESSENCIAL. Salvo situações excepcionais, devidamente comprovadas, o implemento de transporte público coletivo pressupõe prévia licitação". (RE 1.001.104, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 19.6.2020)

De fato, esse entendimento remonta, pelo menos nesta Corte, desde o julgamento do RE 140.989, julgado em 1993:

> "Exploração de transporte urbano, por meio de linha de ônibus. **Necessidade de prévia licitação para autorizá-la, quer sob a forma de permissão quer sob a de concessão**. Recurso extraordinário provido por contrariedade do art. 175 da Constituição Federal". (RE 140.989, Rel. Min. Octávio Gallotti, Primeira Turma, DJ 27.8.1993, grifo nosso)

Há inúmeros julgados que replicaram esse entendimento, inclusive alguns de minha relatoria, que envolvem o **transporte intermunicipal,** a saber:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 16 E 19 DA LEI N. 260, DO ESTADO DE RONDÔNIA. **SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS**. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO AUTOMÁTICA DE LINHAS MUNICIPAIS DE TRANSPORTE COLETIVO EM PERMISSÃO INTERMUNICIPAL. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA ENTRE LICITANTES. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, CAPUT, 175 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Artigo 16 da Lei n. 260 — primeira situação — linha de transporte contida no território do Município, desmembrado ou criado, matéria a ser regulada por lei do novo Município, vez que configura tema de interesse local [artigo 30, inciso V, da CB/88]. 2. Artigo 19 da Lei n. 260 — segunda situação — linha de transporte que excede o território criado, para alcançar o do Município originário. Inconstitucionalidade do ato que viabiliza que o serviço público de transporte municipal transforme-se em serviço público de transporte intermunicipal. 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso — o melhor negócio — e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada

de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 4. A conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais afronta a igualdade — artigo 5º —, bem assim o preceito veiculado pelo artigo 175 da Constituição do Brasil. 5. Inconstitucionalidade dos preceitos que conferem vantagem às empresas permissionárias dos serviços de transporte coletivo intermunicipal no Estado de Rondônia. Criação de benefício indevido. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 6. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 7. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. 8. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucionais os artigos 16 e 19, e seu parágrafo, da Lei n. 260/90 do Estado de Rondônia". (ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 7.3.2008, grifo nosso)

"Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional e Administrativo. 3. Serviço público de transporte coletivo intermunicipal**.** Concessão ou permissão. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que é imprescindível prévia licitação para a concessão ou permissão da exploração de serviços de transporte coletivo de passageiros**.** 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Verba honorária majorada em mais 10%". (ARE 1.110.140 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 3.9.2019, grifo nosso)

"Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Ação civil pública. Transporte coletivo intermunicipal**.** Concessão. Nulidade do contrato. 4. Alegada ofensa aos arts. 5º, LIV e LV; e 93, IX, do texto constitucional. Incidência do que decidido por esta Corte no julgamento do AI-QO-RG 791.292, DJe 13.8.2010; e ARE-RG 748.371, DJe 1º.8.2013, temas 339 e 660 da sistemática da repercussão geral. 5. Matéria decidida com fundamento em legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Precedentes. 6. Entendimento consolidado na jurisprudência desta Corte no sentido de que a prestação do serviço de transporte interestadual e intermunicipal de passageiros deve ser precedida de licitação pública, nos termos do art. 175 da Constituição. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. Verba honorária majorada em 20%º. (ARE 1.118.647 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 1º.8.2019, grifo nosso)

Nada obstante, tenho, com todas as vênias, que essa linha de intelecção merece obtemperamentos no caso em questão, diante do fato de tratar-se de

prestação de serviço público de transportes **interestadual e internacional** de passageiros, **de inúmeros trechos rodoviários desestatizados** (Decreto 8.057/2013), **desprovido de exploração de infraestrutura e sem qualquer exclusividade, o qual é "*exercido em liberdade de preços dos serviços e tarifas, em ambiente de competição, por conta e risco da autorizatária*"**. (art. 2º, I, da Resolução 4.770/2015 da ANTT), conforme passo a expor.

2.4) Concessão de serviço de transporte rodoviário coletivo de passageiros interestadual e internacional

Insta salientar que a regulamentação e fiscalização do transporte coletivo de passageiros guardará correlação com a abrangência na qual o transporte se realiza, ficando a cargo da União, no caso de transporte interestadual e internacional; dos Estados, na hipótese de transporte intermunicipal; e dos Municípios, na situação de transporte urbano.

Calha mencionar, ainda, que o Decreto 8.057/2013, sucessor do Decreto sem número, de 16 de julho de 2008 (considerado constitucional pelo STF no MS 27.516, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 5.12.2008, conforme visto), operou a desestatização de inúmeros trechos de *"ligações a serem atendidas pelos serviços regulares de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros"*, em seus anexos I, II e III. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-014/2013/decreto/D8057.htm. Acesso em: 13.3.2023)

Dito isso, é necessário diferenciar a prestação dos serviços de transportes urbano e semiurbano, em regime de exclusividade e com tabelamento de preços, daquele prestado em regime de concorrência e submetido à liberdade de mercado, no caso do interestadual e internacional.

Os serviços de transporte urbano e semiurbano (municipal e intermunicipal) são operados dentro de cada unidade federativa municipal, estadual ou distrital, em regime de exclusividade naquela linha e submetido ao regramento da tarifação de preços, ausente qualquer competição após a concessão do serviço e sob o risco do poder concedente.

Sendo assim, parece-me induvidoso que a exploração desse nicho de mercado, de forma exclusiva e com ampla tarifação de preços e forte intervenção estatal, sem sombra de dúvidas, deva ocorrer em processo licitatório submetido à ampla concorrência, na linha dos precedentes desta Corte.

Todavia, **quanto aos serviços de transporte interestadual e internacional de passageiros, desprovidos de exploração de infraestrutura (caso dos**

autos), a legislação ora questionada intenta, na linha do experimentalismo democrático (trilhado sob o "*processo de descoberta e de aprendizagem coletivas*" — Roberto Mangabeira Unger), que a prestação daqueles tenha amplitude de acesso a mais empresas interessadas na mesma linha, sem exclusividade e com o fim de eliminar a reserva de mercado, prática odiosa e que deve ser rechaçada por esta Corte.

Sobre o tema do experimentalismo democrático, o Prof. Mangabeira Unger destaca que:

> "O primeiro grande objetivo, descrito em sua forma brasileira, é construir as condições políticas e constitucionais para a realização daquilo que a nação mais quer hoje: transformar a democratização de oportunidades para aprender, trabalhar e produzir no próprio motor do crescimento econômico. Ancorar, portanto, o social na organização do econômico. Não basta regular a economia de mercado. Não basta contrabalançar, por meio de políticas sociais de transferência, as desigualdades geradas no mercado. Para democratizar as oportunidades e, portanto, para instrumentalizar as energias frustradas e dispersas do povo brasileiro, é necessário reconstruir as instituições que definem a economia de mercado.
>
> Não se torna uma economia de mercado mais includente sem redefinir seu conteúdo institucional: **reconstruir as formas disponíveis para a coordenação estratégica entre Estado e produtores privados** e ampliar, também, os próprios regimes de propriedade para que regimes alternativos de propriedade privada e social possam coexistir, experimentalmente, dentro da mesma economia de mercado. Tal democratização do mercado não acontece sem que tenha por base o aprofundamento da democracia. Não será jamais uma dádiva de elite esclarecida a população passiva.
>
> (…)
>
> Hoje, no mundo todo, e no Brasil em particular, não podemos contar com as grandes crises para serem parteiras das mudanças. As guerras, nesse mundo atual, ou serão guerras totais e devastadoras, ou serão guerras localizadas. Não serão como as guerras que ocuparam a história moderna e que ajudaram a detonar transformações. E as crises econômicas encontrarão alguma forma de reparo ou antídoto no ativismo dos estados. Temos de organizar todas as instituições, em particular as instituições constitucionais, para que a transformação se torne impulso endógeno, interno, e deixe de depender das crises como sua circunstância favorecedora.
>
> Estes dois objetivos que unem os nossos interesses aos interesses universais da humanidade convergem para um terceiro objetivo mais geral: acelerar e ampliar todas as formas do experimentalismo inovador e criativo nas sociedades contemporâneas. O atributo mais importante de uma estrutura é que facilite as inovações e que, inclusive, faculte sua própria transformação sem depender das crises.
>
> Assistimos ao nascimento de um novo paradigma de produção nas economias avançadas. Um paradigma de flexibilidade radical que atenua o contraste entre as tarefas de supervisão e de execução, que relativiza todas as especialidades, que

mistura cooperação e concorrência e que se ancora no imperativo da inovação permanente. Esse paradigma de produção ainda carece de contrapartida no domínio das instituições políticas e de sua expressão constitucional.

Todos os grandes interesses da humanidade devem estar engajados nessa transformação. Em primeiro lugar, os interesses materiais. Não basta ter liberdade, numa economia de mercado clássica, para combinar os fatores de produção. **É necessário, também, ter liberdade para recombinar ou substituir as instituições que definem as relações de troca e de produção. Radicalizada na agenda produtiva da sociedade, a liberdade experimental terá a ver com as estruturas, e não apenas com as coisas**.

Em segundo lugar, pesa o interesse social e moral em atenuar as divisões e as hierarquias rígidas das sociedades contemporâneas, que continuam a ser sociedades de classes.

Em terceiro lugar, conta nosso interesse espiritual em poder participar, de corpo e alma, em determinado mundo social sem ter de nos render a ele; sem que a rendição vire o preço do engajamento. **Para isso, precisamos construir estruturas que facilitem e propiciem sua própria revisão.** Esta é a maneira de dar realidade mundana à ideia espiritual de estar no mundo sem ser dele, de não ter de escolher entre o engajamento e a capacidade de resistir e de transcender.

(…)

A democracia representativa pode e deve começar a adquirir algumas das características de democracia direta. O terreno principal para esta obra, nas sociedades contemporâneas, não é a participação popular nos governos locais e em seu planejamento e sua execução orçamentária; é o desenvolvimento de nova maneira de prover e de qualificar os serviços públicos, que é uma preocupação central em todas as democracias contemporâneas.

O que ainda prevalece em todo o mundo é uma espécie de fordismo administrativo (por analogia ao fordismo industrial): a provisão, pela burocracia de Estado, de serviços padronizados e de baixa qualidade, isto é, de qualidade mais baixa do que os serviços análogos que podem ser comprados no mercado por quem tem dinheiro. A única alternativa parece ser a privatização dos serviços públicos em favor de empresas movidas por objetivo de lucro. Há, porém, uma terceira opção. **Será cada vez mais importante, como meio de melhorar os serviços públicos, que o Estado organize, prepare, equipe, financie e monitore a sociedade civil independente para que ela possa participar da provisão experimental e competitiva dos serviços públicos. É nesse terreno que a ampliação da democracia representativa se torna mais premente e mais factível.**

(…)

Qual a melhor maneira de levar adiante tal proposta, com suas cinco diretrizes? Não proponho nova constituição e nova constituinte. Proponho nova ideia. Sempre subestimamos, no Brasil, a elasticidade do repertório de ideias institucionais disponíveis no mundo. Se não tivermos uma ideia, de nada adiantará convocar uma reunião constituinte. As ideias não aparecerão espontaneamente simplesmente porque ocorre a reunião. Por outro lado, **se tivermos a ideia e se a desdobramos em iniciativas exemplares, a mudança se fará mais cedo ou mais tarde, ou pela revisão constitucional, ou pela reinterpretação**

> **constitucional. A ideia vem em primeiro lugar".** (UNGER, Roberto Mangabeira (2011). A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, 257, p. 57/72. Disponível em: https://doi.org/10.12660/rda.v257.2011.8584. Acesso em: 15.3.2023, grifo nosso)

Nesse ponto, é de bom alvitre destacar que, durante a tramitação do Projeto de Lei de conversão da MP 638/2014, que culminou na promulgação da Lei 12.996/2014, o Deputado Gabriel Guimarães, Relator da Comissão Mista do Congresso Nacional, assim se manifestou:

> "A terceira modificação é, seguindo apelo da Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros — ABRATI, a inclusão do **serviço de transporte regular interestadual e internacional de passageiros** entre as prestações cuja outorga realizar-se-á pelo regime de autorização, permitindo, assim, a delegação da atividade de maneira mais célere e eficiente. **Os regimes de concessão e permissão como praticados nos últimos anos, via Ministério dos Transportes e ANTT, já se mostraram inadequados e de difícil operacionalização, porque suas naturezas implicam regras mais rígidas e permanentes, as quais, na prática, engessam as ações tanto do setor público, como das empresas operadoras**. Assim, é necessário promover mudanças de regime, passando para o da Autorização e remetendo à ANTT toda a tarefa de regulamentar e regular a atividade. Indubitavelmente, esse avanço será benéfico para o setor público, representado pela ANTT, para as operadoras que prestam os serviços, para os trabalhadores que saberão sempre quais as regras setoriais e, em último, para os usuários que passarão a integrar o foro de discussão das formulações estratégicas da atividade". (Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao? idProposicao=605355. Acesso em: 15.3.2023, grifo nosso)

Vê-se, pois, que, no intuito de corrigir distorções e problemas enfrentados, à época, nesses mercados de transportes interestadual e internacional, que *"se mostraram inadequados e de difícil operacionalização, porque suas naturezas implicam regras mais rígidas e permanentes, as quais, na prática, engessam as ações tanto do setor público, como das empresas operadoras"*, o Poder Legislativo resolveu realizar experimento de substituição do regime de permissão para autorização. **Ao meu sentir, o Parlamento tem liberdade constitucional de assim proceder**.

Outro efeito benéfico da medida ora combatida é a proibição de transferência de mercados e linhas, incentivando-se a livre-iniciativa, ao vedar-se a subautorização do serviço em si (a qual é admitida nas concessões ou permissões), além de todas as solicitações de transferências para outras empresas, de sorte que se elimina a reserva de mercado informal que existia

de transferência da linha para outra empresa (que não fora a vencedora da licitação à época da concessão da permissão).

Essa prática de transferência da permissão, antigamente, era bastante comum no transporte internacional e interestadual e praticamente inexistente desde a alteração legislativa (permitida apenas para as antigas concessões ou permissões).

No regime anterior, segundo a ANTT, existiam "*cerca de pouco mais de mil municípios cobertos pelo TRIP, sendo que aproximadamente 40% (quarenta por cento) dessas localidades [eram] atendidas por uma empresa, que presta[va] serviço de transporte interestadual de forma monopolista, que desde o último dia 18 de junho passou a fazê-lo em um ambiente de liberdade tarifária*". Essa lógica de reserva de mercado foi completamente alterada.

Hodiernamente, segundo dados extraídos do sítio eletrônico da ANTT, até agosto do ano de 2021, existiam cerca de 4.207 linhas autorizadas de 55.650 sessões distintas (Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTRkYmFkMmItNDRiZS00NzY0LTllYzQtNmRhYjBlNjUzN2YzIiwidCI6Ijg3YmJlOWRlLWE4OTItNGNkZS1hNDY2LTg4Zjk4MmZiYzQ5 MCJ9&pageName=ReportSectionbced824b917a2140d19a. Acesso em: 19.8.2021)

Com todas as vênias, considero juridicamente sustentável o argumento da ANTT no sentido de que, "*no caso de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, não é necessária a escolha de apenas uma ou algumas empresas, pois todas aquelas que cumprem os requisitos impostos pelo ente regulador podem competir livremente no mercado*".

Também entendo que assiste razão à Presidência da República ao defender que:

> "As opções estão postas na Constituição Federal para que, diante dos cenários concretos, decidam o Parlamento e o Executivo qual dos instrumentos previstos pela Constituição da República (autorização, concessão ou permissão) melhor atende aos interesses da coletividade em determinado momento da realidade presente no País. Para a atividade relacionada ao caso concreto, os Poderes competentes compreenderam que a autorização é o instrumento revestido de aptidão para trazer benefícios ao cidadão-consumidor.
> (…)
> É bem verdade que o fato de não se exigir licitação para atividade dessa natureza chegou a ser questão controversa tanto para a doutrina quanto para os tribunais. No entanto, para pôr fim à divergência, visando ao interesse público e para tornar esse regime de outorga mais eficiente, o legislador editou a Lei nº 12.996/2014, resultante da conversão da Medida Provisória nº 638/2014, para alterar a redação da Lei Federal nº 10.233/2001. Com a alteração, foi estabelecida

> uma nova sistemática para a prestação do serviço público de transporte regular interestadual e internacional de passageiros, determinando-se a possibilidade de contratação das prestadoras de serviço por meio de autorização quando se tratar de prestação regular desse serviço, desde que seja desvinculado da exploração da infraestrutura.
>
> O objetivo do legislador, como já se acentuou, foi concretizar um modelo hábil a fomentar a competitividade entre os agentes privados interessados na execução do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Entendeu-se, com a alteração, que a abertura à concorrência seria benéfica aos consumidores, na medida em que asseguraria a liberdade de escolha do prestador de serviço pelos próprios usuários, o que geraria disputa tendente a baixar as tarifas e melhorar a qualidade da prestação do serviço. Em outras palavras, a intenção do legislador foi ampliar a concorrência para, com isso, fazer com que o preço caia e a qualidade aumente. O modelo de licitação não foi o escolhido para esse mister, porque não atenderia à finalidade pretendida com a mesma eficácia que o modelo de autorização. De fato, a tendência, com a adoção do modelo de autorização, é a melhora contínua na prestação dos serviços, com flexibilidade permanente e constante para adaptação das empresas aos interesses do mercado".

Nesse sentido, além de a norma constitucional permitir à iniciativa privada explorar, mediante autorização, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, a atuação estatal deve se situar no campo da regulação e da fiscalização, conferido livre "*ingresso de quaisquer empresas, que devem apenas atender às normas regulatórias e à fiscalização da ANTT para manterem seu direito*".

Mutatis mutandis, considero que se faz presente a mesma *ratio decidendi* do seguinte julgado paradigmático desta Corte:

> "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 proíbam 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 contrária 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 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)'." (RE 1.054.110, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 6.9.2019, grifo nosso)

Isso porque, no caso em tela, cuida-se de conformação legislativa que, ao transmudar o direito à manutenção da concessão ou da permissão, por determinado período do concessionário ou permissionário, para a precariedade da autorização ao particular-autorizado: *"(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"*; bem ainda contribui em manter o padrão fiscalizatório e regulatório, com a finalidade de proteger o consumidor (iv); além de eliminar a concentração de mercado, no qual poucas empresas dominavam o setor, com a correção de *"ineficiências de um setor submetido historicamente"* àquela concentração.

Recentemente, esta Corte teve a oportunidade de se manifestar quanto à constitucionalidade do regime de autorização em tema correlato às telecomunicações, em acórdãos a seguir ementados:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. LEI 9.472/1997. CRIAÇÃO DE ÓRGÃO REGULADOR. INDEPENDÊNCIA ADMINISTRATIVA. SUPERVISÃO MINISTERIAL. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIAS DA ANATEL. DELEGAÇÃO LEGISLATIVA

AO PODER EXECUTIVO NÃO VERIFICADA. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIASREGULATÓRIAS.SUBMISSÃOAOPRINCÍPIODALEGALIDADE. COMPETÊNCIA PARA REALIZAÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO PELO ÓRGÃO REGULADOR. IMPOSSIBILIDADE. LICITAÇÃO. OBEDIÊNCIA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. ESTABELECIMENTO DE PREGÃO E CONSULTA COMO MODALIDADE LICITATÓRIA. **POSSIBILIDADE. OUTORGA DE SERVIÇOS MEDIANTE CONCESSÃO, PERMISSÃO OU AUTORIZAÇÃO**. GLOSA AO PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO PREVISTO PARA A PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. **POSSIBILIDADE DE REGRAS ESPECÍFICAS PREVISTAS EM LEI PARA O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS. CONCOMITÂNCIA ENTRE REGIMES PÚBLICO E PRIVADO. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. PREVISÃO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO POR MEIO DE AUTORIZAÇÃO**. AÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Por ocasião da apreciação do pedido de medida cautelar, por votação unânime, o Plenário não conheceu da ação direta, quanto aos arts. 8º e 9º, da Lei nº 9.472/1997. 2. A competência atribuída ao Chefe do Poder Executivo, para expedir decreto em ordem a instituir ou eliminar a prestação do serviço em regime público, em concomitância ou não com a prestação no regime privado, aprovar o plano geral de outorgas do serviço em regime público e aprovar o plano de metas de universalização do serviço prestado em regime público está em consonância com o poder regulamentar previsto no art. 84, IV, parte final, da Constituição Federal. 3. O poder de expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado é imanente à atividade regulatória da agência, a quem compete, no âmbito de sua atuação e nos limites do arcabouço normativo sobre o tema, disciplinar a prestação dos serviços. Interpretação conforme à Constituição para fixar o entendimento de que a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir tais normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem matéria. 4. A busca e posterior apreensão, efetuada sem ordem judicial, com base apenas no poder de polícia de que é investida a agência, mostra-se inconstitucional diante da violação ao disposto no princípio da inviolabilidade de domicílio, à luz do art. 5º, XI, da Constituição Federal. 5. A competência atribuída ao Conselho Diretor da ANATEL para editar normas próprias de licitação e contratação deve observar o arcabouço normativo atinente às licitações e contratos. Interpretação conforme à Constituição, no ponto, em observância ao princípio da legalidade. 6. Diante da especificidade dos serviços de telecomunicações, é válida a criação de novas modalidades licitatórias por lei de mesma hierarquia da lei geral de licitações. Contudo, sua disciplina deve ser feita por meio de lei, e não de atos infralegais, em obediência aos artigos 21, XI, e 22, XXVII do texto constitucional. **7. A possibilidade de concomitância de regimes público e privado de prestação do serviço, assim como a definição das modalidades do serviço são questões estritamente técnicas, da alçada da agência, a quem cabe o estabelecimento das bases normativas de cada matéria relacionada à execução, à definição e ao estabelecimento das regras peculiares a cada serviço.** Assim, a atribuição à agência da competência para definir os serviços não desborda dos limites de seu poder regulatório. 8. Não viola a competência legislativa da União lei

federal que disciplina licitações no âmbito de Agência reguladora. Ademais, o legislador atende ao comando do art. 21, XI, da Constituição Federal, ao editar normas específicas atinentes à organização do serviço de telecomunicações. 9. Ação direta conhecida em parte, e, na parte conhecida, julgada parcialmente procedente". (ADI 1.668, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 23.3.2021, grifo nosso)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOVO MARCO REGULATÓRIO DA TELEVISÃO POR ASSINATURA (LEI N. 12.485/2011). SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO (SeAC). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE INICIATIVA. COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL PARA PROPOR ATOS NORMATIVOS DISPONDO SOBRE TELECOMUNICAÇÕES (CRFB, ART. 22, IV) RÁDIO E TELEVISÃO, INDEPENDENTEMENTE DA TECNOLOGIA UTILIZADA (CRFB, ART. 221 E ART. 222, § 5º). LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DE RESTRIÇÕES À PROPRIEDADE CRUZADA (ART. 5º, *CAPUT* E § 1º) E À VERTICALIZAÇÃO DA CADEIA DE VALOR DO AUDIOVISUAL (ART. 6º, I E II). VEDAÇÃO DO ABUSO DO PODER ECONÔMICO E DA CONCENTRAÇÃO EXCESSIVA DO MERCADO (CRFB, ART. 173, § 4º E ART. 220, § 5º). HIGIDEZ CONSTITUCIONAL DOS PODERES NORMATIVOS CONFERIDOS À ANCINE (ART. 9º, PARÁGRAFO ÚNICO; ART. 21 E ART. 22). NOVA FEIÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (CRFB, ART. 37, *CAPUT).* ACEPÇÃO PRINCIPIOLÓGICA OU FORMAL AXIOLÓGICA. EXISTÊNCIA DE PRINCÍPIOS INTELIGÍVEIS (ART. 3º) APTOS A LIMITAR A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS NAS ATIVIDADES DE PROGRAMAÇÃO E EMPACOTAMENTO DE CONTEÚDO AUDIOVISUAL DE ACESSO CONDICIONADO (ART. 10, *CAPUT* E § 1º). INEXISTÊNCIA DE RESERVA CONSTITUCIONAL PARA A IMPOSIÇÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO AO ESTRANGEIRO. VIABILIDADE DE DISTINÇÃO PREVISTA EM LEI FORMAL E PERTINENTE À CAUSA JURÍDICA DISCRIMINADORA. VALIDADE DA EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CREDENCIAMENTO JUNTO À ANCINE PARA EXPLORAÇÃO DAS ATIVIDADES DE PROGRAMAÇÃO E EMPACOTAMENTO (ART. 12), BEM COMO DA PROIBIÇÃO À DISTRIBUIÇÃO DE CONTEÚDO EMPACOTADO POR EMPRESA NÃO CREDENCIADA PELA AGÊNCIA (ART. 31, *CAPUT*, §§ 1º E 2º). REGULARIDADE JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOLICITADAS PELA ANCINE PARA FINS DE FISCALIZAÇÃO QUANTO AO CUMPRIMENTO DAS REGRAS LEGAIS (ART. 13). TÍPICOS DEVERES INSTRUMENTAIS INDISPENSÁVEIS AO EXERCÍCIO DA ORDENAÇÃO ADMINISTRATIVA. PROPORCIONALIDADE DA POLÍTICA DE COTAS DE CONTEÚDO NACIONAL (ARTS. 16, 17, 18, 19, 20, 23). EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS JURÍDICO-POSITIVOS (CRFB, ARTS. 221 E 222, § 3º) E OBJETIVOS MATERIAIS CONSISTENTES. MEDIDA ADEQUADA, NECESSÁRIA E PROPORCIONAL EM SENTIDO ESTRITO. CONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DE TEMPO MÁXIMO DE PUBLICIDADE COMERCIAL (ART. 24). DEVER DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR (CRFB, ART. 170, V). INCONSTITUCIONALIDADE DA

PROIBIÇÃO DA OFERTA DE CANAIS QUE VEICULEM PUBLICIDADE COMERCIAL DIRECIONADA AO PÚBLICO BRASILEIRO CONTRATADA NO EXTERIOR POR AGÊNCIA DE PUBLICIDADE ESTRANGEIRA (ART. 25). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO MÍNIMA PARA A CRIAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO. ULTRAJE AO PRINCÍPIO GERAL DA ISONOMIA (CRFB, ART. 5º, *CAPUT)* ENQUANTO REGRA DE ÔNUS ARGUMENTATIVO. **CONSTITUCIONALIDADE DA OUTORGA DO SeAC POR AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA SEM NECESSIDADE DE PRÉVIA LICITAÇÃO (ART. 29) NA FORMA DO ART. 21, XI, DA LEI MAIOR. OPÇÃO REGULATÓRIA SITUADA NOS LIMITES DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA**. VALIDADE DA IMPOSIÇÃO ÀS CONCESSIONÁRIAS DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS DO DEVER DE DISPONIBILIZAÇÃO GRATUITA DOS CANAIS DE SINAL ABERTO ÀS DISTRIBUIDORAS DO SeAC (ART. 32). COMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL DO ICMS (CRFB, ART. 155, § 2º, X, 'd'). HIGIDEZ DO CANCELAMENTO DO REGISTRO DE AGENTE ECONÔMICO PERANTE A ANCINE EM RAZÃO DE DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CRIADAS PELA LEI (ART. 36). GARANTIA DE EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS. CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE TRANSIÇÃO (ART. 37, §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11). INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. ACOMODAÇÃO OTIMIZADA ENTRE SEGURANÇA E MODERNIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE DA GARANTIA DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. SETOR ECONÔMICO DOTADO DE LIBERDADE DE PREÇOS. (…) 17. O dever constitucional de licitar (CRFB, art. 37, XXI) somente incide nas hipóteses em que o acesso de particulares a alguma situação jurídica de vantagem relacionada ao Poder Público não possa ser universalizado. Destarte, descabe cogitar de certame licitatório quando a contratação pública não caracterizar escolha da Administração e todo cidadão possa ter acesso ao bem pretendido. Ademais, no campo das telecomunicações, é certo que a Constituição admite a outorga do serviço mediante simples autorização (CRFB, art. 21, XI). 18. *In casu*, o art. 29 da Lei nº 12.485/11 viabiliza que a atividade de distribuição do serviço de acesso condicionado seja outorgada mediante a**utorização administrativa, sem necessidade de prévio procedimento licitatório,** o que se justifica diante da nova e abrangente definição do SeAC (art. 2º, XXIII, da Lei nº 12.485/11), apta a abarcar todas as possíveis plataformas tecnológicas existentes (e não apenas cabos físicos e ondas de radiofrequência), bem como diante da qualificação privada recebida pela atividade no novo marco regulatório da comunicação audiovisual. **Inexistência de ofensa material à Constituição de 1988.** (…) 24. Conclusão. Relativamente à ADI 4679, julgo o pedido procedente em parte, apenas para declarar a inconstitucionalidade material do art. 25 da Lei nº 12.485/2011; relativamente às ADI 4747, 4756 e 4923, julgo os pedidos improcedentes". (ADI 4.923, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 5.4.2018, grifo nosso)

É bem verdade que, na primeira oportunidade em que este feito foi incluído em pauta, havia, em tramitação no Congresso Nacional, vários projetos de lei no intuito de retornar a prestação do serviço de transporte

interestadual e internacional de passageiros ao antigo regime de permissão, citando-se o PL 3.819/2020 aprovado pelo Senado Federal (Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8865894&ts=1641504267434&disposition=inline. Acesso em: 3.8.2022).

Ocorre que este mesmo projeto (PL 3.819/2020), que tinha a intenção inicial de retornar ao regime de permissão (e procedimento licitatório), ao ser submetido à deliberação de ambas as Casas Legislativas, acabou sendo bastante alterado, ocorrendo a promulgação da Lei 14.298/2022, com a seguinte redação:

> "Art. 1º. **Esta Lei modifica a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, para alterar regras relativas ao regime de outorga dos serviços de transporte rodoviário coletivo interestadual ou internacional de passageiros**.
> Art. 2º. A Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, passa a vigorar com as seguintes alterações:
> 'Art. 13.....
> V—.....
> a) prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros, vedada a venda de bilhete de passagem;
> .....'(NR)
> 'Art. 47-B. Não haverá limite para o número de autorizações para o serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, salvo no caso de inviabilidade técnica, operacional e econômica.
> Parágrafo único. (Revogado).
> § 1º. O Poder Executivo definirá os critérios de inviabilidade de que trata o caput deste artigo, que servirão de subsídio para estabelecer critérios objetivos para a autorização dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.
> § 2º. A ANTT poderá realizar processo seletivo público para outorga da autorização, observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, na forma do regulamento.
> § 3º. A outorga de autorização deverá considerar, sem prejuízo dos demais requisitos estabelecidos em lei, a exigência de comprovação, por parte do operador de:
> I — requisitos relacionados à acessibilidade, à segurança e à capacidade técnica, operacional e econômica da empresa, de forma proporcional à especificação do serviço, conforme regulamentação do Poder Executivo;
> II — capital social mínimo de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).' (NR)
> Art. 3º. Os operadores deverão possuir inscrição estadual em todas as unidades da Federação em que pretendam operar, para fins de recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).
> Art. 4º. Fica revogado o § 3º do art. 77 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.

> Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação". (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14298.htm. Acesso em 15.3.2023)

O art. 4º do PL acima identificado fora vetado pelo Presidente da República, tendo o referido ato sido derrubado pelo Congresso Nacional, ocorrendo a revogação do § 3º do art. 77 da Lei 10.233/2001 (que cobrava, no caso de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, uma *"taxa de fiscalização de R$ 1.800,00, por ano e por ônibus registrado, pela empresa detentora de autorização ou permissão outorgada pela ANTT").*

Consequentemente, considero que essa matéria seja de conformação político-legislativa, sendo possível ao Parlamento, em consonância com o entendimento da própria autarquia especial (ANTT), escolher por quaisquer das opções constitucionais: concessão, permissão ou autorização (art. 21, XII, alínea e, da CF).

Não obstante compreender que há amparo constitucional para escolha da autorização (art. 21, XII, alínea e, da CF), para afastar qualquer interpretação que possa conduzir à inconstitucionalidade, considero prudente que se afirme que, à luz da Constituição, o art. 13, incisos IV e V, alínea "*e*", além do art. 14, inciso III, alínea "*j*", da Lei 10.233/2001, todos com a redação conferida pela Lei 12.996/2014, que a outorga da prestação de serviço público de transporte coletivo rodoviário interestadual e internacional de passageiros, ainda que dispensada de procedimento licitatório comum, **deva ser concedida de forma impessoal, objetiva, sem exclusividade e em processo seletivo público.**

E, no caso concreto, essa concretude está bem placitada na Resolução 4.770/2015 da ANTT. (Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00004770&seqAto=000&valorAno=2015&orgao=DG/ANTT/MT&cod_modulo=420&cod_menu =. Acesso em: 3.8.2022)

Ou seja, qualquer pessoa jurídica que preencha os requisitos ali contidos (acrescido aos requisitos previstos na nova Lei 14.298/2022), de forma objetiva e impessoal, poderá requerer o termo de autorização, o qual será concedido **"sem caráter de exclusividade"** e exercido em liberdade de preços dos serviços e de tarifas.

Igualmente, haverá processo seletivo público quando se observarem mais transportadoras interessadas do que vagas disponíveis, tal como assentado na Resolução ANTT 5.072, de 12 de abril de 2016. (Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/

UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&num_ato=00005072&sgl_tipo=RES&sgl_orgao=DG/ANTT/MT&vlr_ano=2016&seq_ato=000. Acesso em: 3.8.2022)

Esse modelo evita prejuízo à livre-iniciativa, trazendo contornos constitucionais da ordem econômica à prática de mercado de interesse público relevante, qual seja, prestação de serviço de transporte rodoviário de passageiros, sem utilização de infraestrutura, a título precário.

Essas disposições, em boa medida, já estão asseguradas na novel legislação (Lei 14.298/2022), a qual dispõe que "*A ANTT poderá realizar processo seletivo público para outorga da autorização, observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, na forma do regulamento*", *além de prever o cumprimento de "requisitos relacionados à acessibilidade, à segurança e à capacidade técnica, operacional e econômica da empresa, de forma proporcional à especificação do serviço, conforme regulamentação do Poder Executivo*". Como aquela previsão faz remissão à regulamentação do ANTT, considero que seja prudente realizar-se essa observação para que não ocorra retrocesso legislativo ou administrativo.

3) Voto

Ante o exposto, voto por conhecer a ADI 5549 e julgá-la improcedente, acompanhando o relator. É como voto.