



Pedro Krassuski Fonseca

**AUTORIZAÇÃO NO SETOR DE TRANSPORTE COLETIVO
INTERESTADUAL: COMO O STF CARACTERIZA O
INSTRUMENTO NA ADI 5.549**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob orientação da/do
Professor Ricardo A.
Kanayama**

SÃO PAULO

2024

Agradecimentos

A entrega desta monografia conclui uma série de marcos de um ano extremamente desafiador, transformador e recompensador. Entre diversas situações inusitadas em que me meti, pensar o direito com a profundidade que uma pesquisa como esta exige foi uma das experiências mais desafiantes.

De todas as engenhosidades da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, a “jornada da monografia” é uma das mais belas. Por nove meses somos convencidos da capacidade transformadora de uma pesquisa e como é possível, ao serem metodologicamente acuradas e inovadoras, que contribuam diretamente com o debate público sobre o tema. Esse cenário é possível, no entanto, não reflete a realidade da maioria das monografias entregues anualmente.

Em uma análise superficial dessa constatação, é possível questionar qual o sentido da produção de milhares de páginas de pesquisa jurídica anualmente, uma vez que exista grande chance dessas páginas não serem lidas por outros que não a próxima turma da Escola de Formação. Essa visão é possível, mas somente para quem entende a capacidade transformadora de uma pesquisa circunscrita a seu grau de influência no debate público.

Ao meu ver, o verdadeiro propósito da monografia exige um olhar mais sensível sobre o que se é a *capacidade de transformação* de uma pesquisa - talvez só seja possível esse olhar por quem viveu essa jornada.

Esta e tantas outras monografias podem não ser capazes de transformar o debate público sobre o objeto estudado, mas sem sombra de dúvidas transformaram a pessoa responsável pela pesquisa. Passar por esse processo transforma a forma que olhamos o direito, nos condiciona a buscar a excelência com honestidade e humildade, sem nunca deixar de firmar com clareza as nossas opiniões sobre o que acontece ao nosso redor e fundamentá-las de forma consistente e racional.

Nove meses atrás, quando observava as bases de pesquisas das turmas passadas, isso era tudo que via: pesquisas. Agora, após essa rigorosa jornada, ao entrar nas bases de pesquisa, vejo centenas de articuladores do direito capazes de se desafiar e trabalhar para buscar a melhor alternativa jurídica possível para todos. Vejo um legado inestimável de gerações e gerações de pessoas que aprenderam e buscaram pensar diferente. Me sinto grato e honrado em saber que sou apenas mais um dos transformados por essa visão.

Toda essa jornada não seria possível sem uma série de pessoas que me apoiaram e enfrentaram comigo todo esse processo. Gostaria de agradecer minha mãe e meu pai, Daniele e Paulo, por todo o amor e motivação. Vejo em vocês todas as minhas características das quais mais me orgulho.

Gostaria de agradecer Milena, meu aconchego, pela persistência e cuidado em todos os momentos desafiantes deste ano. Ainda, agradecer aos meus grandes amigos Rodrigo Cuéllar Bockmann Moreira e Thomás Danelon. Sem o inestimável apoio de vocês e as infinitas seguradas de barra em todos os momentos que *o pulo foi maior que a perna*, essa monografia não existiria.

Agradeço a todas as amigadas e constante apoio da turma 2024 da Escola de Formação. Espero que tenha impactado positivamente vocês da mesma forma que fui impactado. Agradeço aos coordenadores do curso, Yasser Gabriel e Mariana Vilella, pela brilhante condução e apoio. Agradeço a monitora Manuella Faray por toda a proatividade, gentileza e disposição durante todo esse processo.

Por fim, deixo um agradecimento especial ao meu orientador Ricardo Kanayama. Sua paciência e compreensão, somadas a uma inteligência ímpar, se refletem em todos os acertos existentes nas próximas páginas. Naturalmente, todos os erros ou imprecisões são de minha exclusiva responsabilidade.

Muito obrigado e boa leitura!

Pedro Krassuski Fonseca.
São Paulo, 21 de novembro de 2024.

Resumo: O objetivo da pesquisa é a investigação, por meio da metodologia de estudo de casos, de como o STF caracteriza os elementos essenciais do instrumento da autorização na delegação do serviço público de transporte público coletivo interestadual. Para isso, é realizada uma análise da evolução da jurisprudência e identificado alguns pontos de tensão durante o desenvolvimento dessa jurisprudência. Esses pontos de tensão, considerados lacunas normativas-jurisprudenciais são então analisados como os elementos essenciais do instrumento, buscando observar se eles foram preenchidos na ADI 5.549 e qual foi a qualidade desse preenchimento. Assim, visando entender duas perguntas finais: Quais são os elementos essenciais do instrumento de autorização no setor de transporte público interestadual? A ADI 5.549 aumenta ou reduz a insegurança jurídica sobre o instrumento de autorização no setor?

Palavras-Chaves: Autorização; Serviço Público; Transporte Público Coletivo Interestadual; Supremo Tribunal Federal; Inexigibilidade de Licitação; Discricionariedade da Administração Pública.

Acórdãos Citados: ADI 5.549; ADI 7.241; ADI 4.338; ADI 4289; RE 214382; RE 74952; MS 23137; RE 74227; RMS 10233.

Lista de ilustrações, gráficos, tabelas

- Tabela 1 - Fichamento RMS 10233
- Tabela 2 - Fichamento RE 74227
- Tabela 3 - Fichamento RE 74952
- Tabela 4 - Fichamento RE 214382
- Tabela 5 - Fichamento MS 23137
- Tabela 6 - Fichamento STA-AgR 73-2
- Tabela 7 - Fichamento ADI 4.338
- Tabela 8 - Fichamento ADI 4.289
- Tabela 9 - Fichamento ADI 5.549
- Tabela 10 - Fichamento ADI 7.241
- Tabela 11 - Tema dos Acórdãos Mapeados
- Tabela 12 - Principais temas identificados em cada acórdão
- Tabela 13 - Peças selecionadas
- Tabela 14 - Fichamento voto Min. Luiz Fux
- Tabela 15 - Fichamento voto Min. Nunes Marques
- Tabela 16 - Fichamento voto Min. Alexandre de Moraes
- Tabela 17 - Fichamento voto Min. Roberto Barroso
- Tabela 18 - Fichamento voto Min. Dias Toffoli
- Tabela 19 - Fichamento voto Min. Gilmar Mendes
- Tabela 20 - Fichamento voto Min. André Mendonça

Lista de abreviaturas e siglas

DNER - Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

STF - Supremo Tribunal Federal

CF - Constituição Federal

TPC - Transporte Público Coletivo

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres

PGR - Procuradoria Geral da República

AGU - Advocacia Geral da União

Min. - Ministro

Sumário

1. Introdução (p. 8)

1.1. A autorização como instrumento de delegação de serviços públicos (p. 9)

1.2. O contexto da ADI 5.549 (p. 12)

1.3. A evolução da utilização da autorização no setor de TPC interestadual na jurisprudência do STF (p. 14)

2. Metodologia (p. 31)

2.1. O universo de acórdãos sobre o tema no Supremo Tribunal Federal (p. 31)

2.2. Objetivo da utilização da metodologia de estudo de caso (p. 34)

2.3. O recorte Material (p. 37)

3. A ADI 5.549 (p. 38)

3.1. A manifestação da Procuradoria Geral da República (p. 39)

3.2. A manifestação da Advocacia Geral da União (p. 40)

3.3. A manifestação da ANTT (p. 40)

3.4. A manifestação do Congresso Nacional (p. 42)

3.5. A manifestação dos amicus curiae (p. 42)

3.5.1. A manifestação da ABRATI (p. 42)

3.5.2. A manifestação da APDA (p. 43)

3.5.3. A manifestação da Amobitec (p. 44)

3.6. O acórdão (p. 44)

3.6.1. O voto do Min. Luiz Fux (p. 44)

3.6.1.1. As premissas teóricas e os argumentos em obiter dictum (p. 44)

3.6.1.2. Os argumentos em ratio decidendi conclusiva (p. 52)

3.6.2. Os votos concordantes com o relator (p. 55)

3.6.3. Os votos dissidentes (p. 62)

4. Conclusão (p. 66)

5. Referências bibliográficas (p. 70)

1. Introdução

O objetivo da pesquisa é a investigação, por meio da metodologia de estudo de caso, sobre como o STF caracteriza os elementos essenciais de funcionamento do instrumento da autorização, especificamente na delegação do serviço público de transporte público coletivo interestadual.

Primeiramente, para a realização desta investigação, é descrito brevemente o debate teórico sobre o instituto da autorização e a sua relevância - e desafios - como instrumento de transmissão de serviço público. Após isso, é apresentado, ainda em caráter introdutório, os principais fatos que ensejaram a ADI 5.549.

Após a devida contextualização ao leitor do instrumento de autorização e do caso paradigmático analisado, é realizada uma análise da evolução da jurisprudência. Nessa análise, para além da apresentação da progressão histórica de aplicação do instrumento no setor, são identificados alguns pontos de tensão durante o desenvolvimento dessa jurisprudência.

São definidos como pontos de tensão a falta de clareza acerca dos elementos essenciais que constituem o instrumento, as obrigações e deveres gerados aos privados outorgados, a segurança e previsibilidade jurídica na rescisão do instrumento e os critérios existentes para a outorga da autorização.

Esses pontos de tensão, considerados lacunas normativas-jurisprudenciais são então delimitados na metodologia e analisados como os elementos essenciais do instrumento. Por fim, após a delimitação dos elementos, busca-se observar se eles foram preenchidos na ADI 5.549 e qual foi a qualidade desse preenchimento. Assim, visando entender duas perguntas finais: Quais são os elementos essenciais do instrumento de autorização no setor de transporte público interestadual? A ADI 5.549 aumenta ou reduz a insegurança jurídica sobre o instrumento de autorização no setor?

1.1. A autorização como instrumento de delegação de serviços públicos

A autorização é um dos instrumentos jurídicos elegidos pela Constituição Federal nos artigos 170, parágrafo único¹, e artigo 21, incisos XII², para a transmissão de titularidade prestacional do serviço público estatal ao privado. O instrumento, principalmente em virtude das lacunas normativas na definição de seus quesitos elementais, e pelas evoluções econômicas e tecnológicas dos mais variados setores, sofreu diversas mudanças em suas características jurídicas ao longo do tempo.

Inicialmente, entendia-se, jurisprudencialmente e doutrinariamente, a autorização como um instrumento precário de natureza emergencial, ou apenas de natureza meramente formal - na conclusão de um processo de delegação de serviço público nos termos do art. 175, via concessão ou permissão, seria "autorizado" a outorga, via a autorização³. Essa definição vinha justamente em razão do art. 175 da CF, que exige duas condições para a delegação do serviço público ao privado: (i) que ocorra por meio de processo licitatório; e (ii) que seja pelo instrumento da permissão ou concessão.

No entanto, essa posição, dominante na jurisprudência e doutrina inicialmente, não partia de uma previsão expressa na CF sobre as características do instrumento. Mas sim em razão (i) da inferência supramencionada, que baseava-se na interpretação de uma artigo que não tratava do instrumento - portanto, uma interpretação pela exclusão - e (ii)

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

² Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

³ NESTER, Alexandre Wagner. Autorizações de Serviços Públicos. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019. p. 198.

na definição doutrinária de outros termos não definidos pela norma e em constante disputa, como o conceito de serviço público.

Dessa forma, com a evolução da interpretação desses demais conceitos, alinhados ao princípio da interpretação íntegra e unitária da CF⁴, foram sendo desenvolvidas visões distintas sobre a natureza e elementos essenciais do instrumento. Somado a essa evolução jurisprudencial e doutrinária, o desenvolvimento e disrupção tecnológica de diversos setores anteriormente categorizados como serviços públicos, iniciou um processo de reorganização das formas de exploração da atividade econômica e dos meios estatais de intervenção na ordem econômica⁵.

Em razão desse processo, o instrumento de autorização deixou de ser um instrumento precário de natureza meramente formal ou declaratório para se tornar um meio legítimo na organização de mercados regulados capaz de viabilizar alternativas mais eficientes para a prestação de atividades de relevante interesse público. No detalhamento dessa nova construção interpretativa, destaca-se a posição de Marçal Justen Filho⁶:

Não se outorga autorização de serviço público, ressalvadas hipóteses anômalas e transitórias. Admite-se tradicionalmente que o Estado edite autorização para que particulares “desempenhem” atividades de serviço público, em tais situações. O exemplo típico é a greve ou a calamidade [...] Mas essa é uma situação tão excepcional que não faria sentido que a Constituição a ela se referisse. Tanto é assim que o art. 175, ao disciplinar os serviços públicos, alude apenas às alternativas de prestação direta pelo Estado ou de sua delegação a particulares mediante concessão ou permissão. Não há referência alguma, naquela regra específica, à figura da autorização. [...] Outra acepção para o vocábulo autorização, referida anteriormente,

⁴ Sicca, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição – Verfassungskonforme Auslegung – no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 36, n. 143, jul./set. 1999, p. 19-23.

⁵ NESTER, Alexandre Wagner. Autorizações de Serviços Públicos. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019. p. 198.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 2013, p. 842

consta do art. 170, parágrafo único, da CF/1988. Ali está previsto que as atividades econômicas são desempenhadas sob regime de livre-iniciativa, “independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Existe, então, outra modalidade de autorização, que se destina a remover um impedimento ao desempenho de atividades privadas, em casos em que assim for exigido por lei. Nessas hipóteses, a autorização envolve certas atividades econômicas em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado. Quando o vocábulo for utilizado nessa acepção, a autorização não versará sobre serviço público. Adota-se a orientação de que o art. 21, XI e XII, da CF/1988 utiliza a expressão autorização no segundo sentido. Nessas passagens, a Constituição reconhece que determinadas atividades podem constituir objeto de serviço público (prestadas diretamente pelo Estado ou delegadas a particulares mediante concessão ou permissão) como também podem ser qualificadas como atividades econômicas privadas (exploradas por particulares mediante uma autorização).

Essa visão moderna do instituto de autorização preconiza a visão do estado em termos gerenciais, em conformidade com o disposto no art. 174 da CF:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Nesse sentido, o objetivo da utilização do instrumento da autorização em setores regulados visa (i) a ampliação de agentes atuantes para a realização de atividade econômica em sentido estrito, aumentando a oferta dos serviços, a inovação do setor, e a diversidade de prestações ao usuário; (ii) o aumento da prestação das atividades em sentido de serviço público, incentivando a eficiência e potencializando a universalização dos serviços públicos.

Essa interpretação moderna do instrumento, apesar de dominante em determinados setores, uma vez que já se configura como o principal instrumento jurídico para regulação dos respectivos, ainda não é um consenso doutrinário e jurisprudencial. Essa falta de consenso se mantém em razão da inegável lacuna normativa e falta de delimitação na carta constitucional dos conceitos de serviço público (art. 175) e autorização (art. 21 e art. 170), sobre quais são as características da autorização e, especialmente, para quais as atividades econômicas (na divisão entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito) é aplicável o instrumento.

Portanto, sinteticamente, é possível identificar duas principais vertentes de conceitualização do instrumento à luz da CF:

- i) a autorização no sentido fraco, instrumento precário, provisório, discricionário, para, por exemplo, a autorização da realização dos serviços de açougue em um município pequeno. A discussão em especial se trata sobre o grau de discricionariedade da autorização, questionando-se se a autorização para atividades econômicas em sentido estrito seria discricionário ou vinculada (estando presentes os requisitos formais, a administração pública é obrigada a aceitar).
- ii) a autorização no sentido forte, instrumento para a delegação de atividades de relevante interesse público, como telecomunicações, energia elétrica, setor portuário, entre outros.

Ao tratarmos do setor de TPC interestadual, o conceito de autorização utilizado é em seu sentido forte.

1.2. 1.2. O contexto da ADI 5.549

A ADI 5.549/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux, condensa duas ações de inconstitucionalidade acerca de dispositivos da Lei 12.996/2014 e normas reguladoras publicadas pela ANTT. Ambas as ações buscam, justamente, a inconstitucionalidade de novo marco regulatório que transforma o instrumento de autorização como a única forma de transmissão de titularidade de linhas de TPC interestadual e internacional de

passageiros sem a exploração de infraestrutura - categoria que engloba a absoluta maioria dos transportes rodoviários realizados no país.

As ADIS 5549 e 6270, julgadas coletivamente, foram apresentadas pela Procuradoria-Geral da República (PGR) e pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros (Anatrip), respectivamente⁷.

A Lei 12.996/2014, que foi complementada por meio de medida provisória, disciplina o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores, tendo, em seus dispositivos, a seguinte regulação acerca do TPC:

“Art. 3º A Lei n º 10.233, de 5 de junho de 2001, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 13 [Sem mudanças no caput]

[...] 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.”

Percebe-se, portanto, que não ocorreu a exclusão completa de outros instrumentos de transmissão. No entanto, na atividade setorial de maior relevância, a única modalidade permitida tornou-se a autorização. Tanto na fundamentação da Procuradoria-Geral da República (PGR), quanto na Associação Nacional das Empresas de Transporte Rodoviário Interestadual

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF inicia julgamento sobre necessidade de licitação para transporte interestadual de passageiros. Publicado em: 17 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504152&ori=1>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2025.

de Passageiros (Anatrip), a inconstitucionalidade foi arguida principalmente em razão da suposta violação ao art. 175 da CF.

Para além da discussão acerca de quais eram os elementos da autorização e a sua conseqüente constitucionalidade, o julgamento também discutiu a legitimidade regulatória da ANNT para produção de normas reguladoras decorrentes de processo de delegação normativa. Somado a isso, foi discutido se as alterações regulamentares ocorridas por meio da Deliberação 955/2019 ocorreram sobre o devido processo legal. Ambas as questões não são objeto desta pesquisa.

Ainda, um dos pontos de discussão - também não objeto desta pesquisa - foi o acórdão 559/2021-Plenário, de 17/3/2021, do TCU. No respectivo acórdão foi proferido medida cautelar em face da ANTT, exigindo a elevação dos standards regulatórios no setor, para garantir a adequada prestação dos serviços - no entanto, foi mantida a possibilidade de delegação via autorização como atinente a esses standards necessários.

Por fim, após a manifestação das partes e amicus curiae legitimados, ocorreu o julgamento conjunto de ambas as ADIs, declarando a constitucionalidade dos dispositivos legais mencionados e qualificando o instrumento da autorização para o setor de TPC interestadual. As demais questões serão analisadas na seção 3.

1.3. A evolução da utilização da autorização no setor de TPC interestadual na jurisprudência do STF

A jurisprudência do STF acerca do tema sempre teve um grande desafio: compatibilizar um regime jurídico com diversas questões em aberto desde antes da promulgação da CF de 88 com a realidade econômica de um setor essencial e já há décadas consolidado na realidade brasileira.

Com base nesses desafios, a atuação do STF foi, no sentido figurado e literalmente, com o *ônibus já em movimento*. Ao mapearmos os julgados sobre o setor que tem como tema os modais de transmissão da titularidade de exploração do TPC, é possível identificar uma série de questões que permeiam diferentes regimes constitucionais: os conflitos relativos à

discricionariedade nas transmissões de titularidade, os conflitos relativos a exigibilidade ou não da licitação, os conflitos de competência legislativa, entre outros.

Acerca dos conflitos relativos à discricionariedade nas transmissões de titularidade, diversas vezes eles suscitaram debates sobre a sua constitucionalidade e formas da intervenção judicial ampliar a segurança jurídica do setor. São esses os casos dos seguintes acórdãos:

Tabela 1 - Fichamento RMS 10233

Acórdão, ano e relatoria	RMS 10233; 1966; Min. Oswaldo Trigueiro
Resultado do Acórdão	Procedência, por unanimidade de votos.
Questão em disputa	Empresa de ônibus com permissões intermunicipais no estado de Santa Catarina requer, via mandado de segurança, a obtenção de permissão para exploração de linhas entre cidades do estado de Santa Catarina com cidades do Paraná. Segundo a empresa, foi demonstrado sua capacidade técnica, viabilidade da operação e alta demanda de passageiros. Portanto, seria necessário a obtenção da permissão de forma vinculada.
Síntese da decisão	Problema de competência - não cabe a nenhuma instância administrativa catarinense ou paranaense conceder a permissão, e sim a autoridade federal. Além disso, inexistente direito líquido e certo, uma vez que a exploração de TPC é atividade de utilidade pública, sujeita a controle administrativo. No voto do relator, esse controle da autoridade pública é discricionário.

O caso específico apresenta uma série de erros materiais que reduzem seu impacto jurisprudencial e sua análise na contemporaneidade. Exemplificadamente: (i) o regime jurídico aplicável não era da CF de 88, embora os artigos mencionados no acórdão tenham sido reproduzidos na Carta Magna vigente; (ii) não foi realizado procedimento administrativo que constatasse a viabilidade técnica da operação e o impacto, por exemplo, no tráfego inter e intra estaduais; (iii) foi arguido mandado contra autoridade administrativa que não detinha competência para outorgar permissões interestaduais, as quais somente poderiam ser concedidas na época pelo DNER.

No entanto, este que é o acórdão mais antigo sobre o tema, já demonstra um dos principais dilemas sobre o tema e os mecanismos de transmissão: o escopo de discricionariedade estatal na transmissão de titularidade do serviço público de TPC interestadual. Conforme demonstrado, essa discricionariedade não só é questionada sobre a possibilidade de renovação e revogação dos modais de transmissão - responsáveis pelo aumento da precariedade do instrumento e redução da segurança jurídica das relações entre Estado e particular - mas também sobre qual é a margem de discricionariedade da autoridade para impedir a entrada de novos agentes no mercado, reduzindo a previsibilidade e concorrência no setor.

Essas discussões se aprofundam conforme o setor se moderniza e o instrumento de autorização para transmissão das linhas se populariza. Porém, o acórdão acima demonstra como os desafios acerca da discricionariedade já são uma característica setorial - com seus reflexos jurídicos - há décadas.

Outro exemplo que demonstra a insegurança jurídica existente no setor em decorrência de uma ausência de clareza sobre o escopo de discricionariedade da administração e as características jurídicas de cada modalidade de transmissão da exploração do serviço é o RE 74227:

Tabela 2 - Fichamento RE 74227

Acórdão, ano e relatoria	RE 74227; 1972; Min. Barros Monteiro
Resultado do Acórdão	Procedência, por unanimidade.
Questão em disputa	Ação interpretada contra DNER por companhia de TPC interestadual que recebeu autorização, de caráter emergencial, para realização de transporte entre São Luís do Maranhão e Rio de Janeiro. No entanto, após a realização de altos investimentos e operação por 30 dias a autorização foi abruptamente revogada. Assim, a companhia interpelou ação para regularizar a situação do título precário e compelir o DNER a transmitir a titularidade de exploração do serviço via concessão permanente.
Síntese da decisão	Inadmissibilidade do recurso, uma vez que a dissidência jurisprudencial afirmada inexistia.

No respectivo caso, o qual o tribunal optou por não adentrar no mérito, mantendo sem uma resposta definitiva diversas lacunas jurídicas, é exemplificado com clareza as consequências da ausência de segurança jurídica no setor. No caso concreto, a empresa foi contratada via autorização emergencial para prestação de uma linha de TPC interestadual. Para explorar essa linha o particular realizou uma série de investimentos na operação, com a aquisição de uma frota de 10 veículos e a construção de uma oficina. Após a operação da linha por 30 dias e a realização dos investimentos, a autorização foi revogada de forma discricionária e imotivada pelo DNER, a autoridade competente.

Na arguição do requerente, foi defendido que a empresa, ao ter atendido todos os requisitos técnicos operacionais para receber a autorização, autorização esta que detinha um período determinado e previsível de exploração da linha, somado aos grandes investimentos que viabilizaram a operação, claramente adquiriu o direito à exploração do serviço em questão. Tratando-se a autorização, portanto, de fato gerador de direito subjetivo, com dever de ser protegido ou indenizado. Ao não ser julgado se o exercício arbitrário do poder de revogar autorizações pelo órgão competente gera direito subjetivo ao particular lesado, a decisão reforça a insegurança jurídica e instabilidade no setor.

Além disso, ao observarmos a decisão, é perceptível a disparidade de robustez⁸ entre os modais de concessão e permissão com a modalidade de autorização na época. Não só a decisão mantém em aberto a capacidade de geração de direito subjetivo em casos de autorização, como a própria parte busca reverter o instrumento de autorização em um instrumento/contrato de permissão e concessão, a fim de mitigar a sua precariedade.

Conforme demonstrado no acórdão acima, a autorização com alto grau de precariedade e sendo utilizada rotineiramente pelos órgãos

⁸ Entende-se por robustez as características essenciais do instrumento capazes de ampliar a sua segurança jurídica, como a sua precariedade, os encargos e divisão de riscos presentes na modalidade, e o escopo de utilização do instrumento para a transmissão de titularidade.

administrativos cria uma série de instabilidades e segurança jurídica para o particular que busca explorar o serviço. No entanto, percebe-se que essa falta de robustez da modalidade também era instrumentalizada por particulares para mitigar os custos de transação envolvidos na obtenção de titularidade para exploração em detrimento de outros particulares e da ampla concorrência. Esse cenário é identificável no acórdão abaixo:

Tabela 3 - Fichamento RE 74952

Acórdão, ano e relatoria	RE 74952; 1973; Min. Thompson Flores
Resultado do Acórdão	Improcedência, por unanimidade.
Questão em disputa	Empresa operava linha interestadual por meio de autorização emergencial, tendo realizado altos investimentos para viabilizar a operação. No entanto, foi informada pelo DNER que sua autorização seria revogada, uma vez que seria realizado processo seletivo para a exploração da linha. A empresa, então, negou-se a participar do processo seletivo e buscou reverter a sua autorização em concessão permanente da linha, haja visto a geração de direito subjetivo.
Síntese da decisão	Improcedência em virtude da alternativa apresentada pelo DNER, realização de processo seletivo para concessão definitiva da linha, atendia aos requisitos de legalidade e eficiência. Portanto, tendo a empresa optado por não participar do processo seletivo de forma autônoma, não teria como exigir a concessão permanente da linha.

O caso demonstra como a ausência de clareza sobre as particularidades do instrumento - e o não saneamento de questões jurídicas essenciais pelo tribunal, como a capacidade da autorização gerar direito subjetivo e com é amodulação de efeitos a depender das circunstâncias materiais do caso - fragiliza toda a operação do setor.

É necessário destacar as diferenças entre a forma que eram concedidas autorizações na época e atualmente. Atualmente, a autorização é concedida para todos os particulares que demonstrarem a capacidade técnica, operacional e econômica - salvo exceções em que a infraestrutura rodoviária de determinada linha tenha limitações técnicas que reduzam a capacidade de agentes explorando concomitantemente, cenário onde é realizado processo seletivo entre os proponentes. Na época as autorizações,

permissões e concessões permanentes eram transmitidas para apenas um ou um seletivo grupo de explorados, que possuíam titularidade de exploração exclusiva da linha, por determinado período de tempo.

Assim, ao buscar a reversão da autorização emergencial em permanente, o particular buscava burlar o processo seletivo para a obtenção das linhas, obtendo vantagem competitiva indevida aos demais particulares que se habilitaram para realizar o processo em conformidade com a lei. Demonstrando mais uma vez, o alto grau de incerteza e de conflitos que se originava da ausência de consolidação dos instrumentos e dos limites da discricionariedade administrativa.

Somado aos conflitos consequentes do alto grau de incerteza, percebe-se uma tentativa de regularização jurídica do setor conjunta entre os órgãos administrativos e judiciais. É identificável aqui uma tentativa do DNER aumentar a segurança jurídica dos instrumentos de exploração das linhas por meio da realização de processos seletivos ou processos licitatórios.

Ou seja, instaurando uma série de editais para procedimentos de seleção em que os vencedores obteriam a titularidade por instrumentos vistos como mais robustos, como a concessão e permissão. Somado a isso, após a conclusão do certame, os demais instrumentos/contratos precários existentes anteriormente seriam revogados, sendo esses particulares avisados previamente pelo órgão da necessidade de participar do processo seletivo para obtenção da linha em definitivo. Complementar a atuação administrativa, o STF aparenta reforçar a diretriz por meio do prestígio a realização do processo seletivo e declaração de ilegalidade das operações realizadas em precariedade.

Já sobre o regime da CF de 88, percebe-se que esse direcionamento - novos processos seletivos e anulação de transmissões precárias - enfrentou uma série de desafios quando contrastados com a realidade do setor, como destaca o acórdão RE 214382:

Tabela 4 - Fichamento RE 214382

Acórdão, ano e relatoria	RE 214382; 1999; Min. Octávio Gallotti
Resultado do Acórdão	Procedência, por unanimidade.
Questão em disputa	A empresa responsável pela exploração da linha Aracaju-Fortaleza confessa que a explora de forma absolutamente precária, sem nenhum instrumento de autorização, permissão ou concessão vigente. No entanto, reforça que deve continuar explorando a linha até que seja realizada uma nova licitação e transmissão permanente do serviço. Por outro lado, a União e os interessados argumentam na inconstitucionalidade da exploração, uma vez que TPC interestadual é serviço público e que portanto, conforme o art. 175, deve ser sempre precedida de licitação.
Síntese da decisão	Decide pela inconstitucionalidade da exploração da linha, mas não por não ser precedida de licitação, em contraste com o art. 175. Decide-se pela inconstitucionalidade por não estar sendo explorada em nenhum dos regimes previstos no art. 21, inciso XII, alínea "e", sendo eles a permissão, concessão e autorização.

O acórdão em questão é extremamente relevante para entender a persistência dos conflitos e contradições entre a realidade do setor e o desenho jurídico existente. Destacam-se 3 principais conflitos no acórdão: (i) legalidade vs. continuidade da prestação; (ii) tentativa de regularização do setor pelo DNER e União vs. inconsistências na realidade; (iii) exigência legal de licitar vs. exigência de aplicação do regime do art. 21, inciso XII, alínea "e".

No primeiro aspecto, percebe-se que a exploração precária claramente fere as previsões constitucionais. Tanto em uma previsão abrangente do art. 175 - TPC é serviço público, logo deve ser licitado nos regimes de concessão ou permissão - , quanto em uma previsão restrita do art. 21, inciso XII, alínea "e" - TPC interestadual é de competência da união e pode ser delegado via autorização, permissão e concessão.

Porém, mesmo com a clara ilegalidade, por uma falha de planejamento e execução federal e do DNER, as medidas de regularização das transmissões, como a realização de licitações ou expedição de autorizações para a respectiva linha, ainda não foram realizadas. Assim, se

paralisada a operação precária em razão de sua ilegalidade, não haverá outra alternativa imediata - que não a prestação direta pela União - para garantir a continuidade da prestação do serviço à população. No caso, foi paralisada a operação em razão da ilegalidade, não se tendo informações acerca da qualidade da prestação do serviço após a decisão ou se eles de fato foram prestados.

No segundo aspecto, percebe-se que a diretriz de regularização do setor pela DNER apresentada anteriormente - anulação das delegações precárias administrativa ou judicialmente e realização de novas delegações via processo de seleção - apresenta uma série de dificuldades para ser executada. Conforme apontado no voto do Min. Relator, o DNER foi incapaz de realizar uma série de licitações necessárias para regularização de diversas linhas, precisando a União emitir decreto, em 1993⁹, para renovar automaticamente uma série de autorizações e permissões.

Essa alternativa ocorreu em razão da incapacidade de realizar os procedimentos licitatórios necessários para a regularização das transmissões, mas sendo necessário que as empresas que operavam de forma irregular continuassem operando. Criando assim, um meio-termo, uma *bolha de legalidade*, onde as empresas operavam em linhas que não obtiveram por processo de seleção ou licitatório, mas não eram consideradas precárias por estarem vencidas.

Essa situação gerava uma série de contradições apontadas pelo Min. Relator, como é o caso do argumento da União e de uma terceira empresa interessada acerca da inconstitucionalidade da operação julgada no acórdão. De acordo com os recorrentes, a operação seria inconstitucional pois o TPC interestadual era indiscutivelmente um serviço público, nos termos do art.

⁹ Art. 94 do Decreto 952-93:

“Art. 94. Ficam mantidas, sem caráter de exclusividade, pelo prazo de quinze anos, prorrogável por igual período, as atuais permissões e autorizações, decorrentes de disposições legais e regulamentares anteriores.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo o Ministério dos Transportes promoverá, no prazo de duzentos e dez dias, a adaptação das atuais permissões e autorizações às disposições deste Decreto.”

175. Sendo, portanto, necessária a realização de licitação e delegação nos modais de concessão ou permissão para que fosse operada - o que não ocorreu no caso.

No entanto, a União realizou a renovação automática de diversas linhas de TPC sem licitação. Inclusive, a própria empresa que arguiu pela inconstitucionalidade daquela operação também operava linhas que foram renovadas automaticamente, sem a realização de licitação. Demonstrando assim, as inconsistências jurídicas ainda enraizadas em todo o dia-a-dia do setor e como a tentativa de regularização setorial estava falhando em sua execução.

Partindo para o terceiro aspecto, provavelmente visando não declarar a inconstitucionalidade por cascata de centenas de linhas operadas no país, o Min. Relator optou por não considerar o argumento de que somente seriam constitucionais linhas operadas no regime exposto no art. 175. Assim, a decisão não entra no mérito da existência de um dever legal de licitar, em razão de se tratar da transmissão ao particular de um serviço público. Mas sim, declara que o TPC interestadual deve seguir os termos expostos no art. 21, inciso XII, alínea "e", sendo necessário que sua delegação ocorra por um dos três modais previstos na norma, sendo eles a autorização, permissão ou concessão. Portanto, sendo inconstitucional a continuidade da operação do acórdão em específico por não ser executada em nenhuma das três modalidades.

Esse acórdão é de extrema relevância ao demonstrar a complexidade dos desafios jurídicos e factuais do setor. Mais do que isso, demonstra a evolução da jurisprudência atinente às mudanças para o regime constitucional da CF de 88, em especial indicando uma tendência - que posteriormente se confirmará - em não entender o art. 175 sobre uma perspectiva extensiva, obrigando todas as atividades de relevante interesse público a serem delegadas por meio dos requisitos do artigo.

No entanto, mesmo sanada a necessidade de transmissão de titularidade por uma das 3 modalidades previstas no art. 21, inciso XII,

alínea “e”, a possibilidade de renovação automática discricionária das vias continuou sendo objeto de questionamento sobre sua constitucionalidade. O MS 23137 demonstra isso:

Tabela 5 - Fichamento MS 23137

Acórdão, ano e relatoria	MS 23137; 2003; Min. Carlos Velloso
Resultado do Acórdão	Decadência, por unanimidade.
Questão em disputa	Ação para a suspensão de decreto que renova, de forma discricionária, por mais 15 anos, as permissões e autorizações já preexistentes.
Síntese da decisão	O Decreto 2.521/98, que foi objeto da ação, renova automaticamente as permissões e autorizações preexistentes pela segunda vez, nos exatos termos do Decreto 952/93. Assim, sendo necessário contar o prazo de decadência a partir do decreto original, tendo, portanto, decaído o prazo.

Na respectiva ação, foi julgado o Decreto 2.521/98 que, nos termos do art. 94 do Decreto 952/93, prorrogava por igual período de 15 anos, sem caráter de exclusividade, as atuais permissões e autorizações, decorrentes de disposições legais e regulamentares anteriores. Entre os argumentos apresentados pelo impetrante, destacam-se:

- (i) A manutenção das atuais permissões e autorizações sem o adequado processo licitatório fere o art. 175 da CF, que exige a delegação de serviços públicos sempre por meio de licitação;
- (ii) A situação de constantes prorrogações gera um ambiente de clandestinidade no setor, impedindo a criação de novas linhas nas mesmas áreas que atenderiam com maior eficiência e qualidade os usuários e o poder público;

(iii) Em razão da reserva de mercado e redução da concorrência, os preços de tarifa aplicados no setor são extremamente altos e não atendem aos critérios de modicidade tarifária.

Apesar da decisão não adentrar no mérito, restringindo-se a declarar a decadência, os pontos apresentados no item "ii" e "iii" são relevantes para entendermos as consequências do desenho jurídico na realidade. Esses mesmos aspectos que demonstram o impacto negativo da insegurança jurídica no desenvolvimento do setor são utilizados posteriormente, na ADI 5.549, para declarar constitucional a delegação dos serviços de TPC interestadual e internacional sem exigência de realizar licitação.

Ainda, é perceptível na STA-AgR 73-2 o quanto todos esses conflitos jurídicos ainda não estavam assentados e com uma resposta definitiva do tribunal. Como observa-se em seu conteúdo:

Tabela 6 - Fichamento STA-AgR 73-2

Acórdão, ano e relatoria	STA-AgR 73-2, 2008, Min. Ellen Gracie
Resultado do Acórdão	Improcedência, por maioria
Questão em disputa	Agravo requerendo a manutenção de tutela antecipada que mantinha a prestação de serviço de TPC interestadual entre os estados do PR e MG, mesmo que a prestação ocorresse em caráter precário. Importante designar que foi considerado em caráter precário a prestação sem licitação, não sendo especificado se existia uma autorização ou uma revogação da delegação via decreto.
Síntese da decisão	A Tutela deve ser suspensa por existir lesão à ordem pública, uma vez que não foi realizada via licitação, nos termos do art. 175. Mais do que isso, a tutela deve ser suspensa por ter efetivamente afastado da administração seu legítimo juízo discricionário de optar pela prestação direta ou pela transmissão do serviço via autorização, permissão, ou concessão, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea "e".

Assim, observa-se mais uma vez uma falta de definição sobre a necessidade ou não de licitação. Mas, ao mesmo tempo em que se afirma necessária a licitação, o voto da Min. Relatora apresenta como opção de delegação do serviço a autorização, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea

“e”. Somado a manutenção das inseguranças jurídicas, vale destacar o voto dissidente do Min. Marco Aurélio, que aponta:

“[...] no caso, verifica-se até uma situação peculiar: a continuidade do serviço foi ditada pela circunstância de que não poderia cessar de uma hora para a outra.

Não houve realmente licitação. Vossa Excelência ressaltou bem esse aspecto. Mas acontece que a concessão anterior chegou ao termo final; então, a pessoa jurídica de direito público encarregada de promover a licitação não o fez. Indago: nesse contexto, poder-se-ia simplesmente, em prejuízo da própria sociedade, da coletividade, cessar o transporte? A meu ver, não.”

Demonstrando, com absoluta transparência, o cenário já percebido anteriormente nos demais precedentes: existe um conflito entre as exigências jurídicas para a delegação dos serviços e a realidade dos fatos, sendo necessário a realização de ajustes para não desarticular de forma sistemática todo o setor de TPC interestadual.

Para além dos conflitos que buscavam disciplinar o regime de transmissão e as regras para renovação ou retransmissão da titularidade dos serviços, outra questão judicializada acerca do setor envolvia os conflitos acerca da competência legislativa para regularizar o setor.

Mesmo que laterais para a discussão do instrumento de autorização no setor, apontam para outro grande desafio existente na tentativa de compatibilização da realidade fática com a realidade jurídica: os diferentes e muitas vezes concomitantes modais de transmissão de titularidade do mesmo serviço - transporte público coletivo - a depender do ponto de partida e do ponto de chegada - intramunicipal, intermunicipal, interestadual ou internacional.¹⁰ Tais desafios são identificáveis nos seguintes acórdãos:

Tabela 7 - Fichamento ADI 4.338

Acórdão, ano	ADI 4.338; 2019; Min. Rosa Weber
---------------------	----------------------------------

¹⁰ Os conflitos supervenientes das diferenças de regimes jurídicos aplicáveis no setor para serviços extremamente similares podem ser observados em outros conflitos jurídicos no setor, como conflitos normativos relativos à tributação e ao transporte de bens regulados.

e relatoria	
Resultado do Acórdão	Procedência, por maioria.
Questão em disputa	Inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º, parágrafo único, da Lei nº 4.112/2008 do Distrito Federal. Sobre o art. 3º, a questão analisada é o procedimento sancionador sem o devido contraditório e a ampla defesa. Acerca do art. 2º, a inconstitucionalidade alegada diz respeito ao artigo que busca ter incidência em particulares operando linhas nos arredores do Distrito Federal, violando assim a competência federal.
Síntese da decisão	A lei distrital invadiu a competência da União ao legislar sobre transporte interdistrital/interestadual de passageiros, violando o princípio federativo.

Tabela 8 - Fichamento ADI 4.289

Acórdão, ano e relatoria	ADI 4289; 2022; Min. Rosa Weber
Resultado do Acórdão	Procedência, por unanimidade
Questão em disputa	Inconstitucionalidade da Lei Federal que regulamenta o prazo de validade dos bilhetes de transporte coletivo intermunicipal.
Síntese da decisão	A União não pode legislar sobre o prazo de validade dos bilhetes de passagem de transporte rodoviário intermunicipal, pois isso interfere na competência residual dos Estados-membros para regulamentar o transporte intermunicipal.

Por mais que todos os acórdãos buscassem delimitar de forma mais adequada diversas questões jurídicas concernentes ao TPC interestadual, é possível identificar uma ausência de consolidação e sistematização dos principais elementos jurídicos do setor pelo tribunal até 2023. Ou seja, com a edição de cada um dos julgados o setor ia se adaptando, no entanto a ausência de uma regulamentação mais exaustiva era incapaz de garantir a segurança jurídica necessária, mantendo a existência de diversos arranjos jurídicos improvisados e considerados irregulares.

Esse cenário muda com a ADI 5.549/2023, a qual é responsável por consolidar a interpretação constitucional de diversas características elementares do setor, especialmente acerca dos modais de transmissão de titularidade possíveis. O principal marco do acórdão é a declaração de

constitucionalidade da utilização da modalidade autorização, sem necessitar de processo licitatório. Esta pesquisa considera a ADI 5.549/2023 o grande marco regulatório setorial, sendo necessário a investigação aprofundada do julgado para esmiuçar quais são as características jurídicas do instrumento de autorização no setor de TPC interestadual.

Os elementos centrais do acórdão, que serão amplamente analisados nas próximas seções, são:

Tabela 9 - Fichamento ADI 5.549

Acórdão, ano e relatoria	ADI 5.549; 2023; Min. Luix Fux
Resultado do Acórdão	Improcedência, por maioria.
Questão em disputa	Inconstitucionalidade dos artigos 13, incisos IV e V, alínea “e”, e art. 14, inciso III, alínea “j” da Lei 12.996/2014, por regularem as modalidades de delegação do TPC interestadual e intermunicipal, ampliando o escopo de utilização do instrumento de autorização para a prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros, desvinculados da exploração da infraestrutura (TRIIP), mantendo-se a permissão para as modalidades de transporte semiurbano e transporte ferroviário de passageiros.
Síntese da decisão	<ol style="list-style-type: none"> 1. O art. 21, inciso XII, garante a constitucionalidade da opção pela autorização em um sentido formal. Inexistindo, portanto, conflito com o art. 175 ou art. 37, inciso XXI. 2. Em avaliação das particularidades do setor de transporte coletivo intermunicipal, a opção pela autorização é a que melhor atende aos princípios da moralidade, igualdade e livre concorrência, além de garantir a melhor prestação do serviço público à população em geral. 3. Percebe-se a vantajosidade da utilização da autorização no setor pela (i) a inexistência de restrições à oferta que justifiquem a oposição de barreiras à entrada de concorrentes no setor; (ii) a descentralização normativa à ANTT de poderes para assegurar a observância de aspectos qualitativos inerentes à adequada prestação do serviço; e (iii) a universalização do serviço e demais benefícios à população usuária, decorrentes da abertura do mercado para novos entrantes

Por fim, a última decisão relevante acerca da utilização da autorização no setor de transporte público coletivo é a ADI 7.241:

Tabela 10 - Fichamento ADI 7.241

Acórdão, ano	ADI 7.241; 2024; Min. Dias Toffoli
---------------------	------------------------------------

e relatoria	
Resultado do Acórdão	Procedência, por unanimidade de votos
Questão em disputa	Inconstitucionalidade da Lei nº 7.844/22 do Estado do Piauí, que pretendia realizar a renovação automática de instrumentos de exploração do serviço coletivo intermunicipal (permissões e autorizações) já vencidos sem a necessidade de realização de licitação prévia.
Síntese da decisão	Ofensa ao art. 175 da CF ao buscar a renovação automática de instrumentos de licitação vencidos, que necessariamente precisam ser concedidos através de licitação. As renovações também são ilegais uma vez que foi realizado no ano de 2013 procedimento licitatório para transmissão das linhas, os quais foram vencidos por empresas diversas às operadoras das linhas com instrumentos vencidos. Assim, a autorização automática no caso, sem a comprovação de situação excepcional de urgência nos termos da jurisprudência do STF, permitiria que as empresas com as linhas vencidas evadirem da licitação - da qual poderiam ter participado - e operar ilegalmente as linhas, às custas daqueles que agentes que realizaram o devido processo licitatório e venceram o certame.

Como demonstrado no quadro, o respectivo acórdão trata do setor de transporte coletivo intermunicipal, e não o interestadual - objeto desta monografia. No entanto, a sua análise é relevante para a discussão, uma vez que: (i) reforça a possibilidade de autorização como instrumento para o setor de TPC interestadual e internacional; (ii) sistematiza a visão do tribunal sobre a desnecessidade da licitação na concessão de serviços públicos via autorização e (iii) amplia o escopo de utilização da autorização na transmissão de titularidade de serviços públicos para além do art. 21, inciso XII.

Na decisão, para além de decidir sobre a constitucionalidade ou não da Lei Estadual questionada, o tribunal apresenta a sua posição acerca do uso da autorização na transmissão de titularidade do TPC intermunicipal. Para isso, é realizada a sistematização dos modais de transmissão existentes para o TPC intramunicipal, interestadual e internacional na CF.

Acerca do TPC intramunicipal, é afirmado que os modelos de transmissão possíveis são a permissão e concessão, de acordo com a

literalidade do art. 30, inciso V, da CF¹¹. Acerca do TPC interestadual e internacional, pela mesma racionalidade - a literalidade da norma prevista no art. 21, inciso XII, alínea "e" - reforça-se a possibilidade de transmissão do serviço público via autorização.

Ao sistematizar as formas de transmissão das diferentes formas de TPC, o tribunal realiza a interpretação sistemática dos art. 21, 30 e 175. Para determinar a necessidade ou não de licitar, é analisado a compatibilização entre a forma de transmissão - autorização, concessão e permissão - permitida pela CF com a regra expressa no art. 175 - de que os serviços públicos somente podem ser transmitidos via concessão e permissão, sempre através de licitação.

Dessa forma, o tribunal busca avaliar a necessidade de processo licitatório não sobre o exame de se determinada atividade econômica configura ou não serviço público, mas sim se aquela modalidade específica exige licitação para ser utilizada. Por meio desse racional, o tribunal chega a conclusão de que os serviços intramunicipal requerem licitação sempre - por somente serem transmitidos via permissão e concessão - e que os serviços interestaduais e internacionais não requerem quando transmitidos via autorização.

Portanto, acerca do TPC interestadual é reforçado: (i) a concepção de que a previsão expressa na CF de autorização é o suficiente para sua utilização; (ii) que uma das características da autorização é não necessitar de licitação; (iii) que a motivação para necessitar ou não de licitação não ocorre por meio de um exame abstrato sobre se determinada atividade é ou não serviço público, mas sim se pela modalidade de transmissão do serviço que é utilizado.

Após essa sistematização das regras de transmissão existentes e a harmonização do racional que permita a existência dos diferentes regimes,

¹¹ Art. 30. Compete aos Municípios: V - 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;

o STF decide acerca da utilização da autorização no TPC intermunicipal. Nas fls. 22 do voto do Min. Relator Dias Toffoli, conclui-se que:

"Note-se que o Texto Constitucional é silente sobre as formas de delegação de serviços públicos a serem utilizadas pelos estados-membros. Conseqüentemente, a interpretação sistemática que extraio ao proceder a uma análise conjunta de todos esses preceitos constitucionais citados é a de que, com base no art. 25, § 1º, os estados possuem discricionariedade para explorar os serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros diretamente, por concessão, permissão ou, finalmente, por autorização, pois não existe nenhuma vedação na Carta Magna que impeça a exploração desse serviço por qualquer das espécies de delegação."

A interpretação proposta é compatível com o racional utilizado pelo tribunal na sistematização das formas de transmissão nos diferentes TPCs. Pois, ao deixar de entender os requisitos de transmissão por meio de uma subsunção abstrata de determinada atividade econômica como serviço público ou não, o que importaria para determinar como a atividade deve ser transmitida é a disposição normativa sobre quais modais de transmissão podem ser utilizados para essa atividade.

Ou seja, se a CF dispõem que a atividade x pode ser transmitida apenas via concessão ou permissão, ela é serviço público nos termos do art. 175 e sempre será precedida de licitação. Se a atividade y pode ser transmitida via autorização, ela não configura serviço público nos termos do art. 175 - o que não descaracteriza sua essencialidade como atividade de relevante interesse público - e não requer licitação. Se a atividade z pode ser transmitida via autorização, concessão e permissão, essa atividade é realizada concomitantemente nos regimes de serviço público - nos termos do art. 175, necessitando de licitação prévia - e como atividade de relevante interesse público.

Portanto, em razão da CF não dispor qual modalidade deve ser utilizada pelos Estados-membros - detentores de competência residual com o objetivo de auto-organização - e nem sobre de qual ente é a competência legislativa para regulamentar o TPC intermunicipal, cabe aos respectivos disciplinar sobre o regime. Podendo, então, utilizar as três alternativas e

seus consequentes regramentos de transmissão conforme decisão discricionária e legislativa de cada Estado-membro.

A interpretação apresentada, que busca harmonizar um entendimento sobre como entender as formas de transmissão de atividades econômicas de titularidade estatal aos agentes privados, foi realizada em forma de *obiter dictum*, não tendo sido estabelecido ainda a sua expansão e significado para demais setores onde ocorre a transmissão de atividades estatais ao particular.

No entanto, o racional e seu impacto não podem ser considerados secundários ou irrelevantes para entender a posição do STF sobre os modais de transmissão. Isso porque, a decisão, responsável por flexibilizar as formas de transmissão de todo o setor de TPC intermunicipal, o qual é absolutamente relevante para a organização social-econômica do país, só é possível por meio dessa interpretação sistemática da CF acerca do art. 175.

Portanto, essa visão do tribunal é relevante para o setor de TPC interestadual ao reforçar a possibilidade do uso de autorização sem a exigência de licitação. Mas, para mais do que isso, é relevante ao: (i) apresentar um racional que harmoniza o art. 175 com o art. 21, inciso XII - dando maior segurança jurídica para o uso de autorização em todas as atividades econômicas previstas nas alíneas do inciso - e (ii) possibilitar uma interpretação que amplia o escopo de uso da autorização para atividades econômicas de titularidade pública não prevista no art. 21, inciso XII¹².

Assim, evidencia-se que as diversas lacunas normativas sobre a utilização do instrumento da autorização resultaram em um avolumado número de conflitos jurídicos. Em especial, destacando-se a insegurança acerca dos encargos do instrumento, da necessidade de licitação ou não

¹² Nesse segundo caso, onde a atividade não está prevista expressamente na CF, mas claramente é de titularidade estatal e passível de transmissão, caberia ao ente federativo competente legislar, discricionariamente, sobre quais modais de transmissão poderiam ser utilizados. Ao depender da decisão do ente, a atividade poderia ser exercida no regime de serviço público do art. 175, no regime de autorização ou em ambos os regimes concomitantemente.

para delegação do serviço e do grau de discricionariedade administrativa na renovação e revogação dos instrumentos.

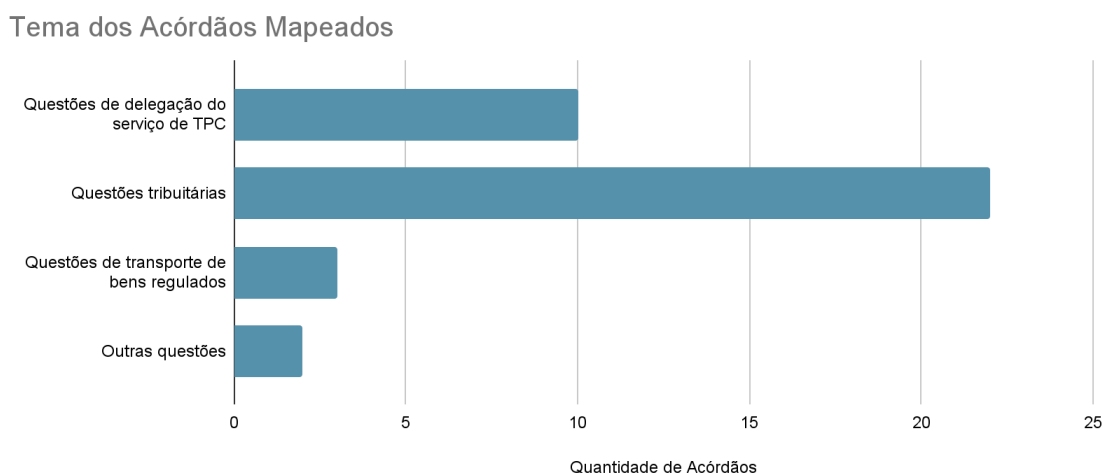
2. Metodologia

2.1. O universo de acórdãos sobre o tema no Supremo Tribunal Federal

Conforme brevemente apresentado nas seções anteriores, apesar da evolução da jurisprudência sobre o tema no tribunal permitir uma maior contextualização do tema, a ADI 5549 é responsável por definir a visão do STF sobre o tema. Nesse sentido, a opção desta monografia é por realizar um estudo de caso sobre a ADI em questão, utilizando os elementos identificados na evolução jurisprudencial apenas com o intuito de salientar os desafios fáticos e jurídicos no setor.

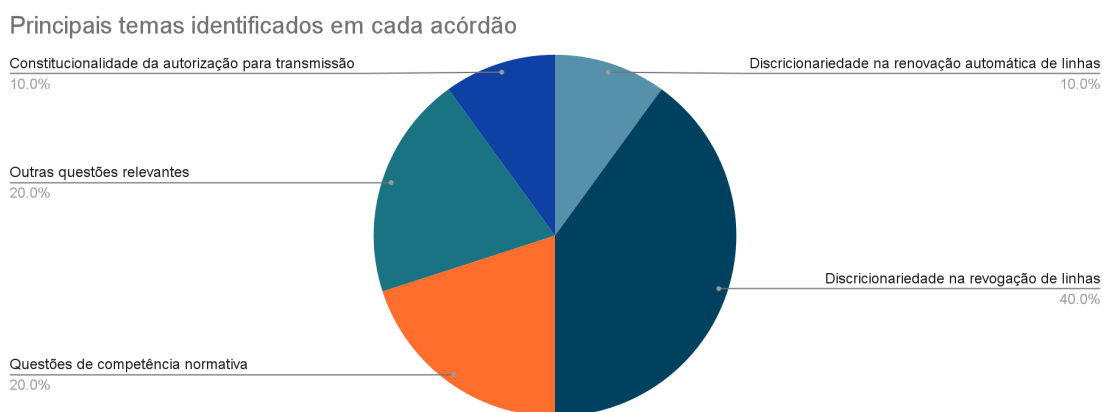
Essa opção foi realizada não somente pela relevância do acórdão em questão, mas também por uma análise crítica do universo de acórdãos sobre o tema no STF. Em um primeiro momento, foi realizada a pesquisa na base de julgados do STF por acórdãos que continham as palavras-chaves "Autorização" e "Transporte Interestadual". Com base nessa pesquisa, foram identificados 37 acórdãos que continham ambos os termos. Esses acórdãos foram analisados para ponderação de pertinência com a pergunta de pesquisa, resultando no seguinte mapeamento:

Tabela 11 - Tema dos Acórdãos Mapeados



Assim, nesse universo de acórdãos foram identificados 22 acórdãos sobre questões tributárias e fiscais, 3 acórdãos sobre questões de transporte de bens regulados - como por exemplo, o transporte de amianto e madeira in natura - , 2 acórdãos sobre outras questões - como discussões de admissibilidade do caso e legitimação de partes -, e 10 acórdãos sobre o tema. Dentro desses 10 acórdãos mapeados, foram identificados como principais discussões os seguintes temas:

Tabela 12 - Principais temas identificados em cada acórdão



Com base nessa categorização, é possível perceber algumas questões jurídicas que constantemente geram conflitos e insegurança. Entre elas, vemos como uma das principais a questão da discricionariedade administrativa.

Percebemos tanto a discricionariedade para renovações automáticas de instrumentos de permissão e autorização de exploração de linhas, quanto discricionariedade para a revogação de instrumentos de delegação do serviço - medida que intensifica a insegurança jurídica no setor. Ainda, no acórdão RMS 10233 - identificado na tabela acima na categoria "outras questões relevantes" - percebemos que parte da questão em disputa é um potencial dever vinculado da administração de conceder a autorização da linha. Demonstrando assim, o quanto a extensão da discricionariedade é um dos conflitos jurídicos centrais no setor.

No entanto, apesar da relevância do mapeamento e análise dos acórdãos para a avaliação das principais questões geradoras de conflito no setor, a única ação que direciona diretamente a constitucionalidade do uso da autorização para a transmissão da titularidade de exploração do serviço de TPC interestadual é a ADI 5549. Não só o acórdão define a constitucionalidade e o escopo de utilização da autorização, como também busca definir, em maior ou menor grau de assertividade, quais são as suas características centrais, endereçando questões como a necessidade ou não de licitação, os encargos e a precariedade do instrumento.

Dessa forma, conclui-se que a melhor forma de responder a pergunta “Como o STF define a autorização no setor de TPC interestadual?”, é por meio da realização de um estudo de caso da ADI 5549.

2.2. Objetivo da utilização da metodologia de estudo de caso

O objetivo da escolha dessa metodologia busca atender a dois principais objetivos. O primeiro deles, é a sistematização dos elementos essenciais da autorização no setor de TPC interestadual. Esse objetivo é relevante em razão:

- (i) Das lacunas legislativas sobre as características do instrumento: Conforme demonstrado, a CF não apresenta de forma clara quais são os elementos essenciais do instrumento de autorização, gerando diversas situações de incerteza e judicialização subsequentes. Visando ajustar essas lacunas normativas, é perceptível pela evolução jurisprudencial sobre o tema tentativas isoladas de definição de uma ou outra característica do instrumento. Assim, o acórdão em questão, ao tratar pela primeira vez de forma abrangente sobre o instituto da autorização no setor, apresenta diversos elementos considerados essenciais do instrumento, sendo necessário sistematizá-los - uma vez que inexistente essa sistematização na norma;
- (ii) Do objeto restrito da ADI 5549: A questão constitucional discutida no acórdão, em um primeiro momento, diz respeito apenas à constitucionalidade ou não do uso da autorização como principal

instrumento de delegação no setor. No entanto, para responder essa questão, em todos os votos, é possível observar uma sistematização do que cada ministro considera os elementos essenciais da transmissão via autorização. Não só a apresentação desses elementos essenciais acontece em *obiter dictum*, como também refletem diretamente na definição jurídica do instrumento - como o caso da inexigibilidade de licitação em transmissões via autorização, algo definido pelo acórdão. Assim, sendo necessário sistematizar quais são esses elementos essenciais da autorização definidos na ADI em questão, uma vez que apresentam consequências diretas na organização do setor.

O segundo objetivo visa a realização de proposições contrafáticas¹³ acerca do resultado da decisão. O intuito não é discorrer acerca da constitucionalidade ou não da autorização como instrumento, ou sobre a qualidade do argumento dos ministros em comparação legislativa, jurisprudencial e doutrinária. Mas sim, entender se *a sistematização dos elementos essenciais do que é a autorização foram capazes de resolver as inseguranças jurídicas no setor, ou ainda mantiveram questões em aberto.*

Para a construção metodológica da análise, buscou-se realizar uma separação mais radical entre o contexto do caso e o resultado do caso. A opção dessa modelagem busca facilitar a organização entre as questões analisadas e as respostas esperadas, como destaca Maíra Rocha Machado:

“O principal objetivo dessa modelagem é auxiliar na organização e seleção da miríade de aspectos, informações e documentos que nos dá acesso aos eventos históricos em função de nossos interesses de pesquisa. Com esse propósito em mente, é possível distinguir três camadas em um estudo de caso: o contexto, o caso propriamente dito e, no interior do caso, uma ou mais unidades de análise. De certa forma, cada uma dessas camadas corresponde a um nível de exigência na riqueza e densidade das informações que serão coletadas. Ao explicitarmos o que nossa pesquisa designará como contexto, caso e unidade de análise, calibramos o foco de nossa atenção

¹³ FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 9788553615537.

e, conseqüentemente, estabelecemos critérios de pertinência para o material empírico. E com isso vamos limpando o terreno para aguçar nossa observação sobre aquilo que nos interessa mais diretamente na pesquisa.”

Ou seja, não será objeto desta pesquisa entender quais são as motivações dos agentes participantes ou questões e pressões políticas atinentes ao processo de desburocratização do setor. O contexto será entendido como a evolução jurisprudencial do tema no STF, relevante para entendermos como ao longo do tempo quais questões foram tensionadas e responsáveis pela geração de instabilidade jurídica no setor. O resultado do caso será entendido por meio da sistematização de quais são os elementos essenciais do instrumento da autorização após essa decisão.

Como produto do contexto, entendido nesta monografia como a evolução jurisprudencial do tema, serão desenvolvidos os critérios de avaliação do resultado do caso. Pois, como apontado por Maíra Rocha Machado, *“De certa forma, no contexto que construímos para o caso irá reverberar o quadro teórico e o estoque de questões que serão consideradas relevantes para circunscrever o caso”*. Assim, por meio da percepção de quais foram “as questões em aberto” no instrumento de autorização que ensejaram judicialização no STF, serão definidos: (i) quais são os elementos essenciais da autorização - por isso o objetivo “i”, de sistematização; (ii) a qualidade do esclarecimento dessas questões no acórdão - por isso o objetivo “ii”, da realização de proposições contrafáticas.

Assim, dentre a miríade de temas abordados serão definidas como unidades de análise os elementos avaliados como essenciais para a caracterização do instrumento de autorização. Entende-se, como unidades de análise, segundo Maíra Rocha Machado, os:

“[...] componentes do caso que receberão ainda maior atenção e cuidado no decorrer da coleta e tratamento dos dados. Mesmo quando observamos um único caso, a depender do tempo e recurso de que dispomos, mostra-se necessário selecionar dois ou três componentes nos quais iremos nos aprofundar ainda mais. [...] Yin (2001, p. 44) destaca que as unidades de análise relacionam-se às questões iniciais de pesquisa e, conseqüentemente, ao tipo de inferência - ou de

generalização analítica – que pretendemos realizar a partir do estudo de caso.”

Portanto, serão analisados como unidades de caso:

- (i) O escopo de aplicabilidade do instrumento de autorização como meio de transmissão de titularidade de exploração do serviço de TPC interestadual;
- (ii) A robustez do instrumento de autorização no setor, entendido pelo processo de seleção para recebimento da autorização e pelos encargos que regulam a exploração do serviço;
- (iii) A precariedade do instrumento de autorização e a discricionariedade estatal em sua revogação e renovação.

Ressalta-se que a forma que foi definido essas como as unidades de análise diz respeito ao contexto da autorização no setor de TPC interestadual, definido nesta monografia como a evolução jurisprudencial do tema no STF.

Assim, apresentado o que é o contexto, o caso e as unidades de análise, é necessário a definição de quais peças serão analisadas.

2.3. Recorte Material

Como apontado, o objetivo da monografia é sistematizar os elementos essenciais de autorização no setor pelo STF e entender se eles são suficientes para resolver as inseguranças jurídicas identificadas. Portanto, a opção pelas peças que serão analisadas são somente aquelas que *buscam definir um ou mais elementos essenciais da autorização*.

Assim, peças que tratam de questões processuais - por exemplo, aditamento de petição para preenchimento de requisitos formais - ou de natureza política/estratégica - tentativas de juntar outras ADI no julgamento da ADI 5.549, tentativas de paralisação do julgamento ou quais associações foram aceitas e negadas como *amicus curiae* no julgamento - não serão analisadas, uma vez que não contribuem para a explicação pretendida nesta pesquisa.

Não quer dizer que a análise dessas peças e do contexto político, social e midiático da ADI 5.549 não seja relevante na análise macro do tema. No entanto, a opção desta pesquisa é pela realização de recorte material voltado às peças que buscam elucidar e defender uma posição sobre quais são os elementos essenciais de uma delegação por meio de autorização no setor.

Assim, para além do acórdão, as peças que serão analisadas são:

Tabela 13 - Peças selecionadas

Autor:	Peças analisadas ¹⁴ :
Procuradoria Geral da União	Petição inicial; Parecer.
Advocacia Geral da União	Manifestação.
Agência Nacional de Transportes Terrestres	Manifestação de <i>Amicus Curiae</i> .
Congresso Nacional	Prestação de informações.
Associação Brasileira de Mobilidade e Tecnologia (Amobitec)	Manifestação de <i>Amicus Curiae</i> ; <i>Memoriais</i> .
Associação Paulista de Direito Administrativo (APDA)	Manifestação de <i>Amicus Curiae</i> .
Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros (ABRATI)	Manifestação de <i>Amicus Curiae</i> .

3. A ADI 5.549

3.1. A manifestação da Procuradoria Geral da República

Em sua manifestação inicial, a petição inicial que gerou a ADI 5.549, em 2016, o Procurador Rodrigo Janot defendeu a inconstitucionalidade de uma série de artigos da Lei 12.996/2014. Em argumentação sucinta, a petição afirma que a os artigos vão de encontro ao regime constitucional

¹⁴ A nomenclatura das peças ocorre conforme assinalado em cada documento, tendo caráter meramente indicativo, e não buscando determinar com rigor processual o que cada peça é, uma vez que não relevante para o recorte proposto nesta pesquisa.

por permitirem a realização da delegação dos serviços de TPC interestadual e internacional sem a realização de licitação prévia.

De acordo com o procurador, tal possibilidade seria ilegal uma vez que os serviços de TPC interestadual e internacional são evidentemente serviços públicos. Assim sendo, estariam regulados conforme o art. 175 da CF, sendo necessário que sempre que fossem delegados que a medida ocorresse via procedimento licitatório prévio.

Em segunda manifestação, parecer de 2020, do Procurador Augusto Aras, reforça-se o pedido de procedência da ação de inconstitucionalidade. No entanto, para além da argumentação sobre a aplicação do art. 175 como regra geral para a prestação dos serviços públicos, também é endereçado se o art. 21, em seu inciso XII, alínea "e", permitia a utilização da autorização. Conforme apontado pelo procurador:

Autorização é forma precária de outorga, caracterizada pela transferência da exploração de atividade de interesse predominante do particular. Ao prestigiar o particular, e não, essencialmente, a coletividade, não é compatível com o regime constitucional delineado para a outorga de serviços públicos, sempre precedido de licitação.

Seguindo o raciocínio, não merece acolhida a alegação de que a previsão normativa encontra amparo no art. 21 da Constituição. Há que se fazer distinção, como indicado na inicial da ação, entre os serviços públicos de interesse predominantemente público daqueles que, embora também atendam à coletividade, são prestados em benefício econômico da empresa particular a quem outorgados.

Assim, deixando claro que quando explorado em natureza de serviço público, deve-se atender aos termos do art. 175 da CF. Assim, uma norma que apenas oportuniza a delegação via autorização, como é o caso, seria inconstitucional.

3.2. A manifestação da Advocacia Geral da União

Em manifestação, de 2017, da Advogada Geral da União Grace Maria Fernandes Mendonça, a posição da AGU foi pela improcedência da ADI. Essa posição, conforme apresentado de forma sintética, tem como argumentos centrais a ideia de que: (i) O art. 21, inciso XII, permite de forma expressa

a autorização como meio de delegação de determinados serviços públicos; (ii) cabe ao legislador, por meio de sua opção político-legislativa, regular a utilização de cada modalidade de delegação; (iii) a opção pela autorização busca resolver um problema histórico no setor e aumentar a qualidade e eficiência do atendimento prestado à toda coletividade.

Assim, sustenta em sua posição que:

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.

Defendendo, portanto, a improcedência da ação.

3.3. A manifestação da ANTT

A ANTT, em sua manifestação, buscou ponderar os argumentos nas seguintes seções: (i) os fenômenos econômicos que justificaram a formulação do novo marco regulatória via autorização; (ii) a constitucionalidade de novo marco regulatório em consonância com a opção do art. 21, inciso XII, alínea "e" e o papel estatal gerencial nos termos do art. 174 da CF.

No item "i", a posição da ANTT buscou apontar o papel de intervenção estatal na ordem econômica, tanto em âmbito direto como regulatório, como forma de atuação para a resolução de "falhas de mercado". Assim, em hipótese onde o mercado é incapaz de atuar de forma otimizada - como por exemplo, monopólios naturais, situações de cartel, situações de oligopólio, entre outras - caberia ao Estado induzir a economia de forma mais eficiente para a promoção do máximo benefício para toda a coletividade.

Muitas dessas hipóteses, conforme o exemplo apresentado de monopólio natural, apenas será possível que um ou poucos agentes realizem a exploração daquele bem ou serviço, justamente pelas características inerentes àquele bem ou serviço. Nessa situação, é papel do Estado a realização de um processo de seleção do(s) agente(s) mais preparado para explorar com eficiência aquele bem ou serviço - a licitação.

Segundo a análise, conforme a evolução tecnológica e setorial, mercado que anteriormente apenas poderiam ser explorados por um ou poucos agentes, sofrem transformações em sua forma de funcionamento, permitindo a sua abertura. Em contextos como esse, a criação de barreiras de entrada ao mercado via processo de seleção exclusivo - como a licitação, onde apenas o vencedor do certame explora o bem ou serviço - podem reduzir a qualidade do serviço prestado e sua evidência, ao criarem um cenário artificial de monopólio que não corresponde com a realidade setorial.

Nesse contexto, a ANTT, visando encerrar esse fenômeno e ampliar a qualidade do serviço para os usuários, buscou realizar a abertura do mercado por meio da estratégia jurídica-regulatória de delegá-lo via autorização sem licitação. Segundo a agência, as vantagens do instrumento jurídico de autorização são pelo exercício em liberdade de preços, tarifas e fretes e em ambiente de livre e aberta competição.

Somado a esse aspecto, a atuação estatal prevista na estratégia regulatória deve ser de regulação e fiscalização, conferindo livre "ingresso de quaisquer empresas, que devem apenas atender às normas regulatórias e à fiscalização da ANTT para manterem seu direito". Assim, aumentando a eficiência e qualidade da prestação, somada a modicidade tarifária para os usuários, como consequência da ampla concorrência entre os prestadores de serviço.

Dessa forma, com base nesses resultados econômicos esperados pela utilização da autorização, a ANTT considera melhor opção de estratégia regulatória para o setor de TPC interestadual e interestadual.

Sobre a perspectiva jurídica, a ANTT defende que a utilização da autorização sem licitação é constitucional. Nesse sentido, aponta que, conforme exposto no art. 21, inciso XII, a CF estabelece uma similaridade regulatória entre os TPC, transportes aéreos e transportes aquáticos - estes dois últimos, por exemplo, já amplamente delegados via autorização.

Assim, ao permitir no respectivo artigo a modalidade de autorização como forma de delegação do serviço público, cria a opção legal de seleção dessa modalidade para regulação do setor. Ainda, uma vez que não dispôs a modalidade da autorização dentro da regra geral do art. 175, e existindo norma legislativa permitindo a sua delegação sem licitação prévia, a autorização sem licitação prévia no setor de TPC interestadual e internacional é constitucional (art. 21, inciso XII, alínea "e" c/c art. 37, inciso XXI).

3.4. A manifestação do Congresso Nacional

Em sua manifestação, a posição do Congresso Nacional classifica a prestação do serviço de TPC interestadual e internacional como uma atividade de relevância social ou utilidade pública. Estando, portanto, no "meio termo" entre atividades que poderiam ser enquadradas como serviço público e atividades que poderiam ser enquadradas como exploração econômica em sentido estrito.

Assim, em razão desse contexto específico da respectiva atividade, entendeu-se que a delegação via autorização seria a modalidade que melhor atenderia aos princípios constitucionais e que maximizaria para toda a coletividade os benefícios do serviço prestado. Nesse sentido, destaca a manifestação que:

"Não nos parece estar a Lei nº 12.996/14 eivada de inconstitucionalidade ao dispor sobre o instituto da Autorização. A previsão de prestação deste serviço, mas em regime privado, através de Autorização, foi mais uma forma de implementar a competição neste mercado, possibilitando a entrada de novos prestadores, que explorarão a atividade com base nos princípios constitucionais da atividade econômica. Assim sendo, compete à União escolher o regime jurídico que melhor deve incidir sobre a provisão dos serviços indicados na Constituição Federal."

Portanto, conclui a posição do Congresso Nacional de que a autorização usada como "instrumento regulatório menos interventivo", fomenta a exploração econômica da atividade sem ir de encontro às previsões constitucionais sobre o tema.

3.5. A manifestação dos *amicus curiae*

3.5.1. A manifestação da ABRATI

Em sua manifestação, a ABRATI buscou apresentar um panorama dos desafios enfrentados pela administração pública na delegação do serviço de TPC via licitação e outras modalidades de delegação. Para isso, apontou diversos custos de transação envolvidos na realização das licitações nas consequência em operações incapazes de atender toda a demanda dos usuários, ainda mais com a qualidade devida.

3.5.2. A manifestação da APDA

Em sua manifestação como *amicus curiae*, a associação APDA buscou apresentar as significativas alterações no setor decorrentes da utilização da autorização com inexigibilidade de procedimento licitatório prévio. Assim, apontando argumentos de natureza consequencialista sobre os impactos de qualquer intervenção jurídica mais assertiva na organização de toda a rede de TPC interestadual e internacional.

Entre os dados apontados, é demonstrado em sua manifestação o quanto o setor já era dependente dessa nova forma de organização com abertura de mercado e ampla concorrência. Demonstra-se:

“Frise-se, ademais, a modalidade de delegação dos serviços de TRIIP por meio de autorização já modificou totalmente a sistemática setorial para prestação dos serviços. Mais, atualizando os dados fornecidos pela *amicus curiae* Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros – ABRATI, até outubro de 2017, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT já havia expedido:

- (i) 219 (duzentos e dezenove) Termos de Autorização de Serviços Regulares – TAR2;
- (ii) 154 (cento e cinquenta e quatro) Licenças Operacionais de Prestação de Serviços – LOPs3 e
- (iii) 29.683 (vinte e nove mil, seiscientos e oitenta e três) mercados, que conectam todas as regiões do Brasil.

Eventual decisão contrária à modalidade de delegação promovida pela legislação guerreada, certamente afetará a prestação de serviço público vital para grande parcela da população brasileira, prejudicando inúmeros usuários.”

Assim, apontando os riscos altíssimos de uma nova formulação jurídica para a delegação do serviço que não a utilizada - a autorização.

3.5.3. A manifestação da associação AMOBITEC

Por fim, a posição da AMOBITEC buscou reforçar, mais uma vez, a constitucionalidade do regime de autorização. Conforme apontado em sua manifestação:

“Não há margem para questionamentos: existe disposição constitucional expressa e específica possibilitando a exploração indireta dos serviços de TRIIP por meio do regime de autorização. Ela oferece lastro ao regime positivado na Lei nº 10.233/2001, a partir de sua alteração em 2014 pela Lei nº 12.699/2014, decorrente de expressa decisão tomada a partir de regular processo legislativo, em prol de maior dinamismo e competitividade ao setor.”

Assim, defendendo a posição de que a legislação em questão atendia aos princípios de constitucionalidade.

3.6. O acórdão

3.6.1. O voto do Min. Luiz Fux

Em seu voto, Min. Luiz Fux, relator do caso, votou pela improcedência da ação e constitucionalidade do uso da autorização para delegação do serviço de TPC interestadual.

Na estruturação de seu voto, para além de questões preliminares não relevantes para o objeto desta monografia, o Min. Relator dividiu-o em seção de *obiter dictum*, onde definiu as premissas teóricas do voto, e seção de *ratio decidendi* conclusiva, onde sintetizou o racional por trás da decisão e suas consequências.

3.6.1.1. As premissas teóricas e os argumentos em *obiter dictum*

Os argumentos realizados em *obiter dictum* podem ser divididos nos seguintes temas: (i) A assimetria regulatória instituída estabelecida pelo constituinte nas modalidades de delegação de serviços públicos; (ii)

Constitucionalidade da estratégia regulatória estabelecida na lei 12.996/2014; (iii) Constitucionalidade da deliberação ANTT 955/2019 como estratégia de melhor regulação; (iv) Eficiência, controle público e legislação superveniente:

No item “i”, defende que a CF de 88 estabelece a “ruptura com um modelo binário de contraposição da administração pública e os particulares”, optando politicamente pela *descentralização operacional* da prestação e exploração dos serviços públicos. Nesse sentido, em seu desenho jurídico-político, e levando em consideração as diferentes dinâmicas de funcionamento dos setores - ponderando, por exemplo, situações de monopólio natural, mercados com restrição de entrada, entre outros fenômenos econômicos - a CF criou diferentes modalidades de delegação dos serviços que melhor atendiam cada natureza setorial.

Entre as dinâmicas econômicas existentes em diferentes setores, observam-se mercados em que a oferta pode ser compartilhada com diferentes agentes. Esses mercados, que usualmente se caracterizam por baixos custos de entrada, cadeia produtiva subdividida em etapas e diferentes perfis de usuário, atingem o seu ponto ótimo de prestação do serviço quando em ambiente de ampla concorrência.

Em razão dessas características, segundo o Min. Fux, a CF elencou no art. 21, inciso XII, quais seriam esses setores e possibilitou a opção pela modalidade de autorização para a delegação do serviço. A opção por esse instrumento refletiria em uma modalidade de delegação do serviço mais fácil¹⁵, que seria uma opção política da CF orientada para uma alocação mais eficiente de recursos.

Nesse sentido, em consonância com o art. 174 da CF, o Estado assumiria um papel gerencial-regulatório. Utilizando-se das diferentes modalidades de transmissão, mesmo que em mesmo setor, a depender das

¹⁵ Entende-se por “mais fácil delegação do serviço” a modalidade de autorização em razão de sua menor regulação, os baixos custos de entrada e transacionais - por exemplo, com a inexigibilidade de licitação e ausência de exclusividade na operação - e pela menor incidência de controle.

demandas sociais e econômicas concretas, para atingir um estágio de eficiência produtiva e alocativa que beneficiaria toda a sociedade¹⁶.

Para obtenção desse “grau ótimo” de intervenção e gerenciamento, a CF permitiu ao Estado a criação de situações de assimetria regulatória em um determinado setor. Conforme explicita o Min. Relator:

“Nesse diapasão, a abertura à competição de um setor socialmente estratégico não significa, necessariamente, descontrole e desregulamentação. O acompanhamento incisivo da agência reguladora garante que os serviços autorizados estão sendo cumpridos de forma adequada, bem como que os seus resultados são satisfatórios. Com o fortalecimento da agência reguladora, a descentralização operacional ocorre paralelamente à centralização normativa, tendência que confere maior normatividade ao comando constitucional contido no caput do artigo 174 da Constituição Federal.

Buscando experiências em que a autorização prevista constitucionalmente foi de fato empregada para a habilitação de particulares, constata-se que sua implantação não se dá de forma isolada, mas antes inaugura um modelo de assimetria regulatória, em que sob um mesmo setor podem recair diferentes modalidades de outorga.”

Em seu voto, não só o ministro deixa claro que a assimetria regulatória nas modalidades de delegação de serviços públicos é constitucional, como também exemplifica diversos serviços públicos que já são organizados nesse regime jurídico. São os exemplos do transporte aéreo, aquático e do setor de telecomunicações.

O ponto em comum desses setores diferentes, segundo o voto, consistiria na decisão do constituinte de elencá-los em um rol de serviços que, pelas características econômicas particulares já apontadas, atingem seu maior grau de eficiência quando também delegados via autorização. Portanto, identificado que o setor de TPC interestadual compõem esse rol do art. 21, inciso XII, não restam dúvidas da constitucionalidade da sua

¹⁶ (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. Revista de Direito Público da Economia, ano 14, n. 56, 2016, p. 102)

delegação via autorização, mesmo que coexistente com outros agentes explorando o serviço via permissão e concessão.

Somado a análise jurídica da possibilidade de delegação via autorização, a seção "i" faz um amplo desenvolvimento histórico do setor e seus desafios jurídicos. Nele, da mesma forma que foi possível constatar na evolução jurisprudencial do tema no STF, o ministro aponta os desafios de regularização do setor - que resultaram em prorrogações automáticas de instrumentos de delegação ineficientes e insuficientes para atender a demanda da sociedade - e defende que "essa situação precária e excepcional que a norma impugnada [Lei 12.966/2014] pretendeu disciplinar".

Estabelecido a legalidade da possibilidade de delegação via autorização no item "i", o item "ii" busca argumentar que essa é a opção mais adequada para o setor de TPC interestadual. Para isso, a segunda seção do voto analisa como a estratégia regulatória estabelecida na lei 12.966/2014 gerará os maiores benefícios para o setor e toda a sociedade.

Para o ministro, é relevante avaliar se essa estratégia regulatória gerará mais benefícios, pois assim será possível saber se essa alternativa se concilia com os demais valores constitucionalmente tutelados. Especialmente, sobre os princípios da administração pública, estabelecidos no *caput* do art. 37 da CF.

Para além da avaliação dos benefícios gerados pela opção da autorização, é relevante a argumentação que afasta a aplicação do art. 175 e, conseqüentemente, da licitação. O argumento apresentado tem uma dimensão formalista, onde se defende que o art. 175 exige licitação nos serviços públicos delegados via concessão e permissão, não sendo aplicável como regra geral em casos de serviços delegados via outras modalidades.

No entanto, ao mesmo tempo que é realizado esse argumento, é apresentado um argumento de natureza econômica, com uma certa deferência à licitação. Nesse argumento, é defendido que a baixa complexidade da prestação do serviço de TPC interestadual levaria a uma

maior vantajosidade em não ter a licitação e facilitar a entrada de novos agentes no mercado¹⁷. Nesse sentido, argumenta o ministro:

“A legislação em questão, por sua vez, resguarda a licitação para a assunção de configurações mais duradouras ou onerosas em um determinado segmento. Tal é o caso de obras públicas de grande porte e, especialmente, da exploração de infraestrutura anterior ou concomitante à prestação de serviços. Isso porque, a depender dos custos de entrada, a amortização dos investimentos ocorrerá em uma escala temporal mais longa.

Ab initio, deve-se notar que o artigo 175 da Constituição não trata de autorização, mas tão somente de concessão e permissão, modalidades de outorga a que se impõe o prévio procedimento licitatório. Por essa razão, somada à previsão constitucional de prestação do TRIIP por meio de autorização, tem-se claro que o dispositivo constante do Art. 175 não se aplica à presente hipótese.”

Esse argumento de maior vantajosidade é reforçado por um argumento teleológico. Assim, nas páginas subsequentes, o ministro argumenta que “obrigatoriedade de algum procedimento licitatório para a autorização de serviços públicos condiciona-se à melhor observância dos valores constitucionais que o procedimento visa a tutelar”.

Segundo o ministro, analisa-se que o objetivo da licitação é a realização de uma seleção para atingir uma determinada finalidade de interesse público de forma mais adequada, moral, impessoal, eficiente e que garanta, principalmente a ampla concorrência com igualdade de condições a todos os concorrentes. Essa visão de licitação seria a que melhor atenderia os princípios dispostos no *caput* do art. 37 e a regra geral de licitar descrita no inciso XXI do mesmo artigo da CF.

Com essa premissa, o voto apresenta uma série de argumentos de natureza econômica e das particularidades e evoluções do setor. Com base neles, defende que a melhor forma de alcançar os valores constitucionais

¹⁷ O argumento parece indicar - por mais que não declare expressamente -, que se as particularidades da atividade setorial fossem mais complexas, a modalidade de transmissão do serviço deveria ser outra que não a autorização, necessitando de licitação consequentemente.

apontados é por meio da inexigibilidade da licitação e utilização da autorização.

Entre os argumentos apresentados, o principal é sobre a absoluta abertura de mercado na maioria dos casos. Segundo o ministro, a atividade não se trata de um monopólio natural e, ressalvado hipóteses excepcionais onde exista uma limitação técnica-operacional - por exemplo, uma infraestrutura rodoviária que não comportasse o tráfego de muitas frotas concomitantemente, gerando trânsito¹⁸ - , todos os particulares que cumprirem os requisitos impostos pelo ente regulador poderão competir livremente no mercado.

Com essa ampla abertura, não só se tutela de forma alternativa os valores usualmente protegidos via licitação, como também aumenta-se, via ampla concorrência, a qualidade do serviço prestado, a inovação no setor e a modicidade tarifária. Aponta o ministro que:

“A abertura do setor de transporte rodoviário interestadual e internacional a novos entrantes amplia a concorrência em um setor inegavelmente estratégico. Sua relevância para os usuários e para o desenvolvimento nacional torna ainda mais expressivas as externalidades advindas da livre concorrência, como o incremento tecnológico, o aumento da qualidade e a redução dos custos.

[...] Nada obstante, a tendencial abertura da prestação dos serviços públicos à ampla concorrência, aliada aos direitos fundamentais dos usuários em sobreposição a prerrogativas do poder público, tradicionalmente admitidas em nome da suposta supremacia do interesse público , recomenda que a proteção ao usuário não afaste em absoluto a do consumidor. Assim, a passagem a uma economia de mercado nos serviços públicos determina que se satisfaça a perenidade social e, tanto quanto possível, as expectativas individuais (ARAGÃO, Alexandre. Direito dos Serviços Públicos, p. 380).”

Outro ponto fundamental apresentado no item “ii” é que a expansão do papel regulatório, a abertura do mercado e a opção da autorização, instrumento de mais fácil delegação, não se traduz em insegurança jurídica

¹⁸ Destaca-se que, conforme a Lei 12.996/2014, nesses casos excepcionais seria realizado processo seletivo pelo órgão regulador. Assim, assegurando a igualdade de condições a todos os concorrentes e os valores constitucionais comumente tutelados por meio da licitação.

ou fragilidade de controle e regulamentação. Tanto para a garantia do interesse público e da qualidade do serviço aos usuários, quanto para maior previsibilidade e segurança jurídica aos particulares, a regulamentação legislativa e da agência controladora exigem uma série de encargos para habilitação, obtenção e execução da autorização.

Dessa forma, aponta o ministro que:

“Nesse sentido, vale destacar a importância da Resolução da ANTT 4.770, de 2015, que traz minucioso regramento das exigências para habilitação, notadamente os documentos comprobatórios das regularidades jurídica, financeira, fiscal e trabalhista, bem como os requisitos das qualificações técnico-profissional e técnico-operacional.

[...] No exercício dessa previsão legal, a ANTT condicionou a obtenção de licença operacional pelas transportadoras habilitadas à apresentação de diversos dados, como os mercados que pretendem atender; a relação das linhas pretendidas; a frequência da linha, respeitada a frequência mínima estabelecida pela agência; o esquema operacional e quadro de horários; os serviços e horários de viagem que atenderão à frequência mínima; a frota necessária para prestação do serviço; o cadastro dos motoristas; a relação das garagens, pontos de apoio, pontos de parada e terminais rodoviários, com uma declaração de engenheiro civil ou arquiteto sobre a adequabilidade das instalações para a prestação dos serviços solicitados. Estabeleceu detalhadamente, ainda, características técnicas para a frota e frequência mínima.”

Garantindo, conseqüentemente, uma série de regramentos e disposições para garantir o atendimento dos requisitos técnicos, econômicos e operacionais que assegurem a eficiência setorial. A robustez do instrumento de autorização no setor, como consequência dessas normas, inclusive mitiga em certa medida a precariedade do instrumento, ampliando a segurança jurídica das relações estabelecidas tanto para o poder público quanto para os particulares.

Após a ampla fundamentação do item “ii”, o item “iii” busca reafirmar a competência da ANTT como reguladora do setor e demonstrar que suas intervenções fortalecem a eficiência e qualidade do setor. Assim, conseqüentemente atendo os princípios constitucionais já expostos.

No caso específico, trata da constitucionalidade da deliberação “ANTT 955/2019” que veda a venda de autorizações, revoga normas consideradas pelo ministro obsoletas. Segundo as motivações da deliberação acerca da venda de autorizações, consideradas acertadas pelo ministro, a venda das autorizações criava: (i) um mercado secundário não regulado; (ii) ampliava exponencialmente os custos de fiscalização da ANTT, sem a geração de benefícios que a justificassem; (iii) reduzia a qualidade do serviço prestado, uma vez que particulares que não atendessem os encargos necessários para obter a autorização conseguiram obtê-la via esse mercado paralelo.

Sobre a revogação das diversas normas obsoletas, o ministro avaliou novamente a decisão como constitucional. Segundo o voto, as normas revogadas diziam respeito ao regime regulatório de transição, que ocorreu entre 2014 - edição da lei objeto da ADI - e 2019. Assim, após a finalização da transição, era natural a revogação daquelas normas, uma vez que não refletiam mais a realidade do setor, agora regido por delegação por meio de autorização. Nesse sentido, destaca o ministro:

“O regime transitório, que se encerrou em 18 de junho de 2019, aproximava-se do instituto da permissão, embora sob a título de autorização. A partir de então, no entanto, o setor haveria de se adaptar à nova realidade, em que a prestação do serviço independe de licitação, dá-se em regime de liberdade de preços, em ambiente de livre e aberta competição, e sem prazo de vigência ou termo final. É o que decorre das regras transitórias estipuladas originalmente pela lei de regência e consta na Nota Técnica 3387/2019/DDB/DIR, referenciada no Voto Vista DDB n 5/2019, que subsidiou a Deliberação 955/2019.”

Apesar de lateral para a definição dos elementos essenciais da autorização, o item “iii” do voto reforça indicativos sobre a segurança jurídica do instrumento e aspectos de sua precariedade. No aspecto da segurança jurídica, reforça-se a necessidade de atendimento aos critérios estabelecidos pela legislação e órgão regulador, não sendo possível a obtenção da autorização de maneira adversa.

Sobre o âmbito da precariedade, percebe-se que o voto deixa claro a ausência de prazo de vigência ou termo final, diferentemente das

modalidades de concessão e permissão. Essa medida, se não bem limitado o grau de discricionariedade, pode resultar em maior precarização do instrumento.

Por fim, o item (iv) diz respeito ao acórdão do Tribunal de Contas da União (TC 033.359/2020-2, evento 97), proferido em 15/02/2023 que apontou vícios formais na deliberação 955/2019 da ANTT. Em seu voto, o ministro reforça que essa decisão não tratou do mérito da deliberação da agência reguladora - a qual, como demonstrada no item "iii", é considerada acertada pelo ministro - e sim de erros processuais que foram posteriormente sanados. Por fim, o destaque realizado no item "iv" reforça a incidência dos órgãos de controle para assegurar que o setor opere de forma eficiente e atendendo sempre os requisitos de legalidade e constitucionalidade.

3.6.1.2. Os argumentos em *ratio decidendi* conclusiva

Após a contextualização histórica do setor, apresentação dos argumentos de natureza processual, formal, teleológica e consequencialista, o Min. Luiz Fux busca sistematizar seu voto. Para além de apresentar sua decisão final sobre todos os pontos abordados no processo da ADI 5.549 - que não serão necessariamente abordados haja visto que não são objeto desta pesquisa - , o ministro também caracteriza aquilo que considera os elementos essenciais da autorização.

Assim, sobre o escopo de aplicação da autorização para delegação dos serviços de TPC interestadual, declara constitucional a sua utilização como regra geral do setor. Afirmando como necessária a coexistência entre a hipótese prevista no art. 21, XII, alínea "e" com os princípios da administração pública previstos no *caput* do art. 37 da CF. Em especial, destaca:

"[...] com relação à necessária observância dos princípios, na medida em que o instrumento convocatório estabelece critério condizentes ao ideal de impessoalidade, preservando o interesse privado de igualdade de condições de competição,

além do interesse público de seleção do candidato mais eficiente, o argumento da inobservância cai por terra. No curso das minhas ponderações, não tratei apenas da impessoalidade, mas dos diferentes princípios que norteiam a atuação da Administração, como, por exemplo, a moralidade administrativa, que inspira o dever de licitar, *nos casos em que exigível.* "

Sobre a robustez do instrumento, reforça a inexigibilidade da licitação uma vez (i) a autorização não precisa obrigatoriamente ser precedida de processo licitatório, diferentemente da permissão e concessão; (ii) a abertura ampla de mercado, com todos os agentes que atenderem os requisitos técnicos sendo autorizados a explorar o serviço de TPC, atende os princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade de condições, moralidade, publicidade e eficiência, *telos* da licitação; (iii) esse processo seletivo público, onde os agentes se habilitam via atendimento dos parâmetros técnico-operacionais, garante critérios rigorosos para a escolha dos prestadores de serviço.

Assim, podemos sistematizar a visão do Min. Relator Luiz Fux sobre o tema da seguinte forma:

Tabela 14 - Fichamento voto Min. Luix Fux

Ratio decidendi	O uso da autorização para a outorga de serviços públicos possui previsão constitucional, inclusive no que diz respeito a serviços de transporte interestadual e internacional de passageiros, conforme disposto no art. 21, inciso XII, alínea "e", da CF.
Escopo de aplicação	Haja vista a disposição constitucional que permite a autorização para delegação do serviço de TPC estadual e internacional (art. 21, XII, alínea "e"), cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer a forma de delegação de determinados serviços públicos. A escolha pela restrição da forma de delegação do TPC interestadual para somente a autorização é uma decisão legítima de natureza política.
Robustez do instrumento	Em atinência aos princípios administrativos constitucionais (Art. 37) e o papel gerencial-regulatório do Estado (art. 174), é fundamental o estabelecimento de requisitos técnicos e de regularidade para habilitação e manutenção dos interessados via autorização. Inexigibilidade da licitação em razão do modal de delegação do serviço - a autorização. Necessidade de realização de "processo seletivo" em caso de restrição de

	acesso à determinada linha por questões técnicas. Vedado a transferência de titularidade da autorização pelo autorizado para demais prestadores.
Precariedade	Uma vez preenchidos os requisitos técnicos e regulatórios, não existindo limitações técnicas que inviabilizam a exploração da linha por mais um agente, deve ser concedida a autorização. Alguns critérios mais objetivos para a revogação da autorização, como a pena de extinção da autorização em caso de documentação técnica-operacional desatualizada. Inexistência de prazo de vigência ou termo final para a autorização.

Por fim, são pontos de destaque do argumento do ministro a fundamentação do escopo de aplicação da autorização no setor e o porquê da inexigibilidade da licitação.

Sobre o escopo de aplicação, o argumento exposto no voto se baseia em uma decisão constituinte de elencar setores específicos, devido às suas particularidades econômicas, que poderiam ser desligados por um mecanismo mais flexível. Por mais que o argumento seja consistente para defender a constitucionalidade da autorização como instrumento no setor de TPC, parece deixar a autorização circunscrita aos serviços públicos listados no rol do art. 21, inciso XII, da CF. Essa posição parece se contrapor ao argumento construído pelo Min. Dias Toffoli, na ADI 7.241, de 2024, apresentada na seção "1.3." desta pesquisa.

Sobre a inexigibilidade da licitação, destaca-se que o argumento utilizado pelo ministro não parte de uma perspectiva formal, mas sim de uma perspectiva teleológica. Ou seja, a inexigibilidade de licitação não se deve ao afastamento do art. 175, uma vez que a modalidade da autorização não é mencionada neste. Mas sim em razão da abertura de mercado provocada pela autorização nesse setor melhor promover, segundo o ministro, os propósitos da licitação - i.e. a impessoalidade, eficiência, moralidade, legalidade, igualdade de condição entre os concorrentes, entre outros valores constitucionais.

Com base nesse raciocínio, surgem algumas questões. Por exemplo, se constatado que a abertura de mercado promovida pela autorização deixou de atender os princípios acima mencionados, seria exigível a licitação

prévia? Em caso positivo, seria necessário a declaração de inconstitucionalidade de parte da norma objeto da ADI 5.549? A forma que o argumento foi construído suscita essas questões.

No entanto, parece que a regra geral que pode ser percebida no voto - a qual é ressaltada, inclusive, no voto do Min. André Mendonça - é de que a existência de uma regra geral de licitar, nos termos do art. 37, inciso XXI e art. 175, apenas é aplicada em hipóteses de exclusividade ou monopólio. Assim, somente teria a sua incidência em situações onde o acesso de particulares a algum cenário jurídico de vantagem relacionada ao Poder Público não possa ser universalizada.

Conclui-se, por fim, que o voto é capaz de sistematizar grande parte dos elementos essenciais da autorização no setor, ampliando a segurança jurídica do instituto no mercado em questão.

3.6.2. Os votos concordantes com o relator

A ADI 5.549, por maioria, foi conhecida integralmente e julgada improcedente - com, em *obter dictum*, entendido que o Poder Executivo e a ANTT deveriam providenciar as formalidades complementares introjetadas no acórdão do TCU e na Lei 12.966/2014.

Para esse resultado, votaram conforme o relator os ministros André Mendonça, Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Na classificação dos seus votos, é possível identificar:

Tabela 15 - Fichamento voto Min. Nunes Marques

Ministro	Nunes Marques
Ratio decidendi	A lei que pretende ser impugnada é constitucional. Isso ocorre, uma vez que a exceção aos serviços públicos mencionados no art. 21, inciso XII - no caso, especificamente o TPC interestadual e internacional, previsto na alínea "e" - não pode ser considerada meramente casual, e sim uma decisão intencional do constituinte de proporcionar esse regime. Ainda, para o ministro, a relevância dessa modalidade sobre as outras se deve essencialmente à questão da exigibilidade ou não da licitação. No entanto, apenas haveria uma inconstitucionalidade

	na inexigibilidade de licitação, na “hipótese de os prestadores do serviço autorizados disporem de algum tipo de proteção contra a concorrência”, o que não é o caso, conforme exposto no voto do relator.
Escopo de aplicação	Segue o relator.
Robustez do instrumento	Independentemente de licitação, é dever dos particulares atender às exigências subjetivas e objetivas dispostas pelo legislativo e pela agência reguladora. Não só é necessário o atendimento desses requisitos para a habilitação e concessão da autorização, como também mantém-se o poder-dever estatal de regulamentar e fiscalizar a atividade regulada, sendo permitida a sua revogação em caso de desatendimento dos parâmetros subjetivos e objetivos estabelecidos pela lei e regulação.
Precariedade	Sobre o procedimento de seleção/renovação, aponta que “não é tolerável que à Administração seja permitido deferir ou denegar a concessão da autorização por critérios meramente discricionários, sem fundamentação adequada que garanta o controle externo”. Não discorre sobre a revogação do termo e a ausência de prazo de vigência ou termo final.

Tabela 16 - Fichamento voto Min. Alexandre de Moraes

Ministro	Alexandre de Moraes
<i>Ratio decidendi</i>	A regra geral é a prevista no art. 175 da CF. No entanto, especificamente neste setor - e alguns poucos outros, presentes no rol do art. 21, inciso XII - a CF regulamenta de forma adversa e excepcional. Assim, na existência de um acréscimo constitucional de outra possibilidade de delegação, é legítima a realização da transmissão via a modalidade de autorização.
Escopo de aplicação	Segue o relator.
Robustez do instrumento	Ressalta a proeminência no regime jurídico brasileiro de uma regra geral de licitação, nos termos do art. 37. No entanto, em análise das características do setor de TPC interestadual e internacional, observa-se que os mesmos não constituem monopólio natural. Assim, como outros setores de interesse público detentores dessa característica, podem ser regulados excepcionalmente. Assim, inexistindo competição pelas delegações, esvazia-se de sentido a necessidade de realização de um procedimento licitatório.
Precariedade	A delegação via autorização é precária, no sentido de que não apresenta prazo de vigência nem termo final. No entanto, é estável, uma vez que a decisão pela sua revogação ou renovação seria baseada no “preenchimento constante das

exigência fixadas para manutenção da outorga”.
--

Apesar de ser um voto objetivo e resumido, a argumentação do Min. Alexandre de Moraes endereça de forma direta a questão da precariedade do instrumento de autorização no setor. Uma vez que regido a grande maioria das delegações do setor via autorização, naturalmente era necessário, ou o encerramento da precariedade do instrumento, ou a realização de medidas de sua mitigação, visando a manutenção da segurança jurídica no setor. Nesse sentido, a opção normativa referendada pelo STF visou mitigar a precariedade por meio do estabelecimento de limites à discricionariedade.

Nesse sentido, define o Min. Alexandre de Moraes em seu voto que:

“A mesma lógica se aplica, a meu ver, ao caso sob análise, pois a própria ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres colocou em suas informações que a formatação normativa da autorização prevista em lei para a outorga de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros não é discricionária, mas vinculada, e é precária - estável, mas precária -, sem limite de prazo, bastando o preenchimento constante das exigências fixadas para a manutenção da outorga. E ainda conclui que 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.

Essa questão é exatamente a que me referi anteriormente, a não exigência da licitação não pode afastar a exigência de concorrência. Ou seja, não pode haver direcionamento, porque, se houver, haverá a quebra da impessoalidade e, a meu ver, uma ilegalidade, uma inconstitucionalidade, por ferir o art. 37, caput, da Constituição.”

Ato contínuo, o voto do Min. Roberto Barroso aponta como elementos essenciais da autorização:

Tabela 17 - Fichamento voto Min. Roberto Barroso

Ministro	Roberto Barroso
Ratio decidendi	A CF estabelece três tipos principais de prestação das atividades de relevante interesse social. São eles, a prestação como serviços públicos - nos termos do art. 175 - , a prestação como

	atividade econômica estrita - nos termos do art. 173 - e a prestação como utilidade pública - nos termos do art. 21, inciso XII. Assim, estando o TPC interestadual e internacional regido por esse terceiro sistema - que permite como modalidade a autorização, sem licitação - é constitucional a opção do legislador infraconstitucional por essa modalidade e processo.
Escopo de aplicação	Somente para os serviços que podem ser prestados como de utilidade pública, nos termos do art. 21, inciso XII.
Robustez do instrumento	A regra geral é a licitação, não só pela expressão no art. 175, como também por ser, segundo o ministro, decorrência direta do princípio da moralidade que rege o setor. No entanto, no caso dos serviços dispostos no art. 21, inciso XII, quando realizados via autorização, configuram exceção expressa, trazida pelo próprio constituinte. Mais do que isso, o ministro argumenta que "há serviços públicos em que não se aplica a lógica da licitação, porque não se está oferecendo um bem escasso para pessoas que irão disputar".
Precariedade	Não aborda.

E o Min. Dias Toffoli apenas se restringiu a seguir o relator:

Tabela 18 - Fichamento voto Min. Dias Toffoli

Ministro	Dias Toffoli
<i>Ratio decidendi</i>	Segue o relator.
Escopo de aplicação	Segue o relator.
Robustez do instrumento	Segue o relator.
Precariedade	Segue o relator.

Por outro lado, o Min. Gilmar Mendes, caracteriza como elementos essenciais:

Tabela 19 - Fichamento voto Min. Gilmar Mendes

Ministro	Gilmar Mendes
<i>Ratio decidendi</i>	Em razão das possibilidades existentes na CF, a utilização da autorização como regra geral de delegação no setor reflete uma "conformação político-legislativa" legítima. No entanto, mesmo com opção constitucional compreendida no art. 21, inciso XII, alínea "e", para evitar que o procedimento regulado pela legislação objeto da ação seja inconstitucional em razão da incidência de outros artigos da CF, é fundamental que ainda que

	dispensada de procedimento licitatório comum, a autorização deve ser concedida de forma impessoal, objetiva, sem exclusividade e em processo seletivo público.
Escopo de aplicação	Incidência do art. 21, inciso XII, alínea "e".
Robustez do instrumento	Geração de diversos encargos como decorrência da aplicação dos princípios constitucionais da administração pública. Delimitação de características centrais da autorização no setor, como a sua não exclusividade e existência de processo seletivo para atendimento de requisitos técnico operacionais com a devida publicidade.
Precariedade	Ato precário. Inexistência de prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, renúncia, anulação ou cassação.

Cabe-se ressaltar a fundamentação do ministro sobre a inexigibilidade ou não de licitação na delegação do serviço via autorização. Isso porque, mesmo praticando efeitos quase ou semelhantes aos do voto do Min. Relator, a sua defesa da inexigibilidade se deve a uma hierarquia normativa constitucional entre regra geral e específica. Observa-se:

"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."

Destaca ainda, em seu voto, que o mesmo fenômeno de aplicação da regra específica do art. 21, inciso XII, da CF, já foi reproduzido em outros setores indicados no rol do inciso supramencionado. Exemplificadamente, o setor aquaviário.

Ainda, o voto do Min. André Mendonça é relevante por buscar apresentar uma definição objetiva da autorização no setor. O voto é sistematizado da seguinte forma:

Tabela 20 - Fichamento voto Min. André Mendonça

Ministro	André Mendonça
<i>Ratio decidendi</i>	Segue o relator.
Escopo de aplicação	Segue o relator.
Robustez do instrumento	Conforme o art. 37, inciso XXI, não há dúvida da possibilidade de inexigir a licitação em casos excepcionados pela lei. O artigo fala de forma genérica sobre contratações públicas, e não sobre delegação de serviços públicos. No entanto, a única obrigatoriedade legal está de licitar em transmissão de serviço via permissão e concessão. Nos outros casos, como o da autorização, seria necessário licitar em hipótese de inexistência de lei exigindo ou não a licitação - uma vez que a regra geral é a licitação, i.e. na dúvida, deve-se licitar. Agora, no caso concreto, não restam dúvidas, uma vez que (i) existe exceção à regra geral especificada, nos termos do art. 37, inciso XXI; (ii) a CF não exige expressamente a licitação nos casos de delegação pela modalidade da autorização. Independentemente de licitar ou não, os princípios constitucionais da administração pública devem incidir integralmente no processo de delegação pública, gerando diferentes contornos e encargos a depender da inexigibilidade de licitação.
Precariedade	Distinção entre discricionariedade política e discricionariedade técnica. Ou seja, a decisão do órgão regulador é vinculado no caso de atendimento particular dos requisitos técnicos e operacionais. O título é precário, uma vez que sem prazo de vigência e termo final, além de possibilidade de extinção. No entanto, segundo visão do ministro, essas possibilidade de extinção são objetivas e previamente estabelecidas, garantindo maior segurança jurídica e mitigando a discricionariedade da administração de natureza política.

O voto do ministro é relevante em especial para: (i) definir objetivamente o instrumento de autorização; (ii) reforçar a atuação concertada do agente regulador para a qualificação do setor conforme os princípios constitucionais; (iii) delimitar com maior assertividade o limite de discricionariedade da administração pública e da precariedade do instrumento.

Sobre a definição do instrumento de autorização, o ministro busca atualizar o que configura os seus elementos essenciais, caracterizando-a:

“Sob enfoque diverso, a partir de uma atualização dessa clássica noção de autorização, baseada na necessidade de constante adaptação das categorias e conceitos inerentes ao

fenômeno jurídico às incessantes transformações da sociedade impulsionadas pelo desenvolvimento de novas tecnologias, nada impedindo seja ela concebida, em determinada hipótese normativa específica, como ato vinculado, impessoal, sem prazo determinado, mas sujeito às condições resolutivas previamente estabelecidas, e destinada à satisfação de interesse público, esvaziariam-se os óbices de outrora à adoção da referida espécie de delegação para outorga de serviços públicos.

Nesse sentido mais moderno do conceito em questão, defende André Luiz Freire que “a competência para editar a autorização de serviço público deverá ser vinculada, a fim de garantir o princípio da isonomia” Adverte o autor, entretanto, que tal possibilidade “só terá sentido quando for tecnicamente possível e conveniente para a realização dos princípios da universalidade e da adequação que o maior número possível de interessados venha a prestar o serviço atuando num regime de competição” (FREIRE, André Luiz. O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 397).”

Assim, percebe-se que a definição apresentada pelo ministro ganha maior complexidade e densidade jurídica em seus elementos essenciais. Sobre a discricionariedade, mitiga-se para a concessão da autorização, uma vez que vinculada. Para a precariedade, mesmo que ainda sem prazo de vigência ou termo final, a existência de condições resolutivas previamente estabelecidas reduz drasticamente o exercício discricionário e a insegurança jurídica. Por fim, ainda ressalta-se o seu caráter impessoal e atinente aos princípios constitucionais da administração - o que se refletem nos encargos do instrumento e, conseqüentemente, em sua robustez.

Sobre esse último ponto, o voto ainda destaca que a incidência regulatória pode ser constantemente atualizada e intensificada, se necessária para o atendimento dos princípios constitucionais. Nesse sentidos:

“[É necessário] uma atuação concertada, vamos dizer assim, com as orientações dos órgãos de controle, no caso específico, o Tribunal de Contas da União, e Vossa Excelência fez consignar. Demanda também, logicamente, a atuação própria do Ministério Público na fiscalização dessa atividade, além dos órgãos correspondentes ao controle interno da Administração Pública.

[...] ao final, a autorização para esse tipo de serviço deve demandar um atendimento do interesse público em sua essência e não dos interesses privados, ou interesses que se antagonizem ao interesse público em sua maior pureza.”

Por fim, o voto do ministro se destaca como o mais assertivo em delimitar os limites da discricionariedade política e livre da administração pública. Segundo o ministro:

“quando estipula que essas autorizações devem atender a um critério de viabilidade e não de inviabilidade técnica, operacional e econômica. Ou seja, o critério para se autorizar não é a conveniência política dos administradores de plantão, mas a conveniência técnica que respeite a eficiência; a impessoalidade;”

Demonstrando claramente o direito do particular que atende aos requisitos técnicos apresentados de obter, por meio de concessão vinculada da administração, a autorização. Essa delimitação clara também reforça a capacidade de atendimento dos princípios da impessoalidade, igualdade e ampla concorrência tutelados pelo instituto da licitação de forma alternativa.

3.6.3. Os votos dissidentes

No entanto, a posição apresentada pelo Min. Relator e aprofundada nos demais votos não foi unânime, tendo sido instituída divergência pelo Min. Edson Fachin. Essa divergência foi acompanhada pelos Min. Ricardo Lewandowski, Min. Carmen Lucia e Min. Rosa Weber.

É difícil, na análise da posição dissidente, identificar quais seriam os elementos essenciais da autorização no setor de TPC interestadual. Isso ocorre em razão da dissidência se originar na posição de que é essencial a realização de processo licitatório para delegação do serviço. Assim, os votos dissidentes consideram inconstitucionais os arts. da Lei 12.996/2014, não necessariamente - ao menos, não fica claro no voto - pela utilização da autorização - prevista no art. 21, inciso XII, alínea “e”. Mas sim, por esses arts. não preverem a licitação prévia.

No entanto, aparenta-se contraditório e ineficiente a aplicação de um regime de autorização precedido de autorização. Portanto, tudo indica que a

visão sobre o que é a *autorização* no setor de TPC interestadual e internacional nos votos vencidos é completamente diferente da definição de *autorização* dos votos vencedores. Esse indício fica mais claro se observada a definição doutrinária utilizada pelo Min. Edson Fachin em seu voto. Com base na doutrina de Marçal Justen Filho, a definição dada para a *autorização* é:

“[A *autorização*] somente pode ser adotada em hipóteses excepcionais. [Isso significa que] todo aquele que preencher os requisitos previstos em lei terá direito a desenvolver as atividades pertinentes. Portanto, a intervenção estatal não apresenta um cunho constitutivo do direito ao exercício da atividade, mas se trata de um ato de cunho declaratório. Bem por isso, não se trata de transferir ao particular o exercício de uma atividade pública. Enfim, concedem-se serviços públicos; autorizam-se serviços privado.”¹⁹

Com essa perspectiva doutrinária que precariza o instrumento da *autorização*, classificando-o como formal ou apenas emergencial, faz mais sentido a ideia de que os dois instrumentos de delegação do serviço realmente viáveis seriam a *permissão* e *concessão*, precedida de *licitação*. Nesse caso, a *autorização*, prevista também no art. 21, inciso XII, teria papel secundário na delegação, apenas existente para situações emergenciais.

Percebe-se o mesmo fenômeno ocorrido na posição vencedora no voto do Min. Edson Fachin: buscar uma justificativa para o instrumento de *autorização* coexistir com a *permissão* e *concessão* na delegação de serviços públicos - atividade de extrema relevância - mesmo sendo um instrumento bem mais flexível.

Na posição vencedora, sua flexibilidade seria para atender setores elencados pelos constituintes que operariam de forma mais eficiente, por suas características econômicas, se por meio de um instrumento mais flexível e dinâmico. Na posição vencida, sua flexibilidade - inclusive com a não constituição do direito de exercício da atividade, correspondendo apenas como ato declaratório - seria para atender situações emergenciais,

¹⁹ (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 2013, p. 842)

onde a administração precisa do auxílio de agentes minimamente qualificados mas com quem não necessariamente gostaria de ter um vínculo de longo prazo de delegação do serviço.

Assim, com essa visão do instrumento, faz sentido o entendimento que o voto do Min. Edson Fachin considera o respectivo diploma legal inconstitucional por tentar delegar serviço público, em circunstâncias não emergenciais, sem a realização de procedimento licitatório e instrumento adequado de transmissão.

Após essa análise de como o voto entende o instrumento da autorização, cabe analisar o argumento central do voto: a exigibilidade de licitação para delegação dos serviços de TPC Interestadual. Em seu voto, o divide o argumento em dois aspectos, sendo eles a aplicação do art. 175 e a não aplicação da exceção de licitação do art. 37, inciso XXI.

Acerca do art. 175, o ministro aponta que é estabelecido de forma clara o procedimento para a delegação de serviços públicos no regime constitucional brasileiro. Portanto, sendo o TPC interestadual e internacional serviço público - o que, inclusive, não foi questionado nos demais votos, salvo exceção conceitual no voto do min. Luís Roberto Barroso - , deve ter sua titularidade transmitida via permissão ou concessão, precedida de licitação.

Sobre o art. 37, inciso XXI, que estabelece a licitação como regra geral para contratações, salvo casos ressalvados na legislação, o ministro também limita o escopo de exceções. Nesse sentido, afirma que:

“O art. 37, XXI, da Constituição, por sua vez, é taxativo ao estabelecer que, ressalvados os casos especificados em lei, serviços públicos prestados por particulares serão contratados mediante processo de licitação que garanta igualdade de condições a todos os concorrentes.

Não acolho o argumento esposado pela AGU no sentido de que competiria ao legislador infraconstitucional estabelecer a forma de delegação do serviço em questão. Entendo que esta opção não foi dada ao legislador pelo constituinte de 1988.”

Assim, estabelecendo que a leitura da constituição sobre o tema em uma perspectiva sistemática (Art. 175 c/c Art. 37, inciso XXI) deixa claro

quais são as modalidades de delegação e seu respectivo processo - a licitação - quando se tratar de serviço público. Portanto, considerando precedente a ADI 5.549 e inconstitucional a delegação dos serviços de TPC via autorização sem procedimento licitatório prévio.

Acompanhando o voto dissidente, o Min. Ricardo Lewandowski votou pela procedência da ação tendo como *ratio decidendi* a mesma leitura sistemática dos art. 175 e art. 37, inciso XXI. Ainda, ressaltou que: "*No caso, não há, qualquer excepcionalidade na prestação regular do serviço de transporte terrestre coletivo interestadual [...] que justifique a desnecessidade do processo licitatório*".

A Min. Cármen Lúcia, em seu voto, apesar de acompanhar a dissidência, realizou algumas ponderações sobre o tema e o instrumento da autorização. Apesar de afirmá-lo ainda como um instrumento precarizado, em especial se comparado com os modais de concessão e permissão, o voto destacou a evolução do conceito de autorização e sua constitucionalidade.

Somado a isso, a ministra destacou que um excesso de formalização e intervenção judicial na judicialização pode resultar em sua maior desburocratização, o que não é ideal e deve ser alterado. No entanto, ressaltou que a lógica sistemática da CF prestigia esse instrumento como vetor de publicidade para a sociedade e promoção dos princípios constitucionais da administração pública. Assim, nesse sentido, pontua em seu voto que:

Por isso é que eu digo que a autorização se tornou constitucional, nenhuma dúvida. Mas a licitação é como uma chave que se entrega a alguém que se diz habilitado para entrar numa porta. Então, o procedimento licitatório pode ser diferente, o que se exige é o processo licitatório em todos os casos da Administração Pública, na leitura que faço da Constituição.

Por fim, concluindo os votos dissidentes, vota a Min. Cármen Lúcia, também fundamentando que o respectivo diploma afronta os arts. 175 e 37, inciso XXI, da CF. Somado a isso, em *obiter dictum*, a ministra aponta que a construção dos argumentos que formaram a posição vencedora

prestigiaram em determinados momentos mais o aspecto consequencial que o aspecto jurídico. Apontando que:

É preciso notar, porém, a estrutura redacional do artigo como um todo. O inciso XII cita três possibilidades de instrumentos jurídicos (autorização, concessão ou permissão), e as alíneas cuidam de hipóteses materiais muito distintas entre si (radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, transportes e portos). Não há correlação unívoca entre instrumentos jurídicos e hipóteses materiais; então, ou se afirma que todos os três instrumentos são válidos para todas as hipóteses fáticas (o que, com a devida vênia, parece irrazoável) ou que cada um deles servirá à hipótese que lhe seja consentânea, dadas as características de cada tema de fundo. Se assim é, há então que se respeitar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem sistematicamente afirmado a necessidade de licitação no caso dos transportes terrestres (afastando a aplicação da autorização como instrumento jurídico).

Evidenciam-se, portanto, os principais elementos sobre como o STF entende os elementos essenciais da autorização no setor de TPC e os principais pontos de divergência.

4. Conclusão

Conforme a análise da evolução jurisprudencial do tema no STF é possível perceber que a posição vencedora, em especial centralizada no voto do Min. Relator Luiz Fux, foi capaz de endereçar a vasta maioria dos pontos de tensão jurídico com respostas definitivas.

Sobre a inexigibilidade da licitação, obtém-se a constitucionalidade da medida, com base na ideia de que os propósitos da licitação, no caso concreto, seriam melhor tutelados pela sua inexigibilidade. Isso se deve em razão da ampla abertura do mercado, assim não havendo razão de aplicar a licitação, pois não se está oferecendo um bem escasso para particulares que irão disputar.

Sobre a robustez da relação jurídica gerida por meio da autorização, destacou-se a incidência da norma, do regulador e do controle para a formulação de encargos rigorosos de habilitação e manutenção da

delegação. Garantindo assim, a manutenção da eficiência e qualidade do serviço por meio da existência de parâmetros técnico-operacionais, que poderão ser ajustados conforme avaliado necessário para a manutenção da qualidade setorial. A legitimidade dessas medidas, ainda, está balizada nos princípios constitucionais da administração pública previstos no *caput* do art. 37.

Sobre a precariedade da autorização, mantém-se seu caráter, uma vez que inexiste prazo de vigência e termo final. Ainda, existem possibilidades de extinção pela sua plena eficácia, renúncia, anulação ou cassação. No entanto, conforme melhor apresentado no voto do Min. André Mendonça, as extinções estão sujeitas à condições resolutivas previamente estabelecidas. Assim, mitigando a precariedade e aumentando a segurança jurídica.

Sobre a discricionariedade para admissão de novos particulares, estabeleceu-se o caráter vinculante da outorga para todos os particulares que atenderem os parâmetros técnicos necessários. Assim, restringindo a discricionariedade da administração apenas a uma dimensão de discricionariedade técnica. Somado a isso, em casos de inviabilidade de operação de muitos agentes na mesma linha, será realizado processo seletivo em consonância com os princípios da administração.

Por fim, com a improcedência da ADI e constitucionalidade da norma, estabelece como escopo de utilização da autorização os serviços públicos previstos no art. 21, inciso XII, da CF. Dentro de cada setor, como o caso do TPC interestadual, cabe a opção político-legislativa regular o uso de cada modalidade e em quais condições - desde de que atendendo aos princípios da administração.

Com esse panorama, fica evidente a revolução em nível de segurança jurídica promovida pelo ADI 5.549 para o setor de TPC. Além disso, demonstram-se com clareza quais são os elementos essenciais da autorização e como eles são exercidos no setor.

No entanto, conforme pontuado na evolução jurisprudencial e nos votos dissidentes, ainda mantém-se uma série de pontos de atenção que podem ampliar os riscos do setor e ensejar entraves jurídicos. São eles: a aplicação do art. 175 como regra geral para os serviços públicos, os riscos de ponderação da exigibilidade ou não da licitação via princípios e o risco de ponderação da exigibilidade da licitação via contexto fático.

Sobre a aplicação do art. 175, percebe-se que o grande conflito constitucional sobre o que é serviço público e o que não é, que gera uma série de outros conflitos jurídicos em outros cenários, também se reflete aqui. Assim, enquanto não existente uma definição do que se é serviço público, e um procedimento para a sua aplicação padronizado - i.e. entende-se serviço público em uma avaliação da relevância da atividade para a coletividade, entende-se o que é serviço público por meio da modalidade de delegação utilizada, entre outros critérios alternativos possíveis - a questão não será resolvida.

Isso porque, se não definido constitucionalmente um parâmetro, é razoável pensar na possibilidade futura, a depender da composição ministerial do Tribunal, de uma declaração de inconstitucionalidade da lei, com base em uma visão de que TPC é serviço público, portanto regido via art. 175. Essa visão, inclusive, já está presente hoje, tendo sido um dos guias da do voto do Min. Edson Fachin, que abriu e liderou a dissidência.

Somado à possibilidade de alteração dos critérios de interpretação pelo tribunal, outro elemento agravante é que parece não obstar dúvida para os ministros de que as atividades previstas no art. 21, inciso XII, são serviços públicos. Assim, em caso de alteração da aplicação, seria novamente exigível a aplicação de licitação e delegação via concessão ou permissão. Alterando substancialmente toda a lógica setorial e transformando as linhas existentes em operações absolutamente precarizadas na perspectiva jurídica.

Sobre o argumento para a inexigibilidade de licitação, baseado na abertura do mercado e melhor atendimento aos princípios constitucionais, é perceptível um risco de insegurança jurídica. Isso porque, ao se basear em

princípios e percepções da realidade de alto grau de subjetividade, amplia-se a possibilidade de questionamento em caso de alteração dessa percepção subjetiva. Assim, se constatado que a abertura de mercado promovida pela autorização deixou de atender os princípios acima mencionados, seria exigível a licitação prévia? Em caso positivo, seria necessário a declaração de inconstitucionalidade de parte da norma objeto da ADI 5.549? Assim, demonstrando potenciais inseguranças jurídicas futuras para esse modelo jurídico e todo o setor.

Apesar desses pontos de atenção, que devem ser endereçados para a maior regularização e segurança jurídica no setor, a ADI 5.549 é um grande avanço e promotor de estabilidade. Não só o acórdão realiza a definição de constitucionalidade, como define com adequada clareza quais são os elementos essenciais da autorização no setor de TPC, medida salutar para a promoção de segurança jurídica e estabilidade.

5. Referências bibliográficas

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 9788553615537.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. Revista de Direito Público da Economia, ano 14, n. 56, 2016, p. 102

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 2013, p. 842

NESTER, Alexandre Wagner. Autorizações de Serviços Públicos. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019. p. 198.

Sicca, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição – Verfassungskonforme Auslegung – no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 36, n. 143, jul./set. 1999, p. 19-23.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF inicia julgamento sobre necessidade de licitação para transporte interestadual de passageiros. Publicado em: 17 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504152&ori=1> . Acesso em: 04 de fevereiro de 2025.

ADI 5549, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29-03-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 31-05-2023 PUBLIC 01-06-2023

ADI 7241, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 26-02-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 14-03-2024 PUBLIC 15-03-2024

ADI 4338, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 23-08-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 06-09-2019 PUBLIC 09-09-2019

ADI 4289, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 11-04-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2022 PUBLIC 20-04-2022

RE 214382, Relator(a): OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 21-09-1999, DJ 19-11-1999 PP-00067 EMENT VOL-01972-03 PP-00593

RE 74952, Relator(a): THOMPSON FLORES, Segunda Turma, julgado em 11-05-1973, DJ 15-06-1973 PP-04331 EMENT VOL-00914-03 PP-00772 RTJ VOL-00065-03 PP-00820

MS 23137, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 28-04-2003, DJ 19-09-2003 PP-00021 EMENT VOL-02124-04 PP-00835

RE 74227, Relator(a): BARROS MONTEIRO, Primeira Turma, julgado em 05-12-1972, DJ 23-02-1973 PP-00901 EMENT VOL-00900-01 PP-00313 RTJ VOL-00064-03 PP-00455

RMS 10233, Relator(a): OSWALDO TRIGUEIRO, Primeira Turma, julgado em 07-03-1966, DJ 01-06-1966 PP-01866 EMENT VOL-00657-01 PP-00267