

O que diz o STF sobre o regime de autorizações?

Uma análise das ADIs nº 5.549 e nº 6.270

What does the Supreme Federal Court say about the authorization regime? An analysis of ADIs No. 5,549 and No. 6,270

Submetido(submitted): 1 September 2024

Parecer(reviewed): 3 September 2024

Revisado(revised): 5 September 2024

Aceito(accepted): 6 September 2024

Caroline Lopes Batista*

<https://orcid.org/0009-0009-0588-999X>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] To present the divergences regarding the concept of public service and compare them with the analysis of the judgments of ADIs nº 5.549 and nº 6.270, regarding the constitutionality of adopting the authorization model for the operation of interstate and international collective road passenger transportation services.

[Methodology/approach/design] The methodology employed is based on a bibliographic review of public services and authorizations, as well as an analysis of the votes cast by the Justices of the Federal Supreme Court in ADIs nº 5.549 and nº 6.270. The article begins by presenting different doctrinal positions on the concept of public service, and then discusses the debates about authorizations as instruments for granting these services. Subsequently, an evaluation is made of the judgment rendered in ADIs nº 5.549 and nº 6.270.

[Findings] The conclusion is that the Justices who voted in favor of constitutionality acknowledge that public services can be provided through authorization, but there is no unanimous position on the concept of public service, nor on its legal framework.

Keywords: Regulation Law. Intervention. Regulatory Strategies. Utilities. Authorizations.

Resumo

[Propósito] O artigo tem como objetivo apresentar as divergências em relação ao conceito de serviço público e compará-lo com a análise dos acórdãos das ADIs nº 5.549 e nº 6.270, no que se refere à constitucionalidade da adoção do modelo de autorizações

*Mestranda em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas. Linha de pesquisa Economia, Intervenção e Estratégias Regulatórias. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada no escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados. Endereço: Rua Serafim Valandro, 19, Botafogo, Rio de Janeiro/RJ, CEP 22260-110. E-mail: carolinelobatista@gmail.com.

para a exploração dos serviços de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros.

[Metodologia/abordagem/design] A metodologia empregada baseia-se na revisão bibliográfica sobre serviços públicos e autorizações, bem como na análise dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 5.549 e nº 6.270. O artigo se inicia apresentando as diferentes posições da literatura especializada sobre o conceito de serviço público e, em seguida, aborda as discussões sobre as autorizações como instrumentos de concessão desses serviços. Posteriormente, é feita uma avaliação do acórdão proferido nas ADIs nº 5.549 e nº 6.270.

[Resultados] A conclusão é que os Ministros que votaram pela constitucionalidade reconhecem serviços públicos podem ser prestados por autorização, mas não há posição unânime sobre o conceito de serviço público, tampouco sobre seu regime jurídico.

Palavras-chave: Direito regulatório. Intervenção. Estratégias regulatórias. Utilidades públicas. Regime de autorizações.

INTRODUÇÃO

O tema da regulação de atividades públicas de relevante interesse coletivo envolve inúmeras complexidades. Nas últimas décadas, impulsionado especialmente pela Reforma do Estado ocorrida nos anos 90, há uma significativa mudança de compreensão da relação entre Poder Público e esfera privada no desenho institucional brasileiro.

Um dos institutos de direito administrativo que mais sofre mutações é o serviço público. Forjado e consolidado para um Estado marcado pelo intervencionismo, com as mudanças que a economia e sociedade passaram, mudam-se seus pressupostos, conformações e sua própria utilidade.

Atualmente, não se discute a viabilidade de que serviços públicos sejam delegados à iniciativa privada por meio de concessões ou permissões. O art. 175 da Constituição Federal é claro ao anuir e há diversos ordenamentos setoriais que admitem, além da própria Lei Geral de Concessões e Permissões (Lei nº. 8.987/1995).

Porém, visando a diversificação da prestação dessas atividades, de modo a enfrentar os gargalos na infraestrutura, o Poder Público recorre às autorizações, instituto previsto nos artigos 21, incisos XI e XII da Constituição Federal. As autorizações, de maneira distinta das concessões ou permissões, não dependem de licitação prévia e possuem significativas diferenças no regime jurídico.

A dúvida que decorre desse cenário é se os serviços públicos podem ser prestados pelo regime de autorização, já que não são mencionados no art. 175 da Constituição Federal. Na realidade, o cerne da discussão é se se trata de uma característica dos serviços públicos a exigência de prévia licitação ou se podem ser outorgados por títulos habilitantes, nos quais a concorrência pela prestação do serviço decorre do próprio mercado.

Em de março de 2023, o Plenário do STF enfrentou a questão no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (“ADIs”) nº. 5.549 nº 6.270. O pano de fundo é a constitucionalidade da autorização para o Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros (“TRIP”), prevista no art. 21, inciso XII, “e” da Constituição Federal. A autorização foi introduzida na base de exploração do TRIP pela Lei nº. 12.996/2014, que alterou a Lei nº. 10.233/2001 e estabeleceu a liberdade de preços e concorrência nos mercados.

O resultado do julgamento foi a improcedência das ADIs e confirmação da constitucionalidade do modelo proposto. A relevância do julgado se dá pelo reconhecimento de que as autorizações são instrumentos válidos para a prestação das atividades elencadas no art. 21, incisos XI e XII da Constituição Federal. Contudo, ainda permanece a dúvida se essas atividades são ou não serviços públicos, com base nos argumentos desenvolvidos pelos Ministros.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo analisar o acórdão prolatado nas ADIs nº. 5.549 nº 6.270, julgados em 29.03.2023, que declarou a constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº. 10.233/2001 que versam sobre a prestação do serviço de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros sem prévia licitação.

A hipótese que se pretende testar nesse ensaio é que o Acórdão das ADI nº. 5.549 e nº. 6.270, conclui que as atividades prestadas para o TRIP são serviços públicos e que esses podem ser prestados em regime de autorização. Em decorrência disso, há uma afirmação da inviabilidade se estabelecer um único regime para a prestação de serviços públicos. Para o presente estudo de caso, optou-se pela revisão bibliográfica sobre o tema, além de interpretação do Acórdão prolatado nas ADI nº. 5.549 e nº. 6.270.

Para tanto, o artigo iniciará com a apresentação do estado da arte da compreensão do regime de serviços públicos brasileiro. Na sequência, serão desenvolvidos os contornos e especificidades das autorizações para a prestação de atividades elencadas nos artigos 21, incisos XI e XII da Constituição Federal.

Posteriormente, o estudo focará no caso concreto do TRIP e nos votos prolatados na ADIs nº. 5.549 e nº. 6.270.

A DIFICULDADE SEM SE CHEGAR A UM CONSENSO SOBRE O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

O cerne do presente ensaio consiste em compreender os contornos da prestação de atividades elencadas como de competência da União Federal no artigo 21, incisos XI e XII da Constituição Federal¹, em especial sobre o TRIP (inciso XII, e). O pano de fundo do tema diz respeito ao regime e limites que o Estado prestará, direta ou indiretamente, essas atividades, bem como as mutações recentes na sociedade que impactam o Direito Administrativo.

Odete Medauar contextualiza que o movimento de se transferir parcela de atividades estatais para a iniciativa se deu a partir da década de 80 por diferentes razões, que possuem como fundamento razões pragmáticas. Dentre elas, a necessidade de aumentar os recursos do Estado, causas políticas e a necessidade de se criar dinâmicas econômicas distintas (MEDAUAR, 2002).

Esses fatores, cada vez mais intensos, afetam a forma como o Estado se relaciona com a sociedade. Nesse contexto, inevitável trazer a antiga e ainda inacabada discussão sobre a noção de serviços públicos, uma das categorias do Direito Administrativo que mais sofre mutações desde seu surgimento e consolidação no Século XX.

Como já exposto amplamente pela literatura brasileira, a noção de serviços públicos brasileira foi fortemente influenciada pela doutrina francesa, em especial pela Escola do Serviço Público ou Escola de Bordeaux, que teve como seus principais expoentes León Duguit e Gastón Jezè.² Sem a pretensão

¹ Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

² Para compreensão da doutrina francesa e em especial sobre influências no regime jurídico brasileiro: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Editora Fórum, Belo Horizonte:2017.

de esgotar o debate, parte da compreensão da presente pesquisa depende que se retome esses influxos.

Conforme expõe Jacques Chevallier, a noção de serviço público francesa é fruto das transformações que o Estado passou a partir do Século XX, por meio da exigência de uma intervenção estatal mais ativa, apta a preservar os equilíbrios sociais (CHEVALLIER, 2017). Sendo assim, a noção francesa é indissociável de um momento histórico específico, em que se exigiu uma atuação do aparelho estatal mais intensa. Tal momento foi considerado a primeira crise dos serviços públicos, quando houve um intenso movimento de expansão dessas atividades.

Em brevíssimo resumo, León Duguit utilizou-se da sociologia na noção de direito, a partir da ideia de que o Estado é resultado objetivo de uma realidade que é determinada por diversos fatores sociológicos, dentre eles, o momento histórico vivido. Para o autor, a noção de serviço público é sociológica e depende da satisfação do interesse coletivo (SCHMIDT, 2016). Gastón Jezè, por sua vez, foca no regime jurídico para caracterizar o serviço público, isto é, são serviços públicos atividades prestadas pelo Estado no regime jurídico de direito público (ARAGÃO, 2017).

A concepção francesa parte da dicotomia entre direito público e direito privado e entre atividades públicas e privadas para forjar os institutos. As atividades públicas seriam aquelas que o Estado compreende como mais relevantes e, que, portanto, devem ser por ele monopolizadas. É o Poder Público que dita como que as atividades de maior relevância para a sociedade devem ser prestadas, seja diretamente ou indiretamente, por meio de arranjos de parceria com o setor privado.

No Brasil, houve uma grande influência, que ainda reverbera, sobre essa noção de serviços públicos. A partir de 1960, consolida-se no direito brasileiro os princípios e preceitos da escola do serviço público francesa, ainda que anteriormente tenha havido influências provenientes do direito norte-americano (ARAGÃO, 2017).

Victor Schirato identifica que as principais razões para a assunção dessa noção de serviço público foram os interesses do Estado brasileiro em implementar um modelo de Estado intervencionista, a necessidade de se justificar situações de fato que já apontavam para um monopólio estatal sobre determinadas atividades, as concepções ideológicas de que serviços públicos são deveres do Estado e a necessidade de que o Estado se utilize de prerrogativas públicas para utilizar bens públicos e privado (SCHIRATO, 2012).

É nesse contexto que se forja a noção tradicional de serviço público no Brasil, marcada pela separação entre público e privado, legitimação do Estado

por meio de prestações fornecidas ao público e consolidação de uma burocracia estatal direcionada a ampliar a atual do Poder Público. Alexandre Aragão resume que o Estado que se firmou no início do século XX coloca os serviços públicos como uma função muito mais ampla do que contribuir com a ordem pública, reforçando sua relevância (ARAGÃO, 2017).

Pela noção tradicional, o serviço público é identificado por três elementos: (i) material, isto é, relaciona-se com a satisfação de necessidades coletivas, (ii) subjetivo ou orgânico, marcado pela presença do Estado e exclusividade em favor do Poder Público e (iii) formal, que é o regime jurídico de direito público, ou seja, o uso de prerrogativas estatais para a satisfação desses interesses (SCHIRATO, 2012).

Ainda que esse conceito tenha sido útil a um momento histórico, a partir principalmente da década de 1980, essa aceção entrou em crise. Com as transformações tecnológicas e econômicas, a exclusividade em favor do Estado da prestação de atividades de tamanha relevância não mais se mostra compatível com a realidade. Somando-se a isso, a capacidade de investimento do Estado foi drasticamente diminuída e, para que relevantes infraestruturas não fossem degradadas, a iniciativa privada teria que prestá-las.

O resultado é que, com as mudanças aparelho estatal, houve um crescimento da liberalização de atividades que tradicionalmente eram consideradas serviços públicos, sujeitas a regime concorrencial entre entes privados. Tal cenário fez surgir o que a doutrina denomina como segunda crise dos serviços públicos, que, conforme expõem Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Garofano, leva a revisão da concepção de que serviço público como exclusivo ou reservado ao Estado (MARQUES NETO, 2014).

Há que se destacar que a crise dos serviços públicos não contribuiu para a unificação do conceito. Na realidade, os desafios de se trazer uma definição clara ficaram cada vez complexos.

Por exemplo, Alexandre Aragão entende que o fundamento da atividade estatal, ou seja, o bem comum ou satisfação de interesses dos cidadãos, não deve ser o ponto primordial na conceituação de serviços públicos, visto que toda atividade estatal, de qualquer poder, tem a mesma razão de ser, que é o próprio interesse coletivo (ARAGÃO, 2017). Nesse sentido, o foco para qualificação de determinada atividade deve ser o seu regime jurídico, ou seja, a forma como é prestada. Assim, o autor o conceito de que:

“serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas

diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade”³

O autor exclui as chamadas “atividades privadas regulamentadas” ou “atividades privadas de interesse público”, que são àquelas reservadas à iniciativa privada que por sua importância na sociedade, gerarem desigualdades ou assimetrias informativas exigem autorização do Estado e são sujeitas à regulação estatal (ARAGÃO, 2011).

Para Odete Medauar, por sua vez, saber quando e o porquê de determinada atividade ser considerada serviço público se reporta ao “plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel”, que poderá ser fixado na Constituição, leis ou tradição, mas sempre com um aspecto normativo (MEDAUAR, 1998). Para a autora, o relevante é que se tenha um vínculo orgânico com a Administração Pública, isto é,

“A Administração está vinculada a essa atividade, exercendo controle permanente sobre o executor do serviço público; sua intervenção, portanto, é maior do que a aplicação de medidas decorrentes do poder de polícia, porque a Administração é responsável pela atividade”⁴

Por outro lado, é possível defender que os serviços públicos devem ser pautados no conceito amplo, definindo-os enquanto qualquer atividade que por sua relevância social se submete à regime jurídico que exige algum nível de atuação do Estado, seja para sua prestação ou através de regulação ou fiscalização. Sob esse aspecto, a definição da atividade como possível de satisfazer interesses coletivos decorre de escolha político-legislativa, como forma de tornar o conceito mais concreto (MEDAUAR, 1998).

Vitor Schirato, por sua vez, sustenta que serviços públicos são atividades imprescindíveis para a realização de direitos fundamentais. Nesse sentido, reconhece como características dos serviços públicos a (i) universalização, (ii) continuidade, e (iii) a modicidade tarifária (o mais módica possível) (SCHIRATO, 2012). O autor defende que a instituição de um serviço público depende de um exame de proporcionalidade, contrapondo as finalidades que se pretende alcançar e as restrições impostas ao direito fundamental da livre iniciativa, posto que referida instituição diminuirá o acesso dos particulares à atividade econômica (SCHIRATO, 2012).

Importante destacar que a universalização, um dos traços distintos apontados pelo autor, incide tão somente sobre os serviços públicos e impõe a

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Editora Fórum, Belo Horizonte:2017, p. 111.

⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2ª Edição. São Paulo: RT, 1998, p. 330-331.

obrigação de que o prestador, seja o Estado ou o particular, levem o serviço para a maior quantidade de pessoas em uma área determinada (SCHIRATO, 2012).

Diogo Coutinho defende que se antes da transferência da prestação do serviço ao privado havia comprometimento com a realização de investimentos pelo Estado, deve-se admitir que, quando é possível utilizar o capital privado, a universalização seja exigida como contrapartida pela exploração eficiente e lucrativa de determinado serviço público. Assim, a universalização é imperativa do ponto de vista jurídico (COUTINHO, 2022).

Como se vê, há diferentes visões sobre o que caracterizam os serviços públicos. Eles podem ser definidos pelo vínculo com a Administração Pública, sua relação com direitos fundamentais, regime jurídico, relevância social, entre outros.

Entre convergências e divergências da literatura, a realidade cada vez mais complexa exige que os instrumentos de prestação de atividades sejam adaptados. Marçal Justen Filho acaba por concluir que

“não é possível estabelecer, de modo rigoroso e inquestionável, a extensão do conceito de serviços públicos. Bem por isso, existem zonas cinzentas, que a opção de submeter certas atividades ao regime de direito público não pode ser afirmada ou impugnada com absoluta certeza”⁵

O autor reconhece que o conceito de serviços públicos é tão mutável quanto a realidade, multifacetada e dinâmica, que torna o consenso tarefa árdua. Tão logo se estabelece um conceito, surgem novas atividades que não estão enquadradas a delimitação proposta e a mesma dúvida surge: é serviço público ou não?

Nesse contexto, é possível observar que não há uma delimitação precisa do que compõe ou caracteriza o núcleo dos serviços públicos. A presente pesquisa sequer pretende extrair todas as diferenças doutrinárias e conceitos que visam tratar do instituto, que já foram e continuam sendo debatidos. Não se possui a pretensão de adotar alguma das visões, e sim expor a sua heterogeneidade.

A discussão, contudo, não é meramente classificatória, pois a caracterização de uma atividade como serviço público traz consigo a sua assunção a um regime que foi forjado com a participação Estatal, bem como os instrumentos que o Estado dispõe para sua prestação. A ausência de uma definição sobre a noção de serviços públicos acaba por, muitas vezes, dificultar a compreensão pelo Estado de como deve prestar certas atividades. Nesse sentido explicam Fábio Barbalho Leite e Miguel Reale Junior que

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.48.

“a conformação de uma atividade econômica como serviço público pressupõe a consideração normativo-axiológica dessa atividade como atinente com superiores necessidade e interesse da coletividade nada efêmeros nem passageiros; portanto, entre outras coisas, interesse e necessidade demandantes do asseguramento de uma estrutura que proporciona a duradoura e contínua satisfação.”⁶

Nesse sentido, independentemente do conceito, a assunção de uma atividade como serviço público exige atuação estatal mais intensa, diferenciando-se das atividades privadas, em que há maior liberdade de atuação. Explicam Rafael Garofano e Floriano Azevedo Marques Neto que, nos casos em que se qualifica uma atividade como serviço público,

“ao Estado caberá a imposição de regras de admissão para exploração da atividade (regras de entrada); de cumprimento de metas e políticas públicas aplicáveis ao setor; de uma atividade fiscalizatória (poder de polícia) mais intensa; e de mecanismos de garantias dos direitos dos usuários em função do dever de garantia dos direitos fundamentais.”⁷

Ressalta-se que, em qualquer noção de serviço público, o cuidado que se deve ter é não de reduzir todas as atividades que podem ser prestadas pelo Estado ou pelo particular a um regime estrito de serviços públicos, forjado no século XX, com uma realidade distinta do momento atual. O Direito Administrativo, na terminologia adotada por Leonardo Coelho Ribeiro, deve ser uma “caixa de ferramentas”, isto é, os recursos devem ser avaliados como verdadeiros instrumentos que buscam aproximar a estrutura da Administração Pública à eficiência e gestão, sem que o foco seja puramente a análise de legalidade (RIBEIRO, 2016).

A AUTORIZAÇÃO COMO POSSÍVEL INSTRUMENTO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU SUA DESCARATERIZAÇÃO

Uma das consequências da dificuldade de se estabelecer um conceito de serviços públicos diz respeito aos instrumentos que o Estado dispõe para delegar essas atividades à iniciativa privada. Com a segunda crise dos serviços públicos a partir da década de 1980 e o aumento da participação privada na economia, os

⁶ REALE JUNIOR, Miguel; LEITE, Fabio Barbalho. A Regulação dos Bingos de 1941 a Fevereiro de 2003: Estudo de Caso-Problema. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p.171-206, jul./set. 2004, p. 180.

⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o Conceito de Serviço Público e suas Configurações na Atualidade, *Revista de Direito Público da Economia*, volume 46, 2014, p. 74.

meios pelos quais o Estado transfere à gestão à iniciativa privada ficam ainda mais complexos.

Expõe Floriano de Azevedo Marques Neto que a mudança do ente gestor de algumas atividades e transferência à iniciativa privada exige um aparato estatal voltado a disciplinar sua relação de parceria com os particulares. Nesse sentido, a retirada da esfera pública de um setor implica no fortalecimento da esfera pública, não como ente executor, e sim regulador (MARQUES NETO, 2005).

Com efeito, a Constituição Federal admite três diferentes formas de outorga para algumas atividades que são de titularidade da União⁸: permissão, autorização e concessão. Por outro lado, o art. 175 somente faz alusão às concessões e permissões para a prestação de serviços públicos.⁹ Como aponta Vera Monteiro:

“Os três instrumentos são usados como sinônimo de ato jurídico e têm a função de abrir a possibilidade de contratação de terceiros (ente público ou empresa privada, pessoa jurídica ou pessoa física) na exploração de serviços públicos e serviços monopolizados e no uso de bens públicos.”¹⁰

Daí decorre a dúvida: serviços públicos podem ser prestados em regime de autorização? Antes de trazer as nuances sobre esse questionamento, faz-se necessário apresentar os traços desenvolvidos no desenho institucional

⁸ Art. 21. Compete à União: (...)XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

⁹ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

¹⁰ MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.

brasileiro para as concessões, autorizações e permissões, que não possuem disciplina robusta no texto constitucional. Há, como aponta Gustavo Binbenbojm, uma “margem empírica” na Constituição, que admite que o Poder Público empregue o meio mais adequado ao interesse coletivo (BINENBOJM, 2014).

As concessões são os instrumentos mais tradicionais e difundidos para a delegação de serviços públicos que envolvem grandes investimentos em longo prazo, estruturadas na Lei nº. 8.987/1995. Sua outorga ao particular se dá por meio de licitação, inclusive por determinação do art. 175 da Constituição Federal.

Como defende Floriano de Azevedo Marques Neto, há uma concepção una, marcada pela prestação ao reduzir todas as concessões à concessão de serviço público, e que o instituto acabe se atrelando à noção de serviço público e, mais particularmente, a uma determinada concepção de serviço público (entendida como a prestação estatal divisível e individualmente fruível, objeto de prévia avocação estatal-*publicatio*- e passível de remuneração por meio de tarifa) (MARQUES NETO, 2015).

As concessões, na realidade, são instituto muito mais amplo, empregado em diversos setores de formas características, mas os serviços públicos sem dúvidas são o responsável pela sua consolidação como um dos principais instrumentos de outorga de atividades pelo Estado. Há inúmeros serviços públicos que hoje são prestados em regime de concessão: energia, portos, transporte ferroviário de cargas e passageiros, rodovias, entre outros.

As permissões, por sua vez, tradicionalmente são definidas como atos unilaterais, discricionários e precários, e que, pela sua característica são vocacionados a projetos com prazos menores e que não exigem altos investimentos. Tal como as concessões, dependem de prévia licitação. Para Sara Jane Leite de Farias, a permissão está em uma “posição intermediária entre a concessão de autorização” (FARIA, 2005).

Com a Lei nº. 8.987/1995, as permissões foram consagradas como atos precários (art. 2º, IV), mas há um regime único aplicável às concessões e permissões, como, por exemplo, a necessidade de prestar o serviço adequado, com a imposição dos ônus de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º). Esse dever é remodelado em cláusulas contratuais e legais que impõem, por exemplo, a obrigatoriedade de que uma parcela da receita do particular seja destinada a universalização. Sintetizando o debate, Alexandre Wagner Nester expõe que

“mesmo com a Lei 8.987/95, remanescem as dúvidas sobre a definição e natureza dos dois institutos, exigindo que se investigue a legislação setorial

para definir cada hipótese de concessão e de permissão - a qual, de modo geral, não é uniforme e tampouco presta deferência à doutrina tradicional.”¹¹

Sejam por concessões ou permissões, a direção do serviço permanece com o Estado, que projeta os investimentos, o prazo de amortização e o teto tarifário. Além disso, usualmente são estabelecidos parâmetros de desempenho por meio do qual a atuação privada é aferida e há um pressuposto de que, como são serviços públicos, o Estado pode instrumentalizar essas atividades para políticas públicas.

Além das concessões e permissões, como exposto, o art. 21, incisos XI e XII da Constituição Federal fazem alusão às autorizações. Há um movimento crescente, mas não recente, de ordenamentos jurídicos setoriais que disciplinam a prestação de atividades pelo regime de autorização, citando-se como exemplo: (i) Lei nº. 9.074/1995, para a geração e comercialização de energia elétrica; (ii) Lei nº. 9.472/1997, para o setor de telecomunicações; (iii) Lei nº. 12.996/2014, para o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, (iv) Lei nº. 12.815/2013, para o setor portuário; (v) Lei nº. 14.134/2021, gás natural e (vi) Lei nº. 14.273/2021 – Transporte ferroviário. O aumento de atividades que antes estavam restritas ao regime das concessões e permissões também desperta indagações da literatura sobre o seu regime jurídico.

Importante ressaltar que as autorizações são instrumentos com diversas acepções no Direito Administrativo, que, conforme apontam Alexandre Aragão e Carolina Fidalgo, podem ser resumidas em três: (i) Ato discricionário de polícia: faculta ao particular o desempenho de uma atividade ou prática de um controle. (ex: porte de arma); (ii) Autorização de uso de bem público: ato discricionário e precário que faculta ao particular o uso de bem público (ex: acesso a fonte de água pública) (iii) Autorização de serviço público: forma de prestação indireta de serviços públicos (ARAGÃO, FIDALGO, 2015).

As autorizações “clássicas” eram estudadas como instrumentos precários, nos quais o Poder Público torna viável o exercício de atividades e serviço quando o consenso administrativo é necessário. A precariedade era caracterizada pela ausência de indenização em caso de revogação do Poder Público, por conveniência ou oportunidade (FARIA, 2005).

Essas características, porém, não são da natureza do instituto, tampouco decorrem do texto constitucional. As mudanças das formas de parcerias entre

¹¹ NESTER, Alexandre Wagner. *Autorizações de Serviços Públicos*. 2019. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-28082020-033705. Acesso em: 2023-07-31, p. 63.

iniciativa privada e Poder Público são acompanhadas de um “novo padrão de atuação regulatória”, nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, no qual atos unilaterais e imposições autoritárias dão vez a uma regulação reflexiva, marcada pela atuação do Estado como mediador de interesses (MARQUES NETO, 2005).

Carlos Ari Sunfeld defende que, na realidade, nas autorizações jamais tiveram natureza precária. Nas palavras do autor:

“E que a autorização jamais esteve ligada, na Constituição, à ideia de instrumento necessariamente precário. As referências constitucionais a ela sempre foram neutras, não contendo a indicação de seu regime jurídico quanto ao ponto. A ideia de precariedade como sinônimo de autorização também não tem fundamento no Direito Comparado, no qual se registra um histórico multifacetário em torno dessa expressão. Mesmo o Direito Positivo legislado é rico e complexo. Desde tempos imemoriais, na legislação, há autorização precária para uma série de atividades, especialmente no âmbito municipal. Mas também há autorização com o significado de ato de outorga estável.”¹²

Da maneira como as autorizações têm sido instrumentalizadas para a prestação das atividades elencadas no art. 21, XI e XII da Constituição Federal, podem ser caracterizadas como recursos conferem maior liberdade ao privado, pois há uma redução de carga regulatória, prazo maior para que os investimentos sejam amortizados e liberdade de preços. Para que o serviço seja prestado, não há imposição de prévia licitação, basta que o interessado apresente um requerimento à agência reguladora setorial e a sua anuência dependerá de parâmetros previamente estipulados pela regulação.

Por isso, são instrumentos mais adequados quando o Poder Público opta por instituir política pública liberalizante, com menor carga regulatória e pública. Ao comentar o tema, Gustavo Binbenbujm denota que o legislador opta por casos em que o melhor cenário para a execução do serviço é que haja ampla competitividade entre os agentes privados. Além disso, o modelo de maior flexibilidade exige que o prestador constantemente se adapte ao melhor serviço para o usuário, que nas concessões usualmente são definidos em contratos de longo prazo (BINENBOJM, 2017).

Quanto à natureza das atividades que são prestadas por autorização, a literatura aponta caminhos distintos. Maria Sylvia di Pietro defende que serviços públicos não poderiam ser prestados por regime de autorização, assim:

“Vale dizer que aquela mesma atividade que, na concessão e permissão, constitui serviço público no duplo aspecto de titularidade do Estado e de

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. Regime Jurídico do Setor Petrolífero. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 394.

prestação ao público (no interesse geral), quando se trata de autorização perde essa segunda característica porque, embora continue de titularidade da União (como decorre do artigo 21, XI e XII, da Constituição), não é prestada ao público, no interesse geral, mas no interesse restrito do próprio beneficiário da autorização. Não se pode incluir as atividades previstas nesse dispositivo da Constituição entre as atividades privadas, abertas à livre iniciativa, exatamente pelo fato de serem constitucionalmente atribuídas à titularidade da União.”¹³

Alexandre Aragão e Carolina Fidalgo, em estudo sobre as autorizações do setor portuário, expõem que, quando as atividades do art. 21 são prestadas em regime de autorização, não são serviços públicos, estes que são limitados às concessões e permissões. Para os autores, há duas consequências do regime de autorização (i) as empresas exercem atividades não por decisão do Estado, mas por direito próprio, o que não impede que estejam sujeitas a autorização e a uma forte regulação, que pode inclusive fixar preços e (ii) essas competências relacionadas à autorização e regulatórias não podem ser vistas como se fossem atividades próprias do Estado e não devem ser forçadas a executar políticas públicas (ARAGÃO;FIDALGO, 2015).

A primeira consequência apontada pelos autores expõe um dos principais traços das autorizações. Seja serviço público ou não, o regime das atividades em que as autorizações são prestadas é privado.

No setor de telecomunicações, a discussão sobre a viabilidade das autorizações contribuiu para compreender os diferentes regimes que um setor pode ser submetido. A Lei n°. 9.472/97 admitiu que os serviços de telecomunicações fossem prestados em regime público, por concessão ou permissão, e privado, por autorização (art. 63).

O regime público é pautado pela universalização, enquanto o regime privado pela competição. Significa que o regime público é voltado para o usuário em potencial, isto é, quem não possui acesso, e por isso as políticas públicas devem ser instrumentalizadas de modo a tornar viável o acesso. Já o regime privado visa proporcionar melhores condições da prestação, já que o acesso já foi possível (MARQUES NETO, 2002).

A coexistência entre os regimes é chamada de assimetria regulatória, na qual os atores são submetidos a regras distintas, seja dentro do mesmo setor ou da cadeia produtiva (MARQUES NETO, 2002), isto é, há diferentes formas de outorga no mesmo setor. Essas diferenciações produzem um desequilíbrio concorrencial entre concessões e autorizações, que podem significar o esvaziamento do modelo de exploração público. Também por tal razão que se

¹³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 7ªed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 139.

discute a possibilidade de que o Poder Público permite que dois modelos distintos convivam no mesmo espaço setorial.

O tema foi levado ao STF por meio da liminar requerida na ADI nº. 1.668. O Ministro Nelson Jobim, autor do voto condutor da maioria, entendeu que é viável que os serviços de telefonia fossem prestados por autorização e concessão. Nas palavras do Ministro:

“inconstitucionalidade alguma no fato de cada modalidade de serviço estar destinada à prestação exclusivamente no regime de público, no regime privado ou, concomitantemente, em ambos os regimes, sem qualquer exclusão. A Agência poderá definir, e, em alguns casos concretos, há o interesse público no sentido de que um serviço possa ser, ao mesmo tempo, privado - forma pela qual poderá ser financiado - e aberto ao público.”

Ao comentar o acórdão, Egon Bockmann Moreira apontou que o STF admitiu que é “constitucional a sua outorga por meio de autorizações, sem licitação e que cabe ao legislador ordinário e à agência reguladora setorial a definição da atividade a ser executada e como ela dever ser executada” (MOREIRA, 2016). O modelo já foi chancelado pelo STF, o que não significa que ainda não há discussões sobre, mesmo na Corte.

Pelo exposto, verifica-se que as autorizações ainda são um campo em aberto e a ser explorado no Direito Administrativo. É nesse contexto que se discutiu a constitucionalidade da delegação do Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros, como adiante será elucidado.

ADI 5549: CONFIRMAÇÃO DE UM MODELO DE AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS PARA TRIIP

Como já assentado, a proliferação das autorizações para a prestação de atividades elencadas no art. 21 da Constituição Federal alterou a maneira como que se estuda e compreende a prestação de serviços públicos no Brasil. Há, três caminhos para o tema: (i) serviços públicos podem ser prestados sob regime de autorização; (ii) serviços públicos não podem ser prestados sob regime de autorização e devem ser exclusivos do regime de permissão e autorização e (iii) prestação de atividades por regime de autorização é possível, mas desnatura sua natureza como serviços públicos.

Ainda que o tema tenha sido parcialmente tratado na ADI nº. 1.668, que versou autorizações para telecomunicações, em 2023 o STF novamente avaliou a questão nas ADIs nº. 5549, distribuída em 2016 e ADI nº. 6270, distribuída em 2019, que trouxe parâmetros relevantes para a compreensão dessas atividades. O caso diz respeito à constitucionalidade da prestação dos serviços da delegação, por meio de autorização, da prestação do serviço regular de

Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros, previsto no art. 21, XII, “e” da Constituição Federal.

A ADI nº. 5549 foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República e impugna parcela do art. 3º da Lei 12.996/2014, dispositivo que deu nova redação a Lei 10.233/2001, definindo como autorização o instrumento de exploração da prestação regular do TRIIP. Já a ADI nº. nº. 6270 foi ajuizada pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Rodoviário de Passageiros e questiona a Lei 12.996/2014, o Decreto 10.157/2019, que Institui a Política Federal de Estímulo ao Transporte Rodoviário Coletivo Interestadual e Internacional de Passageiros; a Resolução 71 do Conselho do Programa de Parcerias e Investimentos (“PPI”), que fixou princípios e diretrizes para a política pública e regulamentação do serviço e a Deliberação 955/2019 da ANTT, que extinguiu a possibilidade de transferência de autorizações para a exploração do mercado.

O panorama institucional dessas atividades é pendular¹⁴. Para o presente ensaio, relevante destacar que a autorização, da forma como impugnada no STF,

14 O voto o Ministro Luiz Fux resume o histórico do TRIPP da seguinte forma: “originalmente, a Lei 10.233/2001, peça-chave no setor de transportes e tema central da presente controvérsia, previu a concessão como modalidade de outorga das atividades de exploração de infraestrutura, reservando a autorização ao afretamento. Ato contínuo, no entanto, o Decreto 2.217-3/2001 promoveu mudanças nos dispositivos em questão, retomando a permissão como forma de delegação da prestação regular dos serviços de transporte terrestre coletivo. Em paralelo, a prestação em regime não regular foi enquadrada como hipótese de autorização. A autorização existente, quando da edição da Lei 10.233/2001, era apenas de autorização de regime especial, instituída pelo Decreto 2.521/1998, com existência temporalmente limitada a 2008, desde que mantidas as condições de contratação. As linhas de ônibus interestaduais de média e longa distância operadas no regime especial consistiam em um instrumento marcado pela precariedade e em desconformidade com o regime de delegação previsto como regra pela legislação. No entanto, a expectativa de realização de novos certames até 2008 não se concretizou. A fim de evitar a descontinuidade dos serviços de transporte, legitimou se, por meio da Resolução ANTT 2.868/2008, uma nova dilação até 31 de dezembro de 2014. É essa situação precária e excepcional que a norma impugnada pretendeu disciplinar. Conforme as informações trazidas pela representação do Senado, a Lei 12.996/2014, cujo artigo 3º modifica a Lei 10.233/2001, teve origem na Medida Provisória 576/2012. Essa medida visava à criação da figura do operador ferroviário independente, com outorga por autorização. O intuito seria conferir à ANTT as competências para regulamentar a autorização de particulares para promover o transporte de cargas na infraestrutura

foi introduzida no ordenamento pela Lei nº. 12.996/2014, cujo artigo 3º modifica o art.14 da Lei nº. 10.233/2001 para estabelecer que o Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros depende de autorização. Com base no dispositivo, a ANTT regulamentou a matéria para fixar como características do TRIP, o que gerou a sua impugnação nas ADIs citadas.

A *ratio* das autorizações no setor é que a concorrência não se dá pela licitação, e sim pelo mercado. Sobre o tema, Alexandre Ortigão e Felipe Freire explicam que

“A premissa do modelo regulatório é que os prestadores de serviço pedem autorização para prestar os serviços e que se habilitarão a operar em determinadas rotas, sob determinadas condições gerais, cientes, desde o início, que haverá concorrência e, portanto, a potencialidade do ingresso de novos operadores nos mesmos horários ou em horários diversos daqueles por ele ofertados, competindo pelos melhores pontos de parada, melhores preços e por qualidade do serviço. No regime autorizativo, a satisfação do princípio da continuidade da prestação do serviço não reside na manutenção de um termo de autorização em específico, mas na multiplicidade deles, beneficiando os usuários com maior oferta e maior competição.”¹⁵

Sendo assim, a lógica de continuidade exigida pelo contrato de concessão é substituída por um modelo em que a maior oferta garante que os usuários terão o serviço prestado. As barreiras de entrada são reduzidas pelo ente regulador, no caso, a ANTT, de modo a tornar o ambiente regulatório estruturado para garantir a efetiva concorrência.

Apesar disso, em 2021 o Tribunal de Contas da União determinou liminarmente que a ANTT suspendesse novas autorizações para o TRIP. A medida liminar decorreu de denúncia sobre supostas irregularidades cometidas pela ANTT. Para a Corte de Contas, o setor não contava com regras definidas para a segurança dos usuários, bem como a ausência de obrigação de que entrantes atendessem a níveis de serviço. Pela decisão, o TCU compreendeu que

ferroviária existente, já sob a exploração de concessionárias: (...)” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 5549 e 6270*. Relator: Luis Fux, Brasília, p. 12. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358470101&ext=.pdf>. Acesso em: 20.07.2023)

¹⁵ ORTIGAO, Sampaio Buarque Schiller, A.; FREIRE, Felipe. Aplicação Da Lei 12.996/2014: Aspectos Controvertidos No Transporte Rodoviário De Passageiros No Brasil. *Revista Brasileira de Transportes*, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 48–83, 2022. DOI: 10.12660/rbt.v2n2.2022.85873. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbt/article/view/85873>. Acesso em: 15 jul. 2023, p. 61.

o modelo proposto pela ANTT falhava ao garantir a adequada prestação em um ambiente de concorrência pelo mercado (TCU, 2021).

Posteriormente, em fevereiro de 2023, a liminar foi revogada e o TCU afirmou a validade do modelo adotado pela ANTT, que privilegia a livre concorrência e liberdade tarifária para proporcionar a adequada prestação do serviço. A Corte de Contas teceu algumas recomendações para a ANTT aprimorar o modelo, como a instituição de mecanismos voltados a avaliar o cumprimento da gratuidade (TCU, 2023).

Gustavo Binbenojm, ao defender o modelo, conclui que

“há razões suficientes para se concordar com o legislador, no sentido de que a abertura à concorrência é mais benéfica aos consumidores no caso do transporte coletivo regular interestadual e internacional de passageiros (...) independentemente da orientação adotada acerca do conceito de serviço público, vale registrar que não se extrai do texto constitucional qualquer vedação à delegação de serviços de transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros sem prévia licitação. Com efeito, o art. 175 da Constituição se limita a exigir prévia licitação para os casos de permissão e concessão de serviços públicos, não abarcando a hipótese de autorização. Aliás, o próprio art. 37, XXI, CRFB/1988, permite que o legislador afaste o dever de licitar em hipóteses específicas.¹⁶

Explicitado o contexto, cumpre investigar a instrumentalização do conceito de serviço público pelo STF no caso em análise. As ações foram propostas pela Procuradoria Geral da República (“PGR”) e a Associação Nacional das Empresas de Transporte Rodoviário de Passageiro (“ANATRIP”), que argumentavam que o TRIP era um serviço público e que somente poderia ser prestado por permissão ou concessão, com base no art. 175 da Constituição Federal. A PGR ainda argumentou que as autorizações são instrumentos que não garantem a proteção dos consumidores.

O Ministro Luiz Fux foi o relator e conduziu o voto vencedor pela constitucionalidade das autorizações para a TRIP. Há um reconhecimento pelo Ministro de que essas atividades são serviços públicos, mas que a concorrência por processo licitatório não é um traço característico do regime. Nesse sentido:

“Quando não verificada a exclusão de interessados, a prestação do serviço público, via de regra, mostra-se tanto melhor quanto mais pessoas forem contratadas, desde que mediante condições homogêneas previamente divulgadas. O interesse público se satisfaz com o estabelecimento dos

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a Constitucionalidade do art. 3º da lei nº 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 09, nº 3, julho, 2017, p. 1285.

devidos requisitos técnicos e de regularidade para a habilitação dos interessados, a exemplo do que ocorre no credenciamento.”¹⁷

Além disso, o Ministro aponta que o modelo adotado permite que o ente regulador, *in casu*, a ANTT, tenha maior ingerência sobre a fixação de parâmetros de adequada prestação do serviço. Assim,

“diferentemente do modelo licitatório em que, via de regra, os requisitos são avaliados pontualmente *ex ante*, a resolução estabelece, ainda, que a cada três anos a autorizatória deverá atualizar essa documentação, sob pena de extinção da autorização.”¹⁸

Com base nesse argumento, o Ministro conclui que o estabelecimento de critérios para a outorga das autorizações cumpre com os fins propostos para a adequada prestação dos serviços.

Outro aspecto relevante nos argumentos trazidos pelo Ministro é sua relação do regime de autorização com a universalização dos serviços. O Ministro aduz que

“A maior oferta de prestadores contribui para a universalização do serviço, atingindo uma maior capilaridade no atendimento a diferentes destinos e rotas. Em especial, por se tratar de serviço de transporte coletivo de passageiros interestadual e internacional, a universalização contribui para a integração nacional, o direito à locomoção e a redução das desigualdades regionais valores caros à Constituição e à proposta de desenvolvimento nacional.”¹⁹

Como elucidado anteriormente, a universalização é um dos traços distintivos dos serviços públicos, porém, pelo exposto, não é exclusivo. A noção de universalização como imposição de metas para o particular possui uma nova perspectiva no regime de autorização, no sentido de que a maior oferta contribuirá para atender regiões distintas.

17 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 5549 e 6270*. Voto Luis Fux. Brasília, p. 21. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358470101&ext=.pdf>. Acesso em: 20.07.2023.

18 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 5549 e 6270*. Voto Ministro Luis Fux. Brasília, p. 26. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358470101&ext=.pdf>. Acesso em: 20.07.2023.

19 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 5549 e 6270*. Voto Ministro Luis Fux. Brasília, p. 45. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358470101&ext=.pdf>. Acesso em: 20.07.2023.

Interessante notar que, apesar do Ministro Relator reconhecer que o art. 175 da Constituição Federal não é aplicável ao regime de autorizações, posteriormente o dispositivo é utilizado como fundamento para reconhecer a necessidade que a ANTT garanta e suas normas regulatórias a obrigação do serviço adequado, conforme se vê:

“A natureza pública do serviço de transporte interestadual de passageiros, como outros serviços públicos, impõe a obrigação de manter serviço adequado, nos termos do artigo 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição, que remete à lei de regência. Não se pode analisar as regras reguladoras isoladamente, porquanto a atualidade, regularidade, continuidade da prestação, assim como a modicidade do preço, são resultantes de uma conjugação de normas.”²⁰

Os Ministros André Mendonça, Nunes Marques, Alexandre de Moraes e Luis Roberto Barroso acompanharam o relator, com traços que também merecem destaque na presente pesquisa.

O Ministro André Mendonça fundamentou sua decisão pela perspectiva que a autorização foi empregada no setor após tentativas frustradas de ampliar a concorrência no regime anterior. Para o Ministro, a autorização seria uma forma de se universalizar o transporte pela concorrência, conforme se vê:

“a partir das experiências pretéritas, o legislador passou a compreender que, tratando-se de atividade que não se caracteriza como monopólio natural, os princípios universalidade e adequação têm sua concretização otimizada pelo estabelecimento de um regime de concorrência, no âmbito do qual todos os potenciais interessados podem prestar o serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros, em igualdade de competição”.²¹

A incidência do art. 175 da Constituição Federal é resolvida pelo Ministro pelo princípio da especialidade, isto é, o art. 21, XII, “e”, se trata de exceção à regra geral de que os serviços públicos devem ser submetidos a prévia licitação e serem outorgados ao particular por meio de permissão ou concessão. Para o Ministro, a alusão à “na forma da lei” do art. 175, admite que outras formas de delegação seriam previstas, tal como as possíveis hipóteses de dispensa de licitação do art. 37, XII da Constituição Federal. Por fim, aponta

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 5549 e 6270*. Voto Ministro Luis Fux. Brasília, p. 39. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358470101&ext=.pdf>. Acesso em: 20.07.2023.

²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 5549 e 6270*. Voto Ministro Luis Fux Brasília, p. 26. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358470101&ext=.pdf>. Acesso em: 20.07.2023.

que a exigência de licitação deve ser instrumental e como há competição no mercado para o TRIP, não haveria inconstitucionalidade no modelo proposto.

O Ministro Nunes Marques reitera os argumentos do Ministro relator sobre a concorrência nas autorizações se dar por sua atuação no mercado. O relevante de destacar é que o Ministro se utiliza da doutrina de Maria Silvia di Pietro para concluir que, nesses casos,

“tais serviços, quando prestados pelo Estado, configuram serviços públicos próprios, mas, quando prestados por particular, passam a ser considerados serviços públicos impróprios, sendo a licença para sua prestação muito mais um ato de polícia administrativa que de delegação de serviço público”.²²

Apesar de não tecer muitas considerações sobre o tema, o trecho aponta que o Ministro não se alinha aos demais no sentido de que o TRIP seria um serviço público, com deveres de universalização que poderiam ser satisfeitos no regime de autorização. Apesar disso, conclui o ministro que

“diante de todas essas razões, a mim parece que os dispositivos legais questionados estão em perfeita consonância com o modelo constitucional vigente, em matéria de prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário interestadual e internacional” (grifou-se).²³

Na sequência, o Ministro Alexandre de Moraes se utiliza do conceito de monopólio natural²⁴ para diferenciar o TRIP de outros setores em que a licitação é necessária. O Ministro cita que o TRIP é um serviço público, mas que excepcionalmente, por não ter a característica de monopólio natural, a licitação não é um elemento essencial para sua prestação. Com base principalmente nesse argumento que o Ministro acompanha integralmente o voto do Ministro Relator (STF, 2023).

O Ministro Luis Roberto Barroso apresentou a crise da noção de serviço público e conclui que a regra geral do texto constitucional é da licitação para

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 5549 e 6270*. Voto Ministro Nunes Marques. Brasília, p. 6. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358470101&ext=.pdf>. Acesso em: 20.07.2023.

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 5549 e 6270*. Voto Ministro Nunes Marques. Brasília, p. 6. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358470101&ext=.pdf>. Acesso em: 20.07.2023.

²⁴ Os “monopólios naturais” ocorrem quando há custos de entrada em uma infraestrutura, sendo economicamente mais viável que haja somente um prestador. Sobre o tema, ver VISCUSI, W. Kip. et al. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4ª Ed. Cambridge: MIT, 2005, p. 401.

delegação de serviços públicos, mas que há uma exceção para o TRIP. Para o Ministro, o caso se diferencia dos clássicos casos de concessão de obra, pois

“quando não existe um bem escasso; a lógica é: quanto mais, melhor. Se alguém quiser construir um hospital, não precisa fazer licitação; se construir um, dois, cinco, dez, vinte, em regime de concorrência, é muito melhor para a prestação de saúde pública - isso também vale para escolas. Na minha visão, 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. Aqui, está-se oferecendo uma necessidade, e se tiver não uma, mas duas, três, quatro empresas explorando o transporte internacional, melhor, você terá concorrência.”²⁵

Por fim, o Ministro Dias Toffoli acompanhou *in totum* o voto do relator, sem tecer considerações sobre o regime de autorização.

Pela posição vencedora, é possível observar que, em todos os casos, há um reconhecimento de que o TRIP é um serviço público, mas que quando prestados em regime de autorização não se exige licitação. Com argumentos distintos, os Ministros apontam pela não incidência do art. 175 da Constituição Federal e pela percepção de que a concorrência pelo mercado é viável para o exercício de atividades que são permitidas de serem outorgadas por autorização pela Constituição Federal.

Há, porém, vários caminhos que chegam a Roma. Enquanto parte dos Ministros (Luiz Fux e André Mendonça) afirmam que os deveres de continuidade e universalidade são garantidos em um regime de autorização, os demais sequer citam essas características como essenciais para se admitir a outorga. A discussão, como já era de se esperar, paira sobre a formalidade ou não de licitação. Os Ministros Luis Roberto Barroso e Nunes Marques entendem que o regime de autorização é uma exceção à regra do art. 175, que exige licitação para a delegação de serviços públicos, enquanto os demais entendem que não é o caso de se aplicar o dispositivo.

Já o entendimento dos Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Rosa Weber foi de que a norma vincula os artigos 175 e 37, caput, XXI da Constituição Federal e o dever de licitar serviços públicos. Os

²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 5549 e 6270*. Voto Ministro Luis Roberto Barroso. Brasília, p. 5. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358470101&ext=.pdf>. Acesso em: 20.07.2023.

²⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)XXI - ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações

votos vencidos possuem visões mais similares, no sentido de que a exigência de licitação prévia é relevante preceito constitucional e que há vasta jurisprudência da corte sobre a necessidade de licitação para o transporte coletivo de passageiros.

Em síntese, a discussão no STF pautou-se na necessidade ou não de licitação para atividades que são prestadas em regime de autorização. A conclusão unânime dos Ministros é que essas atividades são serviços públicos, sendo que a tese vencedora foi no sentido de que a licitação não é um elemento essencial da outorga dessas atividades.

Um ponto relevante de se destacar é que não houve continuidade no argumento da Corte sobre a diferença entre regime de direito público e privado que havia sido aventado na ADI nº. 1.668. Apesar dos votos terem sido citados, os argumentos se concentram em aproximar a autorização do regime público (por exemplo, pelas reiteradas citações aos deveres de continuidade e universalidade), mas sem desnaturar a sua característica de atividades que são prestadas em concorrência.

Sendo assim, diferentemente do sentido que a doutrina caminhava, a decisão do STF não retira no núcleo dos serviços públicos as autorizações, tão somente aponta para uma nova formação, na qual a licitação e a celebração de um contrato de concessão ou permissão é necessária para garantir a adequada prestação do serviço aos usuários. O serviço público permanece existindo para a Corte, mas agora com o amadurecimento de um panorama econômico, global e tecnológico que admite olhar para essas atividades como instrumentos múltiplos, sujeitos a diversos regimes jurídicos. É nesse sentido que caminha a dinâmica dos serviços públicos no Brasil.

CONCLUSÃO

Ainda é cedo para tratar as mudanças como definitivas, mas o acórdão analisado demonstra um caminho de mutação dos serviços públicos, com vistas a direcioná-los a um ambiente concorrencial. O julgamento das ADIs nº. 5.549 e nº. 6270 não encerrou o debate sobre a concorrência pelo mercado, mas trouxe algumas questões relevantes.

Em primeiro lugar, a tese vencedora foi de que não é necessário que uma atividade seja classificada como serviço público para que os deveres de

serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

universalização e continuidade sejam resguardados. A lógica é que a concorrência pelo mercado seria capaz de proporcionar os mesmos objetivos vislumbrados em atividades que são de titularidade estatal.

Dessa conclusão decorre o fato de que, pelos votos dos Ministros nas ADIs nº 5.549 e nº. 6.270, não parece ser o conceito de serviço público o que define ou não o regime da atividade. Na contramão da doutrina, os Ministros reconhecem que atividades que são prestadas por autorização são serviços públicos, e que essa classificação é irrelevante para definir se o regime será de concessão ou permissão.

Com mais questionamentos do que respostas, o presente ensaio pretendeu contribuir com o debate sobre a prestação de atividades que, sendo serviços públicos ou não, são essenciais para o desenvolvimento econômico. A hipótese apresentada na introdução foi confirmada, isto é, o julgamento das ADIs nº 5.549 e nº. 6270 reconheceram que os serviços públicos podem ser prestados por autorização.

Não é possível afirmar, contudo, que isso significa que não há um único regime jurídico para os serviços públicos, tendo em vista que os votos não trouxeram uniformidade de entendimento da Corte sobre a prestação dessas atividades. Esse fato demonstra que o caminho para a conformação das atividades prestadas em regime de autorização ainda está em aberto, cabendo à realidade conformá-lo conforme as necessidades setoriais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de; FIDALGO, Carolina Barros. Regime jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades econômicas regulamentadas? In: RIBEIRO, Leonardo Coelho et al (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos, aeroportos, ferrovias, rodovias*. Belo Horizonte: 2015.
- BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a Constitucionalidade do art. 3º da lei nº 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 09, nº 3, julho, 2017.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 5549 e 6270*. Voto Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, p. 20.

Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358470101&ext=.pdf>. Acesso em: 20.07.2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 5549 e 6270*. Voto Ministro Luis Roberto Barroso. Brasília, p. 5. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358470101&ext=.pdf>. Acesso em: 20.07.2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 5549 e 6270*. Voto Ministro Nunes Marques. Brasília, p. 6. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358470101&ext=.pdf>. Acesso em: 20.07.2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 5549 e 6270*. Voto Ministro Luis Fux. Brasília, p. 26. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358470101&ext=.pdf>. Acesso em: 20.07.2023.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº. 230/2023-Plenário*. Relator Ministro Antônio Anastasia. Processo nº. 033.359/2020-2. Data da sessão: 15.02.2023. Disponível em:
https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A230%2520ANOACORDAO%253A2023/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 20.07.2023.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº.559/2021-Plenário*. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Processo nº. 033.359/2020-2. Data da sessão: 17.03.201. Disponível em:
https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A559%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 20.07.2023.

CHEVALLIER, Jacques. *O serviço público*. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. BH: Forum, 2017.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. A Universalização do Serviço Público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: FILHO, Calixto

- Salomão (coord). **Regulação e Desenvolvimento**, São Paulo: Malheiros, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública. concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, 7ªed., São Paulo: Atlas, 2009.
- FARIA, Sara Jane Leite de. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARQUES NETO, F. de A.; ZAGO, M. F. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 277, n. 1.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, nº 1º, 2005.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD (coord) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o Conceito de Serviço Público e suas Configurações na Atualidade, **Revista de Direito Público da Economia**, volume 46, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**, Ed. Fórum, 2015.
- MEDAUAR, O. Regulação e Auto Regulação. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 228, p. 123–128, 2002. DOI: 10.12660/rda.v228.2002.46658. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46658>. Acesso em: 26 jul. 2023.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2ª Edição. São Paulo: RT, 1998, p. 330-331.
- MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Portos Brasileiros e Seus Regimes Jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Portos e Seus Regimes Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

- NESTER, Alexandre Wagner. *Autorizações de Serviços Públicos*. 2019. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-28082020-033705. Acesso em: 2023-07-31.
- ORTIGAO, Sampaio Buarque Schiller, A.; FREIRE, Felipe. Aplicação Da Lei 12.996/2014: Aspectos Controvertidos No Transporte Rodoviário De Passageiros No Brasil. *Revista Brasileira de Transportes*, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 48–83, 2022. DOI: 10.12660/rbt.v2n2.2022.85873. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbt/article/view/85873>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- REALE JUNIOR, Miguel; LEITE, Fabio Barbalho. A Regulação dos Bingos de 1941 a Fevereiro de 2003: Estudo de Caso-Problema. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p.171-206, jul./set. 2004.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, nov. 2016.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. Tese (doutorado)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2011.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SCHMIDT, Gustavo da Rocha. O conceito constitucional de serviço público. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 79-103, abr./jun. 2016.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Regime Jurídico do Setor Petrolífero. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- VISCUSI, W. Kip. et al. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4ª Ed. Cambridge: MIT, 2005.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>