



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

Seção: Artigos Científicos

O novo modelo de autorização da Lei n. 12.996/2014 e os seus efeitos no setor de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros

The new grant making model of authorization established by Law n. 12,996/2014 and its effects on public interstate and international passenger road transport sector

Alexandre Ortigão S. Buarque Schiller

Resumo: Este trabalho tem por objetivo abordar o novo modelo de outorga para a prestação do serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros que foi instituído pela Lei nº 12.996/2014 e regulamentado pela ANTT através da Resolução nº 4.770/2015, analisando os seus impactos para o setor, especialmente à luz do desenho realizado pelo regulador, apresentando as críticas ao novo modelo e os desafios que devem ser superados.

Palavras-chave: transporte rodoviário; regulação; autorização; concorrência.

Abstract: The purpose of this essay is to discuss the new model for granting authorization for the public interstate and intrastate transport services which was established by Law 12,996/2014 and regulated by ANTT through Resolution 4,770/2015, analyzing its impacts on the sector, especially in the light of the regulator's design, presenting our criticisms to the new model and the challenges that must be overcome.

Keywords: road transportation; regulation; authorization; competition.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n2p151-179>

Artigo submetido em: fevereiro de 2018 / **Aprovado em:** julho de 2018.

O NOVO MODELO DE AUTORIZAÇÃO DA LEI Nº 12.996/2014 E OS SEUS EFEITOS NO SETOR DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS

Alexandre Ortigão S. Buarque SCHILLER*

Sumário: 1. Introdução; 2. A natureza do serviço de transporte de passageiros e a delimitação dos instrumentos de outorga; 2. Os instrumentos de outorga do artigo 21, XII, da Constituição e a adoção do regime da autorização para o serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros; 3. O modelo da autorização da Lei nº 12.996/2014 e a Regulamentação da Agência Reguladora através da Resolução ANTT nº 4.770/2015; 5. Uma análise sob a ótica da concorrência; 6. Conclusões.

1. Introdução

Jamais houve, no Brasil, a licitação dos serviços de transporte rodoviário regular interestadual e internacional de passageiros. Mesmo depois de a Constituição de 1988 ter imposto expressamente, nos artigos 37, inciso XXI, e 175, *caput*, que todo serviço público fosse prestado mediante a prévia realização de licitação, a prestação dessa modalidade de serviço jamais foi objeto amplo de licitação. O serviço sempre foi prestado com apoio em autorizações dadas pelo Poder Concedente de forma precária ou com prazos limitados. Mesmo depois da promulgação da Constituição de 1988, o Poder Público, diante das dificuldades de alterar o sistema que se consolidou a partir de uma forte concentração de mercado, optou por prorrogar as outorgas concedidas anteriormente à Constituição de 1988, com a chancela do Poder Legislativo. Foi o que se viu com a edição do artigo 94 do Decreto nº 952/1993¹ e, na sequência, do artigo 42 da Lei nº 8.987/1995², conjugado com o artigo 98 do Decreto federal de nº 2.521/1998³.

* *Mestrando em Direito da Regulação, FGV DIREITO RIO, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - RJ (2010). Graduado em Direito pela PUC-Rio (2008). Advogado no escritório Paulo Cezar Pinheiro Carneiro Advogados Associados.*

¹ 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.

² Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei.

³ Art. 98. Em atendimento ao disposto no artigo 42 do Lei nº 8.987, de 1995, ficam mantidas, sem caráter de exclusividade, pelo prazo improrrogável de quinze anos contado da data de publicação do Decreto nº 952, de 7 de outubro de 1993, as atuais permissões e autorizações decorrentes de disposições legais e regulamentares anteriores.

Durante a Constituição de 1946, vigorava o licenciamento, em caráter precário, de veículos destinados ao transporte coletivo de passageiros nas estradas de rodagem federais, em que a licença poderia ser concedida a qualquer entidade com personalidade jurídica, mediante a apresentação de um requerimento junto ao DNER - Departamento Nacional de Estradas e Rodagem (MARTINS, 2004, p. 78). Anos depois foram editados diversos novos regulamentos, a exemplo dos Decretos de nos 68.961/1971, 71.984/1973 e 90.958/1985, que previram a necessidade da realização de licitação para a prestação do serviço, mas abriram exceções ao autorizar a adjudicação das linhas pelo regime de autorização mediante a mera assinatura de um Termo de Obrigações, através do qual se estabeleceria a “outorga a título precário e as condições da sua exploração, bem como a possibilidade de automática conversão da autorização em concessão” (GÔMARA, 1999, p. 98).

No início da década de 1990, após a promulgação da Constituição de 1988, foi editado o Decreto nº 99.072/1990, que, alterando o “Regulamento dos serviços públicos rodoviários de transporte coletivo de passageiros interestaduais e internacionais”, incluiu a exigência de prévia licitação, além da possibilidade de delegação da prestação do serviço público de transporte interestadual e internacional de passageiros. Essa previsão ganhou reforço uma década depois, com a Lei nº 10.233/2001, cujo artigo 26, inciso I, previu expressamente a competência da ANTT para publicar os editais, julgar licitações e celebrar contratos de permissão para prestação de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

Contudo, como colocou Gômara (1999, p. 111), “se jamais houve adepto da concessão, se o serviço expandiu-se e aprimorou-se dentro do regime da permissão, por que haveria de se manter a disciplina da concessão no texto?”. A crítica do autor parece ter sido certa: a norma ficou apenas no papel, pois as empresas continuaram a operar tendo por base as autorizações concedidas antes da promulgação da Constituição de 1988.

A ausência de licitação nesse setor sempre foi matéria controvertida e debatida, com fortes opiniões no sentido de que o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros deveria ser outorgado mediante licitação, como veremos ao longo deste trabalho. Poucos anos atrás foram propostas medidas judiciais voltadas a obrigar o Poder Concedente a adequar a prestação do referido serviço aos ditames do artigo 175 da Constituição, embora sem o resultado esperado⁴.

⁴ Ações Cíveis Públicas n. 0002832-46.2003.4.01.4200 e 0006338-81.2007.4.01.3200, propostas com o objetivo de obrigar o Poder Público a realizar os estudos de viabilidade econômica e demais desdobramentos necessários para a abertura de procedimento licitatório de linhas interestaduais e internacionais. Ambos os casos foram julgados pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que determinou a realização dos estudos, muito embora não se tenha tido notícia quanto à sua realização, tampouco das almejadas licitações.

Assim é que, em 2014, buscando dar fim às controvérsias, o legislador editou a Lei nº 12.996/2014, fruto da conversão da Medida Provisória nº 638/2014⁵, para alterar a redação da Lei Federal nº 10.233/2001 e estabelecer uma nova sistemática para a prestação do serviço público de transporte regular interestadual e internacional de passageiros, prevendo a possibilidade de contratação das prestadoras de serviço por meio de autorização, e não mais, apenas, por meio de licitação. A rigor, estabeleceu-se na lei o que já estava firmado na prática. O legislador, tendo como alicerce a previsão do artigo 21, XII, 'e', facultou ao Poder Público explorar, mediante autorização, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, flexibilizando a exigência legal, que era imposta até então, de realização de licitação.

Embora a nova regra tenha sido colocada à prova junto ao Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.549, proposta em 2016 pela Procuradoria Geral da República, na qual se questiona a validade da lei e se exige a realização de licitação para a prestação do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, a ANTT já regulamentou o regime da autorização, prevendo, mediante a Resolução nº 4.770/2015, toda uma nova sistemática para delegar à iniciativa privada a prestação do serviço.

Diante desse quadro, o presente artigo se propõe a tratar da constitucionalidade da nova sistemática trazida pela Lei nº 12.996/2014 e da pertinência do regime de autorização para a prestação do serviço de transporte de passageiros. A hipótese que será testada é se o novo modelo de autorização constitui, à luz da regulamentação levada a efeito pela ANTT, o instrumento mais adequado para a abertura do mercado e para garantir a concorrência e a prestação do serviço. Pretende-se analisar, em especial, se há compatibilidade entre o modelo previsto pelo legislador e aquele que foi desenhado pelo regulador, criticando-se a regulamentação editada até aqui pela Agência Reguladora setorial.

Este trabalho será dividido em quatro seções. Abordaremos, em primeiro lugar, a natureza do serviço de transporte de passageiros e a delimitação dos instrumentos de outorga, tratando, na seção seguinte, de cada um dos instrumentos de delegação dos serviços previstos no artigo 21, inciso XII, da Constituição Federal, com foco na adoção do instrumento da autorização para os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, diante da previsão da Lei nº 12.996/2014. Nas duas seções subsequentes, abordaremos o modelo de regulação previsto pelo regulador através da Resolução nº 4.770/2015, tratando do desenho que foi traçado pelo regulador e os seus possíveis efeitos sobre a concorrência. Ao final, apresentaremos as nossas conclusões, discorrendo sobre as medidas que

⁵ A Medida Provisória nº 638/2014 tinha por objeto inicial alterar apenas a Lei nº 12.715/2012, que instituiu o INOVAR-AUTO, sem nenhuma relação com o sistema de transporte rodoviário de passageiros. Contudo, uma proposta de emenda do Senador Romero Jucá oferecida na última hora, aprovada pela Câmara de Deputados, levou à alteração da Lei nº 10.133/2001.

entendemos necessárias para assegurar o sucesso do modelo escolhido pelo legislador.

2. A natureza do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e a delimitação dos instrumentos de outorga.

Segundo o anuário de estatísticas do Ministério dos Transportes do ano de 2017, o transporte rodoviário movimentou, em todo o Brasil, apenas no ano de 2016, em torno de 92,5 milhões de passageiros⁶. Desse volume, 47% dos usuários se valeram do transporte interestadual e internacional, enquanto os 43% restantes se valeram do transporte semiurbano⁷, segundo os dados apresentados no anuário estatístico. Isso significa que aproximadamente 43 milhões de passageiros utilizaram o transporte rodoviário interestadual e internacional ao longo de 2016. Embora na década de 1990 o número de usuários do sistema de transporte interurbano e internacional fosse significativamente mais expressivo, representando 95% das viagens realizadas em todo o país, o número atual demonstra que ainda há grande relevância do serviço para a população.

Diante desse cenário, a primeira questão que nos parece relevante colocar é justamente quanto à natureza da atividade: trata-se de um serviço público? O serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros pode ou deve ser enquadrado como um serviço público ou como uma atividade econômica sujeita à livre iniciativa? A resposta passa não apenas por entender as premissas, mas também quais são as repercussões desse enquadramento.

Não parece haver dúvidas de que o Estado está obrigado a garantir a prestação do serviço de transporte para a população. Os artigos 6º, 21, XII, “e”, e 22, IX, todos da Constituição, preveem que o Estado deve garantir a prestação do serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros a fim de assegurar os meios necessários para a locomoção dos cidadãos, um direito social consoante artigo 6º. Trata-se, vale destacar, de uma obrigação expressa que foi atribuída à União Federal pela Constituição, a quem compete a exploração do serviço, conforme regra do artigo 21, XII, “e”.

Foi com base na lógica da essencialidade do serviço de transporte, aliás, que a Constituição previu, no âmbito dos Municípios, que estes entes federativos devem assegurar, dentro das suas respectivas esferas de atuação administrativa, a

⁶ O Anuário Estatístico de Transportes 2010/2016 está disponível na página do Ministério dos Transportes: [http://www.transportes.gov.br/images/2017/ Sumário_Executivo_AET_-_2010_-_2016.pdf](http://www.transportes.gov.br/images/2017/Sumário_Executivo_AET_-_2010_-_2016.pdf) (acesso em 10 de dezembro de 2017).

⁷ O serviço de transporte semiurbano é aquele que, embora prestado em áreas urbanas contíguas, com características operacionais típicas de transporte urbano, transpõe os limites de perímetros urbanos, em áreas metropolitanas e aglomerações urbanas.

prestação do serviço público de transporte coletivo, conforme se infere da redação do inciso V do artigo 30 da Constituição. No âmbito federal, não há porque a lógica ser diferente. Tanto é que o Poder Executivo reforçou a importância do serviço quando editou o Decreto nº 2.521/1998 para dispor sobre a exploração, mediante permissão e autorização, do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Esse Decreto qualificou expressamente a atividade como um “serviço público”, conforme redação do inciso I do seu artigo 16. O Decreto previu a necessidade de o Ministério dos Transportes coordenar e controlar a prestação do serviço, conforme regra do seu artigo 32, limitando a outorga e delegação do serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros à prévia realização de licitação (artigo 6o, inciso I, letras “a” e “b”).

Com a criação da ANTT pela Lei nº 10.233/2001, a Agência assumiu a incumbência antes atribuída ao Ministério dos Transportes, competindo a ela, até hoje, organizar, regular e fiscalizar a prestação do serviço, delegando à iniciativa privada a execução da atividade. Deve, o prestador de serviço, garantir a eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na prestação do serviço, bem como a modicidade nas tarifas, nos moldes do que prevê o artigo 28, inciso I, da Lei nº 10.233/2001.

Não há dúvidas quanto à essencialidade do serviço e quanto à obrigação de se garantir a sua universalidade e expansão⁸, dado que fundamentais para assegurar a mobilidade social, assim como, em muitos casos, o acesso a bens e serviços culturais e de saúde, e ao consumo em geral, especialmente para o público de baixa renda e para populações situadas em regiões isoladas (ITRANS, 2004). Trata-se, frise-se, de um serviço cujo acesso deve ser garantido a toda população, tal qual ocorre com a energia, o saneamento básico e outras atividades consideradas essenciais. Schirato (2012, p. 161) coloca, com essas premissas, que se trata de um direito assegurado pelo artigo 5º, inciso XV, da Constituição, no que esse dispositivo trata do direito fundamental à livre locomoção:

⁸ “A universalização é o traço mais saliente dos serviços públicos. (...) o dever de universalização provém, em primeiro lugar, da vinculação dos serviços públicos aos direitos fundamentais. Como já dito, os direitos fundamentais têm um titular (cidadão) e um destinatário (Estado), de tal forma que a satisfação de um determinado direito fundamental deve alcançar a todos os seus titulares, visto que esses todos são credores da relação jurídica obrigacional contida na criação de um direito fundamental. Ao vincular os serviços públicos aos direitos fundamentais, damos conta de que a prestação de referidos serviços deve alcançar tanto cidadãos (titulares do direito fundamental) quanto sejam possível, conforme as peculiaridades do serviço. Isso é inerente à existência de um direito fundamental a ser satisfeito. Nesse diapasão, emerge do direito positivo (dispositivos constitucionais criadores de direitos fundamentais, tais como os artigos 1o, 3o e 5o) o dever do Estado de prestar ou garantir a prestação dos serviços públicos para tantos quanto possível, independentemente de sua localização geográfica, na medida em que a satisfação dos direitos fundamentais não pode se restringir a uma mera parcela da população, devendo ser levada a todos os titulares de tais direitos, sem considerar a condição socioeconômica e a localização geográfica. A localização geográfica, em determinados aspectos, é, per se, um fator de exclusão de determinada parcela da população e, nessa perspectiva, a universalização de parcela considerável dos serviços públicos acaba por funcionar como um instrumento de mitigação dos efeitos do isolamento, permitindo aumentar a efetividade dos direitos fundamentais” (SCHIRATO, 2012, p. 243-244).

A Constituição garante o direito fundamental de livre locomoção (inciso XV do artigo 5º) Todos os que se localizam no território brasileiro são titulares desse direito art. 5º, caput. Tal direito impõe ao Estado (seu destinatário) duas ordens de obrigação. Em primeiro lugar, não pode o Estado impor óbices à livre locomoção dos cidadãos (direito de defesa) e, em segundo lugar, deve o Estado garantir a todos meios para realização da liberdade de locomoção (direito a algo, em razão da parcela de status positivus). O suporte fático do direito fundamental é a proteção e a garantia da livre locomoção em todos os seus meios. Assim sendo, os serviços públicos de transporte destinam-se a permitir a todos os cidadãos brasileiros e aos estrangeiros localizados no território brasileiro que se locomovam livres pelo território.

Ao instituir um serviço público de transporte, ao Estado são impostos dois deveres essenciais (entre outros que serão analisados oportunamente neste trabalho): levar os serviços de transporte a maior quantidade de pontos possível dentro do território nacional e permitir que toda a população tenha acesso a referidos serviços, o que impõe um dever de compatibilidade entre o valor cobrado pelo serviço e a capacidade da população de pagá-lo, visto que tal serviço servirá para a realização de um direito fundamental criado pela ordem constitucional (artigo 5º, inciso XV).

Tendo essa qualidade de uma atividade essencial, à qual o Estado está vinculado e obrigado a garantir a prestação, parece razoável enquadrar o transporte rodoviário de passageiros como um serviço público.

Segundo as lições de Duguit (2001, p. 36), serviço público “é toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção da força governante”, pouco importando, na visão daquele autor, se os mecanismos adotados para a prestação da atividade são de direito público ou de direito privado. Trata-se, em essência, de um serviço público.

A despeito dessas características, o artigo 21, inciso XII, letra “e”, da Constituição, não elencou a atividade ali prevista com essa nomenclatura, de “serviço público”, conquanto tenha expressamente previsto que compete à União a “exploração” do transporte interestadual e internacional de passageiros. O silêncio da Constituição, neste ponto, levou a doutrina a uma profunda discussão sobre a qualidade e a natureza dos serviços que são considerados essenciais e que estão na esfera de atribuição da União, se atividades privadas ou serviços públicos, a fim de definir a possibilidade, ou não, de tais serviços serem prestados sob o regime da livre-iniciativa, debatendo-se a aplicação do artigo 175 da Constituição. Essa discussão se

dá, em especial, porque a escolha dos instrumentos de outorga passa, necessariamente, pelas regras estabelecidas pela própria Constituição para disciplinar os serviços públicos e as atividades econômicas sujeitas à exploração pela União.

O ponto, que está relacionado à aplicação dos artigos 21, incisos XI e XII, e 175 da Constituição, está em saber qual é a forma adequada para a outorga, ao agente privado, do exercício das atividades econômicas de interesse público e dos serviços públicos propriamente ditos. Como dito, o artigo 21 da Constituição não esclarece o regime jurídico da atividade delegada, se de direito público ou privado, tampouco a que título e em quais condições deverão ser consentidas as atividades ali previstas aos particulares.

Geralmente se relaciona a prestação dos serviços públicos às condições impostas pelo artigo 175 da Constituição, que condiciona a delegação aos regimes da concessão e da permissão; e as atividades econômicas privadas, de interesse público, sujeitas à regulação e à prévia autorização do Poder Público, à regra do artigo 21 da Constituição, que prevê a possibilidade de delegação mediante os instrumentos da concessão, permissão e autorização. Uma outra forma de ver é que ambos os dispositivos da Constituição tratam de atividades econômicas. A questão, assim, é que algumas dessas atividades foram elencadas a um grau tal que, para a sua prestação pelo particular, dependem de prévia licitação, nos moldes do que dispõe o artigo 175 da Constituição. Outras não. É o caso das atividades listadas no artigo 21, inciso XII, da Constituição, que não apenas podem ser objeto de outorga mediante concessão e permissão, quando for o caso, como podem também serem objeto de autorização. É o que coloca Couto e Silva (2002, p. 57-58):

Como se vê, nas situações previstas em "numerus clausus" nos incisos XI e XII do art. 21 só a União pode autorizar que terceiros exerçam aquelas atividades, as quais, entretanto, conforme as circunstâncias, poderá delegar sua prestação mediante concessão ou permissão. Não é de estranhar, assim, que a Constituição, ao cogitar de delegação de serviços públicos de natureza industrial ou comercial, da órbita dos Estados e Municípios, tenha silenciado quanto à autorização (p. ex., o art. 25, § 2º, que cuida da competência dos Estados para explorar "diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado", e o art. 30, V, que trata da competência dos Municípios para "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").

Em lugar de um lapso, uma impropriedade ou um "cochilo" do legislador constituinte, isto parece ser, antes, um forte indício de que sua intenção - que, no caso, se confunde com a própria ratio legis - foi a de possibilitar maior flexibilidade à atuação da União em face de certas atividades econômicas de interesse coletivo. A ela será dado

escolher entre a execução direta da atividade ou do serviço ou permitir a execução por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão. 1. O parlamentar pretende obter informações a respeito do projeto de implantação de teleférico no Complexo do Alemão, no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento. O referido projeto foi elaborado pelo Departamento de Urbanização de Assentamentos Precários do Ministério das Cidades. 2. Malgrado as intenções do parlamentar, ele não possui legitimidade ativa ad causam, com base no art. 52, § 2º, da CF/88, para requerer... (MS 5.896/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 5.4.1999). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em Mandado de Segurança 28251 DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, j. 15 dez 2009).

Visto sob esse ângulo, a autorização não apenas foi prevista na Constituição como um mecanismo de outorga, como se trata de um instrumento mais flexível para a delegação, à iniciativa privada, das atividades de interesse coletivo que foram expressamente arroladas naquele dispositivo, sem a necessidade de realização prévia de licitação, e sem a necessidade de observância das regras estabelecidas na Leis de nos 8.987/1995 e 9.074/1995.

Essa flexibilidade tem levado à edição de um novo conjunto de normas para diversas atividades econômicas, com o escopo de ampliar a concorrência e permitir que as regras de mercado influenciem na qualidade do serviço e na configuração do preço, o que antes não se admitia para toda e qualquer atividade voltada para o interesse público, subjugada à outorga à luz do artigo 175 da Constituição.

O grau de delegação do serviço e de liberdade do delegatário pode variar de acordo com as políticas públicas que se pretenda alcançar. Conforme ponderou Marques Neto (2015, p. 147), “o Poder Público pode definir se o acesso se promoverá de modo mais ou menos interno à estrutura do aparelho burocrático do Estado”. Ainda segundo o autor, a Administração “pode estabelecer o nível de liberdade que se quer admitir na atividade. Trata-se de decisões abrangidas na dimensão política e, assim, podem ser tomadas discricionariamente pelo Poder Público titular do serviço público”.

Colocados esses pontos, importa saber quais são os pressupostos que devem ser atendidos para legitimar a escolha do legislador por um ou outro instrumento de outorga, especialmente à luz do artigo 21, inciso XII, da Constituição. Afinal, os fundamentos para escolha de um determinado instrumento devem ser refletidos no desenho regulatório posterior, que deve guardar compatibilidade com o modelo de outorga escolhido pelo legislador. Entender a adequação, porém, pressupõe entender as diferenças entre os três regimes previstos no aludido inciso XII.

3. Os instrumentos de outorga do artigo 21, XII, da Constituição e a adoção do regime da autorização para o serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros.

Como visto, o artigo 21, inciso XII, da Constituição elenca três instrumentos de outorga, quais sejam a concessão, a permissão e a autorização. Esses são os três mecanismos previstos para a delegação da atividade estatal ao particular, que guardam peculiaridades tanto no que toca à intensidade das garantias que são dadas ao prestador do serviço e, concomitantemente, ao Estado para alterar as condições da outorga, quanto aos ônus que são assumidos pelas partes, que se refletem, em especial, na qualidade e no preço do serviço.

O instrumento da concessão implica, por regra, a outorga ao particular de direitos e deveres que competem ao Estado e que são formalizados através de uma relação contratual que assegura ao prestador de serviço o recebimento de uma remuneração, geralmente através de tarifa, por um prazo determinado. Compete ao Poder Concedente exigir a adequada prestação do serviço, que deve satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e modicidade das tarifas, tudo na forma do artigo 6º da Lei nº 8.987/1995, que disciplina o regime de concessão. Deve o Estado, em contrapartida, garantir o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, através da remuneração do concessionário dentro dos moldes fixados no contrato de concessão, observando a tarifa fixada e os critérios de reajuste.

Conforme lições de Aragão (2013, p. 542), trata-se de "delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para por sua conta e risco explorá-lo de acordo com as disposições contratuais e regulamentares pertinentes, por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público". Por conta dessa afetação, inclusive, a concessão à iniciativa privada não retira a natureza pública do serviço prestado: há apenas a delegação do seu exercício. A titularidade estatal é exclusiva, por força da regra do artigo 175 da Constituição Federal.

No caso da permissão, a mesma premissa da titularidade estatal está presente. O instituto da permissão foi previsto tanto no artigo 21, incisos XI e XII, quanto no artigo 175 da Constituição, vindo a ser regulamentado pela Lei nº 8.987/1995, que previu a sua formalização através de um "contrato de adesão", conforme estabelecido no artigo 40 da referida lei⁹. A característica predominante deste instrumento, que o diferencia da concessão, é que a sua outorga se dá por meio de um ato unilateral, discricionário e precário, que não envolve, por isso mesmo, qualquer

⁹ Essa previsão é sempre criticada pela doutrina na medida em que todo contrato administrativo é, por essência, de adesão, na medida em que as suas cláusulas não são negociadas com o particular, sendo prefixadas na minuta contratual que integra o instrumento convocatório (ARAGÃO, 2013. p. 686, e DI PIETRO, 2009, p. 133).

direito do particular contra a Administração Pública. Segundo Mello (2012, p. 214), esse instrumento só tem espaço e justificativa quando o prestador de serviço não precisa alocar grande quantidade de capital para o desempenho do serviço, ou quando ele pode desmobilizar o capital e a infraestrutura investidos, destinando-os a outra atividade, sem maiores transtornos — em razão dos riscos advindos da precariedade inerente ao instituto. Não há, por regra, qualquer garantia de um prazo para a prestação do serviço. A par das divergências doutrinárias, que, a exemplo das lições de Meirelles (2015, p. 214)¹⁰ e Moreira Neto (2016, p. 628), relativizam essa premissa para permitir a delimitação de um prazo, a permissão constitui um instrumento de delegação da prestação de um serviço público, caracterizado pela “ausência de garantia estável de duração”, para tomar emprestada a expressão de Marques Neto. Esse autor ressalva, porém, que já não é mais possível, hoje, delimitar o instrumento da permissão como um ato administrativo, sem natureza contratual, porque o direito positivo em várias oportunidades demarcou o caráter contratual das permissões, a exemplo do artigo 18, inciso XVI, da Lei nº 8.987/1995 e dos artigos 26, inciso I, 27, inciso V, e 39 da Lei nº 10.233/2001 (MARQUES NETO, 2015, p. 158).

O terceiro instrumento de delegação, a autorização, é o mais polêmico, em razão da sua adoção pelo legislador tanto para atividades econômicas de elevado interesse social, quanto para aquelas que são vistas como serviço público propriamente dito. O entendimento da doutrina de direito administrativo sempre foi no sentido de que a autorização, diferentemente da concessão e da permissão antes mencionados, presta-se a condicionar a prática de uma atividade privada que não se configura como um serviço público. Entendia-se que apenas em situações emergenciais é que se poderia outorgar a um particular a prestação de um serviço público por meio da autorização, mas isso “até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão”, consoante lições de Mello (2012, p. 806-707).

Como esclarece Aragão (2014, p. 15/45), quando as leis que regulam setores de serviços públicos se referem à autorização administrativa pode haver duas circunstâncias: ou a atividade integra o setor, mas não é serviço público, a exemplo dos serviços de telefonia móvel e autogeração de energia, casos em que a autorização será apenas um ato de poder de polícia; ou, a atividade é um serviço público, recebendo inclusive uma estrutura contratual em razão da titularidade estatal da atividade, hipótese em que se tratará não de uma autorização, mas sim de delegação de serviço público, mediante uma concessão ou permissão, a depender do caso:

¹⁰ “É admissível a permissão condicionada, ou seja, aquela em que o próprio Poder Público autolimita-se na faculdade discricionária de revogá-la a qualquer tempo, fixando em norma legal o prazo de sua vigência e/ou assegurando outras vantagens ao permissionário, como incentivo para a execução do serviço” (MEIRELLES, 2015, p. 214).

Dentro desse contexto, quando leis que submetem setores econômicos ao regime de serviços públicos se referem à autorização administrativa, provavelmente estaremos diante de duas possíveis situações: ou a atividade é privada, integrando o setor econômico em questão, mas não é serviço público (exemplo: serviços de telefonia móvel, autogeração de energia), e a autorização será então um ato de poder de polícia, mencionado no item 1 acima; ou, caso se trate realmente de serviço público, recebendo inclusive uma estrutura contratual em razão da titularidade estatal da atividade, estaremos materialmente diante, não de uma autorização, mas sim de uma delegação de serviço público (concessão caso haja bens reversíveis e, caso não os haja, em princípio permissão). Teremos, portanto, uma autorização em sentido apenas nominal, uma “autorização” contratual.

Da mesma forma é a opinião de Cretella Júnior (2012, p. 1365/1381), para quem o regime da autorização é geralmente confundido com o da permissão, da admissão, da licença e mesmo da concessão. Segundo esse autor, a autorização se trata de um ato administrativo unilateral e discricionário, mediante o qual a Administração, por provocação do particular, faculta ao interessado o exercício de atividade ou a utilização de parte do domínio público, removendo, para tanto, o obstáculo legal impeditivo.

Di Pietro (2009, p. 139), por sua vez, sempre defendeu que a autorização de serviço público, da mesma forma que a autorização de uso do bem público, é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém. Segundo a doutrinadora, o autorizatário não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo:

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

Exemplo disso se encontra na Lei nº 9.074, cujo art. 7º diz que são objeto de autorização: ‘I – a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor; II – o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor.’

Precisamente por ser a autorização dada no interesse exclusivo do particular, não há necessidade de que lhe sejam delegadas prerrogativas públicas. O poder público titular do serviço dá a autorização com base no poder de polícia do Estado e, com base nesse mesmo poder, estabelece as condições em que a atividade será exercida e fiscaliza o exercício da atividade.

Totalmente diferente é o que ocorre na permissão e na concessão, em que o Poder Público delega ao particular uma atividade que vai atender a necessidades coletivas, definidas pela lei como serviço público e, por isso mesmo, deve ser prestada sob regime jurídico parcialmente público, à medida que o concessionário e o permissionário estarão sujeitos aos princípios inerentes à prestação de serviços públicos (continuidade, mutabilidade, igualdade entre usuários) e exercerão as prerrogativas públicas que lhe forem conferidas pela lei e pelo contrato, ao contrário do que ocorre na autorização, à qual não se aplicam nem os princípios referidos nem as prerrogativas públicas.

Mais recentemente a autora relativizou o seu posicionamento para dizer que seria possível falar em serviços públicos impróprios, em que uma atividade de interesse da coletividade pode ser prestada pelo particular através do instrumento da autorização, em benefício do autorizatário, mas também no afã de atender a um interesse público, hipótese qual compete à regulação estatal impor os limites e as restrições à livre-iniciativa (DI PIETRO, 2014, p. 238)¹¹.

A mudança de posicionamento de Di Pietro não é injustificável. O próprio direito positivo não tem tratado o regime de autorização segundo a visão clássica. Muito embora a autorização sempre tenha sido entendida pela doutrina como um instrumento de outorga precária, através do qual o Poder Público se limita a dar o aval para a prática de uma atividade econômica, a Constituição não fez essa distinção. Ela tampouco está presente no rigor da legislação, como se viu na oportunidade da

¹¹ “Na terceira acepção autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário. Trata-se da autorização de serviço público. Esta hipótese está referida, ao lado da concessão e da permissão, como modalidade de delegação de serviço público de competência da União. Até a 17ª edição, vínhamos entendendo que a autorização não existe como forma de delegação de serviço prestado ao público, porque o serviço é prestado no interesse exclusivo do autorizatário. A partir da 18ª edição, esse entendimento foi reformulado. Os chamados serviços públicos autorizados, previstos no artigo 21, XI e XII, da Constituição Federal, são de titularidade da União, podendo ou não ser delegados ao particular, por decisão discricionária do poder público; e essa delegação pode ser para atendimento de necessidades coletivas, com prestação a terceiros (casos da concessão e da permissão), ou para execução no próprio benefício do autorizatário, o que não deixa de ser também de interesse público. A essa conclusão chega-se facilmente pela comparação entre os serviços de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea e outros referidos no artigo 21, XI e XII, com os serviços não exclusivos do Estado, como educação e saúde. Estes últimos, quando prestados pelo Estado, são serviços públicos próprios; quando prestados por particular, são serviços públicos impróprios, porque abertos à iniciativa privada por força da própria Constituição; no primeiro caso, existe autorização de serviço público; no segundo, existe autorização como ato de polícia” (DI PIETRO, 2014, p. 238).

edição da Lei nº 9.472/1997, que disciplinou a organização dos serviços de telecomunicação e a respectiva Agência Reguladora (SCHIRATO, 2012. p. 313)¹². O mesmo se deu com a edição da Lei nº 12.815/2013, que disciplinou a exploração dos portos e instalações portuárias. Foi o que se viu, mais recentemente, com a Lei nº 12.996/2014, que previu a figura da autorização para o transporte rodoviário regular interestadual e internacional de passageiros. Todas essas leis se valeram do instrumento da autorização para a outorga, à iniciativa privada, de atividades de interesse público. A delegação, contudo, não se dá através de um instrumento precário e sem prazo, mas por mecanismos complexos, que acabam por fixar tanto prazos e garantias, quanto condições e penalidades.

Ao dispor sobre a prestação dos serviços de telecomunicações, a Lei nº 9.472/1997 previu um sistema híbrido, estabelecendo a outorga de serviços públicos mediante concessão e permissão de um lado, e autorização do outro. Na visão do legislador, os serviços de telefonia fixa comutada, consoante previsto nos artigos 63 e 64 da citada Lei, constituiriam serviço público e, por isso, deveriam ser objeto de outorga mediante concessão e permissão, enquanto os serviços de telefonia móvel seriam atividades sujeitas ao regime privado e, por isso, regradas pelo artigo 131, § 1o, da Lei, que previu a autorização do serviço através de um ato administrativo. Esse dispositivo, porém, previu um ato administrativo vinculado, ao invés de discricionário, como seria o desenho clássico da autorização¹³. Como se não fosse bastante, o artigo 141, § 2o, da Lei, assegurou o prazo de cinco anos para a operadora prosseguir com as atividades regulares caso houvesse decaimento da outorga por ato administrativo da Agência Reguladora. Nenhuma dessas características guarda qualquer paridade com o modelo precário de autorização que era enxergado pelos administrativistas há pouco citados.

Por sua vez, a Lei nº 12.815/2013 dispôs sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. O seu artigo 8º estipulou que a formalização das autorizações para a exploração das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado deve se dar por meio de “contrato de adesão”, que deve conter “cláusulas essenciais” (sobre qualidade do serviço, investimentos necessários, direitos e deveres dos usuários, responsabilidades, etc.), além de fixar o prazo de vinte e cinco anos para a manutenção da outorga, que fica condicionada à prestação

¹² “As concepções doutrinárias não se prestam a disciplinar o mundo dos fatos, em vista de que as atividades sujeitas, nos termos da Constituição Federal, a uma autorização, não são de forma alguma compatíveis com discricionariedade, precariedade e, até mesmo, unilateralidade”. Complementa o autor: “Isso ocorre, pois os incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição preveem atividades cujo exercício demanda altas montas de investimento, que não podem ficar sujeitas a intempéries da administração pública na avaliação da existência da conveniência e oportunidade de manutenção do ato” (SCHIRATO, 2012. p. 313).

¹³ Diversos doutrinadores, a exemplo de Di Pietro (2014, p. 239) e Couto e Silva (2002, p. 66), que entendem que a autorização prevista na Lei nº 9.472/1997 é, na verdade, uma licença, ante o seu caráter vinculado.

do serviço e à promoção dos investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias. A lei ainda previu a realização de um processo seletivo público para a escolha da melhor proposta, quando não comportar o número de interessados, que deve considerar, dentre outros requisitos, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga para a outorga da autorização, tudo consoante artigo 12 da Lei (ARAGÃO, 2014, p. 15/45).

Por fim, com a Lei nº 12.996/2014, que alterou o modelo de outorga para o serviço de transporte regular interestadual e internacional de passageiros, o legislador parece ter tentado seguir o mesmo caminho. Contudo, estabeleceram-se regimes de outorga distintos para uma mesma modalidade de serviço. Enquanto para os serviços de transporte rodoviário regular interestadual e internacional de passageiros o instrumento de outorga é a autorização, para os serviços de transporte rodoviário de passageiros associados à exploração de infraestrutura o instrumento é a concessão, e para o transporte interestadual semiurbano o instrumento de outorga é a permissão, como se vê dos incisos V, “e”, I, e IV, “a”, do artigo 13 da Lei nº 10.233/2001. Para os serviços de transporte público de passageiros a nível local e intermunicipal, por sua vez, continua sendo obrigatória a adoção dos instrumentos de concessão ou permissão, conforme previsão expressa do artigo 30, V, da Constituição.

A adoção do regime de autorização para o serviço regular de transporte interestadual e internacional de passageiros permitiria, em tese, ampliar a concorrência entre as linhas de longa distância interestadual, melhorando a qualidade do serviço e levando a uma redução de preços em benefício do consumidor. Como a autorização não possui o mesmo rigor que rege a concessão e a permissão, que dependem de prévia licitação e de observância das regras da Lei nos 8.987/1995 e 9.074/1995, inclusive com a indenização do prestador do serviço no caso de cassação da outorga, o legislador enxergou nela o instrumento ideal para buscar uma maior flexibilidade que lhe permitisse, de um lado, simplificar os processos de escolha dos prestadores de serviço e, de outro, ampliar a concorrência e trazer para as atividades estabelecidas no artigo 21, XII, regras de livre-mercado que os demais instrumentos de outorga não comportam. Além disso, em tese, esse instrumento diminuiria as garantias dos prestadores de serviço em face da Administração, pois, como dito, o Poder Concedente não ficaria obrigado a indenizar o concessionário no caso de extinção da outorga. Em contrapartida, com a autorização não há a reversão, ao Poder Público, dos bens inerentes à prestação do serviço.

O legislador, porém, relegou a regulamentação da matéria, em sua maior parte, à Agência Reguladora, que editou a Resolução ANTT nº 4.770/2015. Essa Resolução estabeleceu diversos critérios tanto para permitir a outorga dos serviços de transporte regular de passageiros, quanto para garantir a sua manutenção pelo

autorizatório, fixando regras para a escolha dos mercados para a prestação do serviço pelas empresas, conforme detalharemos na próxima seção.

Mas será que toda a flexibilidade prevista pelo legislador e encampada pela ANTT é adequada para uma atividade que é, por sua própria configuração, um serviço necessário, que deve ser garantido pelo Estado, com todas as características de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e a modicidade de preços? E em que medida e em quais condições pode a Agência Reguladora restringir a entrada dos agentes nos respectivos mercados? A resposta a essas questões não é simples, de forma que a legalidade do instrumento passa, assim, pelo modelo regulatório que deverá suportar a escolha feita pelo legislador.

4. O modelo da autorização da Lei nº 12.996/2014 e a Regulamentação da Agência Reguladora através da Resolução ANTT nº 4.770/2015.

Como colocamos na introdução deste trabalho, a justificativa para as alterações levadas a efeito pela Lei nº 12.996/2014 era que o regime anterior, de licitação e permissão, não teria se mostrado adequado e não teria assegurado, de forma eficiente, a delegação da atividade de transporte rodoviário regular interestadual e internacional à iniciativa privada. Foi isso o que constou do voto do Deputado Gabriel Guimarães, Relator da Comissão Mista do Congresso Nacional destinada a apreciar a proposição da MP nº 638/2014:

A terceira modificação é, seguindo apelo da Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros – ABRATI, a inclusão do serviço de transporte regular interestadual e internacional de passageiros entre as prestações cuja outorga realizar-se-á pelo regime de autorização, permitindo, assim, a delegação da atividade de maneira mais célere e eficiente. Os regimes de concessão e permissão como praticados nos últimos anos, via Ministério dos Transportes e ANTT, já se mostraram inadequados e de difícil operacionalização, porque suas naturezas implicam regras mais rígidas e permanentes, as quais, na prática, engessam as ações tanto do setor público, como das empresas operadoras.

Assim, é necessário promover mudanças de regime, passando para o da Autorização e remetendo à ANTT toda a tarefa de regulamentar e regular a atividade. Indubitavelmente, esse avanço será benéfico para o setor público, representado pela ANTT, para as operadoras que prestam os serviços, para os trabalhadores que saberão sempre quais as regras setoriais e, em último, para os usuários que passarão a integrar o foro de discussão das formulações estratégicas da atividade.

Como se pode ver da justificativa, o legislador eliminou a exigência imposta até então, pela Lei nº 10.233/2001, de realização de licitação para a prestação do

serviço regular de transporte interestadual e internacional de passageiros, abrindo um novo caminho para a delegação do serviço mediante a outorga de uma autorização, sob a justificativa de que os instrumentos da concessão e da permissão, antes previstos, seriam muito “rígidos” e, por isso, inadequados para assegurar a ampliação do sistema de transportes e garantir a maior competitividade.

Assim, a Lei nº 12.996/2014 estabeleceu que, nos casos de serviços de transporte terrestre coletivo regular interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura, as outorgas poderiam ser realizadas por meio de autorização, independentemente de qualquer licitação. Apenas os serviços de transporte regular interestadual vinculados à exploração da infraestrutura e os serviços de transporte interestadual semiurbano é que continuariam sujeitos à prévia realização de licitação. A nova redação do artigo 13, V, “e”, da Lei nº 10.233/2001 passou a ser singela, fixando a adoção do instrumento da autorização:

Art. 13. Ressalvado o disposto em legislação específica, as outorgas a que se refere o inciso I do caput do art. 12 serão realizadas sob a forma de:

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.

A regulamentação da matéria ficou inteiramente a cargo da ANTT. A lei apenas estabeleceu algumas premissas, como se viu da inserção dos artigos 47-A a 47-C da Lei nº 10.233/2001, dentre elas a liberdade de preços, a precariedade das outorgas e a inexistência de limites para o número de autorizações, além da possibilidade de se realizar processo seletivo público para outorga de autorização.

Ato contínuo, em 25 de junho de 2015 a Agência Reguladora editou a Resolução nº 4.770, que instituiu as condições específicas para a outorga da autorização às empresas interessadas em prestar serviços de transporte regular interestadual e internacional de passageiros. Aquela Resolução previu as condições para a concessão de outorgas às empresas interessadas, estabelecendo uma série de requisitos a serem cumpridos, a exemplo da comprovação de regularidade jurídica (art. 8º), financeira (arts. 9º e 10), fiscal (art. 11) e trabalhista (art. 12), bem como de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional (arts. 13 a 24). Uma vez cumpridas as formalidades impostas pela ANTT, as empresas passam a ter direito à outorga de um “Termo de Autorização” para a prestação do serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros em todo o Brasil, o que as habilita a requerer a prestação de serviço nos mercados disponibilizados pela Agência Reguladora, a partir do que elas recebem uma “Licença Operacional”, que contém, por sua vez, a relação dos

mercados autorizados e respectivas linhas, possibilitando a transportadora a executar a prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual ou internacional de passageiros.

De acordo com o que foi previsto no artigo 3º da Resolução, não existem limites para a outorga das autorizações: todas as empresas que atenderem às condições previstas nos citados artigos 8º a 24 podem receber autorização para operar no setor, sendo resguardado a todas elas, ao menos em tese, igualdade de tratamento.

A despeito da premissa anterior, contudo, a Resolução previu dois cenários distintos e sequenciais: um primeiro voltado a dar continuidade aos serviços que já vinham sendo prestados por diversas empresas em todo o território nacional, notadamente pelas empresas detentoras de “autorizações precárias”, fruto de outorgas concedidas anteriormente, com prazos e condições das mais variadas (artigos 69 e 70)¹⁴; e outro, a ser realizado em etapa seguinte, para habilitar a prestação de serviço nos mercados nos quais não houvesse empresas regularmente habilitadas (artigo 71)¹⁵.

Primeiramente, no que toca à prorrogação dos serviços já prestados pelas empresas estabelecidas no mercado, os artigos 69 e 70 da Resolução estipularam regras de transição, com a possibilidade de as empresas que já operavam determinados trechos pleitear nova autorização com relação a eles, com a comprovação de que obedecem às novas regras. No que se refere aos novos mercados, o artigo 25 da Resolução previu que as empresas habilitadas à luz dos novos requisitos poderiam requerer a concessão de Licença Operacional pela ANTT, oportunidade em que indicariam os mercados que fossem do seu interesse. Nesta etapa, as próprias empresas deveriam indicar os respectivos mercados, arrolando as linhas, seções e itinerários pretendidos, além da frequência a ser cumprida, observando apenas os requisitos mínimos impostos pela ANTT. Inexistindo outros interessados e cumpridos os requisitos formais para a prestação do serviço, a outorga deveria ser concedida para operar os respectivos trechos.

Embora não esteja escrito de forma expressa na Resolução, o que se fez com essas regras foi, a todo rigor, atribuir preferência às empresas que já operavam, o que acabou por manter a reserva de mercado antes existente. Ora, foi justamente a reserva de mercado que serviu de justificativa para a alteração do modelo anterior

¹⁴ Art. 69. No prazo de até 90 (noventa) dias contados da vigência desta Resolução, as autorizatárias deverão apresentar a documentação de que trata o Título II para pleitear a autorização para os mercados por elas operados.

Art. 70. Até a finalização dos estudos de avaliação de mercados previstos nos termos do Art. 73 desta Resolução, o número de autorizatárias por mercado estará limitado a:

I – quantidade de autorizatárias existentes por mercado, considerando a data de entrada em vigência desta resolução; e

II – duas transportadoras em cada mercado novo.

¹⁵ Art. 71. Decorridos 210 (duzentos e dez) dias da data da vigência desta Resolução, a ANTT divulgará o número de vagas disponíveis para os mercados que não foram solicitados no prazo estabelecido no Art. 69 e para os mercados atendidos por autorizatárias que tiveram seus pleitos indeferidos.

de outorga, o que torna a regra de transição prevista pela ANTT no mínimo questionável. Mais do que isso, enquanto para as empresas antes estabelecidas manteve-se o número de prestadoras de serviço já existentes, para os novos mercados a ocupação dos trechos ficaria restrita a no máximo duas empresas, conforme previsto no artigo 70 da Resolução nº 4.770/2015, distinção essa que criou uma barreira à entrada de novos operadores, não imposta para aqueles que já estavam estabelecidos no mercado. Em poucas palavras, as novas regras parecem não ter introduzido a concorrência como era esperado dentro do novo modelo de autorização, ao menos no primeiro momento.

No que talvez seja o ponto mais sensível da regulamentação, segundo a disposição do parágrafo único do artigo 27 e também dos artigos 41 a 43 da Resolução nº 4.770/2015, quando vários interessados se habilitam para um mesmo mercado, fica configurada uma hipótese que a Agência Reguladora chamou de “inviabilidade operacional”. A regra dos artigos 41 e 42, *caput* e § 2º, trouxeram as condicionantes:

Art. 41. A ANTT promoverá processo seletivo público nos casos em que for constatada inviabilidade operacional, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Art. 42. É considerada inviabilidade operacional situações que configurem concorrência ruínosa ou restrições de infraestrutura.

(...)

§ 2º Na outorga de novos mercados deverão ser considerados possíveis impactos nos mercados já existentes, para que não seja caracterizada sua inviabilidade operacional.

Haverá “inviabilidade operacional” sempre que houver um número maior de empresas interessadas do que de vagas, por entender a Agência Reguladora que essa hipótese esbarraria na restrição da infraestrutura e em risco de concorrência ruínosa. Para esses casos, ficou pré-estabelecida a necessidade de realização de um “processo seletivo” para determinar as empresas autorizadas a operar o respectivo trecho. Ou seja, havendo disputa por novos mercados entre várias empresas, a ANTT entendeu pela necessidade de realizar um processo seletivo para determinar qual empresa sairá vencedora, lembrando que a Resolução impôs uma restrição de no máximo duas empresas por mercado.

De acordo com Hugo Alves Silva Ribeiro, especialista da Agência Nacional de Transportes Terrestres, as características dessa seleção pública deveriam, na sua visão, se aproximar da licitação, dado que ela “deve respeitar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tal como no processo licitatório”, tornando o modelo muito próximo ao que já existia sob a ótica do regime da

permissão (RIBEIRO, 2015, p. 2298/2305). Diferentemente do que previu e esperava Silva Ribeiro, porém, o processo seletivo foi regulamentado pela ANTT através da Resolução nº 5.072, de 12 de abril de 2016, que criou um instrumento de “sorteio” para a determinação das prestadoras de serviço de cada mercado. Com base nessa Resolução, a Deliberação de nº 224, de 17 de agosto de 2016, aprovou a realização do primeiro processo seletivo público, objeto do Edital nº 01/2016, do qual resultou o sorteio de 943 mercados entre 81 empresas interessadas em todo o Brasil. Desse sorteio, apenas 67 empresas saíram vitoriosas, segundo dados consolidados disponibilizados pela ANTT¹⁶.

Curiosamente, na grande maioria dos mercados sorteados apenas foi disponibilizada uma única vaga pela ANTT. Isso ocorreu em 923 dos 943 mercados que foram sorteados. Nos 20 mercados restantes, que representam 2,12% do total de casos, foram abertas apenas duas vagas, sem que fosse possível identificar uma justificativa clara para essa escolha do regulador. Além disso, não foi adotado qualquer outro critério de escolha das empresas que não a aleatoriedade, conforme regulamentação levada a efeito pelas Deliberações de nº 280, de 11 de novembro de 2016¹⁷, e 115, de 8 de junho de 2017¹⁸.

Após a primeira etapa, foi aberta uma segunda, conforme determinado pela Portaria ANTT de nº 34, de 12 de junho de 2017¹⁹, para o sorteio de 27 mercados que não foram contemplados por propostas no primeiro processo seletivo. Para essa segunda etapa, porém, a Agência previu novos critério de seleção: ao invés do sorteio puro e simples, passou a ser determinante a “menor idade do veículo mais velho” e a prévia “implementação e transmissão de dados do MONITRIIP”²⁰ como condição para participação no processo seletivo público, somente ocorrendo sorteio em uma segunda fase, se houvesse empate na classificação das empresas.

A despeito da mudança de regras e a criação de novos critérios para seleção que consideram a qualidade da frota de ônibus das empresas (“menor idade do veículo mais velho”), nenhum dos critérios estabelecidos com o escopo de efetivar a concorrência entre as empresas fala no preço ou na tarifa enquanto elemento determinante para a outorga da licença operacional ou mesmo da delimitação dos mercados. Ao revés, a Resolução nº 4.770/2015 estabeleceu no seu artigo 76 que a ANTT apenas fixará o valor da tarifa até 18 de junho de 2019. A partir desta data, a

¹⁶ Disponível em http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/informacoes_para_empresas/regular_rodoviario/resultadoconsolidado1aetapa.xlsx (acesso em 05 de janeiro de 2018).

¹⁷ Diário Oficial da União nº 218, do dia 14 de novembro de 2016, p. 192.

¹⁸ Diário Oficial da União nº 110, do dia 9 de junho de 2017, p. 124.

¹⁹ Diário Oficial da União nº 112, do dia 13 de junho de 2017, p. 51.

²⁰ O Sistema de Monitoramento do Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional Coletivo de Passageiros – MONITRIIP, disciplinado por meio da Resolução nº 4.499, de 28 de novembro de 2014, estabelece padrões para a coleta, armazenamento, disponibilização e envio de dados que possibilitem o acompanhamento da operação dos serviços de transporte em tempo real. Disponível em: <https://appweb1.antt.gov.br/monitriipPortal/default.aspx> (acesso em 17.fev.2018).

tarifa será exercida em liberdade de preços dos serviços, na forma do artigo 54 da Resolução. A partir de junho de 2019, as empresas que já se estabeleceram no mercado por meio de sorteio realizado pela Agência poderão fixar o preço que entenderem mais razoável para os respectivos mercados, sem qualquer interferência da ANTT, muito embora na esmagadora maioria dos casos elas sejam as únicas prestadoras do serviço de transporte nas respectivas vias interestaduais ou internacionais.

Assim, as características desse novo modelo podem ser resumidas em alguns tópicos: (i) para a seleção dos mercados de acordo com as novas regras, foi dada preferência às empresas já estabelecidas antes da edição da Lei nº 12.996/2014; (ii) para os novos mercados, não contemplados pelas prestadoras de serviço já estabelecidas, a definição do prestador de serviço decorreu, na maior parte dos casos, de um mero sorteio, sem que houvesse a apuração de qual seria a empresa mais gabaritada para prestar o serviço; (iii) diversos mercados foram contemplados com apenas uma vaga, para apenas uma empresa prestar o serviço, sem prever qualquer mecanismo concorrencial, inclusive para ingresso de novos players nesses mercados; (iv) o preço não foi um critério considerado ao longo de todo o processo de outorga, de sorteio e de seleção dos mercados; e (v) não existe um critério objetivo para a delimitação do preço a partir de 2019, ficando a cargo das autorizatárias fixar o valor da tarifa, mesmo nos mercados em que há apenas um prestador de serviço.

5. Uma análise sob a ótica da concorrência.

Em recente estudo sobre as modificações trazidas pela Lei nº 12.996/2014, Binenbojm (2017, p. 1268-1285) argumentou favoravelmente à alteração levada a efeito pelo legislador, ponderando que o modelo da autorização é próprio para “aqueles casos em que o melhor cenário (o mais eficiente, para se utilizar um conceito econômico) pressupõe ampla competitividade entre os agentes privados interessados na execução do serviço”. Complementou o autor, no ponto, que o serviço de transporte rodoviário deve estar sujeito à ampla concorrência, a fim de beneficiar os usuários, dado que quanto mais empresas prestarem o serviço, maior será a demanda de qualidade sobre o prestador:

Na situação específica em estudo, 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 (excluídos aqueles definidos como semiurbanos). (...) no modelo de autorização, como a qualquer instante pode haver novos concorrentes, o prestador do serviço terá constantes exigências advindas do próprio mercado.

A lógica do autor é, ao menos em teoria, extremamente razoável. Afinal, a livre concorrência tende a gerar benefícios para os usuários, na medida em que assegura, de um lado, a liberdade de escolha do prestador de serviço pelos próprios usuários e, de outro, a disputa dos prestadores de serviço pelos usuários, através da equação do menor preço e o melhor serviço. Essa duplicidade de fatores tende a gerar, em

tese, uma disputa voltada a ampliar e melhorar a prestação do serviço, dado que o usuário tende a buscar o prestador de serviços que ofereça o menor preço e a adequada prestação do serviço.

O lado negativo desse modelo, contudo, é que a iniciativa privada buscará, sempre, os mercados superavitários, que garantam o maior retorno em menor tempo. Haverá menor ou nenhum interesse das empresas pela ocupação dos mercados deficitários, isto é, daqueles mercados que não compensem a prestação do serviço e o investimento. Essa dificuldade não escapou ao exame de Binjenbojm que ressaltou que, para as hipóteses que o serviço não comporta ampla concorrência, o legislador não teria revogado a disposição legal que prevê o regime da permissão, necessário, segundo o autor, para garantir a exclusividade e impor barreiras que tornem o serviço minimamente atrativo ao agente privado. Como ponderou o autor, “a lógica, aqui, pode envolver a necessidade de estimular o delegatário a manter linhas deficitárias em conjunto com linhas superavitárias. Esse cenário seria inviável em um mercado livre, no qual as empresas tenderiam a operar tão somente as linhas superavitárias” (BINENBOJM, 2017, p. 1268-1285).

Na prática, porém, o resultado que vem se desenhando é diferente. Não se implementou a concorrência tal qual era a proposta inicial e o escopo da Lei nº 12.996/2014. Tampouco se conjugaram os regimes da permissão e da autorização especificamente para a prestação do serviço transporte rodoviário regular interestadual e internacional, a fim de garantir, como colocou Gustavo Binjenbojm, uma relação de equilíbrio entre as linhas superavitárias e as linhas deficitárias. Ao contrário, até aqui mantiveram-se os prestadores estabelecidos anteriormente à lei, outorgando novas autorizações e licenças apenas para novos mercados. Não houve uma preocupação em trazer para a atividade de transporte os mecanismos de competitividade que eram desejados. Não houve uma mudança significativa no desenho de mercado que já existia antes da edição da lei, com o fito de ampliar a concorrência e reduzir a concentração de mercado.

Esse modelo parece contrariar a lógica que permeou a mudança de regime. A restrição de mercado e a imposição de barreiras à entrada de novos agentes tanto nos mercados já “ocupados”, quanto nos novos mercados, que foram “sorteados”, nos quais foram impostas limitações de vagas, não apenas tem o condão de ferir a isonomia, como também retira a legitimidade do instrumento da autorização, dado que ele não é adequado para a outorga de serviços em regime de monopólio. Nos dizeres de Ortiz e Garcia-Morato (2001, p. 20-21), a autorização é incompatível com o regime de monopólio:

(...) frente à exigência de concessão (nos antigos serviços públicos) e de autorização discricionária (que se submete às avaliações da Administração), no novo modelo se afirma a liberdade de entrada nas atividades competitivas, mediante a prévia obtenção de uma autorização de caráter vinculado, que de forma alguma pode ser

compreendida como concedida em regime de monopólio, nem outorgará direitos exclusivos. Desta maneira, a despublicatio do setor, a não-reserva ao estado da titularidade da atividade, tem como primeira consequência a livre entrada, que possibilitará a pluralidade de ofertas e a melhor satisfação das necessidades do usuário.

A mesma lição é dada por Couto e Silva (2002, p. 70), para quem o ato da autorização deve trazer direitos iguais para todos os agentes privados, no que tange ao exercício da atividade:

Na delegação de serviços públicos, a exigência de prévia licitação para a concessão e a permissão satisfaz ao princípio isonômico. Mas o mesmo não se poderá dizer, pelo menos em muitas hipóteses, relativamente à autorização, concebida como ato de exercício de competência discricionária. O ato administrativo de delegação de serviço público, como ato vinculado, afasta a dificuldade, conformando-o com a regra constitucional da igualdade.

Não se verifica essa situação — de igualdade — dentro do modelo desenhado através da Resolução ANTT nº 4.770/2015, que parece, inclusive, ter restringido a concorrência ao reduzir o número de prestadores de serviço. Segundo dados disponibilizados pela ANTT, em 2013 havia pelo menos 417 linhas autorizadas a prestar serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros em todo o país²¹. Até outubro de 2017, contudo, apenas 219 empresas foram autorizadas, mediante o Termo de Autorização, a operar linhas interestaduais e internacionais em âmbito nacional²².

Evidentemente que muitos dos antigos prestadores do serviço de transporte rodoviário regular interestadual e internacional de passageiros podem não ter se adequadado às novas condicionantes impostas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, o que pode justificar a redução, quase que pela metade, do número de empresas. Por sua vez, um número significativo de transportadoras que se habilitaram de acordo com as novas regras — pelo menos 133 empresas, conforme se pode apurar dos mesmos dados disponibilizados pela ANTT — já pertencia ao antigo modelo e continuou a prestar serviço.

Outro ponto relevante é que, como já foi dito, a Agência previu, como regra, que a prestação de serviço em novos mercados ficaria limitada a duas transportadoras, conforme redação expressa do artigo 70, inciso II, da Resolução nº 4.770/2015, ao menos até a realização de estudos que devem ser concluídos até 2019, considerando

²¹ http://www.antt.gov.br/passageiros/Dados_Operacionais Consulta realizada em 13 de dezembro de 2017.

²² Conforme Resoluções da ANTT de nos 4.987/2016, 5.010/2016, 5.319/2017, 5.030/2016, 5.062/2016, 5.086/2016, 5.092/2016, 5.118/2016, 5.135/2016, 5.159/2016, 5.155/2016, 5.156/2016, 5.181/2016, 5.179/2016, 5.182/2016, 5.192/2016, 5.193/2016, 5.198/2016, 5.218/2016, 5.221/2016, 5.273/2017, 5.287/2017, 5.271/2017, 5.313/2017, 5.343/2017, 5.365/2017, e 5.394/2017.

o prazo de 48 meses estipulado na Resolução. Isso significa que — ao menos até a conclusão dos estudos — as novas regras restringiram ainda mais o número de empresas em operação no país, ao invés de ampliar o número de transportadoras²³, não tendo inserido características concorrenciais dentro dos 943 mercados que foram estabelecidos a partir do Edital nº 01/2016. Afinal, foi prevista uma única vaga, sem qualquer concorrência efetiva. A concorrência inerente ao livre mercado pressupõe a disputa entre diversas prestadoras de serviço dentro de um mesmo mercado, tendo como foco a mesma clientela. Não parece fazer sentido impor barreiras à entrada.

Ao restringir a uma única empresa um determinado mercado — entendido esse mercado como um trajeto específico entre um ponto “A” e um ponto “B” situados em Estados distintos, ou entre um Estado e outro país para o caso de rotas internacionais —, a ANTT criou artificialmente diversos pequenos monopólios, na medida em que as autorizatárias serão, para cada mercado, as únicas prestadoras do serviço, não havendo previsão de ingresso de novos players durante todo o intervalo da outorga.

Por sua vez, ao prever que deverá haver liberdade de preços a partir de junho de 2019, sem que se tenha, antes, ampliado os respectivos mercados, permitindo a prestação de serviço por diversas empresas em regime concorrencial, o que se fez foi reduzir a concorrência e aumentar o poder de mercado das empresas já estabelecidas. Conforme lição dos economistas Pinheiro e Sadi (2005, p. 262), essa é uma característica típica de uma falha de mercado, conforme se tira da obra específica sobre o direito, economia e mercados. Os autores elencam justamente a concentração e o poder de mercado como a terceira hipótese clássica de falha de mercado:

O terceiro tipo de falha de mercado ocorre quando o mercado não é competitivo e uma ou mais empresas gozam de poder de mercado, isto é, da habitualidade de fixar o seu preço acima do custo marginal. Quando isso acontece, há uma ineficiência alocativa e o consumo dos bens ou serviços produzidos por essas empresas ficará abaixo do nível que maximiza o bem-estar social. A falta de pressão competitiva também se traduz em incentivos mais fracos para que a empresa seja tecnicamente eficiente e introduza inovações de processo e produto.

Nesse caso, é papel do setor público impedir que a empresa exerça o seu poder de mercado. Usualmente, essa é a função das agências de defesa da concorrência, que têm como missão limitar o grau de concentração industrial e coibir práticas anticompetitivas, como a formação de cartéis, vendas casadas e outras condutas semelhantes (...).

²³ <http://www.antt.gov.br/passageiros/TAR-Resolucoes-publicadas-Empresas-com-autorizacao.html> (acesso em 13 de dezembro de 2017).

Sem concorrência, há inequívoca ineficiência alocativa. Não foi isso o que idealizou o legislador ao aprovar a Lei nº 12.996/2014, demonstrando o que parece ter sido uma falha de concepção no modelo instituído pela ANTT até aqui.

No que toca aos mercados previamente estabelecidos, cujas empresas continuam a operar nos moldes do artigo 69 da Resolução nº 4.770/2015, e que eventualmente tenham mais de uma prestadora de serviço, a tendência é que essas empresas espelhem e mesmo mantenham as condições de mercado hoje existentes, sendo pouco provável a redução do preço caso não haja a entrada de novos players. Afinal, o ingresso de novos competidores nos mercados já ocupados foi vedado pela Resolução.

Além disso, deve haver uma maior preocupação com o controle da qualidade dos serviços. O filtro realizado pela Agência Reguladora é, prioritariamente, *ex ante*: atendidas as formalidades legais, os prestadores de serviço obtêm o Termo de Autorização e Licença Operacional para operar nos respectivos mercados. Uma vez “sorteado” o respectivo mercado, a Resolução nº 4.770/2015 não estabelece condições específicas, relacionadas à qualidade e ao preço que possam levar à extinção da outorga. O único dispositivo que trata de fiscalização *ex post* é o artigo 48, *caput* e § 1º, da Resolução nº 4.770/2015. Segundo esse dispositivo, o mal desempenho na prestação do serviço pode levar à revogação da outorga. Esse dispositivo, porém, remete a outra Resolução da Agência — ainda não editada pela ANTT — que deverá indicar os “índices de desempenho”, por ora não estabelecidos. A omissão da Agência em editar essas regras parece antecipar uma grande tolerância com a baixa qualidade dos serviços.

Como a habilitação para a prestação do serviço em uma determinada linha pressupõe a prévia concessão de Licença Operacional, na forma do artigo 25 da Resolução nº 4.770/2015, e como a Licença Operacional somente é concedida em favor da transportadora que se habilitar para um determinado trajeto, a eventual revogação de uma outorga não necessariamente implicará a sua imediata substituição por outro prestador, o que cria barreiras até mesmo à atuação da Agência. Afinal, antes que haja a implementação efetiva da concorrência, a exclusão de uma autorização implicará a interrupção do serviço de transporte.

É sobre essa ótica que, na nossa visão, se deve enfrentar a validade e a constitucionalidade do modelo de outorga do serviço mediante autorização. Como esse novo modelo de outorga do serviço de transporte rodoviário ainda está em processo de aperfeiçoamento, não parece possível dizer, neste momento, se ele é ou não adequado. A ANTT ainda precisa finalizar o estudo previsto nos artigos 70 e 73 da Resolução nº 4.770/2015, a partir do qual, espera-se, serão revistas algumas das premissas que levaram à primeira divisão do mercado de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, de forma a efetivamente abrir o mercado, a fim de permitir que haja concorrência plena. Somente a partir desse

momento é que será possível determinar o grau de evolução do novo modelo regulatório e da sua adequação ao que propôs o legislador.

Se, ao final, for constatada a impossibilidade de o serviço ser prestado enquanto atividade econômica sujeita ao livre-mercado, então o modelo regulatório escolhido é inadequado e será necessário restaurar o equilíbrio através dos instrumentos restritivos previstos no artigo 175 da Constituição Federal. Valem, aqui, as lições de Aragão (2003, p. 322-323):

Sendo a nossa Carta Maior tecnicamente uma Constituição compromissória, ou seja, oriunda do acordo dos mais diversos interesses e concepções políticas existentes na sociedade, a posição que com ela mais se coaduna é a de buscar a ponderação entre os valores correspondentes a cada uma das posições extremadas acima analisadas, buscando, em um mandado de otimização, conciliá-las: os fatores que recomendam a adoção da concorrência devem ser instrumentalizados pelas preocupações que visam à incindível relação entre os serviços públicos, a realização da dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.

(...)

O que devemos ter em vista é que, não apenas no âmbito dos serviços públicos, mas a fortiori na sua seara, a concorrência não é um valor em si, constituindo, outrossim, um instrumento da realização mais perfeita possível dos objetivos dos serviços públicos. A concorrência nos serviços públicos só será legítima enquanto atingir estes objetivos.

Tudo indica que um longo caminho terá que ser percorrido e muitas lacunas deverão ser preenchidas até que se possa dizer, com clareza, que o modelo instituído pela Lei nº 12.996/2014 e pela Resolução nº 4.770/2015 é adequado para a prestação do serviço de transporte rodoviário regular interestadual e internacional de passageiros.

6. Conclusões

Nos parece claro, por tudo que colocamos, que o serviço de transporte rodoviário regular interestadual e internacional de passageiros, apesar de ser um serviço público, que está sujeito às garantias de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e modicidade das tarifas, foi previsto, no artigo 21, inciso XII, como passível de delegação ao particular mediante autorização e, portanto, sob a ótica desse regime, à prestação sob o livre-mercado, desde que sujeito à forte regulação.

Como colocamos, a natureza do serviço é aquela dada por Maria Sylvania Zanella Di Pietro, qual seja, a de um serviço público impróprio, que pode ser prestado pela

iniciativa privada, desde que amplamente fiscalizado pelo Poder Público. Dentro desse modelo, compete ao Estado impor as condições mínimas que devem ser atendidas pelo particular na prestação do serviço, somente outorgando mediante autorização os mercados que comportem efetiva concorrência. Aqueles mercados que não comportarem a livre iniciativa em razão de serem pouco atrativos para o setor privado, deverão ser outorgados mediante permissão ou concessão, ficando o Estado obrigado a adotar as medidas de incentivo e fomento adequadas, sob pena de ineficiência alocativa e, conseqüentemente, de prejuízos aos usuários.

Essa distinção entre os mercados, e o necessário cuidado do regulador em garantir a livre-concorrência são os pontos mais relevantes que, na nossa visão, não parecem ter sido observados até o atual estágio de regulação proposta pela ANTT para a prestação do serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. A omissão, nesse ponto, tem o condão de colocar a legalidade e a constitucionalidade do modelo em xeque, dado que o regime de autorização criado pela Lei nº 12.996/2014, pressupõe, conforme estabelecido no artigo 43, inciso II, da Lei nº 10.233/2001, um ambiente de “livre e aberta competição”.

Ante esse cenário, a principal mudança que deve ser implementada pela Agência Reguladora ao longo dos próximos anos diz respeito justamente à revisão do monopólio hoje existente, que não encontra solução nas regras estabelecidas pela Resolução nº 4.770/2015, dado que a restrição de entrada de novos players, somada à manutenção das empresas que já haviam se estabelecido antes da mudança das regras, tende a constituir um elemento de barreira à entrada e de forte limitação da concorrência, com reflexos na qualidade do serviço e na tarifa.

A se manter a restrição para o ingresso de novos prestadores de serviço por mercado, então parece razoável dizer que tratar-se-á de burla ao mecanismo de licitação, dado que a concessão e a permissão são os instrumentos mais adequados para a delegação de serviços públicos com características de monopólio. Por essa mesma razão, inclusive, era imprescindível que o legislador e a agência reguladora conjugassem o regime de permissão com o regime de autorização, adotando o primeiro quando não estiverem presentes as características de competição, a fim de garantir a oferta do serviço em mercados que, de outra maneira, não seriam ocupados pela iniciativa privada.

O objetivo a ser seguido nesse processo de abertura do setor rodoviário é de garantir isonomia de tratamento entre os prestadores de serviço, assegurando a ampla concorrência, abolindo-se as barreiras à entrada e os monopólios que foram criados ao longo dos anos. Caso isso não ocorra, então o modelo da autorização não se mostrará adequado. Como os estudos ainda estão sendo feitos e as regras do setor ainda dependem de complementação e aperfeiçoamento, somente o tempo é que dirá se a alteração de regime foi adequada, bem como qual será o modelo mais viável

para assegurar a concorrência plena, e, dessa forma, o sucesso ou fracasso do regime de autorização previsto pela Lei nº 12.996/2014.

7. Referências bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, v. 233, Jul/Set. 2003, p. 311-371.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime Jurídico da Autorização Portuária no Brasil: Serviços Públicos ou Atividades Privadas Regulamentadas? *Revista dos Tribunais*, vol. 946, agosto, 2014, p. 15-45.
- 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. 1268-1285.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público "à brasileira"? *Revista de Direito Administrativo*, v. 230, outubro-dezembro, 2002, p. 45-74.
- CRETILLA JÚNIOR, José. Definição de Autorização Administrativa. *Revista dos Tribunais*, vol. 813, julho, 2003, p. 753-764.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 27ª edição, São Paulo: Atlas, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* [trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén], Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2001.
- FERNANDEZ, J. Enrique; e MUÑOZ, Juan Carlos. Privatization and Deregulation of Urban Bus Services: An Analysis of Fare Evolution Mechanisms. *Journal of Transport and Policy*, v. 41, part. 1, janeiro, 2007, p. 25-49.
- GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros: um acrescentamento histórico*. Brasília: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros, 1999.
- ITRANS. *Mobilidade e Pobreza: relatório final*. Instituto de Desenvolvimento e Informação em Transporte (ITRANS). Brasília: ITRANS, 2004.

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Funções Administrativas do Estado. in DI PIETRO (org.). *Tratado de Direito Administrativo*, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 147-182.
- MARTINS, Francisco Giusepe Donato; e DANNI, Luciano dos Santos. Uma análise sobre a dinâmica operacional na prestação de serviços de transporte aéreo regular de passageiros no Brasil. in CYBIS e BARBOSA SOARES (org.). *Panorama Nacional da Pesquisa em Transportes 2008*. Fortaleza: ANPET, novembro, 2008, p. 1624-1635.
- MARTINS, Francisco Giusepe Donato. *Transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros: regulação e concentração econômica* (Monografia). Brasília: Tribunal de Contas da União e Instituto Serzedello Corrêa, 2004. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/transporte-rodoviario-interestadual-e-internacional-de-passageiros-regulacao-e-concentracao-economica.htm> (acesso em 25.fev.2018)
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, 42ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (versão digital).
- ORTIZ, Garpar Ariiio. GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*. Granada: Ed. Comares, 2001.
- PINHEIRO, Armando Castelar. SADI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2005.
- RIBEIRO, Hugo Alves Silva. Regulamentação do Conceito de 'Inviabilidade Operacional', limitador do número de Autorizações entre Linhas Interestaduais de Ônibus. XXIX Congresso Nacional de Pesquisa em Transporte. ANPET, Ouro Preto, 2015, p. 2298/2305.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum. 2012.