



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA  
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA

ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO R, 5º ANDAR, SALA 507- CEP: 70044-902 - BRASÍLIA/DF TEL.: (61) 2029-7141 / 7144 - E-MAIL: CONJUR.MT@INFRAESTRUTURA.GOV.BR

**INFORMAÇÕES n. 83/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**

**NUP: 00748.000857/2017-42 (REF. 00688.000581/2016-73)**

**INTERESSADOS: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA E OUTROS**

**ASSUNTOS: ADI 5549 e ADI 6270. Autorização para exploração de transporte rodoviário de passageiros. Informações complementares.**

1. Por meio do OFÍCIO n. 00646/2020/SGCT/AGU, de 3 de abril de 2020, a Diretora do Departamento de Acompanhamento Estratégico da Secretaria-Geral de Contencioso (SGCT) da Advocacia-geral da União informou que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5549 e 6270 poderão ir a julgamento em breve e, diante disso, solicitou “informações atualizadas que possam subsidiar a atuação da União no feito”.

2. Na petição inicial da ADI 5549, o então Procurador-Geral da República requereu que fosse declarada a inconstitucionalidade “da parte do art. 3º da Lei 12.996, de 18 de junho de 2014, que deu nova redação ao art. 13, incs. IV e V, e; e ao art. 14, inc. III, j, da Lei 10.233, de 5 de junho de 2001”. Esses dispositivos permitiram que a “prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura” se dê mediante “autorização”. Em breve síntese, o Ministério Público alegou que a prestação de tais serviços por *autorização* representaria violação da exigência de prévia licitação prevista no art. 37, XXI, e no art. 175 da Constituição.

3. Por sua vez, na ADI 6270, a Associação Nacional das Empresas de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros – ANATRIP pede para que seja declarada a inconstitucionalidade do inciso IV e da alínea “e” do art. 13 da Lei nº 10.233, de 2001, com redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014, bem como da Resolução CPPI nº 71, de 21 de agosto de 2019, e da Deliberação ANTT nº 955, de 22 de outubro de 2019, que dispõem sobre a prestação do serviço de transporte rodoviário de passageiros interestadual e internacional mediante *autorização*. Em resumo, na sua petição inicial a requerente alega que tais atos normativos teriam violado a exigência constitucional de licitação para a outorga de serviços públicos (art. 37, XXI e art. 175, CRFB) e o direito fundamental de locomoção e transporte (art. 5º, XV, e art. 6º, CRFB).

4. A Consultoria Jurídica do então Ministério dos Transportes prestou subsídios para a defesa da União na ADI 5549 por meio da NOTA n. 01419/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU (seq. 3).

5. Mais recentemente, esta Consultoria Jurídica manifestou-se sobre a ADI 6270 mediante as INFORMAÇÕES Nº 1310/2019/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU (NUP: 00688.001294/2019-23).

6. Diante da solicitação da Secretaria-Geral de Contencioso, na COTA n. 00847/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU (seq. 8) a Coordenação-Geral de Assuntos Judiciais desta Consultoria Jurídica requereu nova manifestação das unidades técnicas deste Ministério.

7. É o relatório

8. Conforme já tivemos a oportunidade de nos manifestar nas INFORMAÇÕES Nº 1310/2019/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU (em anexo): (i) a Constituição prevê explicitamente a possibilidade de prestação do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros mediante autorização (art. 21, XII, “e”, CRFB); (ii) há divergência doutrinária quanto à natureza jurídica das atividades autorizadas, mas a distinção entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito está se tornando cada vez mais fluida; (iii) há diversas outras atividades previstas nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição que são desempenhadas em regime de autorização sem que essa prática tenha sido declarada inconstitucional; (iv) sempre que possível, o poder público deve fomentar a concorrência efetiva *no mercado*; (v) o serviço de transporte rodoviário interestadual ou internacional de passageiros não configura monopólio natural e o regime de autorização reduz as barreiras de entrada para que novos agentes econômicos atuem no setor, favorecendo assim a concorrência; (vi) num cenário de maior competição, há mais estímulos para que as transportadoras adotem medidas para aumentar sua eficiência, cobrando preços mais baixos e melhorando a qualidade dos serviços; (vii) uma vez que não haja limitações à quantidade de operadores que poderão ser habilitados (autorizados) a prestar o serviço, não faz sentido falar em licitação; (viii) nesse ambiente, também não há razão para estabelecer uma determinada tarifa a ser observada pelos operadores, uma vez que o preço será regulado pelas forças de mercado; e (ix) ainda assim, os artigos 45 e 47-C da Lei nº 10.233, de 2001, estabelecem que devem ser reprimidas eventuais práticas

anticoncorrenciais e o abuso do poder econômico.

9. O Ministério Público baseia sua conclusão de inconstitucionalidade da adoção do regime de autorização no fato de que a outorga não é precedida por licitação. Sobre esse argumento, é importante enfatizar que, conforme o inciso II do art. 43 da Lei nº 10.233, de 2001<sup>[1]</sup>, as atividades autorizadas devem ser exercidas “**em ambiente de livre e aberta competição**”. Além disso, o art. 47-B da Lei nº 10.233, de 2001, estipula expressamente que “**não haverá limite para o número de autorizações para o serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros**”, salvo no caso de inviabilidade operacional”, situação em que será possível a realização de **processo seletivo público** para a outorga da autorização (art. 47-B, parágrafo único, da Lei nº 10.233, de 2001<sup>[2]</sup>).

10. Neste ponto, cabe destacar que a Resolução CPPI nº 71, de 2019, estabelece no § 1º de seu art. 3º que por “inviabilidade operacional”, deve-se compreender apenas as “limitações exclusivamente de caráter físico ou impedimentos legais na utilização de espaços públicos ou instalações destinadas à operação dos serviços de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros”. Além disso, estabelece como diretriz a “vedação à instituição de reserva de mercado em prejuízo dos demais concorrentes e à imposição de barreiras que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado” (art. 3º, III, da Resolução CPPI nº 71, de 2019).

11. Não havendo limitação à quantidade de operadores em cada linha, ou seja, quando a outorga de autorização a um transportador não impedir a entrada de outro no mesmo mercado, certamente não haveria necessidade de um processo seletivo como a licitação para escolher a “melhor proposta”. **Não há nessa situação a competição pelo objeto da outorga.** Sem competição, não há o pressuposto necessário para realizar um procedimento licitatório. **A competição se dará no mercado, entre os diversos prestadores de serviço autorizados.**

12. Numa situação semelhante, relacionada a serviços de telecomunicações, o § 2º do art. 91 da Lei nº 9.472, de 1997<sup>[3]</sup>, é explícito ao reconhecer que “considera-se desnecessária a disputa nos casos em que se admita a exploração do serviço por todos os interessados que atendam às condições requeridas”, o que seria uma hipótese de **inexigibilidade de licitação**.

13. Na Decisão nº 350/2000-Plenário (processo 015.834/1996-4), o Tribunal de Contas da União avaliou a regularidade de “permissões” para exploração de serviços de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura via satélite sem licitação. O fundamento foi justamente a desnecessidade de licitação diante do livre acesso ao mercado por todos os interessados em prestar o serviço. Por sua pertinência, transcrevo o sumário da referida decisão da Corte de Contas:

*Denúncia. Outorga de permissões para exploração de Serviços de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite e DTH sem licitação. Serviço público. Exploração indireta. Serviço classificado como serviço especial de telecomunicações. Desnecessária a licitação por ausência de competição. Inexistência de limitação do número de interessados na exploração do serviço. Observância dos princípios de direito administrativo insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal e no art. 3º da Lei nº 8.666/93. Assegurada a justa e leal competição entre os permissionários. Atendimento do interesse público. Conhecimento. Improcedência. Ciência ao interessado. Retirada da chancela de sigilo.*

*(Decisão nº 350/2000 – Plenário; Processo: 015.834/1996-4; Relator: ADHEMAR PALADINI GHISI, Data de Julgamento: 26/04/2000)*

14. Evidentemente, se todos os interessados que preencherem os requisitos para prestarem o serviço puderem obter a outorga, não há qualquer razão para realizar uma licitação, que nesse cenário representaria pura e simplesmente uma barreira de entrada no mercado. O que o legislador pretendeu foi justamente **reduzir barreiras de entrada**, o que certamente é uma medida que **fomenta a concorrência** entre os agentes econômicos, favorecendo o usuário.

15. No caso, a alegação do Ministério Público no sentido de que “a inobservância do requisito constitucional de prévia aprovação em procedimento de licitação pública (...) acarretará monopolização privada da atividade” não encontra base na realidade. Ocorre justamente o oposto. **A adoção do regime de autorização busca permitir que todos os interessados que atendam os requisitos mínimos para prestar o serviço atuem no mercado.** Essa medida indubitavelmente favorece o usuário. Portanto, pode-se esperar que a adoção do regime de autorização para o transporte rodoviário de passageiros terá efeitos opostos àqueles descritos na petição inicial do Ministério Público.

16. É verdade que há divergência doutrinária a respeito da qualificação mais adequada que se deve atribuir às atividades que, estando previstas nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição, são exploradas em regime de autorização. Sobre esse tema já nos manifestamos recentemente no PARECER Nº 56/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU (NUP: 50000.001468/2020-41). Para uma parte dos juristas, tais serviços devem ser considerados como “atividades privadas”; para outros, o fato de serem explorados em regime de autorização não lhes retira a qualificação de “serviço público”. Mas, seja como for, **não há dúvida a respeito da constitucionalidade da exploração de tais atividades mediante autorização.** Até porque a resposta está explícita na Constituição:

Art. 21. Compete à União:

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

(...)

e ) **os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;**

17. Neste ponto, é importante destacar que **tais “autorizações” do art. 21, XI e XII, da Constituição não devem ser confundidas com as autorizações clássicas de direito administrativo.** Possuem uma **natureza jurídica especial.**

18. Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira sustenta que as autorizações de que trata o art. 21 da Constituição não se confundem com as “autorizações liberais” a que faz referência o seu art. 170, uma vez que aquelas autorizações permitem que um particular explore uma “atividade de reserva pública”, enquanto estas dizem respeito apenas ao setor privado da economia (atividades do domínio privado)<sup>[4]</sup>. Por sua pertinência cabe reproduzir o seguinte trecho do artigo de Egon Bockmann Moreira:

*Para o Direito Administrativo tradicional, o que vinha à mente quando se falava em autorizações? As licenças administrativas decorrentes do antigo poder de polícia, por meio das quais a Administração controlava a iniciativa privada. Trata-se de peculiaridade oriunda do Estado do laissez-faire, que o acesso às atividades econômicas era a todos assegurado pelas liberdades clássicas da livre empresa e livre-iniciativa.*

*A ideia era a de que não se poderiam estabelecer quaisquer restrições às atividades econômicas privadas - a não ser excepcionalmente e em virtude de lei. Só se tais requisitos fossem legalmente previstos, o Estado estaria habilitado a condicionar o acesso a determinadas atividades econômicas no próprio domínio privado - e assim, examinar se a pessoa privada cumpria ou não tais requisitos. Se os cumprisse, seria autorizada a desenvolver a atividade econômica que lhe era própria. As autorizações liberais diziam respeito às limitações ao exercício do direito de propriedade e da liberdade de empresa. Prestavam-se a circunscrever o exercício de determinadas atividades privadas - dirigidas, portanto, a fatos experimentados no setor privado da economia.*

*Esta autorização administrativa unilateral é aquela que vem excepcionalmente indicada no texto do parágrafo único do art. 170 da Constituição: “E assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” Apesar de a palavra ser a mesma, parece fora de dúvida que a “autorização” do art. 170 não se refere nem se aplica às do art. 21, ambos da Constituição brasileira. O art. 170 diz respeito só ao setor privado da economia (mesmo porque a ideia de poder de polícia é impertinente ao setor público).*

*Trata-se, portanto, de belo e precioso conceito tradicional, oriundo do século XIX, mas cuja aplicação integral e irrestrita é imprópria para o Direito Administrativo deste século XXI. Afinal, não parece existir qualquer razão constitucional para que se leia o termo “autorização” apenas sob a óptica estrita do Estado Liberal oitocentista. Poucas são as palavras e os termos jurídicos que possuem um só significado, sobretudo se imune ao espaço-tempo - e “autorização”, com toda certeza, não é uma delas (a prova disso está na comparação entre os artigos 21 e 170).*

*Quando se confere ao termo “autorização administrativa” este sentido tradicional (ou equivalente), não se está a falar de bens e serviços de competência da União (e a recíproca é verdadeira: quando a Constituição se refere à autorização para execução de atividades cometidas à União, não está a tratar das autorizações do setor privado da economia). Tais autorizações liberatórias não podem ser praticadas no setor público da economia, tal como definido pela Constituição. O que se tem é, no setor econômico privado, a necessidade do exame e da liberação administrativa como condição ao exercício de determinadas atividades próprias, de titularidade das pessoas privadas (e, reitere-se, este é apenas um dos sentidos jurídicos da palavra).*

*Por isso que tal autorização liberal - e só ela, não as outras - pode ser compreendida como um ato administrativo discricionário (ou vinculado, a depender da previsão legal), unilateral, precário, que faculta ao particular o exercício de determinada atividade no domínio econômico privado. Como o nome já diz, este ato apenas autoriza a prática da atividade privada - mas não pode obrigar. Por óbvio, ninguém pode ser coagido a desenvolver atividades privadas que dependam da liberdade de empresa. Uma vez autorizada a atividade, é livre a iniciativa.*

*Daí se dizer que essa autorização é meramente declaratória, pois ela diz o que já se sabia: que o particular efetivamente pode desenvolver a atividade econômica que a Constituição lhe atribui como própria. Mas, se a pessoa privada, mesmo depois de obter a autorização, decidir não desenvolver a atividade autorizada, nada há a ser feito. Afinal, essa autorização*

*não constitui nem obriga.*

*Pensando em casos práticos, do que estamos a falar? Da instalação e funcionamento de empreendimentos privados; de alvarás e licenças que levantam a barreira institucional estabelecida em lei para o desenvolvimento de atividades no domínio econômico privado. Estamos a falar de açougues e escritórios de advocacia, de boates e consultórios médicos -- quem sabe, estamos a falar até de carteiras de motorista, de portes de armas de fogo e da construção de edifícios.*

***Estamos a falar de qualquer coisa, menos das autorizações previstas no art. 21 da Constituição - que se dirigem ao setor público da economia. E porque dirigidas ao setor público, permitem a inserção da pessoa privada nesse domínio econômico, constituindo um dos títulos jurídicos que a habilitam a explorar determinada atividade de reserva pública.***

***Por isso que são autorizações constitutivas, não declaratórias, com forte carga mandamental. São autorizações que obrigam, que instruem como deve ser desenvolvida atividade e estabelecem metas (não apenas autorizam o seu desenvolvimento). Tanto isso é verdade que, na dicção legal do art. 8º, §1º, da Lei nº 12.815/2013, tais autorizações - no setor portuário - são instrumentalizadas em “contratos de adesão”.***

*Em assim sendo, de duas, uma: ou se atribui um e somente um significado à palavra “autorização”, como se fossemos reféns de um dicionário antigo, tornando eterna e estática a compreensão outrora cunhada para as “autorizações de polícia” - e assim se defende a confusão entre os conceitos, os setores econômicos e os preceitos da Constituição brasileira (como se tudo fosse uma coisa só e os art. 21, 170 e 175 tratassem da mesma coisa), ou se dissociam as autorizações administrativas tradicionais (art. 170) das autorizações do art. 21 da Constituição - e, em decorrência, se firma a autonomia destas autorizações em face do art. 175. Isso com a densidade normativa que vier a ser dada para os respectivos setores econômicos - tanto em consequência das previsões do art. 22 (competência normativa da União) como daquela do próprio art. 175 (a demandar a lei para as concessões e permissões).*

***Com a devida licença pelo jogo de palavras e números, é preciso dissociar as autorizações do século XIX das autorizações do art. 21 - estas, sim, apropriadas ao Direito Administrativo deste século XXI. Afinal, não mais vivemos no Estado liberal oitocentista, em que as pessoas privadas eram definitivamente proibidas de ingressar no setor público da economia (e, se excepcionalmente o fizessem, só haveria duas modalidades a permitir essa extravagância: a concessão e a permissão de serviços públicos). Em suma, talvez seja mais adequada a interpretação constitucional a partir da própria Constituição - e não por meio de lentes cognitivas oriundas de outros séculos.***<sup>[5]</sup>

19. Seguindo a mesma linha, Carlos Ari Sundfeld<sup>[6]</sup> entende que a *autorização* para a instalação de portos privados (artigos 8º a 13 da Lei nº 12.815, de 2013), seria uma “quase-concessão”.

20. Mesmo juristas que entendem que as atividades autorizadas não podem ser classificadas como “serviço público” ponderam que esse tipo de autorização tem uma **natureza especial**. Nesse sentido, Flávio Amaral Garcia e Rafael Vêras de Freitas distinguem o que chamam de “autorizações operativas” e “autorizações de funcionamento”, o que fazem nos seguintes termos:

*Daí a relevância de se diferenciar, nesse passo, as duas espécies de autorização apontadas por Alexandre Santos de Aragão, citando Juan Carlos Cassagne: as autorizações operativas (autorizaciones operativas) e as autorizações de funcionamento (autorizaciones de funcionamiento). Aquelas se configuram como exercício da função de polícia administrativa, que se esgotam com a emissão do ato, não conferindo, salvo previsão em contrário, uma vinculação permanente com a Administração Pública; estas, por sua vez, se caracterizam por estabelecer, com a finalidade de tutelar o interesse público subjacente à atividade, um vínculo permanente com o administrado, de modo que se possibilite a sua constante adaptabilidade.*

*As autorizações portuárias se enquadram nessa segunda espécie (autorização de funcionamento).*<sup>[7]</sup>

21. Conforme já mencionado, está explícito na lei que o serviço deverá ser prestado em “ambiente de livre e aberta concorrência” e que, salvo na hipótese de “inviabilidade operacional”, o poder público não poderá limitar a quantidade de empresas que prestarão o serviço de transporte de passageiros. Em outros termos, **desde que preenchidos os requisitos mínimos para exercer a atividade, a autorização deverá ser outorgada a todos os interessados. Trata-se, portanto, de ato vinculado. Se é assim, de igual modo, o poder público também não poderia, injustificadamente, cassar a autorização.**

22. Finalmente, cabe mencionar que, em sede de medida cautelar na ADI 1668, que tratou

da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 1997), o Supremo Tribunal Federal já enfrentou tema semelhante. Naquela ocasião, foi questionada a constitucionalidade dos dispositivos legais que previam a exploração de serviço de telecomunicação em “regime privado”, mediante autorização. Nesse ponto, o pedido cautelar foi indeferido.

## CONCLUSÃO

23. São essas as informações complementares que tenho a prestar a fim de subsidiar a defesa dos interesses da União nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5549 e 6270.

24. À Consultora Jurídica.

25. Caso não seja outra a orientação da Consultora Jurídica em seu despacho, deem ciência da presente manifestação à Secretaria Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União (SGCT) e ao Coordenador-Geral Jurídico de Transporte Terrestre e à Coordenadora-Geral de Assuntos Judiciais desta Consultoria Jurídica.

Brasília, 13 de abril de 2020.

*Assinado eletronicamente*  
FELIPE NOGUEIRA FERNANDES  
ADVOGADO DA UNIÃO  
Consultor Jurídico Adjunto

---

[1] Art. 43. A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será outorgada segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características: I – independe de licitação; II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição; III – não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

[2] Art. 47-B. Não haverá limite para o número de autorizações para o serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, salvo no caso de inviabilidade operacional. Parágrafo único. Na hipótese do caput, a ANTT poderá realizar processo seletivo público para outorga da autorização, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, na forma do regulamento.

[3] Art. 91. A licitação será inexigível quando, mediante processo administrativo conduzido pela Agência, a disputa for considerada inviável ou desnecessária. § 1º Considera-se inviável a disputa quando apenas um interessado puder realizar o serviço, nas condições estipuladas. § 2º Considera-se desnecessária a disputa nos casos em que se admita a exploração do serviço por todos os interessados que atendam às condições requeridas. § 3º O procedimento para verificação da inexigibilidade compreenderá chamamento público para apurar o número de interessados.

[4] MOREIRA, Egon Bockmann. A nova lei dos portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros. In: Ribeiro, Leonardo Coelho; Feigelson, Bruno; e Freitas, Rafael de Vêras (coord.). A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos; aeroportos; ferrovias; rodovias. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 127-129.

[5] MOREIRA, Egon Bockmann. A nova lei dos portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros. In: Ribeiro, Leonardo Coelho; Feigelson, Bruno; e Freitas, Rafael de Vêras (coord.). A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos; aeroportos; ferrovias; rodovias. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 127-129.

[6] SUNDFELD, Carlos Ari. O Caminho do Desenvolvimento na Lei dos Portos – centralizar para privatizar? In: Egon Bockmann Moreira (coord.). Portos e seus Regimes Jurídicos – a lei n.º 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 29.

[7] GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 85-124, jul./set. 2014, p. 117.

---

Documento assinado eletronicamente por FELIPE NOGUEIRA FERNANDES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 404881785 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FELIPE NOGUEIRA FERNANDES. Data e Hora: 13-04-2020 20:50. Número de Série: 22492. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidência da República v5.

---





ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA  
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA

ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO R, 5º ANDAR, SALA 507- CEP: 70044-902 - BRASÍLIA/DF TEL.: (61) 2029-7141 / 7144 - E-MAIL: CONJUR.MT@INFRAESTRUTURA.GOV.BR

**INFORMAÇÕES n. 1310/2019/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**

**NUP: 00688.001294/2019-23 (REF. 0033949-62.2019.1.00.0000)**

**INTERESSADOS: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS - ANATRIP**

**ASSUNTOS: ADI 6270. Autorização para exploração de transporte rodoviário de passageiros.**

1. Por meio do OFÍCIO n. 00499/2019/CONSUNIAO/CGU/AGU, a Consultoria-Geral da União solicitou subsídios para elaboração de informações a serem prestadas pelo Presidente da República ao Supremo Tribunal Federal em face da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6270. Estabeleceu prazo de resposta até 20 de dezembro de 2019.

2. Trata-se de ADI proposta pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros – ANATRIP para que seja declarada a inconstitucionalidade do inciso IV e da alínea “e” do art. 13 da Lei nº 10.233, de 2001, com redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014, bem como da Resolução CPPI nº 71, de 21 de agosto de 2019, e da Deliberação ANTT nº 955, de 22 de outubro de 2019, que dispõem sobre a prestação do serviço de transporte rodoviário de passageiros interestadual e internacional mediante autorização.

3. Em resumo, na sua petição inicial a requerente alega que tais atos normativos teriam violado a exigência constitucional de licitação para a outorga de serviços públicos (art. 37, XXI e art. 175, CRFB) e o direito fundamental de locomoção e transporte (art. 5º, XV, e art. 6º, CRFB), pois implicariam a submissão dos usuários ao risco de precarização ou mesmo de paralisação de tais serviços. Além disso, afirma que houve violação aos princípios da isonomia, da segurança jurídica, do devido processo legal e da separação de poderes, além de ofensa aos postulados da atualidade, impessoalidade, continuidade, segurança e universalidade do serviço e da modicidade tarifária. Especificamente em relação à Resolução CPPI nº 71, de 2019, a autora alega que ocorreu violação: (i) à competência legislativa da União para tratar de transporte interestadual de passageiros; (ii) à determinação constitucional de que a regulamentação do transporte interestadual de passageiros se dê por meio de lei federal; (iii) ao princípio da separação de poderes, por invasão à competência legislativa do Congresso Nacional; e (iv) ao direito de locomoção e ao direito ao transporte. Por fim, a respeito da Deliberação ANTT nº 955, de 2019, a requerente argumenta que teria implicado violação: (i) ao direito fundamental à liberdade de locomoção ao descaracterizar a natureza pública do serviço de transporte interestadual de passageiros; (ii) ao direito adquirido, por promover bruscas alterações no ordenamento jurídico e restringir direitos e interesses juridicamente protegidos e alcançar fatos pretéritos; (iii) ao devido processo, por ter alterado sem a participação popular normas anteriores que haviam sido submetidas a audiência pública; e (iv) ao art. 37 da Constituição por abolir a exigência de seleção pública para a prestação do serviço de transporte rodoviário de passageiros.

4. Para sustentar sua tese, a ANATRIP afirmou que as normas impugnadas: (i) retiram o caráter de regularidade do serviço de transporte rodoviário de passageiros, criando um ambiente em que os cidadãos não têm mais certeza a respeito da prestação do serviço ou do preço cobrado; (ii) aboliram o dever de cumprimento de frequência mínima e a exigência de modernidade da frota; (iii) extinguíram indevidamente a possibilidade de transferência de outorga entre as empresas de transporte; (iv) foram aprovadas de forma ilegal, açodada, irrefletida e sem qualquer participação da sociedade; (v) criam um cenário de insegurança jurídica aos empresários e usuários; (vi) permitem que o serviço seja prestado à margem de qualquer controle estatal; (vii) são incompatíveis com a noção de serviço público; (viii) implicam a descaracterização da natureza pública do serviço, retirando ou restringindo direitos dos usuários, como o passe livre a idosos e portadores de deficiência, o limite de idade da frota de veículos e o controle sobre o valor da tarifa; e (ix) provocarão aumento de preços das passagens e o sucateamento da frota.

5. Por meio da COTA n. 1821/2019/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU (seq. 32), solicitei subsídios à Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias e à Secretaria Nacional de Transportes Terrestres do Ministério da Infraestrutura e à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, por meio da respectiva Procuradoria Federal.

6. Em resposta, a Secretaria Nacional de Transportes Terrestres apresentou a Nota Informativa nº 101/2019/CGOR/DTROD/SNTT, onde relatou que já havia se manifestado a respeito da Resolução CPPI nº 71, de 2019, por meio da Nota Informativa nº 87/2019/CGOR/DTROD/SNTT (SEI-2087068).

7. A Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias elaborou a NOTA TÉCNICA Nº 32/2019/DEAP/SFPP, na qual descreveu as justificativas da modificação do regime de exploração do

serviço de transporte rodoviário de passageiros, fazendo ainda alusão à Nota Técnica nº 18/2019/DEAP/SFPP (SEI-1833318).

8. A Agência Nacional de Transportes Terrestres apresentou manifestações técnicas e jurídicas que fundamentam a vedação de transferência das autorizações (seq. 38 a 45). Além disso, a Procuradoria Federal junto à ANTT manifestou-se novamente por meio das INFORMAÇÕES n. 03275/2019/PF-ANTT/PGF/AGU (seq. 50).

9. É o relatório.

10. Do ponto de vista econômico, pode-se dizer que as atividades econômicas são processos que tenham por finalidade a produção e distribuição de bens ou serviços para suprir necessidades e desejos dos indivíduos numa sociedade. Nessa perspectiva, famílias, empresas e o próprio Estado podem ser considerados agentes econômicos na medida em que executem tais atividades.

11. Celso Antônio Bandeira de Mello distingue de modo absoluto as noções de *atividade econômica* e de *serviço público*, que se diferenciariam pelo regime jurídico aplicável. Na visão de Bandeira de Mello, só se poderia falar em serviço público se o regime de sua prestação for o regime administrativo, isto é, se a sua prestação configurar atividade administrativa prestada em regime de direito público<sup>[1]</sup>. De outro lado, as atividades econômicas seriam atividades industriais ou comerciais prestadas basicamente sob regime de direito privado, ainda que excepcionalmente possam ser executadas pelo Estado<sup>[2]</sup>. Nesse sentido, cabe citar o seguinte trecho da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*A Constituição estabeleceu uma grande divisão: de um lado, atividades que são da alçada dos particulares – as econômicas; e, de outro, atividades que são da alçada do Estado, logo, implicitamente qualificadas como juridicamente não econômicas – os serviços públicos. De par com elas, contemplou, ainda, atividades que podem ser da alçada de uns e outros.*

*O primeiro discrímen tem supina importância, pois é por via dele que, em termos práticos, se assegura a existência de um regime capitalista no país. Com efeito, ressalvados os monopólios estatais já constitucionalmente designados (petróleo, gás, minérios e minerais nucleares, nos termos configurados no art. 177, I-V), as atividades da alçada dos particulares – vale dizer, atividades econômicas – só podem ser desempenhadas pelo Estado em caráter absolutamente excepcional, isto é, em dois casos: quando isto for necessário por um imperativo da segurança nacional ou quando demandado por relevante interesse público, conforme definidos em lei (art. 173) – a qual, por razões adiante apontadas, entendemos ser lei complementar.*

*Inversamente, as atividades previstas como da alçada do Estado – ou seja, os serviços públicos – só podem ser desempenhadas por particulares se o Estado os credenciar a prestá-las (art. 175 e art. 21, XI e XII), por ato explícito, sem prejuízo de lhes conservar a titularidade. Ressalvam-se aquelas outras, também já dantes mencionadas no capítulo precedente, em que a atividade não é exclusiva do Estado (educação, saúde, assistência social e previdência social), e por isto os particulares são livres para exercê-las.*

*À vista destas disposições constitucionais, bem se vê o quanto é absurdo – disparatado, mesmo – falar em “serviço público econômico”, pois se estaria a associar duas expressões que, em nosso Direito Constitucional, designam antinomias jurídicas, necessariamente submetidas, então, a regimes normativos antagônicos<sup>[3]</sup>.*

12. Seguindo uma linha divergente, Eros Grau afirma não há uma oposição entre atividade econômica e serviço público, posto que o serviço público seria um tipo de atividade econômica, cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Portanto, para Eros Grau, o gênero “atividade econômica” compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito<sup>[4]</sup>. Além disso, Eros Grau também rejeita a ideia de que o elemento definidor dos serviços públicos seja um determinado regime jurídico próprio. Para o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, uma atividade fica submetida a um regime de serviço público porque é serviço público e não o inverso, além do que inexistiria uma “totalidade normativa” que possa ser chamada de “regime de serviço público<sup>[5]</sup>”. Eros Grau sustenta que a caracterização de uma atividade como serviço público depende da sua relação com o interesse social e não propriamente do regime jurídico a que está submetida. Diz ele:

*Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social<sup>[6]</sup>.*

13. No mesmo sentido, assim já afirmou Floriano de Azevedo Marques Neto:

*No âmbito do presente, cumpre abordar a noção de serviço público na sua acepção restrita, própria, nos termos previstos no art. 175 (portanto, como espécie do gênero atividade*

*econômica). Portanto, doravante me referirei a “serviço público” não como sinônimo de atividade estatal, mas como produção e oferecimento de utilidades públicas dotadas de valor econômico e, por consequência, passíveis de exploração econômica.*

*Entendo que o fato de uma atividade ser considerada serviço público não extrai dela o seu conteúdo econômico, a possibilidade de ser esta atividade explorada em termos econômicos, com a possibilidade de geração de lucros. Mesmo quando estas atividades são exploradas diretamente pelo Estado, isso não retira o conteúdo de atividade econômica em sentido amplo<sup>[7]</sup>.*

14. Nos termos do art. 21, XII, “e”, da Constituição compete à União explorar os “serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros”. Pelo menos em sentido lato, trata-se evidentemente de uma atividade econômica, pois consiste na prestação de um serviço, mediante remuneração, para suprir as necessidades dos usuários. É o que Maria Sylvia Zanella di Pietro chama de “serviço público comercial ou industrial”<sup>[8]</sup>.

15. De fato, o art. 175 da Constituição<sup>[9]</sup> dispõe que a prestação de serviços públicos incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de *concessão* ou *permissão*. Porém, **ao tratar especificamente dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, o art. 21, XII, “e”, da Constituição é explícito ao prever que poderá ser prestado “mediante autorização, concessão ou permissão”:**

*Art. 21. Compete à União:*

*(...)*

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

*(...)*

*e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;*

16. Por conseguinte, **a Constituição não impõe que o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros seja prestado apenas mediante concessão ou permissão. Prevê expressamente a hipótese de *autorização*.**

17. Neste ponto, cabe mencionar que não há unanimidade doutrinária a respeito da natureza dos serviços descritos nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição que sejam prestados mediante autorização<sup>[10]</sup>. Para Almiro do Couto e Silva, os serviços de telecomunicações prestados em regime de autorização não deixam por isso de serem considerados como serviço público:

*Parece-nos, pois, que o serviço de telecomunicações prestado em regime privado, por várias empresas concorrentes, com liberdade para fixação de preços, não deixa, só por isso, de ser serviço público, uma vez que é de interesse geral, prestado mediante delegação do Poder Público e sujeito a regime jurídico especial. Reúne, em consequência, os requisitos que integram o conceito de serviço público<sup>[11]</sup>.*

18. No mesmo sentido, André Luiz Freire defende a possibilidade de autorizações de serviço público de caráter contínuo, pelo menos em relação aos serviços descritos nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição:

*Em face do exposto, a autorização de serviço público, sob a perspectiva constitucional, consiste no ato administrativo unilateral que delega a competência administrativa de prestar serviços públicos previstos no art. 21, XI e XII, da CF em nome do autorizatário e por sua conta e risco, sujeito ao regime de direito público<sup>[12]</sup>.*

19. Por outro lado, há autores que defendem que, em sendo prevista a exploração de tais atividades em regime de autorização, deixam de ser consideradas como serviço público. É o caso de Flávio Amaral Garcia, para quem tais autorizações de funcionamento configurariam exercício da função de polícia administrativa, consoante previsto no parágrafo único do art. 170 da Constituição<sup>[13]</sup>:

*Com a devida vênia, não se concorda com o entendimento segundo o qual tais autorizações seriam hábeis à prestação de serviços públicos. Afinal, a própria CF, em seu art. 175, prevê que tais serviços serão prestados por concessão ou permissão. Distintamente, o art. 21, XI e XII, confere discricionariedade para que o legislador estabeleça a forma pela qual a União regulará o exercício de atividades econômicas e como levará a efeito a prestação dos serviços públicos<sup>[14]</sup>.*

20. Seja como for, considere-se os serviços autorizados como serviço público ou atividade de domínio privado sujeita ao controle estatal, o fato é que a Constituição de 1988 permite explicitamente que os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros sejam prestados mediante autorização, **cabendo ao legislador ordinário disciplinar como se dará**



**a sua execução.** Nesse sentido, cabe reproduzir o seguinte trecho da obra de Marcos Augusto Perez:

*A decisão relacionada à passagem para o regime de autorização é evidentemente política, fruto de lei, mas invariavelmente tem fundo econômico. São atividades que passam a ser reclamadas pela iniciativa privada – em função da expertise por esta acumulada e dos ganhos econômicos em escala que pode propiciar – e que prestadas em regime aberto, competitivo, ainda que regulado, não deixam de atender ao interesse público subjacente a elas*<sup>[15]</sup>.

21. Sobre o tema, assim afirma Egon Bockmann Moreira:

*Já, naqueles serviços em que há previsão expressa da possibilidade de sua exploração também mediante autorização instala-se a terceira hipótese. A Constituição fixa a regra e transfere ao legislador ordinário a competência para decidir se o serviço será: ou prestado única e diretamente pela União (sob regime imaculado de direito público nos casos de régie directe ou sob regime de direito privado administrativo se criada pessoa nos termos do art. 173 da CF); ou prestado mediante outorga pela União a particulares, através de concessões e permissões de serviços públicos (regime de direito privado administrativo, com aplicação do art. 175 da CF, Lei Geral de Concessões e lei setorial específica); e/ou prestado pelas pessoas privadas mediante autorizações (regime de direito privado administrativo, com aplicação da respectiva lei setorial)*<sup>[16]</sup>.

22. A Constituição não estabelece um determinado regime jurídico para a prestação de atividades de titularidade do Estado. Aliás, a própria distinção entre serviço público e atividade econômica privada está cada vez mais fluida. A esse respeito, esta é a posição de Carlos Ari Sundfeld:

*O fenômeno de reestruturação dos serviços de titularidade estatal (energia, telecomunicações, saneamento, transportes, etc.) está produzindo uma importante alteração do Direito Administrativo, cujos modelos teóricos devem, em grande medida, ser reinventados. Durante bom período o conceito de serviço público serviu para razoavelmente sintetizar o regime jurídico da exploração dessas diversas atividades. É bem verdade que essa noção veio se modificando com o tempo, tornando-se pouco a pouco muito problemática; além disso, por ter sido usada para englobar serviços os mais distintos, com as respectivas especificidades, seu conteúdo jamais foi suficiente para dar conta dos problemas e características particulares de cada um deles. Tratava-se, todavia, de noção útil. Hoje não o é mais, ao menos da mesma forma que antes.*

(...)

*Simplesmente não faz sentido, na atualidade, supor que as respostas a muitas dúvidas cruciais (exemplo: Pode-se negar o serviço a consumidor inadimplente? Pode haver liberdade para o próprio prestador determinar seu preço? Há responsabilidade do Estado em virtude dos danos gerados pela execução de serviços por empresa autorizada?) serão encontradas por meio da operação simplista de identificar o caráter público ou privado do serviço em causa, que teria o mágico condão de determinar a aplicabilidade de um regime jurídico geral. Daí a mudança total de enfoque. Não se cuida mais de discutir o caráter público ou privado de certo serviço, mas sim de identificar como ele é regulado pelo Estado no tocante ao aspecto tal ou qual.*

*A tudo isso se soma o processo de convergência dos modelos econômicos de exploração dos serviços de titularidade estatal – agora entregues à iniciativa privada e abertos à competição – com os das demais atividades econômicas. Evidentemente, isso tende a aproximar também os respectivos modelos jurídicos, retirando da noção de serviço público uma de suas funções, que era a de afirmar a especificidade do regime jurídico.*

*A propósito, está em curso no Brasil um debate, um tanto surdo, quanto à possibilidade de a exploração de serviço de titularidade estatal, como os de telecomunicações e energia elétrica, ser feita em regime privado, o que foi previsto nas leis de reestruturação, com o intuito de introduzir a desregulação parcial desses setores (por meio de mecanismos como a liberalização do acesso dos exploradores ao mercado, a flexibilização dos preços, a ausência de garantia de rentabilidade etc.).*

*Alguns de meus colegas consideram que isso seria contrário à Constituição, pois dela decorreria o caráter necessariamente público da exploração, por particulares, das atividades reservadas ao Estado. Esse argumento baseia-se na crença de que existiria, implícito nas dobras constitucionais, um regime jurídico único para a exploração de serviços estatais (que mereceria o qualificativo de “público”).*

*Quanto a mim, não consigo, ao examinar a Constituição, localizar onde estaria a definição desse regime único; o que encontro, em sucessivas passagens, é a previsão de que cabe às leis disciplinar os direitos e deveres de prestadores, de usuários e do Poder Público. Sendo bastante honesto, penso que essa crítica doutrinária tem pouco de jurídica e muito de política, pois, de um lado, inspira-se no desejo de ver preservado o modelo estatal e monopolista de exploração e, de outro, traduz grande desconfiança quanto à idoneidade do*

*atual legislador brasileiro para disciplinar os serviços (donde a pretensão de esses juristas concorrerem para o estabelecimento de rígidos limites ao poder de legislar sobre “serviços públicos” por via de uma interpretação muito pessoal da Constituição). Penso haver um árduo trabalho doutrinário a ser desenvolvido nestes novos tempos. Os administrativistas que abandonemos nosso hábito de viajar por mundos e galáxias com duas ou três ideias românticas e vagas sobre o Estado ideal. A partir de agora, ou nos enfrontamos nas particularidades – não só as normativas, mas inclusive as técnicas e as econômicas – de cada setor da economia, ou nada teremos a dizer sobre o Direito vigente. É claro que as visões de síntese são possíveis e necessárias, mas elas devem surgir como resultado da comparação – isto é, do exame cuidadoso das diferenças e semelhanças –, jamais, como tem sido com frequência, como alguma espécie de revelação piedosamente oferecida à Humanidade por juristas místicos.<sup>[17]</sup>*

23. É importante destacar que **diversas atividades descritas nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição são desempenhadas em regime de autorização**. A Lei nº 9.492, de 1997, prevê a possibilidade de exploração de serviços de telecomunicações em regime privado, mediante prévia autorização (artigos 126 e 131 da Lei nº 9.492, de 1997<sup>[18]</sup>). No setor de energia elétrica também há a possibilidade de exploração de algumas atividades mediante autorização (art. 7º da Lei nº 9.074, de 1995<sup>[19]</sup>). Do mesmo modo, no setor de transportes há diversas atividades que podem ser exercidas por autorização do Poder Público, em regime de competição. A Lei nº 12.815, de 2013, dispõe sobre a possibilidade de exploração de instalações portuárias mediante autorização (art. 8º da Lei nº 12.815, de 2013<sup>[20]</sup>). A Lei nº 7.565, de 1986, prevê a possibilidade de exploração de aeródromos por autorização (art. 36, IV, da Lei nº 7.565, de 1986<sup>[21]</sup>). No caso do transporte aéreo, o art. 180 da Lei nº 7.565, de 1986<sup>[22]</sup>, ainda prevê a “concessão” para a prestação de “transporte aéreo regular”. Porém, conforme se pode depreender da Resolução ANAC nº 377, de 2016, na prática a concessão de serviço de transporte aéreo regular é muito semelhante a uma autorização. Não há outorga para operar em rotas específicas. As operadoras de transporte aéreo que detenham “concessão” podem operar livremente, definindo suas rotas e atuam em regime de concorrência com as demais empresas do setor (art. 48, § 1º, da Lei nº 11.182, de 2005<sup>[23]</sup>).

24. Mesmo antes do advento da Lei nº 12.996, de 2014, já havia previsão para a exploração, por autorização, de atividades de prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros, prestação de serviço de transporte aquaviário, exploração de infraestrutura de uso privativo e transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura ferroviária, por operador ferroviário independente (art. 13, V, da Lei nº 10.233, de 2001, com redação dada pela Lei nº 12.743, de 2012).

25. De acordo com a teoria econômica, os ofertantes de bens e serviços que atuam em ambiente de concorrência imperfeita tendem a fixar seus preços acima do que seria o valor de equilíbrio em condições ideais de mercado. Em outros termos, as indústrias monopolizadas tendem a impor aos consumidores preços superiores ao custo marginal<sup>[24]</sup>. Com isso conseguem maximizar seus lucros ainda que - a depender da elasticidade da demanda - isso tenha um reflexo negativo sobre a procura. Como resultado, além de prejuízo aos consumidores, há um custo social porque o mercado opera em um nível de oferta e demanda ineficiente. Daí a necessidade de intervenção do poder público.

26. Ocorre que a atuação do Estado em mercados que não operem em condições concorrenciais adequadas é custosa e implica alguns riscos relevantes. Uma das formas de intervenção consiste em definir os preços praticados pelos agentes econômicos mediante tarifas reguladas. Busca-se com isso impor o que seria o preço num mercado concorrencial. Mas definir esse preço não é uma tarefa fácil. Uma série de variáveis que se alteram constantemente impactam as curvas de oferta e de demanda, influenciando assim o preço de equilíbrio. Além disso, há uma natural assimetria de informações entre o regulador e os agentes econômicos e a obtenção de informações para tal finalidade, quando possível, pode ser bastante custosa. Assim, há custos regulatórios importantes que devem ser considerados.

27. Sobre o tema, assim afirma Hal R. Varian:

*Se os monopólios surgem porque a escala mínima de eficiência é grande em relação ao tamanho do mercado, e não é possível aumentá-lo, então a indústria é candidata à regulamentação ou outros tipos de intervenção governamental. É claro que tal regulamentação e intervenção também têm seu custo. Os conselhos reguladores custam dinheiro, e os esforços da empresa para satisfazê-los podem custar bastante caro. Do ponto de vista da sociedade, a questão deveria ser se o ônus do monopólio excede os custos da regulamentação<sup>[25]</sup>.*

28. Portanto, **sempre que possível, o poder público deve fomentar a concorrência efetiva no mercado**. Apenas quando esta não for possível ou for insuficiente é que, por meio da regulação, o Estado deve buscar simular os efeitos equivalentes aos de um mercado plenamente concorrencial.

29. A fixação de tarifas inadequadas pode resultar em distorções no mercado, o que conduz fatalmente a ineficiências econômicas. Se for baixa demais, a tarifa desincentiva novos investimentos e pode causar a redução da oferta, enquanto que ao mesmo tempo estimula artificialmente a demanda. A consequência seria a escassez de serviços. Por outro lado, se for alta demais, os fornecedores com

poder de mercado tendem a cobrar um valor superior ao que seria o preço concorrencial, cujos efeitos já foram mencionados.

30. **O serviço de transporte rodoviário interestadual ou internacional de passageiros certamente não configura monopólio natural.** A adoção do regime de autorização evidentemente **reduz as barreiras de entrada** para que novos agentes econômicos atuem no setor, **favorecendo assim a concorrência** entre diversos operadores no mercado. Com isso, **a tendência é que sejam prestados melhores serviços aos usuários e ao menor preço possível.**

31. Nesse sentido, a Nota Informativa nº 87/2019/CGOR/DTROD/SNTT afirma que a Resolução CPPI nº 71, de 2019, “visa justamente proporcionar uma maior competição entre as empresas que realizam o serviço de transporte rodoviário” e permite que os agentes econômicos aloquem seus recursos da “forma mais eficiente possível, dentro de um ambiente de competição”. Com isso, conclui o referido documento técnico, a tendência é que ocorram “melhorias diversas aos usuários”.

32. De fato, num cenário de maior competição, há mais estímulos para que as transportadoras adotem medidas para aumentar sua eficiência, cobrando preços mais baixos e melhorando a qualidade dos serviços, pois assim poderão ganhar mercado e evitar a perda de clientes para empresas concorrentes. Nesse sentido, assim consta do Voto do Deputado Gabriel Guimarães, que atuou como relator por ocasião do Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória nº 638, de 2014:

*A quarta modificação é a inclusão do serviço de transporte regular interestadual e internacional de passageiros entre as prestações cuja outorga realizar-se-á pelo regime de autorização. Pretende-se, assim, que a delegação da atividade ocorra 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 incompatíveis com a dinamicidade do setor, engessando, portanto, as ações tanto do setor público, como das empresas operadoras.*

*Assim, é necessário promover mudanças de regime, passando a modalidade de outorga para a autorização, e remetendo à ANTT a tarefa de regulamentar e fiscalizar a atividade. Indubitavelmente, esse avanço será benéfico para a Administração Pública, representada pela ANTT, para as operadoras que prestam os serviços, para os trabalhadores, cujos empregos não permanecerão em risco e, em último, para os usuários, que deverão arcar com tarifas reduzidas, haja vista o aumento da competição no setor.*

33. De acordo com a NOTA TÉCNICA Nº 32/2019/DEAP/SFPP, as empresas de transporte rodoviário interestadual e internacional operavam num “ambiente de pouca competitividade em razão dos elevados níveis de concentração na oferta de serviços”. Diante desse quadro, a mudança no regime de exploração desses serviços busca justamente propiciar mais competição e, como consequência, mais eficiência. A esse respeito, assim consta da NOTA TÉCNICA Nº 32/2019/DEAP/SFPP:

*Dentre as consequências esperadas com a instituição da autorização como instrumento de outorga, podemos mencionar, por exemplo, a alteração do momento concorrencial proporcionada pela ausência de processo licitatório, que deixa de ser dar pelo acesso ao mercado, como nas concessões e permissões, e passa a ocorrer no mercado, por meio da interação entre os agentes econômicos e entre estes e os usuários do serviço. Juntamente com a liberdade tarifária e o prazo de vigência indeterminado, o ambiente de livre e aberta competição propicia de maneira indiscutível a maior eficiência do setor.*

34. Além disso, como afirma a NOTA TÉCNICA Nº 18/2019/DEAP/SFPP, **a redução de barreiras de entrada também deverá repercutir positivamente na diminuição do transporte clandestino, que representa um risco aos usuários.**

35. A autorização para a exploração de serviços de transporte rodoviário de passageiros encontra-se disciplinada nos artigos 43 a 49 da Lei nº 10.233, de 2001. Conforme o inciso II do art. 43 da Lei nº 10.233, de 2001<sup>[26]</sup>, as atividades autorizadas são exercidas “**em ambiente de livre e aberta competição**”. Além disso, o art. 47-B da Lei nº 10.233, de 2001, estipula expressamente que “**não haverá limite para o número de autorizações para o serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros**, salvo no caso de inviabilidade operacional”, situação em que será possível a realização de processo seletivo público para a outorga da autorização (art. 47-B, parágrafo único, da Lei nº 10.233, de 2001<sup>[27]</sup>).

36. Neste ponto, cabe destacar que a Resolução CPPI nº 71, de 2019, estabelece no § 1º de seu art. 3º que por “inviabilidade operacional”, deve-se compreender apenas as “limitações exclusivamente de caráter físico ou impedimentos legais na utilização de espaços públicos ou instalações destinadas à operação dos serviços de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros”. Além disso, estabelece como diretriz a “vedação à instituição de reserva de mercado em prejuízo dos demais concorrentes e à imposição de barreiras que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado” (art. 3º, III, da Resolução CPPI nº 71, de 2019). Daí se pode concluir que a intenção da nova política de outorgas é justamente a de favorecer a concorrência, o que se refletirá em vantagens aos usuários do serviço.

37. Portanto, plenamente justificável a ausência de licitação e a opção pelo regime de liberdade de preços. Uma vez que não haja limitações à quantidade de operadores que poderão ser habilitados (autorizados) a prestar o serviço, não faz sentido falar em licitação. Bastando a demonstração do cumprimento de determinados requisitos para obter a autorização para prestar o serviço, não há motivo para instaurar um processo de concorrência pelo mercado por meio de uma licitação. Nesse sentido, assim afirmam Sergio Ferraz e Amauri Feres Saad:

*Considerando que o regime de autorização pressupõe o amplo acesso de todos os interessados, que satisfaçam às condições subjetivas e objetivas fixadas pela Administração Pública, à execução da atividade autorizada, então, verifica-se que a competição prévia (licitação) fica esvaziada, a uma porque não haverá propriamente nenhum benefício estatal em jogo (um contrato de concessão que garante a exploração monopolística de uma atividade, para nos determos no exemplo acima), a duas porque a própria competição antecipada será impossível, já que a disputa verdadeira ocorrerá entre os prestadores, após a outorga da autorização.*

*Assim, é que dois fatores devem se colocar para que a licitação no caso das autorizações, seja inexigível ou dispensável: (i) a fixação de requisitos objetivos para o deferimento da autorização, de modo a tornar o ato administrativo negocial de deferimento um ato vinculado; e (ii) a instituição, mesmo após um período de transição, de um ambiente de competição entre prestadores[28].*

38. Trata-se de situação semelhante a do “credenciamento”, em que não há o que se falar em licitação justamente porque não há restrição ao número de contratados. A ausência de competição decorre da possibilidade de contratação de todos aqueles que atenderem às condições previamente estabelecidas para o credenciamento[29].

39. Nesse ambiente, também não há razão para estabelecer uma determinada tarifa a ser observada pelos operadores, uma vez que o preço será regulado pelas forças de mercado. Como já mencionado, é evidente que não se trata de atividade que constitua um “monopólio natural”. Assim, na medida em que sejam reduzidas as barreiras de entrada, a competição entre os operadores e a possibilidade de entrada de potenciais concorrentes no mercado impedem que sejam cobrados preços artificialmente elevados. Em outros termos, os ofertantes do serviço naturalmente tendem a cobrar um preço equivalente ao custo marginal. Além disso, os artigos 45 e 47-C da Lei nº 10.233, de 2001[30], estabelecem que devem ser reprimidas eventuais práticas anticoncorrenciais e o abuso do poder econômico.

40. É evidente que a legislação combatida na ADI não prejudica em qualquer medida o direito de locomoção ou ao transporte. Ao contrário, busca-se facilitar a entrada de novos operadores no mercado, o que certamente irá beneficiar os usuários. Também não há de forma alguma ofensa à isonomia; ao contrário, o intuito é o de reduzir as barreiras de entrada para que qualquer interessado que cumpra determinados requisitos mínimos possa operar no mercado.

41. Também é absurda a afirmação de que a lei permite que o serviço seja prestado à margem de qualquer controle estatal ou que implique a restrição de direitos dos usuários ou mesmo aumento de preços. O art. 44, II, da Lei nº 10.233, de 2001[31], estabelece que o termo de autorização deve indicar “as condições para sua adequação às finalidades de atendimento ao interesse público, à segurança das populações e à preservação do meio ambiente”. Além disso, o art. 47 da Lei nº 10.233, de 2001[32], dispõe que “a empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação”. Por conseguinte, não há qualquer fundamento na afirmação de que o regime de autorização seja incompatível com a qualidade na prestação de serviços ou com a garantia de preservação dos direitos dos usuários. Ao contrário, **o fomento à concorrência é fator de suma importância para que os usuários tenham acesso a serviços de mais qualidade e a preços mais baixos, assim como ocorreu em outros setores que adotaram normas mais liberais de acesso ao mercado.**

## CONCLUSÃO

42. São essas as informações que tenho a prestar em resposta ao OFÍCIO n. 00499/2019/CONSUNIAO/CGU/AGU.

43. À Consultora Jurídica.

44. Caso não seja outra a orientação da Consultora Jurídica:

a) abram tarefa para que a Consultoria-Geral da União tome ciência desta manifestação, em resposta ao OFÍCIO n. 00499/2019/CONSUNIAO/CGU/AGU; e

b) cientifiquem a Coordenadora-Geral de Assuntos Judiciais desta Consultoria Jurídica.

Brasília, 18 de dezembro de 2019.



[1] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 696 e 709.

[2] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 701, 711 e 809.

[3] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 809.

[4] GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 103-105.

[5] GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 119.

[6] GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 130.

[7] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro de 2005, p. 6-7. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 28 de junho de 2017.

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 98.

[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] Sobre as diversas correntes de pensamento a respeito do tema, vide: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 162-168.

[11] 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, Rio de Janeiro: vol. 230, out-dez 2002, p. 69.

[12] FREIRE, André Luiz. O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 395-399.

[13] Art. 170. (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[14] GARCIA, Flávio Amaral. Concessões, parcerias e regulação. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 383-384.

[15] PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 99.

[16] MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 65-66.

[17] SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Serviços Públicos e Regulação Estatal: Introdução às Agências Reguladoras. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editora: São Paulo, 2006, p. 32-34.

[18] Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica. (...) Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias. § 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. § 2º A Agência definirá os casos que independem de autorização. § 3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes. § 4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União.

[19] Art. 7º São objeto de autorização: I - a implantação de usinas termelétricas de potência superior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) destinadas a uso exclusivo do autoprodutor e a produção independente de energia; II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e igual ou inferior a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts) destinados a uso exclusivo do autoprodutor e a produção independente de energia. Parágrafo único. As usinas termelétricas referidas neste e nos arts. 5º e 6º não compreendem aquelas cuja fonte primária de energia é a nuclear.

[20] Art. 8º Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades: I - terminal de uso privado; II - estação de transbordo de carga; III - instalação portuária pública de pequeno porte; IV - instalação portuária de turismo; V - (VETADO). § 1º A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão, que conterá as cláusulas essenciais previstas no caput do art. 5º, com exceção daquelas previstas em seus incisos IV e VIII. § 2º A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos,

prorrogável por períodos sucessivos, desde que: I - a atividade portuária seja mantida; e II - o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento. § 3º A Antaq adotará as medidas para assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimento previstos nas autorizações e poderá exigir garantias ou aplicar sanções, inclusive a cassação da autorização. § 4º (VETADO).

[21] Art. 36. Os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e explorados: (...) IV - por concessão ou autorização.

[22] Art. 180. A exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados.

[23] Art. 48. (...) § 1º Fica assegurada às empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas aéreas, mediante prévio registro na ANAC, observada exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado expedidas pela ANAC.

[24] VARIAN, Hal R. Microeconomia: princípios básicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 461.

[25] VARIAN, Hal R. Microeconomia: princípios básicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 470.

[26] Art. 43. A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será outorgada segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características: I - independe de licitação; II - é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição; III - não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

[27] Art. 47-B. Não haverá limite para o número de autorizações para o serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, salvo no caso de inviabilidade operacional. Parágrafo único. Na hipótese do caput, a ANTT poderá realizar processo seletivo público para outorga da autorização, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, na forma do regulamento.

[28] FERRAZ, Sergio; SAAD, Amauri Feres. Autorização de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2018, p.72.

[29] Nesse sentido, vide os §§ 19 a 25 do PARECER n. 00387/2017/CONJURMTPA/CGU/AGU (NUP: 50000.121267/201683).

[30] Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31. (...) Art. 47-C. A ANTT poderá intervir no mercado de serviços regulares de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, com o objetivo de cessar abuso de direito ou infração contra a ordem econômica, inclusive com o estabelecimento de obrigações específicas para a autorização, sem prejuízo do disposto no art. 31.

[31] Art. 44. A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será disciplinada em regulamento próprio e será outorgada mediante termo que indicará: I - o objeto da autorização; II - as condições para sua adequação às finalidades de atendimento ao interesse público, à segurança das populações e à preservação do meio ambiente; III - as condições para anulação ou cassação; IV - (Revogado pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001) V - sanções pecuniárias.

[32] Art. 47. A empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA  
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA

ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO R, 5º ANDAR, SALA 507- CEP: 70044-902 - BRASÍLIA/DF TEL.: (61) 2029-7141 / 7144 - E-MAIL: CONJUR.MT@INFRAESTRUTURA.GOV.BR

---

**DESPACHO n. 02372/2019/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**

**NUP: 00688.001294/2019-23 (REF. 0033949-62.2019.1.00.0000)**

**INTERESSADOS: ASSOCIACAO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIARIO DE PASSAGEIROS - ANATRIP E OUTROS**

**ASSUNTOS: ADI 6270. Autorização para exploração de transporte rodoviário de passageiros.**

1. Aprovo as Informações n. 1310/2019/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU.
2. À Coordenação de Gestão Administrativa, para adoção das providências elencadas no item 44 das Informações ora aprovadas.

Brasília, 20 de dezembro de 2019.

NATÁLIA RESENDE ANDRADE ÁVILA  
PROCURADORA FEDERAL  
CONSULTORA JURÍDICA

---

Documento assinado eletronicamente por NATALIA RESENDE ANDRADE, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 361152793 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NATALIA RESENDE ANDRADE. Data e Hora: 20-12-2019 18:28. Número de Série: 13437291. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

---



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA  
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA

ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO R, 5º ANDAR, SALA 507 - CEP: 70044-902 - BRASÍLIA/DF TEL.: (61) 2029-7141 / 7144 - E-MAIL: CONJUR.MT@INFRAESTRUTURA.GOV.BR

---

**DESPACHO n. 00517/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU**

**NUP: 00748.000857/2017-42 (REF. 00688.000581/2016-73)**

**INTERESSADOS: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA E OUTROS**

**ASSUNTOS: ADI 5549 e ADI 6270. Autorização para exploração de transporte rodoviário de passageiros. Informações complementares.**

1. Aprovo as Informações n. 83/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU.
2. Dê-se ciência ao Coordenador-Geral Jurídico de Transportes Terrestres e à Coordenadora-Geral de Assuntos Judiciais desta Consultoria Jurídica.
3. Após, restituam-se os autos à Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União, para ciência e adoção das providências cabíveis.

Brasília, 14 de abril de 2020.

NATÁLIA RESENDE ANDRADE ÁVILA  
PROCURADORA FEDERAL  
CONSULTORA JURÍDICA

---

Documento assinado eletronicamente por NATALIA RESENDE ANDRADE, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 407662052 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NATALIA RESENDE ANDRADE. Data e Hora: 14-04-2020 08:05. Número de Série: 13437291. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

---