

Serviço de transporte coletivo terrestre, interestadual e internacional, de passageiros¹

João Batista Gomes Moreira

Tribunal Regional Federal da Primeira Região,

Brasília/Distrito Federal, Brasil²

Desembargador Federal Presidente



1. A noção de serviço público³

Até o início da década de noventa do século passado, prevaleceu no Brasil a noção de serviço público originária da doutrina francesa, doutrina essa que remonta a três grandes autores – Maurice Hauriou, Léon Duguit e Gaston Jèze.

No pensamento de Maurice Hauriou, a ideia central de todo o regime jurídico administrativo é a *puissance publique*.⁴ Tal posição foi manifestada justamente contra a concepção de Léon Duguit, considerada muito simplista, que reduzia a administração ao único elemento *serviço público*, tendente a eliminar da administração o elemento *poder*. A *puissance publique*, ou força governamental, seria indispensável à manutenção da ordem pública, às requisições de polícia, à tributação e às desapropriações. Mesmo as operações comerciais, necessárias à gestão dos serviços públicos, conservariam as prerrogativas de *puissance publique*, ao menos no recrutamen-

1 Texto básico de palestra proferida no I Encontro de Integração Regulatória entre a Justiça Federal e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (Superior Tribunal de Justiça, 13.08.24).

2 Mestre e doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais; Desembargador Federal Presidente (gestão 2024-2026) do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

3 O tema está mais longamente desenvolvido no artigo “Serviço público, sobreprincípio da solidariedade (fraternidade) e direitos fundamentais”, publicado na coletânea “Direitos Humanos e Fraternidade – Estudos em Homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. ESMAN – EDU-FMA, 2021, v. II, p. 270-294.

4 *Puissance publique* significa “o conjunto de direitos cujo sujeito ativo é a pessoa jurídica do Estado e o sujeito passivo são os indivíduos submetidos a esse poder” (Cf. MESCHERIAKOFF, Alain-Serge *apud* JUSTEN, Monica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 22).

to de funcionários, na expropriação de imóveis, nos contratos de trabalho público e de fornecimento, na cobrança de impostos e na autoexecutoriedade das decisões administrativas.⁵

Em oposição, para Léon Duguit, o Estado não seria uma *puissance* que comanda, uma soberania; seria, sim, uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelo governo com a finalidade de promover e assegurar a interdependência ou solidariedade social. Serviço público é toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regrado e controlado pelos governantes, porque indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social. A força governamental (*puissance publique*) não seria algo essencial, inerente à administração, mas instrumento para regulamentar, organizar e controlar o serviço público, assim como para reprimir ações contrárias e manter-lhe a continuidade. O serviço público seria o fundamento e ditaria o limite do poder governamental.⁶

A essência ou natureza do serviço público, na opinião de Duguit, estaria, pois, na finalidade, própria de certas atividades, de manter a interdependência ou solidariedade social. Destoando dessa opinião, Gaston Jèze entendia que serviço público era criação artificial do legislador, que, sozinho, podia atribuir a determinada atividade o interesse geral e, conseqüentemente, regime jurídico especial.⁷ Exemplo disso, por muito tempo, os serviços religiosos foram tratados como serviço público. Tal proposição se liga à concepção segundo a qual o direito é uma pura criação do Estado. No pensamento de Duguit, divergindo, se uma lei positiva atribui expressamente o caráter de serviço público a uma atividade determinada, o juiz será obrigado a aplicar a disposição legislativa. Mas disso não resulta que na realidade seja um serviço público; e a realidade prevalecerá cedo ou tarde sobre a decisão arbitrária do legislador.⁸

A crítica feita a Léon Duguit, justamente por seu discípulo mais ilustre na chamada Escola de Bordeaux, é o suposto desvio para critério sociológico ou político – *atividade indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social* – na conceituação de serviço público, caminho considerado impróprio para o jurista.

5 Cf. HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. 4. ed. Paris: Recueil Sirey, 1938, p. 13.

6 Cf. DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed. Paris: Fontemoing, 1927, p. 59-62.

7 Cf. JÈZE, Gaston. *Principios Generales Del Derecho Administrativo*. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 18 e 105.

8 Cf. Duguit, Léon, *op. cit.*, p. 74.

Ao jurista seria de se esperar concepção de serviço público baseada tão somente no regime jurídico da atividade (critério formal).⁹

O reflexo dessa discussão, na doutrina brasileira, pode ser verificado quando Hely Lopes Meirelles argumenta que não haveria, fora da generalidade, como indicar as atividades que constituem *serviço público*, porque variam segundo as exigências de cada cultura. Ao afirmar que são atividades coletivas vitais, verificar-se-á que algumas sabidamente dispensáveis pela comunidade são realizadas pelo Estado como *serviços públicos*.¹⁰ Constata Celso Antônio Bandeira de Mello que a Constituição não define, precisamente, o que sejam *atividades econômicas* em sentido estrito (distintas de *serviço público*). Remanesce, em consequência, “ao legislador ordinário um largo campo para qualificar certas atividades como *serviços públicos*, no que indiretamente gizará, por exclusão, a área configurada como das *atividades econômicas*”. Mas acrescenta: “A despeito desta larga margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há de se entender que o constituinte se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na sociedade”.¹¹

2. Serviço público e direitos fundamentais

A concepção material de serviço público – atividades ligadas aos interesses essenciais da sociedade¹² - ganha mais forte coloração com a teoria dos direitos fundamentais. Os interesses essenciais suscetíveis de inspirar a instituição de serviços públicos para promovê-los estão sintetizados nos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição. Noutra versão, de Jorge Luis Salomoni,¹³ à luz da Constituição argentina, os interesses fundamentais abrangem, além dos *direitos hu-*

9 Cf. JÈZE, Gaston, *op. cit.*, p. 18-19.

10 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 294-295.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 22.

12 Nas palavras de Ruy Cirne Lima, “serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado” (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 84).

13 SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

manos, a *cláusula de progresso*, em virtude da qual cabe ao Estado a realização da infraestrutura necessária ao desenvolvimento econômico e social.

Os direitos fundamentais (liberdade, igualdade, desenvolvimento e democracia), que se afirmaram a partir da instituição do Estado de Direito, traduzem os interesses que, na mencionada concepção, justificam a instituição de serviços públicos. A liberdade é, pois, o primeiro desses direitos fundamentais, que, de início, teve o sentido de defesa contra possíveis violações pelo Estado liberal, enquanto que no Estado social deve ser positivamente promovida pelo poder público (significado positivo de liberdade, como possibilidade material de acesso aos meios indispensáveis para seu exercício). O direito de ir e vir, especificamente, na perspectiva do Estado liberal, significa proteção contra prisões arbitrárias, enquanto que, no Estado social, serve de fundamento à instituição do serviço público de transporte coletivo de passageiros, *mediante subsídio cruzado visando à universalização (continuidade espacial) e gratuidade aos hipossuficientes* (fundada no direito ao mínimo existencial).

Vale lembrar Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum*:

A classe rica faz das suas riquezas uma espécie de baluarte e tem menos necessidade da tutela pública. A classe indigente, ao contrário, sem riquezas que a ponham a coberto das injustiças, conta principalmente com a proteção do Estado. Que o Estado se faça, pois, sob um particularíssimo título, a providência dos trabalhadores, que em geral pertencem à classe pobre.

No Estado social, ao sigilo da correspondência, garantia típica do Estado liberal, soma-se o direito a endereço postal (direito de moradia), o que levou Carlos Ayres Britto a indagar: - De que adianta o sigilo da correspondência, se a pessoa, morando debaixo da ponte, não tem casa, nem endereço postal?¹⁴ A indagação do Ministro Carlos Ayres faz lembrar, há alguns anos, cena mostrada pela televisão: família morando debaixo de uma ponte, menina sentada dentro de um pneu usado, quando a repórter lhe pergunta o que era aquilo e ela responde: - Uma piscina... A garantia da liberdade de ir e vir também perde um pouco a importância em situação semelhante à que recentemente se noticiou: pessoa que, colocada em liberdade, pediu para permanecer no presídio até a hora do jantar..

14 BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 190-191.

3. A nova disciplina do serviço de transporte coletivo de passageiros

A Constituição brasileira consagra, expressamente, a noção de *serviço público*: “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” (art. 175). Apesar dessa disposição, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, criada na década de 1990, não logrou realizar licitações, parcialmente em razão de pressão do mercado: empresas que, em regime de verdadeiro monopólio, já operavam antes da Constituição de 1988.

Essas empresas, chamadas “pioneiras”, no âmbito da 1ª Região da Justiça Federal, contavam com a proteção da Súmula 39 do TRF1: “*É defeso ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para autorizar, conceder ou permitir a exploração de serviço de transporte rodoviário interestadual (Constituição Federal, art. 21, XII, é)*”. Não está dito expressamente, mas trata-se de *transporte coletivo de passageiros*. Consta que essa súmula era frequentemente invocada também nas demais regiões da Justiça Federal.

Tal súmula foi cancelada por julgamento da 3ª Seção do TRF1, em 11 de dezembro de 2002 (MS 2002.01.00.007504-5/PA, relatado por este expositor). No respectivo julgamento, fixou-se que, afastada a orientação da Súmula n. 39, “desponta o dever do juiz de avaliar as circunstâncias e suprir, provisória e excepcionalmente, omissão da autoridade administrativa, autorizando a permanência (na verdade, impedindo, preventivamente, a imposição de punições administrativas à empresa) de serviço de transporte coletivo de passageiros, prestado em caráter precário (sem licitação) em linha não servida regularmente, de modo a assegurar-se o direito fundamental de ir e vir”.

O cancelamento da Súmula 39 teve como consequência muitas ações destinadas a afastar obstáculo da Administração ao transporte coletivo de passageiros desprovido de outorga. A alegação era sempre o objetivo de atender à necessidade da população em linhas desprovidas do serviço enquanto não fossem realizadas licitações, conforme a previsão constitucional. Houve pedidos que marcaram pela criatividade dos argumentos, como exemplo, um que buscava manter linha de transporte entre Trindade, cidade localizada a 30 quilômetros de Goiânia, e Aparecida/SP, sob a justificativa do afluxo de romeiros (turismo religioso). A cidade de Trindade/GO, como ponto de partida, permitiria a captação de passageiros em Goiânia e demais pontos

da linha, até chegar ao destino, e vice-versa. Outra ação foi tentada para viabilizar linha de transporte de 3.600 km, entre Porto Velho e Maceió... As autorizações, às vezes obtidas por liminar, nesses casos, tinham o inconveniente da falta de fiscalização pela ANTT e pela Polícia Rodoviária Federal, com prejuízo para a qualidade e grave risco para os usuários dos serviços.

De outro lado, a onda neoliberal, a partir da década de 1990, estimulava tratamento do serviço público similar ao que se dá às atividades econômicas em sentido estrito. O *serviço público à francesa* pertenceria à era da administração pública burocrática, que deveria ceder lugar à chamada *administração gerencial*, reflexo da política neoliberal.¹⁵ Falava-se e ainda se fala na crise do *serviço público* de concepção francesa, substituído pelas designações *serviços de interesse econômico geral* (União Europeia), *serviços universais* (Estados Unidos) e *public utilities* (Reino Unido). A mudança de concepção teórica resultou na relativa privatização de atividades antes consideradas (pelo menos do ponto de vista teórico) *serviço público*, como telecomunicações, eletricidade, transporte aquaviário e transporte aéreo.

No que diz respeito ao transporte coletivo de passageiros de caráter interestadual e internacional, por via terrestre, houve um “parto” prolongado (tentativas frustradas de realizar licitações) até o nascimento do novo marco normativo, que se deu por meio da Lei 12.996/2014. Essa lei estabeleceu que o transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, dependente de autorização, terá regulamentação específica expedida pela ANTT. Previu, desde já, os seguintes parâmetros: a) inexistência de limite para o número de autorizações, salvo no caso de inviabilidade operacional; b) definição dos serviços sujeitos à adoção de gratuidades instituídas por lei; c) 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. Especificamente, estabeleceu que na realização de processo seletivo, quando necessário, “não poderá ser adotado critério capaz de configurar vantagem competitiva a operadores em razão de atuação prévia”. Outra regra importante foi a vedação de transferência de mercados, linhas ou qualquer hipótese de subautorização da prestação do serviço.

15 No Brasil, é marco dessa influência a Emenda Constitucional 19, de 04.06.98, que acrescentou ao art. 37 da Constituição o princípio da eficiência.

Por ocasião de julgamento na 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 22.07.2015, votei favoravelmente ao “experimentalismo” que posteriormente viria a ser destacado, especialmente, pelos Ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes em votos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade da Lei 12.996/2014:

Senhor Presidente, ao retornar de meu afastamento desta 5ª Turma para atender às necessidades da Escola de Magistratura Federal da 1ª Região - ESMAF, cuja diretoria atualmente ocupo, foi-me informado, pela assessoria, da existência de vários agravos de instrumento interpostos por empresas de transporte coletivo interestadual de passageiros contra decisões provisórias em que negado o direito dessas empresas de exercerem tal atividade desprovidas de credenciamento pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Até o momento, não tive condições de mais bem me situar na questão, à luz do que dispôs a Lei 12.996/2014, mas me vejo na contingência de ter que improvisar voto oral nesta sessão, em face da Ap 0015900-23.2012.4.01.3400/DF trazida a julgamento. O que tenho a dizer sobre esta questão é insistir em que o transporte coletivo de passageiros constitui, efetivamente, serviço público. Já ostentava essa natureza, diante da célebre teoria de Léon Duguit, com o seu celebre critério da solidariedade ou interdependência social para a configuração da atividade como o serviço público. Talvez não haja outra atividade que mais se enquadre nesse critério. Inegavelmente, o transporte coletivo de passageiros está a serviço da interdependência social. Nenhuma atividade guarda mais pertinência com o convívio social que essa, da promoção da mobilidade física das pessoas. Se, à luz dessa teoria, o transporte coletivo de passageiros já se mostrava, ao lado das telecomunicações, uma das mais típicas atividades necessárias à interdependência social e, por isso, configurando o que se convencionou classificar de serviço público, hoje, outro critério reforça ainda mais essa situação. Refiro-me ao critério da classificação de determinada atividade como serviço público na medida em que essa atividade sirva à realização e promoção dos direitos fundamentais. Sabemos que no Estado liberal a liberdade era definida em sentido negativo. A garantia de liberdade significava não poder ser preso arbitrariamente. Era uma garantia ou defesa perante o estado autoritário, arbitrário, que poderia não titubear em encarcerar o cidadão, muitas vezes, ou quase sempre, sem motivo e/ou sem o devido processo legal. Passado o período do estado liberal, no qual a noção de direito fundamental era uma noção quase exclusivamente em sentido negativo, ou seja, de defesa contra o autoritarismo, passou a vigorar um novo modelo de estado, que é o estado social, modelo este em que os direitos fundamentais transformam-se, de direitos de defesa contra o Estado, em direitos materiais, que não apenas devem ser respeitados, mas devem ser, além disso, promovidos materialmente pelo próprio Estado. Por que estou me incursionando nesta discussão teórica? Porque pretendo situar, nessa evolução histórica, o transporte coletivo de passageiros como sendo exemplo típico. Se antes a liberdade de ir e vir era protegida contra a possibilidade de ser cerceada pelo Estado, se antes era uma proteção contra a prisão arbitrária, no Estado social, o direito de ir e vir deve ser promovido positivamente pelo poder público. É aí, então, que surge o transporte coletivo de passageiros como serviço pú-

blico destinado a promover o direito fundamental de ir e vir, particularmente, às pessoas menos favorecidas, que não têm condições de locomoção por meio de veículos individuais. De modo que, continuo insistindo nessa classificação do transporte coletivo de passageiros como serviço público, apesar da insistente tendência de descaracterizar essa e outras atividades, transformando-as em simples atividades econômicas. Poderia me estender nessa discussão sobre se ainda existe essa classe de atividades chamada de serviço público ou se não teria mais sentido, como querem alguns, a manutenção dessa categoria, mas, para o fim a que me proponho neste voto, creio ser suficiente esta justificativa. Vem, então, a discussão quanto às regras estabelecidas na nossa Constituição. Encontramos o art. 21, inciso XII, alínea “e”, que prevê competir à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: “e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros”. No art. 175, está dito que “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”. Há, como visto, uma pequena diferença entre esses dois dispositivos. Enquanto que, no art. 21, XII, alínea “e”, fala-se em “concessão, permissão ou autorização”, o art. 175 menciona apenas “concessão ou permissão”. O legislador tem se valido dessa distinção para flexibilizar o regime de serviço público. Isso aconteceu na Lei Geral de Telecomunicações e acontece, mais recentemente, na Lei 12.996/2014. Tradicionalmente, entendia-se que a atividade permanente de serviço público só poderia ser realizada diretamente ou, se indiretamente, na forma de concessão ou permissão. Seria essa concepção que inspirou a redação do art. 175 da Constituição, no qual se prevê a licitação para as formas de concessão ou permissão. A atividade de serviço público por meio de autorização seria unicamente aquela atividade provisória, ocasional, passageira, diferente, portanto, de uma atividade permanente, efetiva. No caso do transporte coletivo de passageiros, a autorização seria só para viagens eventuais, ocasionais, ou seja, para os casos incompatíveis com o estabelecimento de uma linha permanente, ligando determinados pontos do território. Era essa a concepção defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e outros. Todavia, o legislador busca, na recente Lei 12.996/2014, como buscou na Lei Geral de Telecomunicações, dar uma interpretação mais literal e menos finalística ao que dispõe o art. 21, sobrepor ao aspecto material uma interpretação predominantemente literal e formalista. Explico-me melhor: de acordo com a concepção tradicional, o serviço público permanente só poderia ser prestado diretamente ou, se indiretamente, por meio de concessão ou permissão, casos em que seria indispensável a licitação. Todavia, o legislador vale-se da expressão literal do art. 21, XII, “e” para incluir uma figura chamada autorização, não para atividades eventuais ou ocasionais, como seria uma viagem turística, mas para orientar regime de serviço público permanente. Se antes era a natureza da atividade que orientava as figuras da concessão, permissão ou autorização, faz-se o contrário, é a natureza do instituto que está abrindo as portas para a atividade de forma a exigir ou não a licitação. De acordo com essa posição tradicional, lei que previsse regime de autorização para atividade permanente de transporte coletivo de passageiros seria inconstitucional, uma vez que incompatível com a figura da autorização. Para decidir os casos que temos em mãos, então, de acordo com essa orientação tradicional, haveria necessidade de suscitar inconstitu-

cionalidade de dispositivos da mencionada lei. Cheguei a cogitar de tomar semelhante atitude. Todavia, mais bem refletindo sobre a questão, evoluo para uma posição, ainda que provisória ou experimental, de considerar que a situação antiga e atual do transporte coletivo de passageiros, talvez, recomende flexibilização para mais bem atender a sua finalidade. É a revolução dos fatos contra a norma ou, pelo menos, contra a doutrina do direito administrativo. Trata-se de uma atividade sujeita a permanente evolução. As necessidades surgem e se modificam da noite para o dia. É difícil para uma entidade, como a agência reguladora do setor, acompanhar *pari passum* a satisfação dessas necessidades, seguindo à risca os regimes de concessão e permissão e, logo, sempre por meio de licitação. Essa dificuldade, senão por outros motivos, revelou-se na frustração das iniciativas tomadas pela ANTT para realizar licitações. A iniciativa foi sucessivamente prorrogada até que veio à luz a nova lei, que torna dispensável a licitação, instituindo como regime predominante o de autorização, sem licitação. Particularmente, tenho receio desse novo regime instituído. Tenho receio de que a agência reguladora torne-se amanhã um balcão de negócios, de desvio de finalidade, de corrupção, graças à flexibilidade decorrente da dispensa da licitação. Estamos vendo o descalabro que aconteceu na Petrobrás, depois de instituído um regime flexível de contratação, dispensando-se a tradicional licitação. Se não foi o motivo da corrupção que se instalou naquela empresa, penso que, pelo menos, deve ter contribuído para isso a flexibilização do regime anterior. Volto a insistir que tenho receio de que, no setor de transporte coletivo de passageiros, muito mais amplo e complexo do que o setor de petróleo, muito mais importante para a vida do cidadão, para a promoção do direito fundamental de ir e vir com os requisitos do serviço público, isso possa acontecer, e as influências político-eleitorais e de outra natureza, nos mais distantes rincões do país - porque não será só no âmbito federal, com certeza; o regime federal irá inspirar os regimes estaduais e municipais -, tenho receio de que isso possa acontecer, mas, por outro lado vejo, também, que aquele regime anterior, pautado exclusivamente pela permissão e concessão e, logo, pela licitação e com a consequente garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, garantia essa que impedia uma certa e salutar concorrência no setor, impedia que a administração, naquele período, acrescentasse alguma empresa naquele trajeto, impedia o replanejamento da atividade... Então, vejo que os dois extremos guardam inconvenientes. Digo isso para chegar à conclusão que, se não é uma resposta que, de antemão, se possa dizer adequada para o setor, no mínimo, recomenda-se abertura para fazer uma experiência. Essa flexibilidade que foi instituída na lei, vamos admitir, com base na mencionada interpretação - eu insisto, predominantemente literal do dispositivo constitucional — para ver o que acontece; quem sabe amanhã, depois dessa experiência, encontremos um modelo intermediário entre a segurança e a flexibilidade. Conforme disse inicialmente, ainda não havia tido tempo de refletir sobre esta matéria. Estou tomando esta posição para evitar ter que suscitar a inconstitucionalidade da lei. Tomo essa posição sem abandonar, entretanto, aquela concepção tradicional, que sempre defendi. Mantenho-a, do ponto de vista teórico, como a referência básica, todavia, considerando as particularidades da situação, faço uma meia-volta para admitir a orientação que a nova lei buscou imprimir, torcendo para que seja uma experiência positiva, já que o regime inicialmente concebido e que inspirou a Constituição não vingou para

esse serviço; o poder público não conseguiu fazer, depois da Constituição de 1988, as preconizadas licitações; preferiu dar o braço a torcer e criar este novo regime, que, esperamos, traga as vantagens da flexibilização sem cair no descabro do desvio de finalidade, particularmente, da corrupção. Abstraída a possível inconstitucionalidade da lei, nesse aspecto, a ANTT não terá condições de realizar a “regularização” do transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros sem uma margem de discricionariedade, na transição, mediante autorizações especiais, devidamente fundamentadas. A empresa não demonstra que lhe tenha sido indeferida autorização especial, apesar do preenchimento dos requisitos instituídos pela Agência, ou que tais requisitos fujam à razoabilidade. É por isso que acompanho o voto de Vossa Excelência, Desembargador Néviton.

4. Dispensa de licitação em sentido estrito - constitucionalidade da Lei 12.996/2014

As ADIs 5.549/DF e 6.270/DF, relativas à Lei 12.996/2014, foram julgadas conjuntamente, julgamento encerrado em 29.03.23, pela improcedência do pedido, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Rosa Weber. Dos votos vencedores extrai-se, especialmente:

Ministro LUIZ FUX, relator: a) “a autorização de serviço público não mais se restringe à interpretação tradicionalmente conferida, qual seja, permitir contratações *emergenciais e transitórias*”; b) “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”; c) “o interesse público se satisfaz com o estabelecimento dos devidos requisitos técnicos e de regularidade para a habilitação dos interessados, a exemplo do que ocorre no credenciamento”; d) “o artigo 47-B ressalva o caso de inviabilidade operacional, hipótese em que estabelece que deverá haver um processo seletivo público, observados os princípios que lista. Embora não haja referência expressa a licitação, tem-se por suficiente a previsão, no que a lei se coaduna com o dever de realizar processo seletivo prévio, objetivo, público e igualitário, que decorre dos princípios constitucionais e se impõe quando, ainda que excepcionalmente, haja uma limitação no possível número de autorizatários”; e) “foi editada a Resolução ANTT 5.072/2016, cujo artigo 6º estabelece que *o processo seletivo público dar-se-á mediante sorteio entre as transportadoras que manifestaram interesse no prazo estipulado*. Dessa forma, ainda quando houver mercado com mais transportadoras interessadas do que vagas disponíveis, restará assegurada a impessoalidade e moralidade”; f) “a recente *Lei de Liberdade Econômica* densifica, em seu artigo 4º, a figura do *abuso do poder regulatório*, a partir de diversas hipóteses, dentre as quais (i) indevidamente criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; (ii) redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores; (iii) exigir espe-

cificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; e (iv) aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios”; g) há um “espaço de experimentalismo reservado ao poder público e com vistas a um aprimoramento regulatório”; h) haverá “processo seletivo público, em substituição àqueles adotados no regime licitatório”; i) “pode-se concluir que este processo seletivo hoje em muito se assemelha ao processo licitatório, no sentido de impor requisitos à habilitação dos operadores interessados em prestar o serviço”; j) “apenas 11% dos processos concluídos, isto é, das análises sobre as exigências para a obtenção das autorizações e licenças operacionais, resultam em deferimentos. Um importante indicativo de que os requisitos para a habilitação de novos operadores têm sido bastante conservadores, mesmo que não estejamos tratando de um processo licitatório”.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA: a) “a Constituição autoriza que o legislador ordinário possa especificar situações em que se dispensa o procedimento licitatório correspondente”; b) “não é só a novel legislação de 2022 que traz a possibilidade de um processo seletivo para os casos de autorização desse tipo de serviço, mas, por força do próprio *caput* do art. 37, os princípios constitucionais. Houvesse ou não previsão desse processo seletivo, eles devem sempre estar presentes – aqui, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, com a sua qualificadora da transparência, e a eficiência”; c) “em nenhuma medida diminui a necessidade de respeito aos princípios do art. 37”; d) “não foi conferida à Agência ou ao Poder Executivo discricionariedade política para agir. Não há aqui medidas de conveniências políticas. Há e deve haver o respeito às avaliações técnicas para que essas autorizações sejam feitas”.

Ministro NUNES MARQUES: a) “a concorrência está garantida de forma permanente, e não apenas de maneira episódica como se passa nos processos de licitação”; b) “o contexto guarda alguma semelhança com o dos motoristas de aplicativo, que podem se oferecer para prestar o serviço livremente, desde que atendam a condições mínimas, e representa uma tendência internacional em matéria de transporte. O sistema de licitação prévia com posterior monopólio, longe de assegurar serviço adequado, muitas vezes tem dado causa à sobrevivência de vetustas dominações de mercado, que não suportariam a livre concorrência nem por um instante”; c) “não é tolerável que à Administração seja permitido deferir ou denegar a concessão da autorização por critérios meramente discricionários, sem fundamentação adequada que garanta o controle externo”.

Ministro ALEXANDRE DE MORAIS: “a formatação normativa da autorização prevista em lei para a outorga de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros não é discricionária, mas vinculada, e é precária – estável, mas precária -, sem limite de prazo, bastando o preenchimento constante das exigências fixadas para a manutenção da outorga”.

Ministro ROBERTO BARROSO: a) “sobretudo depois das mudanças constitucionais dos anos 1990, o Governo Fernando Henrique, esses serviços de utilidade pública passaram a ser delegáveis – e muitos foram efetivamente delegados – ao setor privado, como aconteceu com

telecomunicações, com eletricidade, com o gás canalizado e com portos”; b) “quando uma regra constitucional excepciona um princípio, há que prevalecer a regra, porque é uma decisão específica em relação àquele tema”; c) “estamos tentando enfrentar um monopólio de fato, que se estabeleceu nesta matéria”.

Ministro GILMAR MENDES: a) “não se discute a questão da necessidade de um modelo objetivo de seleção e de adequação”; b) “quadro fático que demonstra a efetiva prestação do serviço de transporte coletivo estadual e interestadual por particulares, há anos, mediante a concessão de autorizações especiais”; c) “o próprio inciso XXI do art. 37 registra a possibilidade de excepcionar-se a licitação em casos especificados na legislação”; d) “até 1990, o serviço de transporte coletivo interestadual era explorado mediante autorização, chamada de ‘permissão’, mas sem realização de licitação”; e) “quanto aos serviços de transporte interestadual e internacional de passageiros, desprovidos de exploração de infraestrutura (caso dos autos), a legislação ora questionada intenta, na linha do experimentalismo democrático (trilhado sob o ‘*processo de descoberta e de aprendizagem coletivas*’ – Roberto Mangabeira Unger), que a prestação daqueles tenha amplitude de acesso a mais empresas interessadas na mesma linha”; f) “o Poder Legislativo resolveu realizar experimento de substituição do regime de permissão para autorização. Ao meu sentir, o Parlamento tem liberdade constitucional de assim proceder”; g) “é válida a criação de novas modalidades licitatórias por lei de mesma hierarquia da lei geral de licitações” (Min. Édson Fachin); h) “dispensada de procedimento licitatório comum, *deva ser concedida de forma impessoal, objetiva, sem exclusividade e em processo seletivo público*” i) “haverá processo seletivo público quando se observarem mais transportadoras interessadas do que vagas disponíveis, tal como assentado na Resolução ANTT 5.072, de 12 de abril de 2016”; j) há “experimentalismo institucional. Quer dizer, são concepções que vão se consolidando”.

Conclusão

Desses trechos de votos, é possível extrair, essencialmente, que o novo regime de transporte interestadual e internacional de passageiros, por via terrestre, decorre: a) de novas tendências doutrinárias, que alteram o modelo tradicional de prestação de serviços públicos; b) de dificuldades fáticas, incluída resistência do mercado, para a implementação do transporte coletivo de passageiros, interestadual e internacional, seguindo à risca a regra do art. 175 da Constituição. Por outro lado, em que pese dispensa do processo tradicional de licitação, não está (e nem poderia estar) dispensada observância dos princípios constitucionais para as autorizações. Aliás, anuncia-se a aplicação de processo simplificado de seleção, visando garantia desses princípios.

A Resolução ANTT 6.033, de 21 de dezembro de 2023, prevê que poderá ser realizado “*processo seletivo público* para a emissão de TAR que tenha como ponto de seção o município onde persiste a situação da inviabilidade operacional” e que, “configurada a inviabilidade técnica, a ANTT poderá realizar processo seletivo público para a emissão de TAR que tenha, no itinerário dos serviços, os elementos que exigem a restrição do número de autorizações”. Estabelece, mais, que, “quando o número de transportadoras que solicitarem operação no mercado for maior que o limite previsto no art. 232, § 3º, a ANTT realizará processo seletivo”; “quando o número de transportadoras habilitadas que solicitarem operação no mercado principal, mercado subsidiário ou mercado não atendido ao longo da janela de abertura for maior que o incremento previsto no art. 55, a ANTT realizará processo seletivo”; “a Supas poderá realizar processo seletivo público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”; “o processo seletivo público dar-se-á mediante sorteio entre as transportadoras habilitadas que manifestarem interesse no prazo estipulado no respectivo edital”; “a Supas poderá, desde que devidamente justificado e previsto no edital, adotar critério de seleção diverso ou combinado com o previsto no *caput*”; “a Supas divulgará a ordem de classificação dos candidatos após a aplicação do critério de seleção”. Assim, se cumpridas tais regras, de certa forma estará atendido o princípio da licitação, com uma ressalva: que o verbo poder (poderá) seja interpretado como *dever* (*deverá*), na linha do ensinamento doutrinário de Carlos Maximiliano.¹⁶

A extrema discricionariedade poderia estar em avaliação livremente feita, pela ANTT, do que seja (art. 2º, XL, XLI e XLII, da Resolução 6.033, de 21 de dezembro de 2023) *inviabilidade econômica* (“condição caracterizada pelo risco à adequada prestação dos serviços em decorrência do impacto econômico da entrada indiscriminada de transportadoras”), *inviabilidade operacional* (“condição caracterizada pela restrição de caráter físico ou impedimento legal à utilização de espaços públicos ou instalações destinadas à operação de embarque ou desembarque dos serviços”) e *inviabilidade técnica* (“condição caracterizada pela restrição relativa a elementos que dão suporte à infraestrutura da operação necessária à prestação dos serviços, que não se enquadrem na inviabilidade operacional ou econômica”). Acontece que estão presentes, aí,

16 Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 270-272.

três *conceitos indeterminados* e os *conceitos indeterminados* foram pela doutrina mais autorizada retirados da esfera da discricionariedade em sentido estrito, desde a célebre conferência – “*La lucha contra las inmunidades Del poder*” - proferida por Eduardo García de Enterría na Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona, em 2 de março de 1962.¹⁷ A determinação desses conceitos terá que ser exaustivamente motivada pela Administração e estará sujeita a controle judicial pleno.

A gratuidade e o preço especial no transporte de hipossuficientes (idosos, pessoas com deficiência e jovens carentes) estão relativamente resolvidos com o entendimento de que, havendo previsão no edital, a empresa não pode depois se recusar a arcar com os respectivos custos, independentemente de indenização pelo poder público. A gratuidade e o preço especial, em casos tais, estão contidos na função social da propriedade, à semelhança do que acontece com as limitações administrativas, que se estende (função social) aos contratos e empresas. A partir do qualificativo *social* atribuído ao Estado, “*todos os institutos jurídicos (aí abrangida a autonomia da vontade, sob a cadência da função social do contrato) são iluminados e influenciados pela função social*”.¹⁸ A nova regulamentação não resolve, todavia, a questão da necessidade de prestação do serviço, por preços módicos, em linhas economicamente inviáveis (antevê-se que linhas não lucrativas serão abandonadas), o que num regime normal de prestação de serviço público seria resolvido por meio do subsídio cruzado ou de custeio mediante quantias pagas para obter a outorga do serviço, ônus financeiro que deixou de existir.

5. Referências

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Função ecológica da propriedade, limitações administrativas e o papel do juiz na proteção das florestas. In: Instituto Victor Nunes Leal (Organização). *A Contemporaneidade do Pensamento de Victor Nunes Leal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

17 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1983.

18 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Função ecológica da propriedade, limitações administrativas e o papel do juiz na proteção das florestas. In: Instituto Victor Nunes Leal (Organização). *A Contemporaneidade do Pensamento de Victor Nunes Leal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103-104.

- DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed. Paris: Fontemoing, 1927.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1995.
- HAURIUO, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. 4. ed. Paris: Recueil Sirey, 1938.
- JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- JUSTEN, Monica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LIMA, Ruy Cirne. *Principios de Direito Administrativo Brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

Fluxo editorial/Editorial flow

Recebido em 07/08/2025

Aprovado em 11/08/2025

Publicado em 14/08/2025

Artigo convidado

Equipe editorial

Diretor e Editor-Chefe

Desembargador Federal Hercules Fajoses, Universidade de Salamanca, Espanha/Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Editor Adjunto

Prof. Dr. Néviton de Oliveira Batista Guedes, Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Editor Associado Nacional

Prof. Dr. Rafael Santos Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria/Rio Grande do Sul, Brasil.

Editor Associado Internacional

Prof. Dr. Federico Losurdo, L'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, Urbino/Itália.

Editores de Seção

B.ela Brenna Alves de Holanda, Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Editor de Design

Dr. Geraldo Martins Teixeira Júnior, Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Consultor Acadêmico-Editorial

Prof. Dr. Miguel Ivân Mendonça Carneiro, Universidade de Brasília/Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Conselho Científico

Prof. Dr. Antonio Sérgio Escrivão Filho, Universidade de Brasília, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Prof. Dr. Phillipe Cupertino Salloum e Silva, Universidade Federal de Jataí, Jataí/Goiás, Brasil.

Conselho Editorial Nacional

Prof. Dr. Alcian Pereira de Souza, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus/Amazonas, Brasil.

Prof. Dr. Antonio Sérgio Escrivão Filho, Universidade de Brasília, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife/Pernambuco, Brasil.

Prof. Dr. José Renato Nalini, Universidade Nove de Julho, São Paulo/São Paulo, Brasil.

Prof. Dr. José Rubens Morato Filho, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/Santa Catarina, Brasil.

Prof. Dr. Luiz Fux, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brasil. Supremo Tribunal Federal, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Dias Varella, Centro Universitário de Brasília, Brasília/Distrito Federal, Brasil.

Prof. Dr. Phillipe Cupertino Salloum e Silva, Universidade Federal de Jataí, Jataí/Goiás, Brasil.

Conselho Editorial Internacional

Prof. Dr. Jesus António Tomé, Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola.

Membros natos

Desembargador Federal João Batista Moreira

Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Desembargador Federal Ney Bello

Desembargador Federal Carlos Eduardo Moreira Alves

Desembargador Federal Italo Mendes
Desembargador Federal José Amilcar Machado
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Desembargador Federal Néviton Guedes
Desembargador Federal Novély Vilanova
Desembargador Federal João Luiz de Sousa
Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa
Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira
Desembargador Federal Hercules Fajoses
Desembargador Federal Carlos Pires Brandão
Desembargadora Federal Daniele Maranhão
Desembargador Federal Wilson Alves de Souza
Desembargador Federal César Jatahy
Desembargador Federal Rafael Paulo
Desembargadora Federal Maura Moraes Tayer
Desembargador Federal Gustavo Soares Amorim
Desembargador Federal Moraes da Rocha
Desembargador Federal Pedro Braga Filho
Desembargador Federal Marcelo Albernaz
Desembargadora Federal Solange Salgado da Silva
Desembargador Federal Leão Alves
Desembargador Federal Marcus Bastos
Desembargadora Federal Kátia Balbino
Desembargador Federal Rui Gonçalves
Desembargador Federal Roberto Carvalho Veloso
Desembargador Federal Urbano Leal Berquó Neto
Desembargador Federal Antônio Scarpa
Desembargador Federal Nilza Reis
Desembargador Federal Newton Ramos
Desembargador Federal Euler de Almeida
Desembargadora Federal Candice Lavocat Galvão Jobim
Desembargadora Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann
Desembargadora Federal Ana Carolina Alves Araújo Roman
Desembargador Federal João Carlos Mayer
Desembargador Federal Alexandre Vasconcelos
Desembargador Federal Pablo Zuniga Dourado
Desembargador Federal Alexandre Laranjeira
Desembargador Federal Flávio Jardim
Desembargador Federal Eduardo Martins

Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Presidente do Tribunal: Desembargador Federal João Batista Moreira

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Diretor e Editor-Chefe: Desembargador Federal Hercules Fajoses

Edifício Sede I, Quadra 2, Bloco A, Praça dos Tribunais Superiores

CEP: 70070-900 Brasília/Distrito Federal, Brasil

E-mail: revista@trfl.jus.br

eISSN 2596-2493

A Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região é licenciada sob uma Creative Commons CC BY-NC-ND (CC BY-NC-ND 4.0 Texto Legal | Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional | Creative Commons) de fluxo contínuo e Open Access. Está presente e preservada nos seguintes indexadores/diretórios:

