

ASSIMETRIA REGULATÓRIA NO SETOR DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS: A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º DA LEI Nº 12.996/2014

REGULATORY ASSIMETRY IN THE COLLECTIVE TRANSPORTATION OF PASSENGERS: THE CONSTITUTIONALITY OF ART. 3º OF LAW Nº 12,996 / 2014

Gustavo Binenbojm¹

Resumo

O presente estudo tem por objetivo analisar a constitucionalidade do uso de um modelo de assimetria regulatória no transporte coletivo interestadual de passageiros, nos termos do art. 3º da Lei nº 12.996/2014, no qual convivam serviços públicos concedidos com a exploração de atividades econômicas em regime de autorização.

Palavras-chave: transporte; autorização; licitação pública.

Abstract

This article aims to analyze whether the model of regulatory asymmetry in the field of interstate collective transportation of passengers, introduced by article 3º of Law n º 12.996/2014, complies with the Brazilian Constitution.

Keywords: transportation; authorization; public bidding.

¹ Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School (EUA). E-mail: gustavo.binenbojm@bcbadv.com.br

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é discutir a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014, o qual alterou a sistemática das formas de prestação dos serviços de transporte coletivo prevista na Lei nº 10.233/2001. De forma específica, a nova Lei passou a prever que, nos casos de serviços de transporte terrestre coletivo regular interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura, as outorgas seriam realizadas por meio de autorização, independentemente de licitação.

O argumento principal no sentido da invalidade da norma legal é centrado na ausência de prévia licitação, o que violaria a regra contida no art. 37, XXI da Constituição da República, bem como os termos da Lei nº 8.987/1995 (especialmente o disposto no art. 40 da referida Lei, que prevê a exigência de licitação para as permissões de serviços públicos) e do Decreto nº 2.521/1998. Argumenta-se, ademais, que o transporte coletivo de passageiros deveria sempre submeter-se ao regime jurídico dos serviços públicos, o que atrairia, a fortiori, a aplicação da sistemática do art. 175 da Constituição e, de conseguinte, a necessidade de realização de um certame licitatório previamente à celebração de qualquer contrato de concessão ou permissão.

De forma mais específica, a Lei nº 12.996/2014 alterou as formas de delegação do serviço de transporte coletivo previstas nos arts. 13 e 14 da Lei nº 10.233/2001, passando a prever o instrumento da autorização (e não mais permissão) para a outorga de transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional, independentemente de licitação. Confirmam-se, a propósito, os dispositivos pertinentes da Lei nº 10.233/2001, com as subsequentes alterações legislativas:

“Art. 13. Ressalvado o disposto em legislação específica, as outorgas a que se refere o inciso I do caput do art. 12 serão realizadas sob a forma de: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

(...)

IV - permissão, quando se tratar de: (Redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014)

a) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura; (Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014)

b) prestação regular de serviços de transporte ferroviário de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura; (Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014)

V - autorização, quando se tratar de: (Redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014)

(...)

e) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura. (Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014) ”

“Art. 14. Ressalvado o disposto em legislação específica, o disposto no art. 13 aplica-se conforme as seguintes diretrizes: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

III - depende de autorização: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)
(...)

j) transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, que terá regulamentação específica expedida pela ANTT; (Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014) (...)”

“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: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

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.”

Embora reconheçam que o art. 21, inciso XII, da Constituição da República, autoriza o legislador a valer-se dos instrumentos da concessão, permissão e autorização, aqueles que afirmam a inconstitucionalidade da nova sistemática legal sustentam que essa última hipótese (autorização) não seria adequada para o caso específico da delegação de serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros. Tais serviços só comportariam, à luz do art. 175 da Constituição, modelos de concessão ou permissão, precedidos de licitação.

Cumprido registrar que a controvérsia sobre a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014 foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI nº 5549 (rel. Min. Luiz Fux), proposta pelo Procurador Geral da República. No caso, discute-se, justamente, a constitucionalidade do modelo inaugurado pelo art. 3º da Lei nº 12.996/2014, à luz do disposto nos arts. 37, caput e inciso XXI, e 175, caput, da Constituição Federal.

Como se demonstrará a seguir, o modelo adotado pelo legislador ordinário é plenamente compatível com a Constituição da República, tendo em vista a liberdade de conformação instituída pelo art. 21, inciso XII, da Lei Maior, que permite expressamente a utilização do instrumento da autorização como forma de consentimento administrativo à prestação de serviços por particulares, dentre os quais se insere a alínea “e” (regulamentada pelo art. 13, inciso V, alínea “e”, e pelo art. 14, inciso III, alínea “j”, ambos da Lei nº 10.233/2001, com a redação introduzida pela Lei nº 12.996/2014), que versa sobre a exploração dos serviços de transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros.

Com efeito, dentro desse espaço de livre conformação aberto pelo constituinte, compete ao legislador verificar, em cada caso, qual é o instrumento mais adequado para delegar ao particular a exploração do serviço (por meio de concessão ou permissão) ou para autorizar a sua exploração como atividade econômica em sentido estrito (por meio de autorização). Aliás, tanto é assim que o modelo de autorização para a delegação dos serviços descritos no art. 21, XI e XII da Constituição, é comum no ordenamento jurídico brasileiro e se verifica, por exemplo, no regime de telecomunicações, de energia elétrica e de portos, setores em que vigora um modelo de assimetria regulatória, caracterizado pela convivência harmônica entre alguns prestadores sob regime de serviço público e outros prestadores sob regime de atividade econômica em sentido estrito.

No caso específico do transporte coletivo regular interestadual de passageiros, o legislador, dentro do espaço de liberdade de conformação que lhe confere a Constituição, entendeu que deveria contemplar a possibilidade de introduzir a livre concorrência no modelo de prestação do serviço, permitindo que qualquer empresa, atendidos os requisitos de qualificação exigidos pela ANTT (Resolução nº 4.770/2015), pudesse explorá-lo como atividade econômica em sentido estrito, mediante autorização. Como se verá, tal previsão legislativa tem por objetivo promover maior eficiência no setor em benefício dos usuários dos serviços, passando a conviver, em perfeita harmonia, sob regime de assimetria regulatória, com a modalidade de permissão de serviço público, estabelecida para o transporte coletivo regular interestadual semiurbano de passageiros.²

A INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A POSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ELECADOS NO ART. 21, XII DA CONSTITUIÇÃO EM REGIME DE AUTORIZAÇÃO. O MODELO DE ASSIMETRIA REGULATÓRIA

A intervenção estatal no domínio econômico envolve um plexo de esferas de atuação do Estado. No título da Constituição dedicado à Ordem Econômica, além de serem destacados os seus princípios gerais (art. 170), são previstas hipóteses nas quais o Estado poderá atuar diretamente na economia por meio de empresas estatais no regime concorrencial (art. 173); regular a atividade econômica-social como agente normativo e ordenador, exercendo as

² O art. 13, inciso IV, alínea "a", da Lei nº 10.233/2001, com a redação introduzida pela Lei nº 12.996/2014, prevê que a prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura será outorgada por meio de permissão de serviço público.

funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174); atuar na prestação de serviços públicos (art. 175 e outros dispositivos específicos da Constituição); bem como deter o monopólio sobre atividades econômicas em sentido estrito de grande relevância nacional (art. 177). O rol, por certo, não limita as possibilidades de atuação do Estado. Outras funções, como a atividade de fomento, por exemplo, são reconhecidas pela doutrina como instrumentos importantes de atuação estatal na economia.³

Vista a questão sob o ângulo constitucional, é possível perceber que a Constituição brasileira concede ao Estado razoável margem empírica de apreciação para a escolha de instrumentos adequados de regulação à ordenação das diversas atividades econômicas.⁴ A estratégia regulatória pode ensejar, por exemplo, o uso de normas prescritivas ou indutivas, a intervenção direta na ordem econômica mediante decisões da direção das empresas estatais, a participação estatal minoritária em empresas privatizadas e a celebração de contratos e convênios administrativos.

A ordenação das atividades econômicas também pode ser encarada sob a ótica dos níveis de intensidade sobre os quais se imporá a regulação estatal. Isso envolve, em um primeiro momento, a escolha que parte do poder constituinte e do legislador ordinário sobre o grau de titularidade do Estado sobre determinados serviços; e, em um segundo momento, sobre como as variáveis para a prestação desses serviços serão ordenadas (e.g., regulação de preços, de qualidade do serviço, de proteção aos consumidores e usuários, deveres de universalidade, etc.).

Quanto ao primeiro ponto, há razões para que determinadas atividades sejam titularizadas pelo Poder Público, mesmo que sua prestação se dê de forma indireta (delegada a particulares). Essa titularidade, denominada pela doutrina tradicional pelo conceito de *publicatio*,⁵ pode ser instituída em hipóteses em que se verifica a existência de um monopólio

³ V. BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 160; MENDONÇA, José Vicente Santos. Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 349-413.

⁴ De acordo com Egon Bockmann Moreira, é possível inferir do Texto Constitucional atual um grau muito elevado de prestígio à racionalidade econômica – daí a alusão à margem empírica de apreciação – em comparação com as Constituições pretéritas, sobretudo porque o Estado brasileiro “é constitucionalmente qualificado de ‘agente normativo e regulador’”. V. MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). “Direito da regulação e políticas públicas.” São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 125/126.

⁵ Segundo Paulo Modesto, a *publicatio* representa a noção de titularidade pelo Estado da atividade de serviço público, com aplicação obrigatória de regime jurídico especial, sendo traço característico da concepção francesa do serviço público, profundamente arraigada no Brasil. Para detalhes, v. MODESTO,

natural, ou até mesmo quando outras finalidades públicas a serem perseguidas pelo Estado justificam o monopólio legal sobre determinada atividade.

A existência de um monopólio natural pressupõe a inviabilidade ou a extrema ineficiência de instalação de mais de um produtor ou prestador de serviço no mesmo mercado.⁶ A título exemplificativo, Hal Varian cita o caso das distribuidoras de gás, cujas atividades envolvem “custos fixos muito grandes – criação e manutenção de canalização para gás – e um custo marginal muito baixo para ofertar unidades extras de gás -, uma vez que a canalização esteja instalada, custa muito pouco bombear gás para dentro dela”.⁷ O monopólio natural, portanto, é uma das justificativas relevantes para atribuir, aos Estados da Federação, a titularidade da exploração (direta ou por intermédio de suas concessionárias) dos serviços públicos de gás canalizado, conforme imposição expressa do art. 25, §2º da Constituição.⁸⁻⁹

Em outros casos, mesmo que não esteja presente a hipótese de um monopólio natural, a titularidade do serviço pode ser atribuída ao Estado por força de fins legítimos a serem perseguidos pelo Poder Público, tais como a universalização do acesso a determinado bem pela população, a possibilidade de controle de preços para garantir um regime tarifário módico, e até mesmo a possibilidade de impor a continuidade do serviço em favor da sociedade.

Exemplo disso, de acordo com a jurisprudência do STF,¹⁰ é a exploração do serviço postal. Embora o regime concorrencial seja plenamente possível para a atividade, a

Paulo. “Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de Serviço Público, Serviços de Relevância Pública e Serviços de Exploração Econômica para as Parcerias Público-Privadas”. In: Revista Brasileira de Direito Público - RBDP. Versão Eletrônica. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, nº 10, jul. / set. 2005, p. 10.

⁶ Os monopólios naturais se caracterizam, em termos econômicos precisos, por tecnologias de produção que apresentam, na faixa relevante da demanda de mercado, curva de custo estritamente subaditiva, no sentido de que o custo de produção da soma de qualquer quantidade de bens finais é menor do que a soma do custo de produção separada desses mesmos bens finais. Em geral, essa circunstância está presente em atividades econômicas cuja exploração envolve, simultaneamente, custos fixos muito altos e custos marginais pequenos. Enquanto a presença de elevados custos fixos está diretamente relacionada à manutenção e expansão de ampla infraestrutura necessária à oferta ou ao fornecimento adequado do bem econômico, há baixos custos marginais concomitantes geralmente vinculados ao fornecimento do produto ou à prestação do serviço subjacente.

⁷ VARIAN, Hal. Microeconomia: princípios básicos. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 447.

⁸ “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. (...) § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995).

⁹ Sobre o tema, v. BINENBOJM, Gustavo. “Transporte e distribuição do gás natural no Brasil: delimitando as fronteiras entre as competências regulatórias federais e estaduais”. In: Temas de direito administrativo e constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 417-446.

¹⁰ ADPF 46, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe 26/02/2010.

Constituição, por meio do art. 21, inciso X,¹¹ segundo o Supremo Tribunal Federal, estabeleceu um monopólio jurídico para o setor, no qual a União detém a exclusividade para sua prestação como forma de garantir a sua universalização. Dessa forma, inúmeros privilégios que não seriam admitidos em um regime de concorrência são garantidos à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como forma de criar subsídios cruzados para financiar um serviço postal deficitário, tal como ocorre, segundo o STF, com o regime de execução a que a EBCT se submete (típico da Fazenda Pública),¹² ou mesmo com a existência de imunidade tributária recíproca.¹³

Pois bem. De parte essas situações específicas, a flexibilização da titularidade estatal sobre determinada atividade, com a abertura da sua prestação a um regime de concorrência privada, pode proporcionar, com maior eficiência, as vantagens (é dizer, as externalidades positivas) objetivadas pelo regime de serviço público. É dizer: em determinados setores, a concorrência, em regra, se revela mais vantajosa que a manutenção de uma atividade como serviço público exclusivo. Nesse contexto, é necessário reconhecer a crescente vantagem comparativa de parcerias com a iniciativa privada, pelas quais empresas não estatais passam a explorar serviços públicos e atividades econômicas antes sujeitas à exclusividade estatal.¹⁴

O agravamento de crises econômicas intensifica o contexto de perda do protagonismo do Estado em relação à prestação direta de atividades de serviços relevantes à coletividade. No campo específico dos serviços públicos, a titularidade monopolística estatal perde lugar¹⁵ e dá espaço a um regime profundamente fragmentado, sobretudo em razão do avanço tecnológico, em que os moldes tradicionais da sua execução foram revisitados.¹⁶ E foi justamente com o

¹¹ “Art. 21. Compete à União: (...) X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;”.

¹² RE 220906, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2000, DJ 14/11/2002.

¹³ RE 601392, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2013, DJe 05/06/2013.

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 20.

¹⁵ Segundo Vitor Rhein Schirato: “A prestação monopolística deixou de ser imperiosa, assim como a titularidade estatal deixou de ser vista como uma reserva compulsória e originária da atividade a um prestador (estatal ou privado), o que tem como consequência imediata a incidência de um regime diferenciado sobre a prestação da atividade, em relação à situação até então verificada” (SCHIRATO, Vitor Rhein. “As concessões de serviços públicos em evolução”. In: Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte: Fórum, ano 15, nº 180, dez. 2016, p. 39). No mesmo sentido: MARQUES, Neto. Floriano de Azevedo. “A Nova Regulação dos Serviços Públicos”. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, nº 228, abr./jun. 2002, p. 13.

¹⁶ Nesse sentido, Almiro Couto e Silva afirma: “Nessa tarefa, dever-se-á levar em conta que, especialmente em razão dos avanços tecnológicos verificados em certos setores, as atividades econômicas agrupadas em cada um dos distintos serviços referidos nos itens XI e XII do art. 21 da Constituição não mais compõem sempre um bloco uniforme, de maneira que sua prestação mais eficiente pudesse também sempre ser realizada dentro de formas idênticas, moldes tradicionais da execução direta pelo Poder Público, ou da delegação mediante concessão ou permissão, no velho regime

objetivo de trazer novas ferramentas ao Estado em relação às formas de intervenção no domínio econômico que a Constituição Federal de 1988, em seu texto atual, prevê a figura da autorização como forma de delegação e consentimento para prestação de serviços atribuídos à União Federal (art. 21, incisos XI¹⁷ e XII).

Nesses casos, o constituinte, diferentemente de outras hipóteses previstas na Constituição,¹⁸ preferiu não dar uma resposta definitiva sobre o regime jurídico de certas atividades. Permitiu, ao contrário, que o legislador ordinário, no âmbito uma liberdade relativa de conformação, definisse, a partir de dados empíricos e de orientações políticas majoritárias, o tamanho do Estado no plano infraconstitucional. Como afirma Almiro Couto e Silva, a opção trazida pela Carta Magna não foi uma impropriedade ou um cochilo do legislador constituinte, mas sim um forte indício de que sua intenção foi a de possibilitar maior flexibilidade à atuação da União em face de certas atividades econômicas de interesse coletivo.¹⁹

Embora tenha sido objeto de resistência por parte da doutrina,²⁰ fato é que a Constituição abandonou um modelo puramente binário (em que atividades econômicas são públicas ou privadas),²¹ assumindo um sistema que, segundo Alexandre Santos de Aragão, comporta *dégradés*.²² Isto é: “diversas formas, muitas das quais reclamam tratamento jurídico

de monopólio”. (COUTO E SILVA, Almiro. “Privatização no Brasil e o Novo Exercício De Funções Públicas por Particulares. Serviço Público “À Brasileira”? In: Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, 230, Out./Dez., 2002, p. 59). Segundo Gustavo Schimidt, “[i]sso não significa – perceba-se – que exista um mandamento constitucional proibindo, de antemão e de forma absoluta, que se atribua ao Poder Público a exclusividade na prestação de serviços públicos. Inverte-se a lógica, no entanto. Por se tratar de uma restrição à livre iniciativa, a exclusividade será admitida, apenas e tão somente, caso exista, para tanto, alguma justificativa regulatória de alta envergadura constitucional” (SCHMIDT, Gustavo da Rocha. “O conceito constitucional de serviço público”. In: Revista Brasileira de Dir. Público – RBDP. Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 53, p. 79-103, abr./jun. 2016, p. 98.

¹⁷ No caso do inciso XI, que versa sobre serviços de telecomunicação, a possibilidade de autorização para delegação desses serviços se deu após a edição da Emenda Constitucional nº 08/1995.

¹⁸ É o caso, por exemplo, do já citado serviço local de gás canalizado (art. 25, §2º da Constituição) e do serviço de transporte coletivo de competência municipal, cujo art. 30, V, prevê apenas as hipóteses de delegação via concessão e permissão.

¹⁹ COUTO E SILVA, Almiro. Privatização No Brasil E O Novo Exercício De Funções Públicas Por Particulares. Serviço Público “À Brasileira”? In: Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, 230, Out./Dez., 2002, p. 59.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 690/691; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 138.

²¹ MOREIRA, Egon Bockmann. “Autorizações e contratos de serviços públicos” in Revista de Direito Público da Economia - RDPE. Versão Eletrônica. Belo Horizonte: Fórum, ano 8, nº 31, jul/set., 2010, p. 1.

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. “O serviço público e as suas crises”. In: Interesse Público. Versão eletrônica. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, nº 46, nov./dez. 2007, p. 7.

especial, ora mais severo, ora mais brando, ora com um peso maior de normas de direito público, ora com um peso maior de normas de direito privado”.²³⁻²⁴

Esse modelo foi referendado pelo Supremo Tribunal Federal. Em caso específico envolvendo a regulação do serviço de telecomunicações, o STF reconheceu expressamente a possibilidade de tratamento assimétrico (i.e., em diferentes regimes) para um mesmo serviço.²⁵ Com efeito, no setor de telecomunicações, estabeleceu-se regime de assimetria regulatória, em que atividades afins são prestadas tanto em regime de concessão (i.e. como serviço público, tal como ocorre com o serviço de telefonia fixa comutada) como de autorização (i.e. atividade privada outorgada pelo Poder Público ao particular, tal como ocorre com o serviço de telefonia móvel)²⁶.

Conforme afirma Egon Bockmann Moreira sobre o teor do julgamento da medida cautelar na ADI 1668, deve-se reconhecer que, segundo o que ficou decidido, “são constitucionais as leis que disciplinam o regime de Direito Privado para serviços imputados à União no art. 21 da Constituição”. Mais que isso: ao referendar o modelo de assimetria regulatória das telecomunicações, o STF admitiu que “é constitucional a sua outorga por meio de autorizações, sem licitação e que cabe ao legislador ordinário e à agência reguladora setorial a definição da atividade a ser executada e como ela dever ser executada”.²⁷

²³MAQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. “Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade.” In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, nº 46, abr./jun. 2014, p. 68.

²⁴ Conforme Vitor Rhein Schirato afirma, mesmo as concessões devem adotar regimes múltiplos, adequados à realidade de cada serviço público. Segundo o autor. “ao se falar em concessão de serviços públicos nos dias atuais, não se pode falar em um arranjo único e invariável. As concessões de serviços públicos devem ser vistas de forma cambiável e maleável conforme as características de cada serviço concedido e o mercado no qual se desenvolve sua prestação. As concessões devem ser modeladas de acordo com seus objetos e não de acordo com ideologias doutrinárias que não encontram mais respaldo na realidade (se é que um dia encontraram)” (SCHIRATO, Vitor Rhein. “As concessões de serviços públicos em evolução”. In: Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte: Fórum, ano 15, nº 180, dez. 2016, p. 40).

²⁵ ADI 1668 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/1998, DJ 16/04/2004.

²⁶ Conforme previsto no art. 63 da Lei Geral de Telecomunicações, os serviços de telecomunicações estão sujeitos a dois regimes distintos e que coexistem: o regime público e o regime privado. No caso do público, o serviço é prestado mediante concessão ou permissão, “com atribuição a sua prestadora de universalização e de continuidade.” (art. 63, parágrafo único, LGT). Já no regime privado, disciplinado a partir do art. 131 da LGT, a exploração depende de prévia autorização da agência setorial (ANATEL). Sobre o conceito de autorização vinculada, confira-se: CÂMARA, Jacintho Arruda. “As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a Teoria Geral do Direito Administrativo.” In: RDIT, Belo Horizonte, ano 2, nº 3, pp. 55-68, jul./dez. 2007; e MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Direito das Telecomunicações. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 153 e ss.

²⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. ““Portos Brasileiros e Seus Regimes Jurídicos”” In: Portos e Seus Regimes Jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 63.

Esse modelo assimétrico é uma realidade presente em diversos setores regulados. Aliás, não é de hoje que a autorização é um dos instrumentos legítimos que permitem ao particular explorar determinado serviço, tal como já ocorre no mencionado caso das telecomunicações. Um bom exemplo ocorre no setor de energia elétrica. A Lei nº 9.074/1995 inaugurou um regime de assimetria regulatória ao promover a quebra da cadeia do setor em geração, transmissão, distribuição e comercialização, passando a admitir regimes distintos de acordo com a particularidade de cada etapa da cadeia de produção de energia elétrica. Nesse sistema, “tem-se que:

- i. a atividade de geração de energia elétrica pode ser sujeita aos regimes jurídicos de serviço público ou geração independente de energia elétrica;
- ii. a atividade de transmissão de energia elétrica é sujeita ao regime jurídico de serviço público;
- iii. a atividade de distribuição de energia elétrica é sujeita ao regime jurídico de serviço público; e
- iv. a atividade de comercialização de energia elétrica não é sujeita ao regime jurídico de serviço público.”²⁸

No caso específico do serviço de geração de energia elétrica, em que convivem dois regimes (um público e outro privado), “o título habilitante da atividade de geração de energia elétrica será variável conforme a fonte de geração”.²⁹ Nesse sentido, conforme previsto no art. 4º da Lei nº 9.074/1995, é possível a exploração do serviço de geração tanto pela concessão, como pela autorização.

O mesmo ocorre no setor portuário. A Lei nº 12.815/2013 também criou dois regimes de outorga distintos. De um lado, há os serviços do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas, os quais são outorgados pelo poder público mediante concessão ou arrendamento de bem público (art. 1º, §1º da lei). Por outro lado, a exploração indireta das instalações portuárias situadas fora da área do porto organizado, submetidas a um regime tipicamente privado, se dá mediante autorização (art. 1º, §2º da lei).

Todos esses casos refletem o que a doutrina denomina de assimetria regulatória. Conforme conceito proposto por Floriano de Azevedo Marques Neto, assimetria regulatória

²⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. “A regulação do setor elétrico brasileiro.” In. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, jan./mar. 2016, P. 258.

²⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. “A regulação do setor elétrico brasileiro.” In. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, jan./mar. 2016, P. 254.

pressupõe “a admissão, na exploração de serviços públicos, de vários operadores submetidos a graus de incidência regulatória diferenciados”³⁰

Com efeito, a assimetria regulatória tem como base, ainda, a existência de níveis variados de competição ótima para determinado serviço³¹. Há casos, como se verifica em economias de rede, em que a seleção de apenas um agente privado para prestar determinado serviço se afigura como modelo que mais bem atende aos interesses sociais envolvidos no caso. Há hipóteses, todavia, em que o regime de concorrência, mediante autorização administrativa, pode substituir ou mesmo conviver em harmonia com o regime de serviço público, a depender de uma adequada regulação.

Não há dúvidas, portanto, de que a prestação dos serviços elencados nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição possa se dar por meio do regime de autorização. Trata-se de medida expressamente prevista na Carta Magna, aceita pelo STF e até mesmo corriqueira na realidade regulatória brasileira. A interpretação que retira do legislador ordinário o poder de definir o nível de intensidade da presença estatal em determinada atividade tende a ser incongruente e fundacionalista,³² pois pressupõe uma definição anacrônica de serviço público e um indesejável engessamento das formas e da intensidade da intervenção estatal na economia.

A partir de tais premissas, passa-se à análise da constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.966/2014, que previu a possibilidade da prestação regular dos serviços de transporte coletivo interestadual e internacional sob o regime de autorização, como permite, de resto, o art. 21, inciso XII, alínea “e”, da Constituição da República.

³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A Nova Regulação dos Serviços Públicos”. In. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 228, Abr./Jun. 2002, p. 23.

³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Serviços públicos e concorrência”. In. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 233, Jul./Set. 2003, p. 332.

³² Adota-se, aqui, uma postura pragmática e antifundacionalista. Como já tivemos a oportunidade de destacar, o antifundacionalismo rejeita que o pensamento tenha algum ponto de partida ou fundação estática, perpétua, imutável, abstrata e atemporal. Neste sentido, o antifundacionalismo é um antídoto contra o fetichismo de teorias e contra a tentação de torcer os dados para adequá-los às proposições teóricas. (v. BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 53).

A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO INTERESTADUAL E INTERNACIONAL SOB O REGIME DE AUTORIZAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º DA LEI Nº 12.996/2014

Voltando-se os olhos ao caso em exame, pode-se afirmar que o modelo adotado pelo art. 3º da Lei nº 12.996/2014 insere-se na lógica constitucional apresentada no capítulo anterior. Vale dizer: dentro da margem de conformação estabelecida no texto constitucional, o legislador optou por criar um modelo de assimetria regulatória para os serviços de transporte coletivo de competência da União. Assim, de forma legítima, convivem em um mesmo sistema (transporte coletivo) níveis de intervenção regulatória distintos, o que se reflete, na prática, pela escolha do instrumento de outorga (concessão, permissão ou autorização).

Realmente, no caso do serviço de transporte coletivo de passageiros, a situação é idêntica à dos casos referidos no capítulo anterior (telecomunicações, energia e portos), sendo admissível que o legislador (como, de fato, ocorreu) crie regimes diferenciados de outorga, considerando, para tanto, as peculiaridades de cada tipo de transporte. Explica-se.

Conforme se extrai dos arts. 12, 13 e 14 da Lei nº 10.233/2000, já com a redação conferida pelo art. 3º da Lei nº 12.996/2014, o legislador projetou um modelo de assimetria regulatória para os transportes coletivos. De início, o art. 12, inciso I, estabelece como uma das diretrizes gerais da infraestrutura e da operação do transporte aquaviário e terrestre, a descentralização das “ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição.”

Mais adiante, os arts. 13 e 14 destringem os mecanismos de outorga aplicáveis para cada caso. A partir de uma leitura sistemática dos dispositivos, é possível extrair as seguintes hipóteses:

1. Concessão:

- a) exploração de infraestrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infraestrutura (art. 13, I);
- b) exploração das ferrovias, rodovias, das vias navegáveis e dos portos organizados que compõem a infraestrutura do Sistema Nacional de Viação (art. 14, I, “a”); e
- c) transporte ferroviário de passageiros e cargas associado à exploração da infraestrutura ferroviária.

2. Permissão:

- a) prestação regular de serviços de transporte coletivo interestadual semiurbano de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura (art. 13, IV, “a”);
- b) prestação regular de serviços de transporte ferroviário de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura (art. 13, IV, “b”);
- c) transporte rodoviário coletivo interestadual semiurbano de passageiros (art. 14, IV, “a”); e
- d) transporte ferroviário regular de passageiros não associado à infraestrutura (art. 14, V, “b”).

3. Autorização:

- a) prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros (art. 13, V, “a”);
- b) prestação de serviço de transporte aquaviário (art. 13, V, “b”);
- c) exploração de infraestrutura de uso privativo (art. 13, V, “c”);
- d) transporte ferroviário de cargas não associado à exploração de infraestrutura ferroviária, por operador ferroviário independente (art. 13, V, “d”);
- e) prestação regular de serviços de transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura (art. 13, V, “e”);
- f) transporte rodoviário de passageiros, sob regime de afretamento (art. 14, III, “b”);
- g) transporte ferroviário não regular de passageiros, não associado à exploração da infraestrutura (art. 14, III, “f”); e
- e) transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, que terá regulamentação específica expedida pela ANTT (art. 14, III, “j”).

Observe-se que o legislador foi claro ao delimitar as hipóteses de concessão, permissão e autorização. E o fez de forma justificada. Veja-se que as hipóteses de concessão envolvem casos, em regra, que dependem de maior dispêndio de recursos pelo particular, além de envolverem obras de infraestrutura. Nesses casos, simplesmente não faz sentido a abertura para ampla concorrência, o que seria ineficiente. Até porque não faria sentido, por exemplo, a construção de diversas rodovias em um mesmo trecho. Além disso, a restrição da concorrência nesses casos pode ser um importante estímulo econômico a que os particulares se interessem por investir altos recursos financeiros para desenvolver as obras de infraestruturas, cientes de que, posteriormente, poderão amortizar tais investimentos mediante exploração dos serviços com exclusividade.

Há hipóteses, ademais, em que o legislador optou pelo instrumento de permissão, por entender que, nesses casos, há elementos que justificam a criação de barreiras de entrada. A lógica, aqui, pode envolver a necessidade de estimular o delegatário a manter linhas deficitárias em conjunto com linhas superavitárias. Esse cenário seria inviável em um mercado livre, no qual as empresas tenderiam a operar tão somente as linhas superavitárias.

Essa mesma situação se verifica na concessão de serviços de transporte rodoviário municipal, em que, por vezes, é desejável a restrição da competição. Nesses casos, o fato de haver uma elevada disparidade entre linhas superavitárias e deficitárias, aliado à necessidade de universalização do serviço e à perseguição de modicidade tarifária, justifica a criação de barreiras de entrada, mediante a exclusão de outros prestadores, com a criação de um modelo mais rigoroso de outorga. Em um ambiente em que se operasse a livre concorrência, os agentes tenderiam a focar nos mercados mais rentáveis (fenômeno conhecido como “cherry picking”, ou seja, realizar escolhas seletivas para operar apenas nas áreas consideradas as “cerejas do bolo”³³). Com isso, as demais áreas – justamente as mais necessitadas – ficariam desassistidas, ou não seriam atendidas satisfatoriamente, muito menos a preços módicos³⁴. Daí porque o legislador constitucional tomou uma decisão consciente e definiu que tais serviços necessariamente serão prestados via concessão ou permissão, caso delegados (CRFB, art. 30, V).³⁵

Por fim, o legislador se valeu do instrumento da autorização para aqueles casos em que o melhor cenário (o mais eficiente, para se utilizar um conceito econômico) pressupõe ampla competitividade entre os agentes privados interessados na execução do serviço.

Na situação específica em estudo, há razões suficientes para se concordar com o legislador, no sentido de que a abertura à concorrência é mais benéfica aos consumidores no caso do transporte coletivo regular interestadual e internacional de passageiros (excluídos

³³ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. 2ª ed. Oxford [u.a]: Oxford University Press, 2012, Part I, p. 19.

³⁴ Sobre o ponto, registra Carlos Ragazzo:

“A hipótese de regulação de entrada para proteger monopólio natural seria das mais conflituosas. Estudiosos de Public Choice sustentam que as economias de escala já seriam o suficiente para afastar outros entrantes (ou mesmo, se alguém entrasse, a estrutura do mercado voltaria a ser de monopólio). No entanto, embora não esteja diretamente vinculada à presença de monopólio natural, quando há subsídios cruzados, é comum que exista incentivo para a entrada apenas na parte superavitária dos serviços ou produtos, o que comumente se chama de cream skimming ou de cherry picking. Novamente o exemplo do transporte urbano é especial para explicar os possíveis prejuízos do cream skimming. Como já explicado, em algumas metrópoles, as linhas de ônibus são licitadas de maneira a abarcar regiões superavitárias e deficitárias. Em outros casos, existe uma câmara de compensação, a fim de que seja possível manter uma tarifa equitativa em ambos os tipos de localidades. O que se vê atualmente é a entrada do transporte pirata justamente nas regiões superavitárias, aproveitando-se da baixa qualidade dos serviços prestados por ônibus. Em um primeiro momento, a ideia de competição sempre seria boa. No entanto, o cream skimming pode vir a prejudicar a estrutura de subsídio cruzado e, em consequência, a universalização dos serviços.” (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert, *Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 150-152).

³⁵ Art. 30. Compete aos Municípios: (...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

aqueles definidos como semiurbanos). A propósito, foi exatamente essa a intenção do legislador, como se verifica de trecho do Parecer do relator designado para manifestar-se pela Comissão Mista (designada para apreciar a conversão da Medida Provisória nº 638/2014, que deu origem à lei):

“Os regimes de concessão e permissão como praticados nos últimos anos, via Ministério dos Transportes e ANTT, já se mostraram inadequados e de difícil operacionalização, porque suas naturezas implicam regras mais rígidas e permanentes, as quais, na prática, engessam as ações tanto do setor público, como das empresas operadoras.

Assim, é necessário promover mudanças de regime, passando para a Autorização e remetendo à ANTT toda a tarefa de regulamentar e regular a atividade. Indubitavelmente, esse avanço será benéfico para o setor público, representado pela ANTT, para as operadoras que prestam os serviços, para os trabalhadores que saberão sempre quais as regras setoriais e, em último, para os usuários que passarão a integrar o foro de discussão das formulações estratégicas da atividade” (pp. 07/08 do parecer).

A questão, aliás, também foi objeto de análise perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região. No caso, suscitou-se a constitucionalidade do art. 13, V, “e”, da Lei nº 10.233/2001, que prevê, justamente, o instrumento da autorização para delegação dos serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura (redação conferida pela Lei nº 12.996/2014). Naquela oportunidade, o TRF-5 concluiu pela constitucionalidade do dispositivo legal, porquanto, na linha do voto do Desembargador Federal relator, seria “mais eficiente do ponto de vista econômico a sua prestação mediante autorização, nos moldes delineados pelo legislador no âmbito de sua liberdade de conformação. É que não se tem como mais adequada a sua prestação por um único agente privado.”³⁶

Sob outro enfoque, é preciso admitir, ainda, que o modelo de autorização tende a criar um incentivo importante aos agentes econômicos. Até por conta da evolução tecnológica cada vez mais célere, um modelo de maior flexibilidade “força” os agentes a saírem de sua zona de conforto, situação comum em concorrências com prazos longos, em que os concessionários ficam em situação de conforto por décadas. Já no modelo de autorização, como a qualquer instante pode haver novos concorrentes, o prestador do serviço terá constantes exigências advindas do próprio mercado. Assim, “confere-se ritmo mais apurado a tais setores de interesse

³⁶ TRF5. ApelReex nº 32478/PB. Processo nº 2004.82.00.009911-1/01. Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior. j. em 26/10/2016.

público, sem se curvar às estruturas monopolísticas e sem permitir que haja a redução de um serviço tido constitucionalmente como público às vicissitudes dos mercados.”³⁷

Cumprido ressaltar que ações de flexibilização do papel do Estado na prestação de serviços não significam o abandono ou a desregulação do setor.³⁸ O Estado, mesmo sem deter a titularidade de determinado serviço, permanece com inúmeros deveres quanto a essas atividades. Embora em menor grau, as obrigações de natureza pública antes impostas ao delegatário por meio de instrumentos contratuais serão agora devidas pelos autorizatários por força da intensa regulação setorial (v.g., obrigações de bom tratamento aos usuários ou o dever de continuidade do serviço). A vantagem, aqui, é que além da regulação por comando e controle, o agente terá igualmente incentivos gerados pela competição, estando exposto a riscos aos quais concessionários e permissionários não estão geralmente submetidos.

Em outros termos, o fato de se tratar de autorização ou de ser um serviço submetido a um regime privado não faz com que o Estado deixe de regular e fiscalizar a atividade. Bem ao contrário, compete ao Estado regular a atuação das empresas, considerando tratar-se de um serviço de interesse coletivo, o que envolve normatizar a atividade, fiscalizar o cumprimento das normas e aplicar sanções aos infratores.

Foi com esse espírito que a ANTT regulou a matéria, criando importantes barreiras de entrada e normas de qualidade relevantes para garantir a boa prestação do serviço pelos autorizatários. Nesse sentido, conforme previsto na Resolução nº 4.770/2015, o conceito de autorização envolve a “delegação da prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, a título precário, sem caráter de exclusividade, exercido em liberdade de preços dos serviços e tarifas, em ambiente de competição, por conta e risco da autorizatária.” (art. 2º, I).

³⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. “Autorizações e contratos de serviços públicos” in Revista de Direito Público da Economia - RDPE. Versão Eletrônica. Belo Horizonte: Fórum, ano 8, nº 31, jul/set., 2010, p. 8.

³⁸ “A desintervenção direta do Estado na prestação de serviços públicos não significa necessariamente — e de fato não deve significar — uma desregulação econômica dessas atividades. Muito ao contrário, a utilidade atual de se considerar uma atividade como serviço público é que, se a atividade é assim considerada, ela vai ser merecedora de um regime próprio, marcado por uma série de condicionantes, de sujeições que o prestador terá que observar. (...) A qualificação da atividade como serviço público acomete ao Estado responsabilidades com relação a essas atividades (de prestar, fiscalizar ou regular tais atividades). O Estado permanece com deveres quanto a essas atividades, justamente por serem consideradas serviços públicos, em sentido amplo (tanto na concepção tradicional, como nas atividades econômicas de interesse geral ou dos serviços públicos no regime de competição)” (MAQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. “Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade.” In. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, nº 46, abr./jun. 2014, p. 72).

Vê-se, pois, que a ideia de autorização envolve justamente um nicho de mercado aberto à competição, trazendo potencialmente mais benefícios aos usuários, seja no que tange ao preço cobrado pelo serviço (como as empresas concorrem, há uma tendência a disputas de mercado e redução dos valores das passagens para atrair clientes) e à qualidade. Quanto a este último ponto, é evidente que a concorrência – como se verifica no setor aéreo, e.g. – exige das empresas que invistam em padrões de qualidade como forma de disputar o mercado. Além disso, a existência de competição abre um maior leque de opções aos consumidores, que podem optar, por exemplo, ora por opções mais baratas, ora por serviços mais caros, mas que ofereçam padrões de qualidade maiores.

Além disso, a normativa da agência traz uma série de requisitos para que as empresas possam obter o direito de operar linhas interestaduais e internacionais. Como se extrai dos arts. 4º e 5º da Resolução, qualquer interessado pode, realmente, requerer o termo de autorização da agência. No entanto, exige-se que a empresa apresente “documentos comprobatórios relativos às regularidades jurídica, financeira, fiscal e trabalhista, bem como sua qualificação técnico-profissional e técnico-operacional.”, os quais estão discriminados nos arts. 8º e seguintes da norma. A título de exemplo, a resolução setorial traça exigências de capital social mínimo (art. 9º, I) e regularidade perante os órgãos fiscais (art. 11). Há, também, uma clara preocupação com qualidade técnica da empresa, sendo exigido que a transportadora apresente “atestado(s) emitidos por ente público, em nome da transportadora, que comprove o volume de passageiro-quilômetro produzido em serviço coletivo de transporte rodoviário de passageiros outorgado por ato ou contrato administrativo.” (art. 14), bem como comprove a qualidade da frota que será utilizada no serviço (arts. 28 e seguintes) e a habilitação dos seus motoristas (arts. 39 e seguintes).

A Resolução da ANTT traz ainda regras quanto à execução dos serviços, as quais passam por uma constante fiscalização da agência, além de regras de continuidade na prestação do serviço (arts. 44 e seguintes). A norma faz, inclusive, referência a formas de extinção da autorização e de intervenção, admitindo-se inclusive, que a agência intervenha “com o objetivo de cessar abuso ou infração contra a ordem econômica, inclusive com a estipulação de obrigações específicas para a autorização (...)” (art. 63).

Por fim, independentemente da orientação adotada acerca do conceito de serviço público, vale registrar que não se extrai do texto constitucional qualquer vedação à delegação de serviços de transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros sem prévia licitação. Com efeito, o art. 175 da Constituição se limita a exigir prévia licitação para os casos

de permissão e concessão de serviços públicos, não abarcando a hipótese de autorização. Aliás, o próprio art. 37, XXI, CRFB/1988, permite que o legislador afaste o dever de licitar em hipóteses específicas.

CONCLUSÃO

Com base no exposto ao longo deste estudo, pode-se concluir que a disciplina do art. 3º da Lei nº 12.996/2014 é constitucional. Com efeito, o modelo de autorização para outorga de serviços de transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros, independentemente de licitação, não encontra óbice em nenhum preceito constitucional.

Conforme demonstrado, a Constituição, em seu art. 21, XII, “e”, conferiu ao legislador margem de conformação para delinear, à luz das circunstâncias do caso concreto, o regime de outorga dos serviços de transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros, admitindo-se, para tanto, a escolha dos instrumentos de concessão, permissão ou autorização.

Nesse sentido, o legislador optou, como ocorre em diversos outros setores regulados, por um modelo de assimetria regulatória, em que convivem de forma harmônica, de um lado, hipóteses de delegação (concessão e permissão) mediante licitação, submetidas a um regime público; e, de outro lado, hipóteses de autorização, submetidas a um regime privado. A propósito, deve-se destacar que o STF reconheceu a validade de modelo de assimetria regulatória envolvendo, justamentemente, serviços autorizados e concedidos³⁹.

Por fim, deve-se reconhecer que há elementos econômicos que indicam que, no caso de transporte coletivo regular interestadual de passageiros desvinculado de obrigações de infraestrutura, o modelo mais eficiente é aquele que envolve concorrência e assimetria regulatória. A concorrência é apta, por si só, a criar estímulos aos agentes no que diz respeito a fatores de preço e qualidade, por exemplo. Isso não quer dizer, todavia, que o Estado deixe de se preocupar com a matéria. Muito pelo contrário. O serviço em questão envolve o cumprimento de rigorosas regras de controle de entrada e qualidade, como se constata, v.g., pelo teor da Resolução ANTT nº 4.770/2015.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. *In: Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, nº 46, nov./dez. 2007.

³⁹ ADI 1668 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/1998, DJ 16/04/2004.

_____. Serviços públicos e concorrência. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 233, Jul./Set. 2003.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice**. 2ª ed. Oxford [u.a]: Oxford University Press, 2012, Part I.

BINENBOJM, Gustavo. Transporte e distribuição do gás natural no Brasil: delimitando as fronteiras entre as competências regulatórias federais e estaduais. *In: Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CÂMARA, Jacintho Arruda. As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a Teoria Geral do Direito Administrativo. *In: RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, nº 3, pp. 55-68, jul./dez. 2007.

COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o Novo Exercício De Funções Públicas por Particulares. Serviço Público "À Brasileira"? *In: Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, 230, Out./Dez., 2002.

MAQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, nº 46, abr./jun. 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 228, Abr./Jun. 2002.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **Direito das Telecomunicações**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDONÇA, José Vicente Santos. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de Serviço Público, Serviços de Relevância Pública e Serviços de Exploração Econômica para as Parcerias Público-Privadas. *In: Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. Versão Eletrônica. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, nº 10, jul. / set. 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. Portos Brasileiros e Seus Regimes Jurídicos. *In: Portos e Seus Regimes Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. Autorizações e contratos de serviços públicos. *In: Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. Versão Eletrônica. Belo Horizonte: Fórum, ano 8, nº 31, jul/set., 2010.

_____. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert, **Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação do setor elétrico brasileiro. *In*: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, jan./mar. 2016.

_____. As concessões de serviços públicos em evolução. *In*: **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte: Fórum, ano 15, nº 180, dez. 2016.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. O conceito constitucional de serviço público. *In*: **Revista Brasileira de Dir. Público – RBDP**. Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 53, p. 79-103, abr./jun. 2016.

VARIAN, Hal. **Microeconomia: princípios básicos**. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 447.

Trabalho enviado em 10 de julho de 2017.

Aceito em 17 de julho de 2017.