

MODICIDADE TARIFÁRIA E LIBERDADE DE PREÇOS NAS AUTORIZAÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS.

Pedro Henrique Soares¹

1. Introdução

A navegação fluvial de passageiros, encontrado com grande relevância na Região Amazônica, é o mais importante meio de transporte de pessoas e mercadorias, conectando as diversas comunidades e polos de produção, comercialização e consumo estabelecidos junto à sua vasta e notável malha hidroviária. Com uma demanda esmada de 13,6 (treze virgula seis) milhões de passageiros ao ano (incluindo a navegação interior de travessia) apenas na Região Amazônica, esse transporte de passageiros na navegação interior é um meio peculiar de transporte no Brasil, principalmente em relação a sua importância social, onde a infraestrutura rodoviária, ferroviária e aeroviária possui baixa abrangência, restando ao transporte hidroviário a função de integrador social e econômico dessa região².

Da mesma maneira, apesar de menos comentadas e pouco estudadas se comparadas aos outros tipos de navegação, sobre linhas de travessias de passageiros está atrelado o desenvolvimento socioeconômico de diversas regiões do País, complementar ao sistema de transporte nas regiões metropolitanas a baixo custo. Na verdade, em alguns casos, as linhas de travessia possuem uma característica de transporte pendular. São movimentos de “idas e vindas” que seguem a lógica da dinâmica dos centros urbanos/regionais conurbados. Em suma, são localidades interligadas por uma atividade econômica, social, jurídica ou pela necessidade de utilização de algum equipamento de uso coletivo. Apesar de ser por essência uma ponte, a travessia também pode exercer um papel alternativo ao

¹ Especialista em Regulação da Agência Nacional de Transporte Aquaviários (ANTAQ)

² Caracterização da Oferta e da Demanda do Transporte Fluvial de Passageiros da Região Amazônica, Faculdade de Engenharia Naval da Universidade Federal do Pará - UFPA/ANTAQ (2017). Disponível em <http://portal.antaq.gov.br/index.php/caracterizacao-da-oferta-e-da-demanda-do-transporte-fluvial-de-passageiros-na-regiao-amazonica/>. Acessado em 31/08/2018.

sistema de transporte local/regional, isto em razão de exercer a função complementar às vias de circulação em aglomerações urbanas³.

Não menos importante, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros no Brasil são responsáveis por uma movimentação superior a 130 milhões de usuários/ano⁴. Para um país com uma malha rodoviária de aproximadamente 1,7 milhões de quilômetros, sendo 203 mil asfaltados⁵ (rodovias federais e estaduais), a existência de um sólido sistema de transporte rodoviário de passageiros é vital para o desenvolvimento socioeconômico do país e para promover a unidade nacional, a integração regional e a agregação do Brasil com os países que fazem parte do Mercosul.

Devido à grande relevância desse transporte para o País, e em especial à recente modificação do regime jurídico de outorga dos serviços de transporte rodoviários⁶, pretende-se resgatar os conceitos básicos e conexos de serviços públicos próprios, especialmente os deveres de universalidade e modicidade, os princípios inerentes a esses serviços e os mecanismos de regulação tarifária afetados pela nova dinâmica de concorrência imposta ao setor, principalmente para qualificar a devida intervenção estatal na solução da aparente dicotomia entre liberdade de preços e modicidade tarifária.

2. Definição de Serviço Público

A prestação do serviço público consiste em atividade econômica – assim considerada em sentido amplo – cuja titularidade da sua prestação é detida pelo Estado, segundo a repartição de competências federativas constantes da [Constituição Federal de 1988](#). Sua execução pode-se realizar de forma direta (hipótese em que cada ente da Federação os executa por meio dos seus próprios órgãos), ou por meio de sua delegação a terceiros (particulares ou entes paraestatais

³ Discussão conceitual sobre a classificação dos serviços de transporte na navegação interior. 10º Seminário Internacional de Transporte e Desenvolvimento Hidroviário Interior, 2017. Disponível em: <http://sobena2017.galoa.com.br/br/node/1059>. Acessado em 31/08/2018.

⁴ Passageiros transportados nos serviços regulares e nos serviços fretados em 2013. SUPAS/GERPA e SUPAS/GEFAE.

⁵ Plano Nacional de Viação 2014 – DNIT

⁶ Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014, que altera a lei 10.233, de 5 de junho de 2001 e dá outras providências.

– empresa pública ou sociedade de economia mista) ou, ainda, por meio de outorga às autarquias públicas.

No campo da delegação de serviço público, a transferência de sua execução a terceiros se dá precipuamente por meio de instrumentos de concessão e permissão, ambos de natureza contratual. Nada obstante, pode dar-se, ainda, por meio de delegação unilateral do Estado ao particular, o que se perfaz mediante ato administrativo autorizativo para que o particular execute a atividade sob condições determinadas de forma unilateral pelo ente público delegante.

O art. 21 da CF dá competência à União Federal para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, algumas atividades, como os serviços de transporte aquaviário (art. 21, XII, "d", da [CF/88](#)). Essas atividades, contudo, nem sempre serão típicos serviços públicos; algumas vezes são exercidas por particulares no próprio interesse destes, ou seja, sem que haja qualquer benefício para certo grupamento social (CARVALHO FILHO, 2005).

Apesar de parte da doutrina entende que a repartição de competências do art. 21, XII, é indicativa da natureza de serviço público atribuído à atividade, elas somente serão qualificadas como serviço público quando estiver presente o pressuposto necessário: a satisfação imediata de direitos fundamentais.

Assim, existirá serviço público apenas quando as atividades referidas na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente os direitos fundamentais. Se houver cabimento de oferta de utilidades desvinculada da satisfação dos direitos fundamentais, existirá uma atividade econômica em sentido estrito (ou um serviço de interesse coletivo). Portanto, não basta a existência da norma constitucional para o surgimento do serviço público, exige-se o oferecimento de utilidades a pessoas indeterminadas, a exploração permanente da atividade e outros requisitos fixados em lei ordinária.

Em suma, caberá à lei ordinária determinar a publicização de certa atividade e as hipóteses em que configurará serviço público. Nesse sentido, comungando com os mandamentos constitucionais do art. 30, V, da [CF/88](#), a [Lei 7.783, de 28 de junho de 1989](#), popularmente conhecida como a “Lei de greve”, em seu artigo 10 define quais são os serviços essenciais, incluindo em seu rol o serviço de transporte

coletivo, dispondo ainda sobre a obrigatoriedade de manutenção da prestação desses serviços, inclusive, durante os períodos de greve ([Lei 7.783/1989](#), art. 11).

Assim, o dispositivo do art.21, XII, “d”, que determina que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte aquaviário (entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território) não cria a presunção que esse transporte, em qualquer de suas modalidades são intrinsecamente serviços públicos.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso (2000, p. 165) sustentou que as normas que criam serviços públicos não inerentes – aqueles que, pela sua natureza, só podem ser prestados pelo Estado, porque relacionados com o seu poder de império – “só será admitida com fundamento, ainda que genérico, em outra norma constitucional e, em qualquer caso, deverá ser interpretada restritivamente, como convém às normas excepcionais e restritivas de direitos”.

Vale ressaltar que o STF já manifestou o mesmo entendimento, em questão atinente ao próprio setor de transportes. Discutiu-se no RE 220.999-7⁷ se haveria responsabilidade civil da União em razão da não prestação do serviço de transporte fluvial de carga em determinado rio. Para assentar a ausência de responsabilidade civil, o STF afirmou que o transporte fluvial de cargas não era serviço público, por não atender a qualquer necessidade coletiva essencial. O acórdão tem trechos importantes, que serão abaixo reproduzidos:

“Nem se diga que o transporte fluvial é dos serviços que integram os ‘fins do Estado.

O Prof. RUY CIRNE LIMA, quanto ao conceito de serviço público foi preciso: ‘serviço público é todo serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, por isso mesmo tem que ser prestado pelos componentes daquela direta ou indiretamente, pelo Estado ou por outra pessoa administrativa’ (...)

Não é o que se passa, no caso, com o transporte fluvial.

Não é ‘indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social’ (DUGUIT).

Não é existencial para a sociedade.

⁷ STF, 2ª Turma, RE 220.999-7, Rel. p/ ac. Min. Nelson Jobim, DJ 24/11/2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14754963/recurso-extraordinario-re-220999-pe/inteiro-teor-103140003?ref=juris-tabs#>>. Acessado em 31/08/2018.

Existenciais e indispensáveis 'à realização e ao desenvolvimento da interdependência social' são os serviços públicos ditos essenciais. (...)

A União não tem a obrigação constitucional, legal nem contratual de oferecer os serviços”.

Assim, sendo possível se dizer que o transporte aquaviário de cargas não é serviço público, a *contrario sensu*, é evidente que o transporte aquaviário coletivo de passageiros constitui serviço público – não só por expressa determinação constitucional (art. 30, V, CF) – como também pelo seu indiscutível caráter essencial para a coletividade.

Entre as atividades, o transporte coletivo de passageiros sempre foi uma atividade qualificada como um serviço público atribuído aos particulares. Neste sentido, explica Emerson Gabardo (2009):

Dentro desta característica de elevada densidade regulatória, um dos pontos de relevância em relação aos transportes coletivos urbanos refere-se à adjetivação normativa deste serviço público como "essencial" contida no artigo 30, inciso V, da Constituição. Para Horácio A. Mendes de Souza "a noção de essencialidade é tão variante quanto a de serviço público". Ademais, esclarece o autor que o fato de somente o transporte coletivo ter sido elencado como essencial não significa que o interestadual, o intermunicipal e o internacional também não o sejam. E Adilson Dallari vai além, propondo que "todo serviço público é essencial, no sentido de corresponder a uma necessidade da coletividade, como algo indispensável ao convívio, ao desenvolvimento normal das atividades dos integrantes de uma coletividade, nos dias atuais". E cita como exemplo justamente o serviço de transporte coletivo, asseverando que "pode não ser utilizado por uma parcela da população, mas ele é indispensável para o funcionamento da cidade e o Poder Público tem o dever de proporcioná-lo". São procedentes as colocações dos autores, principalmente quando em foco o "princípio da continuidade dos serviços públicos", haja vista que ao principal atributo da essencialidade são as garantias e restrições em face da possibilidade de paralisação. Ou seja, para alguns intérpretes, todos os serviços públicos são essenciais, pela sua própria natureza de satisfação de uma necessidade de atendimento perene. Nesse sentido ponderam, por exemplo, Ana Maria Golifi e Flaquer Scartezini, quando afirmam: "como o serviço público antes de um conceito jurídico é um fato, uma de suas características essenciais é a continuidade, que está ligada é eficiência da prestação, pois só assim será oportuna. A sua prestação não deve ser interrompida, sob pena de prejudicar justamente o beneficiário, o destinatário para o qual o serviço foi criado.

Corroborando ainda mais com essa tese, recentemente o direito ao transporte foi positivado no texto constitucional, promulgada por meio da Emenda constitucional nº 90 de 15 de setembro de 2015, como direito social, portanto, direito fundamental. Valorizando a importância da mobilidade de pessoas, o art. 6º da [Carta Magna de 1988](#) agora diz que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Partindo dessa premissa básica e pacífica (que o transporte coletivo de passageiros é serviço público), o regime dos serviços públicos apresenta características funcionais próprias que os diferenciam do regime dos serviços privados.

O legislador prescreveu que o serviço público deverá ser adequado, assim entendido, nos termos do inciso IV do parágrafo único do art. 175 da [CF/88](#), dos arts. 6º e 7º da [Lei de Concessões](#) (Lei nº 8.987/1995), o art. 6º do [Código de Defesa do Consumidor](#) e o art. 4º da recente [Lei dos Serviços Públicos](#), como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

3. Autorização Administrativa

Todavia, o transporte de passageiros sob competência federal detém uma peculiaridade (ou anomalia) que conflita diretamente com o preceito de serviço público, especialmente ao atributo de serviço adequado que satisfaça a modicidade das tarifas.

Isso porque, a [Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001](#), que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, em seu art. 13, V, "b", determina a autorização como forma de delegação de serviço público aplicado ao transporte de âmbito federal, conforme segue:

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

(...)

V - autorização, quando se tratar de:

(...)

b) prestação de serviço de transporte aquaviário;

(...)

e) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura.

Em sequência, o art. 43 preceitua as principais características dessa autorização:

Art. 43. A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será outorgada segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características:

I – independe de licitação;

II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;

III – não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

Portanto, encontramos no cenário atípico do transporte coletivo de passageiros uma figura *sui generis*. De um lado a liberdade de preços e serviços de tarifas, em um ambiente de livre e aberta competição, característica das atividades estritamente privadas ou privadas de interesse público; e do outro a execução de serviço de transporte coletivo regular de passageiros, ligado diretamente ao conceito de serviço existencial indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, de forma a atender o atributo de serviço adequado que satisfaça o requisito de modicidade tarifária.

Ao analisarmos essa particularidade no transporte coletivo de passageiros, encontramos um conflito aparente entre os institutos da modicidade das tarifas e da autorização administrativa e sua liberdade de preços. Isso porque a prestação indireta de serviço público delegado ao particular por meio do instrumento de autorização administrativa indica inúmeras controvérsias doutrinárias.

Uma parte da doutrina, ao considerar que o transporte coletivo regular de passageiros em qualquer segmento é serviço público, alegava a impossibilidade da sua exploração em regime privado. Em consequência, qualquer atividade do setor, mesmo em áreas competitivas, deveria ser explorada pelo particular através do que

determina o art. 175, isto é, sua delegação só poderia se dar por permissão ou concessão (BANDEIRA DE MELLO, 2003).

Marcos Juruena Villela Souto (2001, p. 154-155), comentando o regime de autorização, faz as seguintes considerações:

A Administração só pode se utilizar da autorização quando não houver predominância do interesse público sobre o particular; é que a definição de autorização envolve a prática de um ato administrativo discricionário e precário, em que predomina o interesse particular, o qual é objeto de consentimento da Administração, em outras palavras, algumas matérias definidas como serviços públicos têm interesse localizado e restrito a um determinado particular – como, por exemplo, o aproveitamento de um pequeno potencial hidráulico – mas, ainda assim, a Administração deve apreciar se não há extensão da repercussão desse interesse sobre os demais administrados, chancelando a pretensão do particular sob a forma de autorização. (grifo nosso)

Alguns autores referem-se aos chamados serviços autorizados, para quem tais atividades servem “para atender interesses coletivos instáveis ou emergência transitória”. Na verdade, não há autorização para a prestação de serviço público. A autorização é ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu exclusivo ou predominante interesse, não se caracterizando a atividade como serviço público. A prestação de serviço público deverá ser objeto de concessão ou de permissão.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 423-424), comentando o tema, apresenta os seguintes argumentos:

Não nos parece possível conceber dois tipos diversos de atos para o mesmo objeto. Também não nos convence que a diferença se situe na natureza do serviço público, vale dizer, se é estável ou instável, ou se é emergencial ou não emergencial como parece pretender aquele grande mestre. Se o serviço se caracteriza como público deve ser consentido por permissão. Alguns autores exemplificam a autorização invocando a atividade de portar arma ou a de derivar água de rio público. Ora com a devida vênia, tais atividades são realmente autorizadas, mas estão longe de considerar-se serviço público; cuida-se, isto sim, de atividades de interesse privado que precisam de consentimento estatal pela necessidade de ser exercido, pela Administração, o seu poder de polícia. Por isso é que o Poder Público, nesses casos, confere autorização.

Costuma-se fazer remissão ao art. 21, XII, da CF, para justificar a dita autorização de serviço público. Assim, porém, não nos parece. O art.

21 da CF dá competência à União Federal para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, algumas atividades, como os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens, navegação, transportes etc. Essas atividades, contudo, nem sempre são típicos serviços públicos; algumas vezes são exercidas por particulares no próprio interesse destes, ou seja, sem que haja qualquer benefício para certo grupamento social. Desse modo, a única interpretação cabível, em nosso entender, para a menção às três espécies de consentimento federal, reside em que a **concessão e a permissão são os institutos próprios para a prestação de serviços públicos, e a autorização o adequado para o desempenho da atividade do próprio interesse do autorizatário.**

É certo que pode haver equívoco na rotulação dos consentimentos estatais. Cumpre, entretanto, averiguar a sua verdadeira essência. Ainda que rotulada de autorização, o ato será de permissão se alvejar o desempenho de serviço público; ou, ao contrário, se rotulado de permissão, será de autorização se o consentimento se destinar à atividade de interesse do particular.

Além disso, há o argumento que consideramos definitivo: a Constituição Federal, ao referir-se à prestação indireta de serviços públicos, só fez menção à concessão e à permissão (art. 175). Parece-nos, pois, que hoje a questão está definitivamente resolvida, no sentido de que **o ato de autorização não pode consentir o desempenho de serviços públicos.** (grifo nosso)

Da mesma forma que não existe uma unidade teórica a respeito da qualificação de uma atividade na categoria de serviço público, as características do regime jurídico dessas atividades são ainda mais variadas e minuciosas. Aproveitamos novamente a propriedade da doutrina de Emerson Gabardo (2009):

De fato, não há um regime jurídico extenso e bem estabelecido dos serviços públicos previsto expressamente na Constituição Federal. O artigo 175 assevera somente que serão prestados pelo Estado direta ou indiretamente (neste último caso, mediante o respeito ao regime licitatório). Decorrência inafastável desta disposição é a exclusão do serviço público da garantia inerente à livre iniciativa. Os particulares, a contrário senso, estão proibidos de prestar atividade que teve seu regime publicizado pela Constituição ou pela lei. Todavia, caso o Estado tome a decisão política de novamente repassá-lo aos particulares, poderá fazê-lo mediante a utilização do instituto da delegação. As concessões e as permissões de serviço público implicam o repasse da gestão ou execução do serviço (precedido ou não de obra pública). A primeira ocorre mediante contrato, cujo caráter é bilateral e o regime é especial, ainda que o contrato seja uma categoria que não pertença nem ao Direito público nem ao Direito privado, como propõe Romeu F. Bacellar Filho. A segunda

consiste em um ato administrativo, embora seja cada vez mais discutível a sua natureza (que irá depender do caso concreto e das cláusulas regentes da relação). Se não entender necessária a delegação, deve o Estado prestar o serviço diretamente, criando para tanto as propaladas empresas públicas e sociedades de economia mista, que atuarão em um regime misto público, porém parcialmente derogado pelo Direito privado (pois suas personalidades serão de Direito privado). Obviamente, a opção por uma ou outra forma de descentralização produz conseqüências no plano normativo.

A origem da controvérsia tem fundamento na usual definição doutrinária do ato administrativo "autorização" como um ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público ou o desempenho de atividade.

O elemento diferencial desse ato, se comparado ao assemelhado ato de licença, é justamente a discricionariedade e a precariedade da decisão, e nesse ponto alguns doutrinadores a consideram incompatíveis à atividade do serviço público. José Eduardo Martins Cardoso (2006, p. 426), citando Bacellar Filho expõe essa controvérsia:

Inobstante reconheça-se o extremado cuidado que a doutrina vem conferindo ao tema, é imperioso aduzir que o conceito, genericamente enunciado, pode levar a algumas perplexidades. Com efeito, se partimos do pressuposto de que a autorização retrata o ato administrativo unilateral, discricionário e precário editado pela Administração, a pedido e no interesse preponderante do particular interessado, para atender a necessidade individuais ou coletivas que se impõem pela instabilidade ou emergência transitória, frente à discricionariedade que caracteriza o ato, haveremos de concluir pela fragilidade do instituto, reconhecendo ao Poder Público a revogação da outorga uma vez caracterizados critérios de conveniência e oportunidade que a tanto aconselhem (exemplo: autorização para porte de arma de fogo). Todavia, é comum confundir a autorização com a licença, ocasião em que, cumprida a liturgia estipulada para o alcance de determinado provimento, à Administração cumpre expedir o ato, não podendo desconstituí-lo sem o devido processo legal. Neste caso, trata-se de ato vinculado, não discricionário, cujo desfazimento submete-se às solenidades próprias dos chamados atos negociais.

Como a concessão parece ser uma forma de delegação menos ágil do que a autorização, o poder público, ao defrontar-se com as complexidades de um contrato de concessão, e premido pela urgência na provisão de serviços, optou inúmeras vezes pela autorização como forma de funcionamento de atividades do setor de

transporte, especialmente para a execução do transporte aquaviário de passageiros ou terrestre interestadual ou internacional, historicamente pouco lembrado ou quase sempre renegado das políticas públicas de mobilidade urbana.

O fato é que tais atividades, pelo fato de demandarem investimentos expressivos em infraestrutura de transporte e na segurança viária, deveriam ter sido delegados sob a égide da permissão, já que não está presente o elemento de precariedade. Ademais, o regime de autorização, por não estar sujeito a obrigatoriedade de licitação, também não contribui para o fortalecimento de um sistema de preços competitivos, o que pode apenar o usuário.

Criou-se assim uma situação em que os direitos do investimento privado ficaram mal definidos, ao mesmo tempo em que os consumidores ficam sujeitos à liberdade de preços, em um ambiente de livre e aberta competição, onde na realidade não se vislumbra uma concorrência perfeita (ou próxima dela) que justifique tamanha liberalidade.

Nos mercados de transporte aquaviário a situação é mais gravosa. Na navegação interior, em menor grau na navegação longitudinal, e com bastante relevância na navegação de travessia, o que encontramos são poucas ou apenas uma empresa atuando nas linhas autorizadas, em especial no âmbito federal. Isso se deve, principalmente, pela característica técnica e operacional do serviço, que não permite um número expressivo de operadores nas margens dos rios. Na maioria dos casos inexistente competição pela demanda de transporte, formando verdadeiros monopólios ou oligopólios naturais.

O monopólio se estabelece porque, em muitas situações, não há viabilidade operacional, segura e econômica para a participação de mais de uma empresa para operação na navegação. Situação comparável ao que ocorre no setor de transmissão de energia elétrica, em que não há viabilidade para o estabelecimento de duas redes paralelas de transmissão para concorrer desde o ponto de geração até os de distribuição.

Para a modalidade de transporte de travessia inserido na abrangência dos sistemas rodoviário ou ferroviário federais⁸ a concentração de mercado é ainda maior; por se tratar de transporte aquaviário que integra o sistema viário naqueles

⁸ Súmula Administrativa nº 001-ANTAQ, de 9 de agosto de 2004, inciso I, item a, "3".

trechos onde inexistente ponte, a limitação natural de atracação e desatracação é fator determinante que restringe a concorrência de empresas na prestação do serviço.

Segundo o economista Mankil (2005), "enquanto uma empresa competitiva é uma tomadora de preços, uma empresa monopolista é uma formadora de preços". Adiante acrescenta que:

A principal diferença entre uma empresa competitiva e um monopolista é a capacidade que este tem de influenciar o preço de seu produto. Uma empresa competitiva é pequena em relação ao mercado em que opera e, portanto, toma o preço de seu produto como dado pelas condições de mercado. Em contraposição, um monopolista, como único produtor em seu mercado, pode alterar o preço de seu bem ajustando a quantidade que oferta no mercado.

Sobre o assunto, tramita nas comissões de Viação e Transportes e de Constituição e Justiça e de Cidadania Projeto de Lei 8312/14, que delega à ANTAQ a atribuição de definir as linhas do transporte aquaviário de travessia que serão prestadas pelo regime de permissão. Para o autor do projeto, Diego Andrade (PSD-MG), a dispensa de licitação induz ao abuso dos preços praticados pelas empresas que prestam o serviço de travessia aquaviária, à prática de monopólio e à formação de cartéis. Segundo ele, "um poderoso lobby político vem conseguindo impedir a construção de pontes para dar continuidade a várias rodovias estratégicas para o desenvolvimento do País."

Assim, independentemente do debate da inconstitucionalidade das autorizações de serviço público, já em questionamento no STF⁹, ou de possíveis modificações do regime de outorga no cenário político-legislativo, a conciliação do tema deve retomar os conceitos de modicidade e liberdade tarifária afetos ao serviço público autorizado, em especial para compreender os valores em divergência e obter a harmonia dos interesses envolvidos.

4. Modicidade Tarifária versus Liberdade Tarifária

Ao qualificar o transporte de passageiros como um serviço público, abre-se a incidência de normas contidas tanto nas legislações especiais desta modalidade

⁹ ADI 5549. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5549&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 31/08/2018

de serviço público como também normas gerais relativas ao serviço público. Desta forma, é necessário interpretar sistematicamente todas as normas intrínsecas da atividade objeto de análise, examinando caso a caso quais serão os princípios e regras a ela aplicáveis.

O autorizatário de determinado serviço público encontra-se submetido à diretriz de manter serviço adequado, nos termos do inciso IV do parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal, o que implica manter condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas cobradas (art. 28, inc. I, da [Lei nº 10.233/2001](#) c/c art. 4º da [Lei nº 13.460/2017](#)).

Relativamente a esse último atributo legal que interessa a análise, a lei não criou qualquer conceito que definisse a modicidade tarifária. Por outro lado, a doutrina é pacífica no sentido de que modicidade não significa gratuidade. Enquanto a modicidade é um princípio, um balizamento, a gratuidade é uma opção política (GROTTI, 2003). A modicidade existe quando remunera adequadamente, considerando os riscos do empreendimento, os custos e os investimentos realizados para prestar o serviço em regime de eficiência, sendo suficiente também para viabilizar o repasse aos usuários de pelo menos parte dos ganhos da produtividade auferidos pelas empresas.

A doutrina econômica sobre o tema é vasta ao discorrer sobre os critérios para fixação de tarifas. Dentre os métodos mais comuns estão a tarifação pela taxa de retorno e a tarifação pelo preço teto (*price cap*), abaixo explicados (DONATO MARTINS, 2009):

A remuneração pelo custo médio do serviço (*cost plus*) ou pela taxa de retorno consiste em assegurar ao particular remuneração que permita amortizar os investimentos realizados, a compensação de seus custos e a obtenção de um retorno satisfatório. Um dos principais problemas desse mecanismo diz respeito à dificuldade de avaliar custos para subsidiar a determinação do preço, devido à assimetria de informações entre empresas e regulador. Essa dificuldade relaciona-se com a determinação precisa e exaustiva dos custos, com os investimentos necessários que assegurem a eficiência econômica e com a indicação exata dos custos efetivamente realizados pelo prestador do serviço.

O mecanismo de tarifação conhecido como *price cap* constitui-se numa regra de reajuste por índice de preços, deduzido de um

coeficiente que representa o repasse para o usuário da redução de custos relativa ao aumento de produtividade. Uma das principais vantagens desse mecanismo se refere ao incentivo à eficiência operacional visando ao aumento de produtividade em vista da fixação de um valor máximo para a tarifa.

Todavia, estamos diante de uma regulação peculiar de serviços distintos (regido inclusive pelas mesmas regras normativas): o transporte de cargas, que detém as características do setor privado para a concorrência entre empresas e precificação dinâmica; e a prestação de serviço público de passageiros, com a necessidade de atendimento da população mesmo em baixa demanda (princípio da continuidade) e da abstenção de preços excessivos (modicidade tarifária), entre outros.

Considerando a premissa básica que os serviços de transporte regular de passageiros é um serviço público (conforme já exposto), prestado de maneira a satisfazer aos ditames de serviço adequado que atenda a modicidade das tarifas; e considerando ainda que esse serviço será delegado ao particular por meio de instrumento de autorização administrativa, modalidade de outorga que pressupõe a liberdade de preços e a livre concorrência (com controvérsias também expostas), conclui-se que a conciliação dos institutos sugere que a plena liberdade de tarifas é mitigada pelo não exagero na precificação dos serviços.

Assim, a concordância dos termos "livre e módico" para a precificação dos serviços deverá orientar a análise sobre a regulação do serviço público em questão. Isso porque a liberdade de preços, por sua vez, apenas é viável quando aplicada a um ambiente de concorrência entre diversos agentes econômicos. Do contrário, o agente monopolista tenderá a fixar o preço em valores excessivos aos usuários.

Portanto, o regime de liberdade de preços é mais apropriado aos serviços públicos que possam ser prestados em um regime de concorrência. Por sua vez, nos casos de monopólio natural ou legal recomenda-se que as tarifas sejam fixadas pelo Poder Público delegante.

Alexandre Santos Aragão (2004) tece importantes comentários a respeito do regime de liberdade de preços para os serviços públicos prestados indiretamente por particulares:

Busca-se, em alguns setores mais, em outros menos, diminuir a imposição dos preços dos serviços públicos pela Administração

Pública. O que se pretende é que os preços sejam determinados pela livre concorrência entre os diversos agentes econômicos prestadores daquela determinada atividade, razão pela qual a arena por excelência apropriada para esta maior liberdade de preços é a dos serviços em que também haja, ao menos parcialmente, liberdade de entrada (v. Item anterior).

Assim, obviamente que não seria apropriado, e dificilmente constitucional, que a liberdade (de toda sorte sempre relativa) de preços fosse adotada em todos os serviços públicos, sendo admissível apenas naqueles nos quais a concorrência seja efetiva e que não possuam obrigações de universalidade e modicidade.

Cumpra também observar que a liberdade de preços deve ser mantida apenas enquanto gerar efeitos positivos para os consumidores, sem abusos do poder econômico, devendo, portanto, estar sempre sujeita a um diuturno acompanhamento por parte da Administração Pública.

(...)

Comentando a liberdade de preços como fator de inserção da concorrência nos serviços públicos, Gaspar Aríno Ortiz e Lucia Lopez de Castro García-Morato comentam que "os preços das prestações e serviços segundo o novo modelo de regulação serão em alguns casos preços de mercado e em outros preços regulados, segundo exista ou não concorrência real naquela fase da atividade em questão. Na medida em que o mercado os fixe espontaneamente, não seria necessário regulá-los; e em todo caso, a regulação será facilitada pela existência de um preço de mercado em alguma fase ou segmento da atividade", diminuindo a assimetria informacional dos órgãos reguladores.

Assim, recomenda-se a o agente regulador atue de forma a corrigir as falhas de mercado que prejudiquem a prestação dos serviços públicos, sendo a fixação de tarifas máximas uma das opções utilizadas para tais hipóteses.

5. Serviço Público e Concorrência

É inegável a referência do serviço público de transporte de passageiros como atividade destinada a suprir necessidades coletivas. Nesse sentido, afirma Marçal Justem Filho:

O serviço é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidade necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação de direitos fundamentais. Isso significa que o serviço público é o meio de assegurar a existência digna do ser humano. O serviço de atendimento a necessidades fundamentais e essenciais para a sobrevivência material e psicológica dos indivíduos. Há um vínculo

de natureza direta e indireta entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais.

Dessa forma, ao se ter em pauta a discussão acerca dos serviços públicos, o fundamento da existência desses serviços nada mais é da consagração dos direitos fundamentais dispostos no texto constitucional. Vale dizer que a prestação dos serviços públicos emerge, assim, como um instrumento necessário para a realização dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos brasileiros pelo texto constitucional vigente.

Não obstante a [Constituição de 88](#) prever a livre concorrência como princípio jurídico, e, portanto, tê-la incluído em suas políticas de Estado como instrumento de melhoria das condições do mercado e de proteção e promoção do cidadão, ainda persiste na prática regulatória enorme dificuldade em se admitir a aplicação das normas concorrenciais aos serviços públicos. Dessa forma, estariam os serviços públicos sujeitos a um regime, supostamente uniforme, de direito público, que colocaria de forma integral a aplicação dos institutos de direito público na exploração e prestação desses mercados.

A aparente dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas é brilhantemente abordada na obra do jurista Vitor Rhein Schirato (2012), que dedica ampla teoria sobre a necessidade de aplicação das normas de concorrência aos serviços públicos e a mitigação dessas normas em casos justificados, para a garantia do alcance das finalidades do serviço público.

Para esse autor, a transição de uma prestação exclusiva para uma prestação concorrencial implica a quebra de consideráveis paradigmas. Com a liberalização de diversas das atividades que constituem serviços públicos no direito brasileiro, a regra da exclusividade passa a ser a exceção, de tal forma que só poderia existir quando expressamente prevista em lei e de forma estritamente justificada e proporcional às finalidades da atividade.

Assim, determinou a [Lei nº 10.233/2001](#), em seu art. 43, que a prestação dos serviços de transporte aquaviário e rodoviário (regular interestadual e internacional de passageiros) será outorgada pelo instituto da autorização, independente de licitação e exercida em liberdade de preços, em ambiente de livre e aberta competição.

Nessa perspectiva, a concorrência passa a ser uma ferramenta para a realização das finalidades do serviço público, em lugar da exclusividade, na medida em que se pretende, por meio de tal ferramenta, conferir aos usuários os benefícios antes só alcançáveis por meio das exclusividades públicas.

A partir do momento que o legislador constituinte erigiu a concorrência à condição de princípio jurídico, determinou que a concorrência seja diretamente aplicável às situações reguladas, exceto em caso de conflito com outros princípios e na exata medida do adequado, após prévia ponderação da situação concreta.

Considerando, então, que a livre concorrência deverá ser ponderada e poderá ser restrita na prestação dos serviços públicos sempre que, em sua decorrência, puder haver prejuízos ao dever de universalidade e ao dever de modicidade tarifária do serviço público em questão (SCHIRATO, 2012, p. 156). Assim, sempre que a existência de uma pluralidade de agentes puder levar ao sacrifício dos deveres de universalidade e de cobrança de tarifas módicas, deverá a concorrência ser proporcionalmente afastada.

A escolha da modicidade tarifária e da universalização como parâmetros de possíveis restrições à livre concorrência não é aleatória: deve-se ao fato de que eles constituem dois dos elementos essenciais dos serviços públicos, que podem com mais facilidade ser afetados por um regime concorrencial, na medida em que os serviços públicos, por demandarem altas montas de investimento para seu oferecimento, podem ter o retorno dos investimentos frustrados em casos específicos de competição.

Portanto, se as prestações destinadas à satisfação dos direitos fundamentais podem ser afetadas pela existência de um regime concorrencial, tal regime deverá ser revisto. Nessas hipóteses, a concorrência teria um efeito oposto ao desejado, pois ao invés de ser um instrumento de fomento e realização dos serviços públicos, passa a ser elemento que impossibilita sua plena realização.

Em um mercado competitivo, a tendência natural dos agentes é a concentração, no caso do transporte público de passageiros, naquelas linhas e horários mais rentáveis. Dessa forma, a prestação dos serviços em localidades mais distantes, ou em horários com demandas baixas, pode ser prejudicada. Esse cenário

é oposto ao que propugna com relação a uma atividade considerada serviço público (SCHIRATO, 2012, p. 158).

Chegamos, então, a um ponto no qual a regra na prestação dos serviços públicos é a concorrência, em razão da posição normativa do princípio da livre concorrência na ordem econômica constitucional. Porém, em casos específicos em que as finalidades específicas dos serviços públicos (entendidas como a satisfação de determinado direito fundamental) possam ser prejudicadas pela competição entre os agentes prestadores, em especial no que concerne aos deveres de modicidade tarifária e universalidade, a regra da concorrência pode ser afastada. Mas ainda se faz necessário apresentar em qual medida isso pode acontecer na prestação de um serviço público.

A [Constituição](#) garante o direito fundamental de livre locomoção (inciso XV do artigo 5º). Todos os que se localizem no território brasileiro são titulares desse direito (art. 5º, caput). Tal direito impõe ao Estado (seu destinatário) duas ordens de obrigação: em primeiro lugar, não pode o Estado impor óbices à livre locomoção dos cidadãos (direito de defesa) e, em segundo lugar, deve o Estado garantir a todos meios para a realização da liberdade de locomoção. Assim sendo, os serviços públicos de transporte destinam-se a permitir a todos os cidadãos que se locomovam livres pelo território.

Ao instituir um serviço público de transporte, ao Estado são impostos dois deveres essenciais: levar os serviços de transporte a maior quantidade de pontos possível dentro do território nacional e permitir que toda a população tenha acesso a referidos serviços, o que impõe um dever de compatibilidade entre o valor cobrado pelo serviço e a capacidade da população de pagá-lo. Visto que tal serviço servirá para a realização de um direito fundamental criado pela ordem constitucional (art. 5º, inc. XV) (SCHIRATO, 2012, p. 161).

Nesse sentido, caso a concorrência (em consequência a liberdade de preços) entre os prestadores de um determinado serviço público de transporte possa impedir que eles levem os serviços a determinados pontos do território, que prestem em determinados horários, ou ainda determina que, para que esse serviço ocorra, a remuneração a ser obtida pelos agentes prestadores seja tão elevada a ponto de impedir a fruição pela população, deverá a concorrência ou a liberdade tarifária ser

afastada, porque será tolhido o direito fundamental de seu titular e/ou não será realizado o suporte fático do direito fundamental.

Para tanto, será preciso uma ponderação da aplicação do princípio da livre concorrência em consideração ao princípio da livre locomoção, segundo o crivo da proporcionalidade.

Com isso, concretizamos uma importante premissa para a consolidação dos procedimentos de reajuste de preços nos serviços de transporte na navegação interior, que a liberdade tarifária (consequência da livre concorrência no serviço) poderá ser ponderada em favorecimento ao atendimento da livre locomoção do cidadão (decorrência da natureza jurídica do serviço público de transporte de passageiros na navegação interior).

Para tanto, há de se estabelecer as necessárias precauções para se concretizar esse preceito, para que o administrador público não exceda em sua discricionariedade. Não se trata, naturalmente, de achar-se demasiado ou não o aumento, senão se ele se apoia ou não em motivações sustentadas na racionalidade econômica de modo a serem reconhecidas pelo Direito.

Nesse sentido reproduzimos recente manifestação do STF sobre o tema, em sede de [ADI 4874/DF](#), de lavra do Eminentíssimo Ministro Alexandre de Moraes, que analisou norma da ANVISA sobre a adição de sabores a cigarros¹⁰:

As Agências Reguladoras não poderão, no exercício de seu poder normativo, inovar primariamente a ordem jurídica sem expressa delegação, tampouco regulamentar matéria para a qual inexistam um prévio conceito genérico, em sua lei instituidora (standards), ou criar ou aplicar sanções não previstas em lei, pois, assim como todos os Poderes, Instituições e órgãos do poder público estão submetidas ao princípio da legalidade (CF, art. 37, caput), como bem destacado por CAIO TÁCITO "a liberdade decisória das Agências Reguladoras não dispensa do respeito ao princípio da legalidade e aos demais fixados para a Administração Pública, no art. 37 da Constituição Federal de 1988" ("Agências reguladoras na administração." Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 221, jul/set. 2000), não possuindo, portanto, como lembra MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, um "cheque em branco para agir como bem entendem, divorciada do princípio da legalidade" ("Agências reguladoras e suas

¹⁰ MORAES, Alexandre de. Voto em ADI 4874/DF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4874AM.pdf>. Acessado em 31/08/2018

características.” Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 218, p. 73, out./dez. 1999). Conferir, ainda, em favor da necessidade de observância pela Agência do princípio da legalidade e dos limites da delegação: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Direito administrativo. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 397; ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL MORAES, “Agências reguladoras.” Revista de Informação Legislativa, Brasília, jan./mar. 1999, p. 153.

Nesse prisma, quando houver margem para a escolha de consequências, conferida ao agente público para fixar o conteúdo dos conceitos indeterminados – como, por exemplo, a estratificação dos termos "prática prejudicial à competição" ([Lei nº 10.233/2001](#), art. 45) ou "justa causa" ([CDC](#), art. 39, inc. X), tal margem deve estar em consonância à boa administração pública, entendido como direito à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas (MIRAGEM, 2016).

6. Conclusão

Os preceitos da livre concorrência e liberdade tarifária serão adequados ao instituto da autorização administrativa nos serviços públicos de transporte de passageiros, na medida que esses serviços sejam executados em ambiente competitivo. Será mitigada, todavia, sua autonomia caso se identifique indicativos de mercados concentrados e que desempenham relevante interesse coletivo, justificável pela necessidade de proteção dos interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte, com o propósito de se garantir os padrões de eficiência e a modicidade das tarifas.

Assim, as Agências Reguladoras, no seu poder geral de tutela do interesse público, poderão realizar a adequação do preço, aferindo a correção dos valores praticados definidos como abusivos, quando houver dúvida relevante sobre a efetiva transferência aos usuários dos custos e benefícios econômicos pelos investimentos realizados, em regime de eficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTAQ. Agência Nacional de Transporte Aquaviários. 2004. Súmula Administrativa nº 001, 9 de agosto de 2004. Disponível em: http://sophia.antaq.gov.br/index.asp?codigo_sophia=18246. Acessado em 31/08/2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Serviços Públicos e Concorrência.** A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional Belo Horizonte, n. 17, ano 4 Julho / Setembro 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. As concessões, permissões e autorizações de serviço público. In: CARDOSO, José Eduardo Martins et al. (Org.). **Curso de direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Regime Constitucional do Serviço Postal. **Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada.** Revista de Direito Administrativo, nº 22, Rio de Janeiro, p. 165, out./dez. 2000.

BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 31/08/2018.

_____. Lei 7.783, de 28 de junho de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm. Acessado em 31/08/2018.

_____. Lei de Concessões. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acessado em 31/08/2018.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acessado em 31/08/2018.

_____. Lei dos Serviços Públicos. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm. Acessado em 31/08/2018.

_____. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10233.htmcompilado.htm. Acessado em 31/08/2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DONATO MARTINS, Francisco Giusepe. **Uma análise conceitual da essencialidade e da equidade no âmbito da regulação dos serviços públicos de transporte rodoviário interestadual de passageiros**. Biblioteca Digital do TCU. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/uma-analise-conceitual-da-essencialidade-e-da-equidade-no-ambito-da-regulacao-dos-servicos-publicos-de-transporte-rodoviario-interestadual-de-passageiros.htm>. Acessado em 31/08/2018.

GABARDO, Emerson. **Competência para a prestação de serviços públicos e o transporte coletivo rodoviário no meio ambiente urbano**. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, jul./set. 2009.

GROTTI, D. A. M. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MIRAGEM, Bruno. **Direito protege consumidor e livre concorrência de aumento abusivo (parte 2)**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-20/garantias-consumo-direito-protege-consumidor-aumentos-abusivos-parte>. Acessado em 31/08/2018.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.