

ASPECTOS JURÍDICOS DO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS

2.ED.

**ANDRÉ SADDY
RODRIGO DA FONSECA CHAUVET
(COORDENADORES)**

Ana Paula de Almeida • André Saddy
Bruna Cavalcante Drubi Burger • Flávio Luiz A. Lôbo
Guilherme Melo Graça • Guilherme Villela Pignataro
Jesús Alberto Vargas Hernandez • Marcus Vinícius Câncio Macedo
Mariana Fernandes Cunha Jorge • Mirian Arias Villares
Rodrigo da Fonseca Chauvet • Sergio Foster Perdigão
Victor Costa Rodrigues





www.cej.com.br

Editor

André Saddy

Conselho Editorial

André Saddy – Universidade Federal Fluminense (Brasil)
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo - Escola de Direito do RJ da Fundação Getúlio Vargas (Brasil)
Christian Alberto Cao – Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University (Estados Unidos da América)
Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva – Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)
Daniel Wunder Hachem – Universidade Federal do Paraná (Brasil)
Emerson Affonso da Costa Moura – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)
Irene Patrícia Nohara – Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)
José Eugenio Soriano García – Universidad Complutense de Madrid (Espanha)
Julián Pimiento Echeverri – Universidad Externado de Colombia (Colombia)
Orlando Vignolo Cueva – Universidad de Piura (Perú)
Pablo Schiavi – Universidad de la República / Universidad de Montevideo (Uruguai)
Reinaldo Funes Monzote – Universidad de Havana (Cuba)
Rodrigo Ferrés Rubio – Universidad Católica del Uruguay (Uruguai)

Sede: Rua Alcindo Guanabara n.º 24, sala 1405, Rio de Janeiro, RJ, Centro da Cidade, CEP
20.031-915, Brasil

COORDENADORES

André Saddy
Rodrigo da Fonseca Chauvet

**ASPECTOS JURÍDICOS DO TRANSPORTE
AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS**

2. ed.

AUTORES

Ana Paula de Almeida – André Saddy – Bruna Cavalcante Drubi Burger –
Flávio Luiz de A. Lôbo – Guilherme Mello Graça – Guilherme Villela
Pignataro – Jesús Alberto Vargas Hernández – Marcus Vinícius Câncio
Macedo – Mariana Fernandes Cunha Jorge – Mirian Arias Villares – Rodrigo
da Fonseca Chauvet – Sergio Foster Perdigão – Victor Costa Rodrigues

**Rio de Janeiro
2020**

Copyright © 2020 by André Saddy, Rodrigo da Fonseca Chauvet
Categoria: Direito Administrativo

Produção Editorial
Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Diagramação: Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Capa: Felipe Bonoto Fortes

O Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ) não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra pelo(s) seu(s) Autor(es), bem como esclarece que o padrão ortográfico e o sistema de citações e referências são prerrogativas de cada autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados ao
Centro para Estudos Empírico-Jurídicos
(CEEJ)

Impresso pela Bok2

Catalogação: Daniele Alvarenga CRB7: 6873/RJ

Almeida, Ana Paula de

Aspectos jurídicos do transporte aquaviário de passageiros. / Ana Paula de Almeida, André Saddy, Bruna Cavalcante Drubi Burger [et al.]. - 2. ed. - Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.
330 p.: il. (color.)

Inclui notas de rodapé explicativas, tabelas e quadros.
ISBN: 978-65-99089-04-6

1. Transporte aquaviário. 2. Serviço público de transporte. 3. Transporte público. 4. Consentimentos estatais. I. Título. II. Chauvet, Rodrigo da Fonseca.

CDD – 342.295

Breve apresentação dos autores

Ana Paula de Almeida

Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduada em Direito e Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

André Saddy

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford. Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Adjunto 3 da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional (PPGDC) e do Doutorado em Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor Agregado 2 do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Fundador e Diretor-presidente do Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ). Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Sócio-fundador do escritório Saddy Advogados

Bruna Cavalcante Drubi Burger

Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes; Membro da Comissão Especial de Governança e Compliance da OAB-Niterói; Assistente de ensino e Pesquisadora da Fundação Getúlio Vargas – FGV; Professora e Advogada.

Flávio Luiz de A. Lôbo

Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP) e em Direito Administrativo Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Membro da Inter-American Bar Association (Washington, D.C. / EUA) e da Orange County Bar Association (Flórida / EUA). Advogado e consultor nas áreas de Direito Empresarial e Direito Administrativo. Membro pesquisador do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ), do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC) e do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA).

Guilherme Mello Graça

Mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Assessor do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Guilherme Villela Pignataro

Pós-graduado em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Assistente de ensino e Pesquisador da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado estatal.

Jesús Alberto Vargas Hernández

Advogado pela Universidad de las Américas Puebla

Marcus Vinícius Cândia Macedo

Pós-graduação em Direito Administrativo Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Assessor do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Mariana Fernandes Cunha Jorge

Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduada em Direito e Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

Mirian Arias Villares

Mestranda em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Pós-graduação em Direito Administrativo Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Advogada.

Rodrigo da Fonseca Chauvet

Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense (UFF/2017-2020). Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/2012). Pós-graduado em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/2010). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ/2007). Professor de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio – desde 2013). Membro do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Fundador e Coordenador do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA). Sócio de Trigueiro Fontes Advogados.

Sergio Foster Perdigão

Mestre em Direito Constitucional no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense – PPGDC/UFF. Pós Graduado em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Victor Costa Rodrigues

Mestrando em Direito Regulatório pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ). Pós Graduado em Direito e Economia da Regulação e da Concorrência pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado.



Sumário

Breve apresentação dos autores	5
Apresentação	15

SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro	17
---	----

André Saddy

Introdução	17
1. Serviço público como prestações transferidas da sociedade para o Estado 18	
2. A noção de serviço público da escola de Bordeaux aos dias atuais.....	22
3. Correntes relacionadas à legitimidade na criação de serviços públicos	25
3.1 Corrente constitucionalista.....	25
3.2 Corrente essencialista.....	27
3.3 Corrente convencionista-legalista	27
3.4 Corrente mista/híbrida	28
4. Classificação quanto à titularidade: serviço público privativo e não privativo	28
5. Transporte aquaviário de passageiros	32
6. Serviço público de transporte aquaviário de passageiros	33
6.1 Serviço público privativo prestado em regime público (linha social)	36
6.2 Serviço público privativo prestado em regime privado (linha seletiva) ...	37
Conclusões	39
Referências.....	40

EFICIÊNCIA COMPETITIVA NO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS.....	43
--	----

Victor Costa Rodrigues

Introdução	43
1. O Princípio da Eficiência no Ordenamento Brasileiro	45
2. A competição pelo serviço público.....	49
3. A competição no serviço público.....	53
3.1. A atual disposição da competição no serviço público na Baía de Guanabara	57

3.2. Consequências intrínsecas à competição no serviço público.....	60
4. A competição entre serviços públicos.....	62
5. A competição entre serviços públicos e atividades econômicas.....	66
Conclusões	68
Referências.....	69

OS POSSÍVEIS TÍTULOS HABILITANTES NA EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS: Concessão comum, PPP, Permissão e Autorização	73
---	----

Rodrigo da Fonseca Chauvet

Introdução	73
1. Concessão de Serviço Público	75
2. Concessão Comum.....	78
3. Parcerias Público-Privadas (PPPs).....	87
3.1. Concessão Patrocinada.....	88
3.2. Concessão Administrativa	92
4. Permissão	95
5. Autorização	97
Conclusões	98
Referências.....	99

A EXPLORAÇÃO DO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO POR LINHAS SELETIVAS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO	101
---	-----

Bruna Cavalcante Drubi Burger

Introdução	101
1. Evolução da regulação de serviço público e o instituto das autorizações. 102	
2. A Regulação atual sobre transporte aquaviário no Estado do Rio de Janeiro	107
3. Delegação de linhas seletivas.....	111
4. Propostas para novas linhas seletivas	121
Conclusões	127
Referências.....	129

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO:

previsões constitucionais e solução de conflitos..... 133

Ana Paula de Almeida

Mariana Fernandes Cunha Jorge

Introdução 133

1. O sistema de repartição de competências constitucional..... 134

2. Previsão constitucional das competências sobre transporte aquaviário e as respectivas legislações de cada ente 138

3. Conflitos de competência no transporte de passageiros 142

3.1. Conflitos de competência legislativa 142

3.2. Conflitos de competências materiais 148

3.3. Conflitos específicos de competência no transporte aquaviário de passageiros no Rio de Janeiro 153

Conclusão..... 156

Referências..... 157

ASPECTOS E ABORDAGENS DO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO NAS

REGIÕES METROPOLITANAS: nova perspectiva a partir da análise do

estatuto da metrópole 159

Guilherme Mello Graça

Mirian Arias Villares

Introdução 159

1. Breves linhas históricas das regiões metropolitanas no Brasil 160

2. Principais debates envolvendo as regiões metropolitanas 165

3. Região metropolitana do Rio de Janeiro: a (in)constitucionalidade da Lei Complementar nº 87/1997 171

4. O estatuto da metrópole e a nova configuração das regiões metropolitanas 175

5. O transporte aquaviário de passageiros na região metropolitana do Rio de Janeiro 178

Conclusões 184

Referências..... 185

TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS: a eficácia das multas aplicadas pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transporte Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (AGETRANSP) 187

Marcus Vinícius Cândia Macedo

Introdução	187
1. A agência reguladora estadual – AGETRANSP	188
2. Direito sancionador no âmbito da AGETRANSP	190
2.1. A finalidade punitiva.....	192
2.2. Natureza jurídica do TAC em procedimentos sancionatórios	200
2.3. O Exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - , da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, e da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT	202
3. Estudo de Caso.....	205
3.1. Histórico do Sistema de Transporte Aquaviário	205
3.2. Metodologia Utilizada	206
3.3. Breves notas acerca dos processos regulatórios que embasaram a pesquisa.....	209
3.3.1. Concessionária Barcas S.A (atual CCR BARCAS).....	209
3.3.2. Concessionária Metrô Rio.....	210
3.3.3. Concessionária Supervia.....	212
3.4. Análise dos Processos	215
Conclusão.....	216
Referências.....	216

CONSENTIMENTO ESTATAL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS 219

Sergio Foster Perdigão

Introdução	219
1. Poder de Polícia	221
1.1 Breve histórico do poder de polícia	221
1.2 Conceito de poder de polícia.....	222
1.3 Polícia administrativa e polícia judiciária.....	226
1.4 Ciclos da polícia administrativa.....	230
2. Outros tipos de consentimento de polícia administrativa	234
3. O consentimento estatal no transporte aquaviário	237

3.1 Do registro e vistoria da embarcação.....	238
3.2 Da tripulação utilizada na embarcação	240
3.3 Da necessidade de alvará para loja na estação e da operação da estação.....	242
3.4 Da trajetória das linhas.....	243
3.5 Da polícia administrativa do órgão regulador.....	246
Conclusão.....	248
Referências.....	249

LICENCIAMENTO AMBIENTAL NO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS..... 251

Guilherme Villela Pignataro

Introdução	251
1. Direito Ambiental e sua autonomia relativa perante o direito administrativo	252
2. Consentimentos estatais	253
2.1. Licenças e autorizações (administrativas) – diferença real?	256
3. Licenças ambientais – tipos e finalidades	263
4. Noções gerais sobre as competências para o licenciamento ambiental	265
5. Licenciamento ambiental de transporte aquaviário enquanto serviço – uma necessidade?.....	268
6. Licenciamento ambiental de hidrovias	270
7. Licenciamento ambiental de portos e terminais de uso privado	274
7.1. O Plano de Regularização da Gestão Ambiental dos Portos	277
Conclusões	279
Referências.....	280

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS. 283

Flávio Luiz de A. Lôbo

Jesús Alberto Vargas Hernández

Introdução	283
1. Equilíbrio Econômico-Financeiro dos contratos administrativos.....	285
2. Equilíbrio Econômico-Financeiro dos contratos administrativos na Constituição Brasileira.....	288
3. Equilíbrio Econômico-Financeiro na Lei 8.666/93	291

4. Equilíbrio Econômico-Financeiro dos contratos de concessão na Lei 8.987/95	297
4.1. Reajuste de Tarifa	300
4.2. Revisão da Tarifa	303
4.3. Prorrogação do prazo contratual	304
4.4. Aporte de Recursos Públicos	306
5. Equilíbrio Econômico-Financeiro nos contratos de concessão de transporte aquaviário de passageiros	307
5.1 Bahia	308
5.2 Rio de Janeiro	314
Conclusão.....	327
Referências.....	328

Apresentação

Sabe-se que o transporte coletivo de passageiros possui um potencial enorme para o desenvolvimento urbano de uma região e setor. Não é diferente com o transporte aquaviário, apesar de ainda pouco explorado em nosso país. Um dos principais transportes desse tipo, realizado no Brasil, ocorre entre os municípios do Rio de Janeiro e de Niterói.

É nesse contexto que a presente obra se insere, fruto de um ano de debates e pesquisas do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA). Este grupo foi criado em 27 de março de 2014, unindo professores, pesquisadores, advogados, agentes públicos e estudantes, com o objetivo maior de discutir o Direito Administrativo, repensar suas bases e premissas e avaliar a forma como está sendo aplicada essa área tão importante do direito.

Assim, após a consolidação do grupo, em 2014, seu primeiro ano de existência, ao longo de 2015 o GDA, decidiu aprofundar temas relacionados a uma realidade próxima, no caso o transporte aquaviário de passageiros, com foco no Estado do Rio de Janeiro.

O intuito era, a partir das discussões e estudos realizados, que determinados membros expusessem aos demais, em reuniões ordinárias ocorridas sempre na última quarta-feira do mês, ponto afeto à temática escolhida.

Dessa forma ocorreu e, em 2016, foi lançada a 1ª Edição do presente livro “Aspectos Jurídicos do Transporte Aquaviário de Passageiros”, essa obra coletiva que brinda o leitor com os temas debatidos ao longo do ano de 2015 pelo GDA.

O desafio encarado com garra e dedicação por todos do GDA gerou essa obra importante para o cenário jurídico, haja vista a pouca bibliografia a respeito.

Hoje, em 2020, lançamos a 2ª Edição devidamente atualizada. O tema permanece atual em especial diante dos entraves que se mantêm sobre a atividade de transporte aquaviário de passageiros no Estado do Rio de Janeiro. Passados quatro anos, ainda não foi efetuada nova licitação para a delegação do serviço, de modo que os temas tratados no livro permanecem atuais e podem contribuir com a debate sobre as condições a serem previstas em caso de

realização de nova concessão ou, ainda, com a previsão de novas formas de delegação do atividade ao setor privado.

Por isso, agradecemos a todos que escreveram e, também, aqueles que não o fizeram, mas que tornaram esse sonho em realidade, entre eles Alice de Moraes Amorim Vogas, Daniele Nunes, Édipo Ázaro, Felipe Sarkis, Filipe Alves Rodrigues e Tábata Poleze Figueiredo.

André Saddy e Rodrigo da Fonseca Chauvet

MMXX, Maio, Rio de Janeiro, Brasil

SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro

André Saddy

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford. Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Adjunto 3 da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional (PPGDC) e do Doutorado em Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor Agregado 2 do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Fundador e Diretor-presidente do Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ). Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Sócio-fundador do escritório Saddy Advogados andresaddy@yahoo.com.br

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Serviço público como prestações transferidas da sociedade para o Estado; 2. A noção de serviço público da escola de Bordeaux aos dias atuais; 3. Correntes relacionadas à legitimidade na criação de serviços públicos; 3.1 Corrente constitucionalista; 3.2 Corrente essencialista; 3.3 Corrente convencionista-legalista; 3.4 Corrente mista/híbrida; 4. Classificação quanto à titularidade: serviço público privativo e não privativo; 5. Transporte aquaviário de passageiros; 6. Serviço público de transporte aquaviário de passageiros; 6.1 Serviço público privativo prestado em regime público (linha social); 6.2 Serviço público privativo prestado em regime privado (linha seletiva); Conclusões; Referências.*

Introdução

Compreender a noção de serviço público nunca foi uma tarefa fácil para os juristas. Observa-se, na doutrina brasileira, uma manutenção da concepção francesa de serviço público e seus três elementos básicos (subjetivo, formal e

objetivo) que já não condiz com a evolução que o Direito Administrativo vem sofrendo e, principalmente, com as diferentes formas de atividade prestacional que a Administração hoje realiza.

Já que se mantém o serviço público como uma categoria inatingível em nosso direito, há de se incluir um outro elemento, o da legitimidade. Perceberá ao longo desse trabalho as diferentes concepções existentes de serviço público bem como as distintas correntes legitimadoras da criação desses tipos de atividade.

Tal tratamento é imprescindível para estabelecer se determinada atividade econômica foi ou não transferida da sociedade para o Estado, ou seja, se é um serviço público e, como tal, se tem um regime jurídico próprio a ele atinente.

Foi esse o método para definir se a atividade de transporte aquaviário de passageiros é ou não um serviço público e se na legislação criadora existe um duplice regime jurídico de sua prestação.

Justifica-se tal definição, pois o regime jurídico aplicável ao serviço público é distinto daquela relacionada às atividades econômicas em sentido estrito.

1. Serviço público como prestações transferidas da sociedade para o Estado

A prestação de serviços públicos, por um lado, é vital para o desenvolvimento e alcance dos fins do Estado; por outro lado, o Estado somente estará legitimado a desenvolver atividades econômicas quando a sociedade se mostrar incapaz, por seus próprios meios, de atingir sua satisfação pessoal ou a atividade se apresentar impositiva para toda a coletividade, por imperativos de sua própria existência e evolução. Por isso, entende-se que serviços públicos são prestações transferidas da sociedade para o Estado, tendo em vista o reconhecimento dos indivíduos acerca da impossibilidade de exercerem, por si só, tais atividades.

Tal concepção nada mais é que uma retomada à noção desenvolvida pela doutrina, pelo Conselho de Estado e pelo Tribunal de Conflitos Francês entre o fim do século XIX ao final da década de 20 do século XX¹.

¹ Em efeito, é o *arrêt Terrier*, do Conselho de Estado Francês, de 6 de fevereiro de 1903, consagra a tese de serviço público, já esboçada com anterioridade pelo Tribunal de Conflitos Francês, no

Para Leon Duguit², todo problema da atividade do Estado se resolvia por uma antítese: mandar ou servir. Para ele, da funções de mando, foi-se organizando uma complexa rede de serviços públicos, em que a função do Estado não é mandar, mas sim servir.

Partindo do conceito de governante, e não de Estado, Leon Duguit³ dita que o sistema de Direito Público somente tem realidade na medida em que sancione alguma regra que assegure a satisfação das necessidades sentidas pelos indivíduos de uma sociedade, em determinado momento. Afirmar ele que, por vezes, os que detêm o poder não podem fazer certas coisas, assim como, por vezes, devem fazer certas coisas. E aqui é, precisamente, onde aparece a noção de serviço público que substitui o conceito de soberania⁴:

Desde el momento en que se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponen a los gobernantes hacia los gobernados y que el cumplimiento de estos deberes es a la vez la consecuencia y la justificación de su superior fuerza. Eso es esencialmente la noción de servicio público. Lo que es nuevo es el lugar eminente que esta noción ocupa hoy en el mundo del Derecho.

Sob tal paradigma, serviço público seria uma obrigação jurídica que se impõe aos governantes – aos detentores do poder em cada momento – para assegurar sem interrupção o cumprimento de certa atividade. Ora, ao assegurar determinada atividade, está o Estado intervindo na economia, uma vez que limita a atuação de si mesmo na atividade privada, substituindo a ação da

celebre *arrêt Blanco*, de 8 de fevereiro de 1873. Tais decisões foram marcantes no surgimento da Teoria de Serviço Público, influenciando sobremaneira os doutrinadores que a desenvolveram. Pode-se citar que tal Teoria foi doutrinariamente esboçada por Maurice Hauriou, continuada por G. Vedel, para em seguida ser complementada, ampliada e convertida na “*pedra angular do Direito Administrativo*” por Leon Duguit e, sobretudo por seu discípulo Gaston Jèze. Sobre o surgimento de tal Teoria, vide: SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

² DUGUIT, Leon. Traité de Droit constitutionnel. 3. ed. Paris: Boccard, 1927, tomo I, p. X (1ª ed. de 1911).

³ DUGUIT, Leon. Las transformaciones del Derecho público. Tradução com estudo preliminar de Adolfo Posada e Ramón Jaén. Madrid: Francisco Beltrán, 1913, p. 33 et seq.

⁴ *Ibidem*, p. 39.

sociedade no campo da economia. Aqui, deixa de mandar e passa a servir ao povo.

Havia, pois, para Leon Duguit, uma clara correspondência entre posse de poder e obrigação de cumprir certas atividades, certos serviços públicos. E afirmava, no contexto de sua época, que a defesa, a segurança e a justiça bastaram um dia, mas não são mais suficientes. Afirmava que a consciência moderna desejava outras coisas de âmbito material, em linhas com as transformações econômicas⁵. Por fim, como mensagem geral, dita Leon Duguit⁶:

L'État n'est pas, comme on a voulu le faire et comme on a cru quelquel temps qu'il l'était, une puissance qui commande, une souveraineté; il est une coopération de services publics organises et contrôles pas les gouvernants.

Seu discípulo Gaston Jèze, toma essa noção vaga e imprecisa e aplica diretamente ao Direito Administrativo⁷, definindo este como o conjunto de regras relativas aos serviços públicos. Logo, para Gaston Jèze⁸, a Administração satisfaz uma série de necessidades de interesse geral, mas não todas. Existem necessidades satisfeitas exclusivamente pela Administração, com exclusão dos particulares, e outras que são satisfeitas, por sua vez, pela Administração e pelos particulares conjuntamente. Ou seja, existia intervenção

⁵ Leon Duguit (ibidem, p. 50): *“El derecho evoluciona ante todo bajo el influjo de las necesidades económicas. Hemos visto primero cómo la noción de soberanía ha sido sacudida cuando se ha comprendido que el Estado debía proporcionar a los gobernados algo más que la seguridad interior y exterior. Ahora nos damos cuenta que el objeto de las obligaciones del Estado y el sentido de su acción se hallan determinadas por la situación económica del país y las necesidades de sus habitantes. En suma, la noción de servicio público parece que puede formularse así: toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”*.

⁶ DUGUIT, Leon. Traité de Droit constitutionnel. 3. ed. Paris: Boccard, 1927, tomo II, p. 59 (1ª ed. de 1911).

⁷ JÈZE, Gaston. Principes généraux du Droit administrative. 2. ed. Paris: M. Giard & E. Briere, 1914 (1ª ed. 1904).

⁸ Ibidem, p. 240 et seq.

prestacional absorviva e participativa⁹. Pois bem, as necessidades de interesse geral, que são satisfeitas por qualquer uma dessas duas hipóteses, podem realizar-se por meio de dois procedimentos: o procedimento de Direito Privado e o procedimento de serviço público. Sobre esses procedimentos afirma¹⁰:

Dire que, dans telle hypothèse, il y a service public, c'est dire que, pour donner satisfaction régulière et continue à telle catégorie de besoins d'intérêt général, il y a un régime juridique spécial et que ce régime peut être modifié à tout instant par les lois et règlements.

O problema, porém, que ele não conseguiu resolver, mas que pedia uma explicação era averiguar o que seria serviço público e o que não. Nesse sentido, afirmava categoricamente que aquilo que se deveria ter em conta seria unicamente a intenção dos governantes¹¹:

Sont uniquement, exclusivement services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public. L'intention des gouvernants est seule à considérer. L'opinion de tels ou tels écrivains est sans aucune espèce d'importance.

Com essa tese, duas noções de serviço público apareceram: uma ampla, que apontava o conjunto de fins sociais que a Administração devia garantir; e uma estrita, que fazia referência ao fato do Estado ter que assumir, de forma direta ou controlada, a execução de certas necessidades sociais sob a veste de um regime exorbitante de Direito Comum.

⁹ Sobre o tema, vide: SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁰ Ibidem, p. 242.

¹¹ Ibidem, p. 247.

2. A noção de serviço público da escola de Bordeaux aos dias atuais

A noção de serviço público difundida pela doutrina brasileira é aquela com contornos definidos pela escola de *Bordeaux*¹²: além de ser prestado apenas pelo Estado (elemento subjetivo)¹³, tinha por objeto a satisfação de necessidades coletivas (elemento objetivo)¹⁴ e era sujeito a um regime jurídico exclusivo de Direito Público (elemento formal)¹⁵. Ou seja, o Estado, ao atuar na órbita da “*atividade privada*”, estava prestando um serviço público. Inclusive, é na distinção entre serviço público e atividade privada que, em consonância com muitos autores, arraigava-se a pedra angular que distinguia o Direito Privado do Direito Administrativo.

O problema dessa noção clássica é que a utilização isolada de qualquer de seus critérios não oferecem condições para solucionar o problema das ações estatais na prestação de serviços públicos decorrentes do surgimento do Estado do bem-estar social. Afinal, ressaltando-se apenas um requisito, vê-se tão-somente parte da realidade. Portanto, os critérios apontados, considerados isoladamente, não atendiam a noção global de serviço público, o que explica, aliadamente às mudanças das funções estatais e à ampliação dos níveis de conscientização dos cidadãos, a constante crise da noção de serviço público, uma vez que o Estado passou a transferir a execução de grande parte dessas atividades a particulares, o que fez com que o elemento subjetivo da noção (prestação pelo Estado) e o elemento formal (regime jurídico publicístico) fossem profundamente afetados, ocasionando mudanças na noção de serviço público¹⁶.

¹² Entre muitos, pode-se citar: BONNARD, Roger. *Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les services publics*. *Revue de Droit public*. Paris: [s. n.], 1925, p. 5 e 63; BONNARD, Roger. *Précis élémentaire de Droit administratif*. 4. ed. Paris: Sirey, 1943; ROLLAND, L. *Précis de Droit administratif*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1957; entre outros.

¹³ Em sentido subjetivo, o serviço público é concebido como um organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal.

¹⁴ De acordo com esse critério, o que define serviço público é a índole da necessidade pública.

¹⁵ Essa acepção traria o serviço público como aquele prestado sob regime de Direito Público derogatório e exorbitante do Direito comum.

¹⁶ Nota-se que a crise da noção de serviço público surgiu depois de mudanças de conceitos do próprio Estado. Apareceu, primeiro, quando surgiram os chamados serviços públicos industriais ou comerciais e a noção de serviços públicos de gestão privada, a partir, fundamentalmente, do *arrêt Société Commerciale de l'Ouest Africain* (mais conhecido como *arrêt Eloka*), de 22 de

Assim, desde o Estado social de direito (incluindo-se aqui o Estado intervencionalista e o Estado bem-estar), tanto o critério subjetivo como o formal sofreram uma flexibilização. Apesar da titularidade dos serviços públicos continuarem nas mãos do Estado, sua execução foi delegada a particulares e o regime jurídico passou a ser total ou parcialmente de Direito Público.

Essas mudanças nos elementos subjetivo e formal da noção clássica de serviço público, não impossibilitou a doutrina de formular conceitos do que

janeiro de 1921, que trouxe a aplicação de um Direito Privado dentro do serviço público, e mais tarde com o *arrêts Vezia*, de 20 de dezembro de 1935 e *Monpeurt*, de 31 de julho de 1942, que delimitaram o conceito de empresa privada de interesse público e a gestão privada de serviços públicos em regime misto de direito. Segundo, por conta das nacionalizações conseguintes a II Guerra Mundial, que admitiram que a Administração Pública pudesse acudir a fórmulas privatísticas para gestionar serviços públicos, afirmando que estes poderiam ser prestados, não pela Administração, mas por empresa submetida ao Direito Privado.

Monica Spezia Justen (JUSTEN, Mônica Spezia. A noção de serviço público no direito europeu. São Paulo: Dialética, 2003, p. 226) conclui seu trabalho enfocando a crise do conceito de serviço público. Refere ser uma consideração quase que de caráter teutológico, já que, desde a sua primeira aparição como conceito jurídico, mais passou por crises do que por períodos de estabilidade. No entanto, evidencia que a atual crise pode ser considerada mais intensa. Carmen Chinchilla Marín (MARÍN, Carmen Chinchilla. *Servicio público, ¿crisis o renovación?* In: Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998) destaca que o serviço público constitui um desses exemplos de noções chamadas fundamentais cujo conteúdo só pode ser precisado em breves períodos de tempos e cujo contorno é delimitado pelas leis e decisões jurisdicionais, dita ela que a história do serviço público demonstrou que: “*el único sentido del término es el que le dieron las fantasías titubeantes del legislador y los esfuerzos pragmáticos del juez*”. Caio Tácito (TÁCITO, Caio. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 197 e 198), ao falar sobre a crise da noção de serviço público, infere que essa noção não é estática, dependendo sempre das “*transações de ordem política que modificam a ação administrativa do Estado*”. Daí porque afirma ele que “*entre as mais árduas missões do jurista em direito administrativo, estava a de conceituar, adequadamente, o serviço público*”. Luis Martins Rebollo (REBOLLO, Luis Martins. De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. Revista de Administración Pública. n. 100-102, p. 2471-2542, enero-dic., 1993, p. 2511) refere ser a discussão sobre a crise do conceito de serviço público o final de toda uma época. Mas também é, paradoxicamente, o início do que Duguit havia previsto no princípio do século XX. Sobre esse ponto, abordar-se-á mais adiante. Vide sobre a crise da noção de serviço público: FALLA, F. Garrido *¿Crisis de la noción de servicio público?* In: MONTANER, Luis Cosculluela (Coord.). Estudios de Derecho Público Económico: Libro homenaje al Prof. Sebastián Martín Retortillo. Madrid: Endesa-Ibercaja-Civitas, 2003.

passou a ser serviço público¹⁷. Tais noções englobam, apenas, os três critérios acima citados, variando de autor a autor a inclusão de outros elementos¹⁸. Isto se deve ao fato de que a noção de serviço público não é estática, e que muda conforme aspectos sociais, temporais, econômicos, políticos, entre outros¹⁹.

Infere-se, desse modo, que a noção de serviço público passou a ser entendida como toda atividade que a Administração efetua de forma direta ou indireta sob normas e controles estatais, visando a satisfazer necessidades essenciais ao desenvolvimento da sociedade, objetivando sempre um interesse público, sobre regime jurídico total ou parcial de direito público, porém sempre

¹⁷ Sobre diferentes conceituações de serviço público, vide: LAUBADÈRE, André de. Manual de Droit Administratif. Paris: Dalloz, 1976, p. 21; CAETANO, Marcello. Manual de Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1970, tomo II, p. 1043; DIEZ, Manuel Maria. Manual de Derecho administrativo. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1980, Tomo II, p. 16; MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 289; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 599; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 80; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direitos administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 257; MASAGÃO, Mário. Curso de Direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 268 e 269; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: Privatização, Concessões e Terceirizações. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 98; entre muitos outros.

¹⁸ Vale conferir, por todos, os ensinamentos de Enrique Sayagués Laso (LASO, Enrique Sayagués. Tratado de Derecho administrativo. Montevideo: [s. n.], 1953, Tomo I, p. 59-60), que analisou, há décadas atrás, a dificuldade conceitual do tema e a repercussão de tal crise sobre a Jurisprudência do Conselho de Estado Francês que, para o autor, seguiu dois caminhos: por um lado, admitindo cada vez mais atividades como serviços públicos industriais e comerciais regulados, pelo Direito Público, mas também pelo Direito Privado; e por outro lado, admitindo que, em certos casos, possa haver serviços públicos a cargo de particulares. Não é diferente o ensinamento de Jean Rivero (RIVERO, Jean. Direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1981, p. 491), ao asseverar que, tanto na jurisprudência como na doutrina, sabe-se da importância da noção de serviço público para o Direito Administrativo, mas que, igualmente, sabe-se das incertezas que essa noção suscita.

¹⁹ Fernando Herren Aguillar (AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviço público. São Paulo: Max limonad, 1999, p. 134) declara ser de pouca valia buscar um conceito jurídico de serviço público. Ressalta o autor que as contribuições doutrinárias para o conceito de serviço público têm apenas caráter didático. Caio Tácito (TÁCITO, Caio. Temas de Direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1, p. 638) adverte que não há um conceito apriorístico de serviço público, pois o que ocorre é uma verdadeira elasticidade do conceito na medida em que o Estado se faz presente na vida social contemporânea. Sobre a ambiguidade do termo “*serviço público*”, vide: MEILÁN GIL, J. L. La “cláusula de proceso” en los servicios públicos. Madrid: IEA, 1968, p. 7-16.

com predominância deste último, com menção na Constituição, ou em lei, desde que em consonância com os princípios fundamentais, gerais e setoriais da ordem econômica e tendo o ente federativo a competência para a sua instituição.

3. Correntes relacionadas à legitimidade na criação de serviços públicos

Dentro do contexto dos três critérios englobadores da noção de serviço público, surgem três correntes que cuidam da legitimidade para a instituição de serviços públicos²⁰. Trata-se da corrente constitucionalista, que entende o serviço público como aquele contido no corpo da Constituição, somente sendo possível instituí-lo mediante emenda constitucional; da corrente essencialista, que prefere enxergar serviço público onde houver necessidade relevante da população, a qual não possa ser atendida satisfatoriamente pela iniciativa privada. Identifica, na verdade, que a noção de serviço público será estipulada pela necessidade social; e da corrente convencionalista-legalista, a qual concebe que a concepção de serviço público depende de disposições constitucionais e/ou legais.

3.1 Corrente constitucionalista

A primeira corrente (constitucionalista) afirma que não são apenas as características objetiva, subjetiva e formal que trazem o conceito de serviço público à tona. Resta saber se o serviço é inerente do Estado ou se é serviço por opção político-constitucional. Em sendo um dos dois, o serviço pode ser considerado como público. São serviços inerentes do Estado os que envolvem função estatal típica. São, portanto, aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do poder público e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares. Daí,

²⁰ “Restaria perguntar: Pode o Estado qualificar – subentende-se, por via legislativa, como é obvio – qualquer atividade que deseje como serviço público, assumindo-a e submetendo-a ao “regime de direito público”? Ou é preciso que a atividade em tela possua uma “natureza”, uma “substância íntima de serviço público?” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de serviços públicos e Administração indireta. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 20). Através desses questionamentos que se enquadram essas doutrinas.

também dispensa a previsão legal, pois decorre da própria existência do Estado. O serviço por opção político-constitucional é aquele que o constituinte, ao criar a Constituição, o define como tal, havendo, portanto, a necessidade de se ter previsão constitucional. Portanto, esta corrente entende que a Constituição, além de enumerar as atividades que decidiu serem serviços públicos, dispôs acerca da possibilidade genérica de delegação de sua execução a particulares, mediante concessão e permissão (art. 175, CRFB), e os repartiu entre os entes federativos (art. 21, XI e XII, 25, §2.º, e 30, V, todos da CRFB).

Sustenta, ainda, que existe a necessidade de tais serviços estarem elencados na Constituição; caso contrário, feriria o princípio da livre iniciativa, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, inc. IV, CRFB), bem como da Ordem Econômica (art. 170, CRFB). Desse modo, essa doutrina entende que a lei não pode criar novas modalidades de serviços públicos. Além do que, se o serviço público fosse instituído por lei, feriria a repartição de competência adotada na Constituição brasileira, visto que, em tendo o Estado-membro da federação a competência remanescente, não poderia a União transformar uma atividade econômica em serviço público, por opção política, por meio de lei, em novos serviços não inerentes. Refere, ainda, que se fosse possível a instituição, por lei, de serviço público não definido na Constituição, seria necessário interpretar que a Constituição possui um conceito genérico de serviço público, o que não tem. Este seria apreendido pelo legislador ordinário, que converteria uma atividade econômica em sentido estrito em serviço público, autorizado, portanto, pela Constituição. Garantem estes doutrinadores que, independentemente de se aceitar ou não a tese de total impossibilidade de criação legislativa de novos serviços públicos por opção normativa, que o serviço público, por opção política, constitui, sem qualquer dúvida, restrição ao princípio da livre iniciativa. Ressaltam que a Constituição adotou dupla cautela, primeiramente, por ter enumerado as hipóteses de serviços públicos por opção normativa, referindo de forma expressa que o acesso dos particulares a elas só poderia se dar por meio de concessão ou permissão e, por outro lado, adotou dispositivos com redação específica, deixando claro tratar-se de atividades econômicas que, por variadas razões, foram retiradas da esfera dos particulares.

3.2 Corrente essencialista

Em sentido oposto, tem-se a doutrina que afirma que o serviço público dependerá das necessidades sociais (essencialista), em função do que seja essencial para a sociedade, independente de lei ou da Constituição. O serviço público essencial constitui um conceito jurídico indeterminado, a ser interpretado e ponderado, no caso concreto, considerados os valores e interesses em jogo, se constitui ou não vulneração da dignidade da pessoa humana, entre outros, não se podendo desconsiderar que o serviço, embora essencial, pode ser explorado economicamente pela iniciativa privada, cuja manutenção de sua execução depende da contraprestação remuneratória, de modo a resguardar o direito à justa remuneração do concessionário e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

3.3 Corrente convencionista-legalista

Outra parte da doutrina considera que o serviço público pode vir a ser instituído por lei (convencionista-legalista), afirmando que este se materializa por meio da vontade legislativa, pois é o povo o seu titular. A lei, e só ela, enquanto fruto da vontade popular, legitimada pelo voto, editada com observância do quadro constitucional estabelecido, consagrador da liberdade econômica, pode retirar determinada atividade do âmbito da livre iniciativa, ou seja, só a lei, como manifestação da vontade da sociedade, a partir de seus representantes no poder legislativo, pode retirar uma atividade do regime de livre iniciativa para convertê-la num serviço público, de iniciativa estatal. Há, portanto, para esta corrente, uma relativa liberdade ao legislador ordinário para submeter determinada atividade econômica a um regime de serviço público, liberdade relativa, pois o Estado deve respeitar as disposições concernentes à ordem econômica e social, em que se garante a livre iniciativa. Fato inquestionável é que o poder constituinte originário poderá transformar alguma atividade em serviço público; afinal, é o próprio povo que a constitui, forçando o conceito de que é a sociedade que transfere para o poder público a competência para a prestação dos serviços públicos. Remarque-se, entretanto, que a liberdade legislativa não é absoluta para a definição de determinada atividade como serviço público, nem mesmo a liberdade do constituinte derivada, devendo-se perquirir, a partir da dicção da própria Constituição, os

limites implícitos e explícitos de tal discricionariedade²¹. Em outras palavras, afirma-se que se a atividade não tiver uma “*finalidade pública e precípua*” (contornando-se o problema de se definir quem diz o que é finalidade pública) não poderá a lei instituir serviço público.

3.4 Corrente mista/híbrida

Dentre as três correntes mencionadas, adota-se um entendimento híbrido. Afilia-se ao que se chamará de corrente essencialista-legalista, uma junção da segunda e terceira corrente que entende os serviços públicos possíveis de serem configurados como tal, conforme sua essencialidade/necessidade e quanto às expressas disposições constitucionais e/ou legais, respectivamente. Ou seja, crê-se que se poderá qualificar como serviço público toda atividade que essencialmente necessária está expressamente disposta como tal na Constituição e/ou na lei.

4. Classificação quanto à titularidade: serviço público privativo e não privativo

Muitas são as classificações de serviços público. No Brasil, uma das classificações mais difundida na doutrina é a de Eros Roberto Grau²², que divide atividade econômica em sentido amplo, que é o mesmo que atuação estatal na economia, estando prevista nos art. 170 e 174 da CRFB, em serviço público e em atividade econômica em sentido estrito²³.

O primeiro – serviço público – pode ser privativo ou não-privativo. Entre aqueles cuja prestação é privativa do Estado, admite-se a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão-somente, contudo em regime de concessão ou permissão (art. 175 da Constituição de 1988). Os

²¹ Vide: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do Direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 152-153; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Prestação de serviços públicos e Administração indireta. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 23.

²² GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146-149.

²³ Eros Roberto Grau (ibidem), fugindo da repetição das expressões (atividade econômica em sentido amplo e atividade econômica em sentido estrito), substitui a segunda delas por iniciativa econômica.

serviços públicos não-privativos podem ser desenvolvidos tanto pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito²⁴.

Já a atividade econômica em sentido estrito divide-se em duas modalidades. A monopolista e a não-monopolista, ou seja, depende da imperatividade ou não da intervenção. De fato, há atividades econômicas em sentido estrito às quais a Constituição expressamente determina que o Estado desenvolva (monopolista). Há, por outro lado, o art. 173 da Carta, que veicula cláusula geral permitindo que a lei, atendidos os pressupostos constitucionais (imperativo de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo), decida a respeito da exploração de determinada atividade econômica pelo poder público. Estas, portanto, hão de ser atividades facultativas empreendidas pelo Estado de acordo com a avaliação do legislador ordinário.

Há, portanto, para o autor, atividades econômicas que são obrigatoriamente serviço público (serviços públicos privativos), atividades econômicas que podem ser serviços públicos (serviços públicos não-privativos, que podem ser exercidos pelo Estado ou pela iniciativa privada) e as atividades econômicas que não podem ser serviço público (atividades econômicas em sentido estrito), podendo, estas, ser monopolizadas ou não²⁵.

²⁴ Discorda-se do autor quando este afirma que os serviços não-privativos podem ser desenvolvidos pelo setor privado, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito. Ora, ou sua atuação no mercado se caracteriza como serviço público não-privativo, ou como atividade econômica em sentido estrito, são coisas totalmente diferentes, não podendo ser equiparadas como o autor o faz. Se o particular prestar um serviço não-privativo, será ele regulado pelas regras consoante a tais serviços e não a regras da atividade econômica em sentido estrito. Pode-se entender, porém, que o autor quis apenas dizer que a iniciativa privada, quando prestar um serviço público não-privativo, poderá buscar o lucro, assim como ela o faz na atividade econômica em sentido estrito, mas dizer que se caracteriza como modalidade, parece exagerado.

²⁵ Vale enfatizar que a distinção entre atividade econômica estatal e a prestação de serviços públicos não apresenta marcos de distinção totalmente nítidos, haja vista ser, na esteira da melhor doutrina, a prestação estatal de serviços públicos econômicos uma espécie do gênero atividades econômicas em sentido amplo, ao lado, ainda, das atividades econômicas em sentido estrito. Significa dizer que o serviço público é um conceito que não pode ser diferenciado de modo absoluto de atividade econômica, porque apresenta caracteres econômicos.

Dessa maneira, atividade econômica se define por exclusão, isto é, o que não for serviço público é atividade econômica em sentido estrito²⁶. Ocorre que tal classificação encontra-se desatualizada por todas as mudanças constitucionais usualmente chamadas de reforma do Estado. Atualmente, tem-se a inserção dentro dos chamados serviços privativos de duas novas modalidades de prestação, uma relacionada a um regime público e outra a um regime privado²⁷. Ademais dessa mudança, as Emendas Constitucionais n.º 5 a 9 e legislações infraconstitucionais (Lei n.º 8.880, de 27 de maio de 1994; Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994; Lei n.º 9.069, de 29 de junho de 1995; Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; Lei n.º 9.074, de 07 de julho de 1995; Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996; Lei n.º 9.247, de 26 de dezembro de 1996; Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997; Lei n.º 9.478, de 06 de agosto de 1997; entre outros), criaram uma verdadeira “troca de cadeiras” ou “troca de posições” dos diversos setores econômicos nas diferentes formas de atuação do Estado brasileiro na economia.

A transformação evidente, atualmente, está no fato de que o legislador ou o próprio constituinte é quem estabelece qual a atividade considerada como

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de serviços públicos e Administração indireta. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 22) destaca que é importante saber que a Constituição não define o que seja atividade econômica, e que renasce, em consequência, ao legislador ordinário um largo campo para qualificar certas atividades como serviço público, no que, indiretamente, gizará, por exclusão, a área configurada como das atividades econômicas.

Para Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 1997, p. 57), o conceito de atividade econômica em sentido estrito se forma por inclusão e por exclusão. Por inclusão, na medida em que se identifica um núcleo fundamental. São atividades relacionadas com a produção, circulação e prestação de bens econômicos e de utilidades economicamente avaliáveis, a partir da livre organização dos fatores da produção e da apropriação privada dos resultados. Por exclusão, na medida em que se reputa que o conceito não abrange aquilo que a Constituição dele excluiu, como são os casos dos serviços públicos.

²⁷ Sara Jane Leite de Farias (FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 49) sublinha que as atividades do art. 21, incisos XI e XII da CRFB se encontram numa posição intermediária entre “a livre iniciativa, em que as atividades de ordem econômica são realizadas em regime exclusivamente de direito privado, cujo ato de consentimento estatal é a licença, conferido no exercício da polícia administrativa, e os serviços públicos prestados em regime de direito público, executados de forma centralizada pelo Estado ou descentralizada, mediante delegação ao particular, por meio de um contrato de concessão ou permissão”.

serviço público, porém é o ente regulador que irá determinar o regime jurídico a ser implementado, com vistas sempre na busca da eficiência²⁸.

Assim, para que o Estado brasileiro se adaptasse à modernização ocorrida nos últimos anos cunhou novas formas de prestação dos serviços públicos privativos, uma relacionada em regime público e outra em regime privado. Quando o legislador constituinte estabeleceu que determinadas atividades poderiam ser executadas por agentes autorizados (art. 21, inciso XI e XII, CRFB), objetivou dar uma maior elasticidade ao conceito de serviço público a fim de possibilitar um dúplice regime jurídico de sua prestação, isto é, tal previsão constitucional permitiu uma maior abrangência da noção de serviço público. Foi esta, má ou boa, a vontade do constituinte reformador.

Essa diferenciação de um regime público e outro privado ocorreu no contexto brasileiro como uma tentativa de aproximação ao modelo europeu,

²⁸ A eficiência pode ter múltiplos lados. Eficiência técnica: usar a melhor tecnologia disponível; eficiência produtiva: minimizar os custos; eficiência na afectação dos recursos (*allocative*): preços e quantidades que maximizam o bem-estar social (preços iguais ao custo marginal); eficiência dinâmica: nível “*óptimo*” de investimento em R&D e inovação; e eficiência de Pareto ou eficiência econômica: só é possível aumentar o bem-estar de um indivíduo (consumidor ou produtor) se se diminuir o bem-estar de outro. De acordo com Massimo Motta (MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2004); W. Kip Viscusi, John M. Vernon e Joseph E. Harrington (VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 3. ed. Cambridge: MIT Press, 2001), o 1º teorema do bem-estar estabelece que, em condições que são bastante gerais, uma economia concorrencial, descentralizada, produz um equilíbrio eficiente a pareto. Eficiência de pareto corresponde a uma situação a partir da qual não é possível melhorar a posição de um agente econômico a não ser à custa de deteriorar a posição de outrem: num ótimo de pareto, não existem alterações consensuais. A eficiência de pareto é um critério absoluto: uma situação é ou não é pareto eficiente. Este critério não permite comparar situações ou políticas. Um movimento de pareto é uma alteração que permite melhorar a posição de alguém sem deteriorar a de ninguém (só se podem realizar movimentos de pareto se não se estiver numa situação pareto eficiente). O movimento de pareto é um critério relativo: já permite estabelecer comparações entre algumas situações. Mas é muito restritivo. Só se aceitam políticas que não prejudiquem ninguém, e essas são muito raras ou mesmo inexistentes. Impor que uma política corresponda a um movimento de pareto como critério para a respectiva adoção é equivalente a impor que as decisões sejam tomadas por unanimidade. O critério é neutro do ponto de vista da distribuição.

Outros critérios de aumento de bem-estar são as medidas de Kaldor-Hicks ou da compensação hipotética: se os ganhos são superiores às perdas, então, os que ganham com a política poderiam hipoteticamente compensar os que perdem. Esta medida deve ser aceite.

porém não há uma equivalência, tendo em vista as distinções sociais, econômicas, culturais etc. existentes entre ambos.

5. Transporte aquaviário de passageiros

Segundo Samir Keedi²⁹ transporte aquaviário é a navegação realizada por navios, braços, barcas, etc., em vias aquáticas, podendo ser dividido em marítimo, fluvial e lacustre.

A Lei n.º 9.432/1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário, classifica as espécies de navegação nas quais as embarcações são empregadas. Assim, o art. 2º desta Lei, que traz diversas definições, classifica a navegação em várias modalidades, a saber: navegação interior, de cabotagem, de longo curso, de apoio marítimo e de apoio portuário.

A navegação interior é a realizada em hidrovias interiores, em percurso nacional ou internacional; a navegação de cabotagem é aquela realizada entre portos ou pontos do território brasileiro utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores; a navegação de longo curso é a realizada entre portos brasileiros e estrangeiros; a navegação de apoio marítimo é a realizada para o apoio logístico a embarcações e instalações em águas territoriais nacionais e na Zona Econômica, que atuem nas atividades de pesquisa e lavra de minerais e hidrocarbonetos; e, por fim, a navegação de apoio portuário é a navegação realizada exclusivamente nos portos e terminais aquaviários, para atendimento a embarcações e instalações portuárias.

A Lei n.º 12.379/2011 introduziu, no art. 2º da Lei n.º 9.432/1997, o inciso XIV, o qual define a navegação de travessia, como sendo aquela realizada: a) transversalmente aos cursos dos rios e canais; b) entre dois pontos das margens em lagos, lagoas, baías, angras e enseadas; c) entre ilhas e margens de rios, de lagos, de lagoas, de baías, de angras e de enseadas, numa extensão inferior a onze milhas náuticas; d) entre dois pontos de uma mesma rodovia ou ferrovia interceptada por corpo de água.

Independente da via navegável em que o transporte é executado, tem-se interesse aqui, apenas, no transporte de passageiros, que é, segundo o autor, todo aquele que, não fazendo parte da tripulação nem sendo profissional não

²⁹ KEEDI, Samir. Transportes, unitização e seguros internacionais de carga. Prática e exercícios. 3. ed. São Paulo: Lex, 2006. p. 51.

tripulante prestando serviço profissional a bordo, é transportado pela embarcação.

6. Serviço público de transporte aquaviário de passageiros

O art. 22 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), confere competência privativamente à União para legislar sobre política nacional de transportes (inciso IX), bem como sobre navegação lacustre, fluvial e marítima (inciso X). Além da competência legislativa, tem a União a competência material para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (art. 21, inciso XII, alínea “d”, CRFB).

Ainda no que se refere ao transporte, a CRFB estabelece que compete aos Municípios 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 (art. 30, inciso V, CRFB).

Percebe-se, portanto, que cabe à União organizar as diretrizes básicas sobre a política nacional de transporte (transito e transporte), bem como a exploração, diretamente ou indiretamente (autorização, concessão ou permissão) os serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e aos Municípios, prestar serviços de transporte coletivo que se limitam a transitar pelo território municipal (art. 30, inciso I, CRFB). Por fim, a competência dos Estados-membros, que possui características remanescentes, ocorrerá em regra no transporte estadual ou intermunicipal³⁰.

O transporte aquaviário de passageiros, no plano internacional, é realizado, em sua maioria, em áreas metropolitanas congestionadas, em *ferries* tradicionais e linhas de simples travessia. O Brasil segue a tendência mundial e, em ritmo mais lento, busca recuperar o importante papel desse tipo de transporte de passageiros em cidades que dispuseram ou dispõem - ainda que em menor escala - deste modo de transporte. Atualmente, as principais cidades

³⁰ Sobre a competência no transporte aquaviário veja artigo, nesta obra, intitulado “Aspectos Constitucionais do Transporte Aquaviário: previsões constitucionais e solução de conflitos”, de Ana Paula de Almeida e Mariana Fernandes Cunha Jorge.

no Brasil que possuem esse tipo de transporte são: Rio de Janeiro, Santos, Salvador, Aracaju, Vitória, São Luís e Belém³¹.

Pode-se inferir, assim, que serviço aquaviário de passageiros constitui serviço público privativo sendo dever da União, dos Estados-Membros e dos Municípios assegurar sua prestação, diretamente ou mediante outorga a terceiros, cada qual dentro das competências constitucionalmente estabelecidas.

Dessa forma, caso se adote a corrente constitucionalista, esse tipo de serviço seriam certamente serviços públicos, pois são instituídos por uma opção político-constitucional, ou seja, são previsto constitucionalmente assim.

Ocorre que assim como em outras atividades econômicas, poderia tal tipo de serviço ser dividido em segmentos (social e seletivo, por exemplo, como ocorre no Estado do Rio de Janeiro), em que alguns desses poderiam ter características ou até mesmo serem considerados atividades econômicas em sentido estrito.

Agora, como União, Estados-membros e Municípios podem prestar tais serviços, poder-se-ia distinguir ou permitir que, normas inferiores, qualifiquem determinados segmentos como serviço público ou não.

Foi a opção realizada, por exemplo, pelo legislador ordinário do Estado do Rio de Janeiro ao prevê na Lei n.º 2.804/1997, que dispõe sobre o transporte aquaviário no âmbito estadual, que o serviço público de transporte aquaviário de passageiros poderá ser prestado em duas categorias de linhas: (i) social, para o transporte de massa, respeitada uma configuração mínima de exigências a seu oferecimento; e (ii) seletiva, com melhorias em relação aos requisitos mínimos ordenados para a configuração social (ambas definidas na cláusula 2ª do instrumento contratual)³².

³¹ BNDES. Caderno de infra-estrutura: transporte hidroviário urbano de passageiros. Rio de Janeiro: [s. ed.], set., 1999, p. 60.

³² CLÁUSULA 2ª - O serviço público de transporte aquaviário de passageiros de que trata este contrato poderá ser prestado em duas categorias de linhas: social e seletiva.

I – Entende-se por linha social aquela que, no mínimo, apresentar, dentre outros, os seguintes requisitos:

- a) velocidade de serviços da embarcação superior a 10 (dez) nós;
- b) nível de ruído nas áreas destinadas a passageiros inferior a 85 (oitenta e cinco) dB;
- c) embarcações com banheiro masculino e feminino com sanitários e pias; e bebedouros refrigerados em cada um dos conveses;
- d) poltronas individuais fixas com braços;

Percebe-se que tanto a Lei que rege o transporte aquaviário no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, como o contrato de concessão, dispõem que tal serviços é um serviço público que poderá ser prestado em duas categorias de linhas: a social e a seletiva. Assim, também pela corrente essencialista-legalista, estar-se-ia diante de serviços públicos.

Buscou-se com tal diferença estimular a competitividade no e entre serviços³³. Para se entender melhor, cabe visualizar que o contrato de concessão prevê, dentre outras obrigações, no Anexo V, quais os trajetos que são objeto da prestação do serviço, assim como o intervalo máximo de tolerância para transporte de passageiros em determinados intervalos de tempo. Tal se refere às linhas sociais e são configurados como serviços público privativos prestados em regime público.

Todas situações fora as descritas no contrato com condições de prestação do serviço público, são caracterizadas como linhas seletivas, e não pode o Estado impedir, a princípio, qualquer entidade privada de desenvolver a atividade, em regime de livre iniciativa. As linhas seletivas são configuradas, portanto, como serviços públicos privativos prestados em regime privado.

Existe, desse modo, uma distinção entre serviços universais – prestados em regime público, mediante concessão ou permissão, remunerados por tarifa – e serviços de interesse econômico geral – prestados em regime privado e

e) ventilação natural das áreas destinadas a passageiros assegurando-se renovação de ar satisfatório, consoante os padrões de higiene;

f) as áreas destinadas a passageiros devem possuir pé direito livre de no mínimo 2,10m.

II – Entende-se por linha seletiva aquela que, no mínimo, apresentar melhorias em relação aos seis requisitos previstos no item anterior, cujo serviço deverá ser prestado por embarcações com velocidade mínima de 15 (quinze) nós, refrigeração e conforto.

³³ Sobre o tema competição pelo serviço, no serviço e entre serviços públicos vide artigo, nesta obra, intitulado “Eficiência Competitiva no Transporte Aquaviário de Passageiros”, de Victor Costa Rodrigues.

remunerados por preço – o que é admitido na doutrina³⁴ e também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Adin n.º 1668 - DF)³⁵.

6.1 Serviço público privativo prestado em regime público (linha social)

Os serviços sociais são aqueles considerados essenciais, em regra explorados em regime exclusivamente público. Esses serviços podem ser delegados por meio de dois títulos habilitantes, que são a concessão (comum, patrocinada ou administrativa) e a permissão³⁶. Tais se sujeitam a pelo menos três deveres: universalização, continuidade e modicidade.

³⁴ Apenas para citar um exemplo, Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 129 e 130) esclarece: *“Existem serviços – que não são públicos – cujo desempenho pelos particulares sujeita-se a uma fiscalização estatal mais rigorosa. Essas atividades econômicas sujeitas a maior fiscalização estatal são conhecidas em todos os países do mundo, inclusive nos ordenamentos que não consagram o instituto do serviço público. Muitas vezes, costuma-se utilizar a expressão serviço público virtual para a eles referir-se. A hipótese abrange os casos de transporte por meio de táxi, profissões regulamentadas, atividades de hotéis, bancos, seguros etc. Entre nós, a hipótese está explicitamente prevista no art. 170, parágrafo único, da CF/88. Ali se prevê que a lei poderá subordinar o exercício de certas atividades a uma autorização estatal prévia. O ato estatal destina-se a verificar o preenchimento pelo particular dos requisitos necessários. A intervenção do Estado, nesses casos, não atinge a natureza do serviço nem altera o regime jurídico sob o qual se desenvolve, ainda que se imponham requisitos para o desempenho das atividades e se as subordine a controle de intensidade variável”*.

³⁵ Nesta ADIn, o STF apreciou a possibilidade prevista no art. 65 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT, de serviços de telefonia da mesma modalidade serem prestados concomitantemente em regimes distintos (público e privado). Ressalta-se que apesar do acolhimento da existência de dois planos de prestação dos serviços públicos, a saber, serviço público, prestado em regime público, por meio de concessões e permissões sempre precedidas de licitações; e serviço público prestado em regime privado, outorgado por meio de autorização, o STF não aprovou tal decisão por unanimidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1.668 (medida liminar) UF: DF – DISTRITO FEDERAL, Fonte: D. O. 31.08.98, Relator: Ministro Marco Aurélio, Requerentes: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC do B, PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT, PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT, PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB - Resultado da Liminar: Indeferida, Data Publicação: 31/08/1998).

³⁶ Veja artigo, nesta obra, intitulado “Os possíveis títulos habilitantes na exploração do serviço público de transporte aquaviário de passageiros: Concessão comum, PPP, Permissão e Autorização”, de Rodrigo da Fonseca Chauvet.

Os deveres de universalização são aqueles que objetivam permitir o acesso aos serviços por qualquer pessoa, independentemente da localização do seu domicílio ou da sua condição pessoal, social ou econômica³⁷. Os deveres de universalização serão objetos de metas propostas pelo órgão regulador e aprovadas pelo poder executivo que explicitará diversos elementos necessários à delimitação objetiva do serviço, como prazos, indicadores mínimos de qualidade, frequência, abrangência geográfica e outros elementos mais específicos.

Os deveres de continuidade são os que objetivam permitir ao usuário dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas e em condições adequadas de uso, qualidade, segurança e regularidade. Não configura descontinuidade a suspensão ou o atraso isolado ou circunstancial do serviço, ditado por razões de força maior ou por eventos cuja ocorrência não seja de responsabilidade direta ou indireta do operador.

Por fim, a modicidade diz respeito a cobrança pela prestação dos serviços públicos de tarifa módica, de modo a assegurar ao indivíduo o direito de acesso ao serviço público. A remuneração deve ser justa, recebendo para tanto o mínimo para cobrir os custos da prestação dos serviços.

6.2 Serviço público privativo prestado em regime privado (linha seletiva)

A linha seletiva é explorada como serviço público privativo prestado em regime privado e este se baseia nos princípios constitucionais da atividade econômica, mas não isenta os operadores da ação regulatória do órgão regulador, nem impedirá a imposição de condicionamentos administrativos que sejam necessários a garantir uma série de princípios, como o da competição livre, ampla e justa; da diversidade de serviços e operadores; do respeito aos direitos dos usuários e o equilíbrio de direitos e obrigações entre estes e os operadores; da prevalência dos serviços essenciais prestados em regime público

³⁷ Dinorá Adelaide Musetti Grotti (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 55 e 56) entende a universalidade como “*uma manifestação do princípio da igualdade, isto é, a possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos. Significa que o mesmo deve atender indistintamente a todos que dele necessitem, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção se constitui num dever legal, podendo ser exigido tanto daqueles que tenham a competência para instituí-lo quanto daqueles que o executem*”.

sobre os serviços prestados em regime privado; da isonomia de tratamento entre os operadores; da permanente fiscalização; da existência, da continuidade e da eficiência do serviço essencial; do crescimento proporcional de deveres, condicionamentos e obrigações do operador em função do grau de sua participação; e da vinculação entre os condicionamentos impostos e as finalidades públicas específicas e relevantes.

Fato é que os serviços públicos privativos prestados em regime privado possuem características de atividade econômica em sentido estrito, mas por serem tidos como serviços públicos podem ter impostas proibições, restrições e interferências na prestação que realizam, sempre com caráter excepcional, com objetivos prioritários de preservação dos interesses e os direitos dos usuários. Esses serviços serão delegados por meio de autorizações vinculadas.

O operador em regime privado será livre para fixar seus preços e caberá a ele, somente, manter o órgão regulador informado dos valores praticados, sem ser necessária qualquer decisão de consentimento. O operador deverá explorar, por sua conta e risco, os serviços autorizados, sem direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das suas atividades.

Pode-se concluir, assim, que nas linhas seletivas não há a característica da universalidade, da continuidade e da modicidade, não sendo, portanto, serviço público privativo prestados em regime público. Dessa forma não se sujeitam, a princípio, ao regime de licitação, nem ao regime de concessão ou permissão. A delegação se daria por meio da autorização da exploração do serviço público em regime privado.

A peculiaridade existente no Estado do Rio de Janeiro se dá porque o Poder Público fluminense, preocupado em assegurar uma lucratividade mínima a atividade, instituiu exclusividade na exploração de algumas linhas seletivas, o que justifica a necessidade do processo licitatório. A contrário senso, as linhas seletivas sem exclusividade seriam exploradas em regime de livre iniciativa uma vez que elas não se revestem do requisito da essencialidade, que caracteriza as linhas sociais (serviço público privativo explorado em regime público).

Conclusões

Serviço público são prestações transferidas da sociedade para o Estado, tendo em vista o reconhecimento dos indivíduos acerca da impossibilidade de exercerem, por si só, tais atividades. Significa dizer que serviço público é toda atividade que a Administração efetua de forma direta ou indireta sob normas e controles estatais, visando a satisfazer necessidades essenciais ao desenvolvimento da sociedade, objetivando sempre um interesse público, sobre regime jurídico total ou parcial de direito público, porém sempre com predominância deste último, com menção na Constituição, ou em lei, desde que em consonância com os princípios fundamentais, gerais e setoriais da ordem econômica e tendo o ente federativo a competência para a sua instituição.

Percebe-se que tal conceito não envolve única e exclusivamente aqueles três elementos clássicos abordados pela grande maioria da doutrina brasileira (elemento subjetivo, formal e objetivo). Assim o é, porque tal conceito é falho e não condiz com a realizada e transformações hoje existente no direito administrativo. Há que se incluir, pelo menos mais um elemento, que pode-se chamar, aqui, de elemento de legitimidade, que diz respeito a criação e organização. Sem esse quarto elemento a noção de serviço público fica incompleta e pode se confundir com a ideia de atividade econômica em sentido estrito.

Partindo, desse pressuposto, conclui-se que o transporte aquaviário de passageiro é um serviço público privativo do Estado, independentemente da corrente doutrinária relacionada à legitimidade que se adotar, pois tanto a Constituição como a lei estabelecer tal como serviço público, logo, houve transferência da sociedade para o Estado.

Focando no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, pode-se afirmar que as linhas sociais são tratados como serviços universais – prestados em regime público, mediante concessão ou permissão e remunerados por tarifa – e as linhas eletivas como serviços de interesse econômico geral – prestados em regime privado e remunerados por preço. Não são essas últimas atividades econômicas em sentido estrito, mas serviços públicos prestados em regime privado que possuem as características dessas, mas que não se pode confundir com tais.

Referências

- AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviço público. São Paulo: Max limonad, 1999.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do Direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BNDES. Caderno de infra-estrutura: transporte hidroviário urban de passageiros. Rio de Janeiro: [s. ed.], set., 1999.
- BONNARD, Roger. Notions générales sur lês attributions et lês fonctions de l'Etat et sur lês services publics. Revue de Droit public. Paris: [s. n.], 1925.
- _____. Précis élémentaire de Droit administratif. 4. ed. Paris: Sirey, 1943.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1.668 (medida liminar) UF: DF – DISTRITO FEDERAL, Fonte: D. O. 31.08.98, Relator: Ministro Marco Aurélio, Requerentes: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC do B, PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT, PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT, PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB - Resultado da Liminar: Indeferida, Data Publicação: 31/08/1998.
- CAETANO, Marcello. Manual de Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1970, tomo II.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direitos administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DIEZ, Manuel Maria. Manual de Derecho administrativo. Bueno Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1980, Tomo II.
- DUGUIT, Leon. Las transformaciones del Derecho público. Tradução com estudo preliminar de Adolfo Posada e Ramón Jaén. Madrid: Francisco Beltrán, 1913.
- _____. Traité de Droit constitutionnel. 3. ed. Paris: Bocard, 1927, tomo I, p. X (1ª ed. de 1911).
- FALLA, F. Garrido ¿Crisis de la noción de servicio público? In: MONTANER, Luis Cosculluela (Coord.). Estudios de Derecho Público Económico: Libro homenaje al Prof. Sebastián Martín Retortillo. Madrid: Endesa-Ibercaja-Civitas, 2003.

- FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.
- JÈZE, Gaston. Principes généraux du Droit administrative. 2. ed. Paris: M. Giard & E. Briere, 1914 (1ª ed. 1904).
- JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 1997.
- _____. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003.
- JUSTEN, Mônica Spezia. A noção de serviço público no direito europeu. São Paulo: Dialética, 2003.
- KEEDI, Samir. Transportes, unitização e seguros internacionais de carga. Prática e exercícios. 3. ed. São Paulo: Lex, 2006.
- LASO, Enrique Sayagués. Tratado de Derecho administrativo. Montevideo: [s. n.], 1953, Tomo I.
- LAUBADÈRE, André de. Manual de Droit Administratif. Paris: Dalloz, 1976.
- MARÍN, Carmen Chinchilla. Servicio público, ¿crisis o renovación? In: Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998.
- MASAGÃO, Mário. Curso de Direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- MEILÁN GIL, J. L. La “cláusula de proceso” en los servicios públicos. Madrid: IEA, 1968.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. Prestação de serviços públicos e Administração indireta. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MOTTA, Massimo. Competition policy: theory and practice. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2004.

REBOLLO, Luis Martíns. De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. Revista de Administración Pública, n. 100-102, p. 2471-2542, enero-dic., 1993.

RIVERO, Jean. Direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1981.

ROLLAND, L. Précis de Droit administratif. 11. ed. Paris: Dalloz, 1957.

SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: Privatização, Concessões e Terceirizações. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. Temas de Direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E. Economics of regulation and antitrust. 3. ed. Cambridge: MIT Press, 2001.

EFICIÊNCIA COMPETITIVA NO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS

Victor Costa Rodrigues

Mestrando em Direito Regulatório pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ

Pós Graduado em Direito e Economia da Regulação e da Concorrência pela UERJ

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF

Advogado

victorcr@outlook.com

SUMÁRIO: *Introdução; 1. O princípio da eficiência no ordenamento brasileiro; 2. A competição pelo serviço público; 3. A competição no serviço público; 3.1. A atual disposição da competição no serviço público na baía de Guanabara; 3.2. Consequências intrínsecas à competição no serviço público; 4. A competição entre serviços públicos; 5. A competição entre serviços públicos e atividades econômicas; Conclusões; Referências.*

Introdução

A Administração Pública tem como função precípua a prestação de determinados serviços a todos os cidadãos, independentemente do seu efetivo uso por todos ou somente por alguns. Seja qual for o tipo de serviço prestado, é importante que o faça de maneira eficiente, seja de forma direta pelo Estado¹, ou de forma indireta, através de concessão, permissão ou autorização de serviço

¹ Desde logo se deve deixar claro que a noção de serviço público é intrínseca à atividade estatal, sendo questionável na doutrina a sua abrangência ou utilidade nos dias atuais, se seria abrangida toda e qualquer atividade do Estado ou somente para aquelas direcionadas a determinados indivíduos. Além disso, há também questionamento sobre a validade do conceito de serviço público hoje. No presente artigo, utilizar-se-á a noção clássica de serviço público abrangendo aquelas atividades de cunho essencial do Estado. Em consonância com esse pensamento, e indo além no que tange à própria função do Estado quando intervém no mercado, André Saddy (SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 126-127): afirma: “*entende-se que a ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado, optando pelo processo econômico do tipo liberal, que só admite intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado quer da formação de monopólios ou abuso de poder econômico, sempre na defesa da livre iniciativa*”

público, a ser prestado por um particular imbuído do encargo público. Ao longo dos anos, mostrou-se as vantagens e desvantagens de cada modelo de prestação de serviço público realizado pelo Estado.

Como bem dito por André Saddy², o transporte aquaviário é serviço público privativo, ou seja, insere-se no âmbito de atribuição do Estado, podendo este exercê-lo com privilégio exclusivo sendo seu único titular e prestador. No entanto, na maioria das vezes, o Estado opta por delegar esta atribuição, e por isso a classificação de serviço privativo adquire novas características.

Essa delegação se deu em razão de leis setoriais que segmentaram os diversos setores que compõem o serviço público, facilitando a competição. Com isso, diferentes aspectos dos serviços foram divididos para uma exploração de forma mais eficiente e com menos riscos sistêmicos, afinal, diferentes agentes atuando nos mercados implica numa maior especialização das atividades, o que promove um enorme ganho de eficiência de todo o sistema econômico. Essas leis abrangeram o serviço público como um todo, tanto na área de energia elétrica, quanto a cadeia petrolífera, e nos próprios transportes³. No caso específico do transporte aquaviário, André Saddy, nesta obra, já demonstrou essa divisão, quando falou da linha social e seletiva e demonstrou os requisitos para cada uma delas, no caso da Baía de Guanabara⁴.

Em suma, o que interessa para a Administração, e para toda a coletividade no que tange aos serviços públicos, é que estes funcionem de maneira adequada, e deve ser a própria adequação o ideal almejado por todos. A questão então se transforma no seguinte: como fazer com que haja eficiência no transporte público, e mais especificamente no transporte aquaviário de passageiros?

² Veja artigo, nesta obra, intitulado “*Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*”, de André Saddy.

³ Segundo André Saddy: “*Com o desmembramento de atividades complementares ou ligadas a uma mesma cadeia produtiva, bem como o estabelecimento de concorrência em diferentes fases das atividades, o que se observa atualmente é a diversidade numa mesma atividade de naturezas jurídicas de determinados segmentos desta. Não se pode mais falar que determinado setor é ou não um serviço público, deve-se estudar seus segmentos separadamente para só então defini-los ou não como tal.*” (SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 123).

⁴ Presente na cláusula 2 do contrato firmado entre o Poder Concedente (Estado do Rio de Janeiro) e a concessionária de serviços públicos de transporte aquaviário.

A resposta para tal pergunta está na competição “pelo serviço público, “no serviço público” e “entre serviços públicos”, e até mesmo na competição entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito.

O ideal aqui perseguido será o de demonstrar como cada uma destas situações pode ser aplicada ao transporte aquaviário de passageiros, especificamente no Estado do Rio de Janeiro, e quais os aspectos devem ser levados em consideração para aumentar a competitividade e eficiência.

1. O Princípio da Eficiência no Ordenamento Brasileiro

O princípio da eficiência sempre foi buscado pela Administração Pública, afinal, nenhuma atividade deveria ser prestada pelo Estado com o objetivo de ser mais ou menos eficiente. No entanto, não estava inserido no artigo 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) até a Emenda Constitucional nº 19, de junho de 1998. Sendo positivado cerca de dez anos após a promulgação da Carta Magna, o princípio da eficiência finalmente passou a ser um dos pilares que rege a Administração.

A doutrina, contudo, não é unânime em aceitar o princípio da eficiência como uma inovação no ordenamento. Para alguns autores⁵, o princípio não teria razão de ser justamente por expressar algo que já seria de praxe para a Administração Pública. Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ ainda vai mais além e posiciona o princípio da eficiência como uma derivação do princípio da legalidade, afirmando ser derivado do princípio da boa administração, de origem italiana, posição frontalmente rechaçada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷.

⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Da Reforma Administrativa Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 41

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122.

⁷ A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84-85) explica o motivo pelo qual não se pode achar que a eficiência seria relegada a ser simplesmente um item do princípio da legalidade: “já tivemos oportunidade de realçar a acentuada oposição entre o princípio da eficiência, pregado pela ciência da Administração, e o princípio da legalidade, imposto pela Constituição como inerente ao Estado de Direito. Lembramos, então, o ensinamento de Jesus Leguina Villa (1995;637) a respeito dessa oposição entre os dois princípios Regime Jurídico Administrativo quando o autor afirma: ‘Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que

Por outro lado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸ tece considerações valiosas sobre o princípio, afirmando que foi desenvolvido⁹ em meados do século XX e trazido para a Administração Pública a fim de superar o conceito de poder-dever de administrar, fixando um dever da boa administração respaldado por concepções gerenciais almejando sempre a eficiência na ação administrativa pública.

Em razão de sua positivação, o princípio da eficiência ganhou contornos mais palpáveis pela Administração, com critérios mais objetivos, o que acarretou uma mudança interessante no que tange ao seu controle, tanto pelo próprio Poder Público quanto pelo Judiciário. Enquanto era implícito, o

os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.”

⁸ MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁹ Também o prof. Diogo (MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 115-116) tenta definir alguns parâmetros para balizar tal princípio: “*Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante a prática de atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, o atendendo apenas ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais: que esses atos fossem praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, de modo a possibilitarem o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei. Essas exigíveis qualidades intrínsecas de excelência são, por certo, numerosas e diferenciadas, sendo, assim, imprescindível defini-las através de parâmetros objetivos previamente fixados, que se destinam à aferição dos resultados alcançados pela ação administrativa. Esses parâmetros tanto poderão ser fixados pela lei, como pelo ato administrativo, pelo contrato administrativo ou pelo ato administrativo complexo, sob critérios de tempo, de recursos utilizados, de generalidade do atendimento ou de respostas de usuários (feedback), tendo sempre em linha de conta que o conceito jurídico de eficiência jamais poderá ser subjetivo, pois de outro modo, chegar-se-ia ao arbítrio no controle*”.

Judiciário se furtava do seu dever essencial de avaliar os atos praticados¹⁰ em razão da ausência de parâmetro próprios, de modo que tanto os particulares quanto o poder público não possuíam parâmetros para uma limitação jurisdicional da sua própria conduta.

Além disso, o princípio da eficiência também traz em seu núcleo uma ideia de ação célere e objetiva de modo a produzir os resultados esperados. A burocratização quando despida de cautela razoável é o oposto do princípio da eficiência, que segue os parâmetros intrínsecos à legalidade administrativa, sem, contudo, sacrificá-la¹¹.

Em suma, a principal finalidade da inclusão da eficiência como princípio constitucional é a garantia expressa que a Administração tenha o dever explícito de oferecer a toda a coletividade serviços públicos adequados, com qualidade e no menor tempo possível, aliada sempre com a redução de custos, com regularidade, atualidade, garantindo uma tarifa módica, dentre outras características¹² incluídas no art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95. Além disso, há de se promover sempre a revisão dos processos internos, simplificando

¹⁰ Neste sentido, Paolo Henrique Spilotros Costa (COSTA, Paolo Henrique Spilotros. O princípio da eficiência e a competitividade nos serviços públicos de transporte coletivo. In: SOUTO, Marcos Jurueña Villela e MARSHALL, Carla C. Direito Empresarial Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002) afirma: “Mas, havendo (como se deve haver, por força do artigo 18, inciso I, da Lei nº 8.987/95) no contrato de concessão metas objetivas, claramente identificadas, não há dúvida de que o Judiciário poderá obrigar o seu cumprimento. Neste ponto, pode-se destacar, como critérios de eficiência objetiva, no que se refere, por exemplo, ao transporte metroviário: a limpeza da estação, a limpeza dos trens, a comunicação visual, a segurança do sistema, a conservação da estação e dos trens, o atendimento dos empregados, o tempo de viagem e o tempo de espera na plataforma, o conforto, a sonorização das estações, a qualidade das escadas rolantes, o tempo de compra do bilhete, a iluminação das estações, a sonorização dos trens, o atendimento a portadores de deficiência e idosos, a informação aos usuários, e a qualidade do serviço em geral”. Da mesma maneira, aplicam-se estes critérios objetivos na situação do transporte aquaviário, tendo a concessionária o dever de informar aos passageiros aspectos específicos deste tipo de modal, tais quais: como utilizar os coletes salva vidas, quais são e onde se localizam as saídas de emergência, disponibilizar os horários disponíveis para embarque, avisos de cuidado ao embarcar nos catamarãs, etc..

¹¹ Sobre o confrontamento do princípio da legalidade e o princípio da eficiência vide: MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 151.

¹² Tarifa módica não quer dizer necessariamente tarifa barata, mas a menor tarifa que, além de cobrir as despesas da concessionária e garantir o funcionamento do serviço, também seja capaz de propiciar os investimentos necessários à expansão e modernização do setor. Esse entendimento também é conhecido como Princípio da Modicidade Tarifária.

procedimentos, desburocratizando e estabelecendo metas e indicadores de desempenho e de satisfação do cidadão¹³.

A questão central surge em como promover a eficiência típica dos agentes econômicos privados para o âmbito da Administração Pública. Isto porque, tradicionalmente, ela possui garantias instituídas por lei que, sob o argumento de resguardar o erário e o interesse público, às vezes impedem que obtenha condições mais favoráveis, especialmente em função da prerrogativa de utilização das cláusulas exorbitantes a toda e qualquer relação com o particular. Há críticas bastante contundentes sobre isso¹⁴. O que importa aqui é que a competição “pelo”, “no” e “entre” serviços públicos, foi uma forma encontrada Poder Público para tentar garantir a eficácia do princípio da eficiência em todo o âmbito dos serviços públicos, utilizando-se dos agentes privados e de sua atuação mais dinâmica para reduzir os custos que teria caso optasse por realizar tudo de forma centralizada.

¹³ Esta visão é endossada por Henrique Savonitti Miranda (MIRANDA. Henrique Savonitti. Curso de Direito Administrativo. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 97-98), que vai mais além: “Podemos dizer, assim, que a inclusão da eficiência como princípio expresso da Administração Pública teve por escopo primordial solucionar duas ordens de questões, a saber: controle da eficácia e da eficiência da gestão orçamentária, prevista no inciso II do art. 74 da Constituição Federal, e; otimizar o desempenho da Administração, por meio da substituição de métodos obsoletos por modernos, calcados nos resultados de que os potenciais humanos e de materiais da Administração possam oferecer, a partir do que dispõe o parágrafo 8º do art. 37, e o inciso III do art. 41 da Constituição Federal.”

¹⁴ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 586) afirma que seria necessário um maior controle sobre o uso das cláusulas exorbitantes através da teoria da dupla motivação. Afirma que o correto seria haver motivação da Administração Pública sempre que esta escolha utilizar (adoção) e sempre que vá aplicar as cláusulas. Segundo ele “a dupla motivação estabelece, assim, não só uma dupla garantia de legitimidade como uma dupla garantia de segurança jurídica para o contratante privado; isso, sem qualquer prejuízo para o atendimento casuístico do interesse público, pois tudo resta dependendo de como este se apresente em qualidade e intensidade na relação contratual”. Mais à frente em sua obra, o autor complementa sua fala aduzindo sobre os efeitos maléficos do uso constante dessas cláusulas, o que faz com que os agentes privados sempre esperem uma atitude vertical e impositiva da Administração, o que se reflete no preço. Com isso, o interesse público e a eficiência não são alcançados, o que é prejuízo a toda sociedade.

2. A competição pelo serviço público

A titularidade do Poder Público no que tange aos serviços públicos é relativa, ou seja, em razão da essencialidade de determinados serviços, o Estado tem o dever legal de garantir a disponibilidade destes de forma contínua, mesmo que divida-os com os agentes privados do mercado (caso dos serviços públicos não privativos). Porém, isso não significa que deve ser o responsável pela execução do serviço público em todas as áreas. O Estado tem a possibilidade de conceder, permitir ou autorizar a exploração de determinado serviço público pelo particular, fiscalizando-o de forma direta através dos tribunais de contas, das secretarias responsáveis pelo serviço, ou quando existentes, pelas autarquias especiais, principalmente depois da década de 90.

O Estado brasileiro, especialmente nos últimos 25 anos, se propôs a aderir às regras do livre mercado. A regra existente hoje no país é a da livre iniciativa prevista no artigo 1º, inciso IV, da CRFB, juntamente com o art. 170, parágrafo único, do mesmo diploma legal, não sendo possível que esses órgãos impeçam a participação de novos agentes econômicos no mercado interno em detrimento da liberdade de escolha dos usuários (art. 7º, III, do Código de Defesa do Consumidor). A exceção à regra está presente no artigo 175, também da CRFB: a necessidade do emprego do procedimento licitatório para escolher possíveis contratações com o poder público quando se tratar de serviços públicos, essenciais ou não¹⁵.

¹⁵ Conforme explicitado no primeiro artigo, nesta obra, intitulado “Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro”, de André Saddy, a questão sobre a possibilidade do serviço público ser prestado de forma privativa em regime público ou privado depende principalmente de sua essencialidade. De forma bastante resumida, André Saddy (SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 126-127): “*Ter-se-á um regime público quando se estiver diante de um interesse essencial, ou seja, se o serviço público for considerado como essencial, devendo ser prestado, no mínimo, por um operador em regime público, admitindo, porém, prestação simultânea do regime privado com o público. Quando os serviços forem considerados não essenciais, isto é, que não comporão um conjunto mínimo garantido pelo Estado, serão prestados exclusivamente em regime privado. Assim, a diferença está diretamente ligada ao regime de exploração de serviços e não tem nada a ver com a natureza do operador. Da mesma forma que poderá haver uma empresa privada prestando serviços em regime público, também será possível a uma empresa estatal operar em regime privado*”.

O procedimento licitatório¹⁶, portanto, tem um componente competitivo inerente a sua utilização. Afinal, na busca pelo interesse público, deve-se procurar aquele indivíduo ou sociedade que reúna as melhores condições para atender os anseios dos usuários do serviço público. Reunidos os principais concorrentes, em igualdade de condições, numa chamada pública devidamente publicizada, procura-se garantir o recebimento das propostas mais vantajosas.

A competição pelo serviço público é o primeiro passo a ser dado para que haja um ganho de eficiência no setor a ser explorado. Ela é, em um primeiro momento, uma competição entre os agentes privados que desejam atuar no mercado, devendo-se verificar critérios como a exequibilidade e as condições financeiras da futura contratada caso a caso com a finalidade de evitar situações de emergência posteriormente.

O art. 2º da Lei nº 8.987/95 e o artigo 10º da Lei nº 11.079/04 preveem a delegação do serviço público por meio da modalidade de concorrência, procedimento que embora mais moroso, é o que possui maiores garantias para a Administração, permitindo a participação de qualquer empresa no procedimento licitatório, corroborando a ideia de eficiência, pois tem condão de atrair melhores propostas.

O edital, como instrumento convocatório, tem condão de definir os aspectos objetivos que serão exigidos no certame. Os detalhes nele contido são da mais alta relevância, pois farão lei entre as partes. Porém, existem aspectos que obrigatoriamente devem estar contidos nele¹⁷, sendo fontes de desempate entre os licitantes, cujo rol está previsto no artigo 15 da Lei nº 8.987/95¹⁸.

¹⁶ A licitação, utilizando o conceito tradicional de Celso Antônio Bandeira de Melo (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª Ed. São Paulo. Malheiros, 2008, p. 517) é: “*um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessárias ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir*”.

¹⁷ No caso do Regime diferenciado de contratações (RDC), por exemplo, é preciso que esteja estabelecido explicitamente a opção pelo RDC (Art. 8º, inciso XVI, do Decreto nº 7581 de 11 de outubro de 2011).

¹⁸ Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; V -

Além da fiscalização da própria Administração Pública, faticamente há outro benefício pelo qual deve-se utilizar o procedimento da concorrência: em razão dos aspectos objetivos, os particulares que se sintam lesados por eventual arbitrariedade praticada pela Administração Pública pode opor recursos administrativos no procedimento licitatório a fim de controlar irregularidades, ou condutas maliciosas dos agentes públicos. Por outro lado, o excesso de recursos com fundamentação meramente protelatória, com fulcro em irregularidades inexistentes, atrapalha o bom andamento da licitação, e causa grandes prejuízos à Administração e ao cidadão em geral, eis que deixa de aproveitar melhores condições competitivas.

Dessa forma, deve-se fazer uma ressalva: a competição pelo serviço público não gera uma eficiência mercadológica que tem condão de melhorar a qualidade do transporte e provocar uma “eficientização” dos meios de produção. Pelo contrário, caso o serviço se dê de forma exclusiva, é provável que não haja muito esforço para um maior aprimoramento do concessionário, visto que não haverá alteração substancial da sua remuneração em virtude de ser o único explorador do serviço.

Por fim, deve-se evidenciar que em razão da visão orientada ao lucro, faz-se necessário de uma descrição pormenorizada do objeto no edital, afinal, é o Poder Concedente que faz as escolhas públicas das condições de eficiência desejadas: é ele quem lança vantagens ou desvantagens para a população através do edital. Pela própria natureza das empresas, são poucas as que efetivamente contribuem com mais do que o previsto nos contratos públicos, pois, se assim o fizerem, verão suas margens de lucro diminuírem. Quando se está num mercado altamente competitivo, ou de alto risco, essa é a maior preocupação das mesmas.

Historicamente, investimentos em infraestrutura são sempre tratados com cautela, no caso do Rio de Janeiro e do transporte aquaviário de passageiros, não foi diferente. Na década de 1990, o então governador Marcello Alencar deu início ao Programa Estadual de Desestatização (PED). O Decreto Estadual nº 21.916 de 16 de janeiro de 1996 instituiu as diretivas pelas quais as empresas estatais que realizavam serviços públicos seriam todas vendidas (no

melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

que tange seu controle acionário, conforme art. 2, I do referido decreto¹⁹). Incluiu, portanto, a CONERJ (empresa que efetuava o transporte aquaviário na Baía de Guanabara) neste plano.

Embora mais de 30 sociedades empresárias/consórcios tenham comprado o edital de licitação para escolha da consultoria responsável pela avaliação econômico-financeira, assessoramento e preparação para a privatização da CONERJ, apenas um apresentou proposta - o consórcio composto pela Trevisan Consultores de Empresa Ltda., Balman Consultores Associados S/C Ltda., Planave S.A. - Estudos e Projetos de Engenharia e Banco Liberal S.A. O valor da proposta foi R\$ 713.550,00 mais 12% (o preço mínimo era de R\$ 750.000,00).

No entanto, essa quantidade de interessados na consultoria ao Estado não se traduziu em concorrência de fato no momento de outro procedimento licitatório. O Estado, em momento posterior, ao ofertar aos agentes privados a possibilidade de executar o serviço público, quase teve uma licitação deserta.

No dia 5 de fevereiro de 1998, a CONERJ foi vendida pelo valor do preço mínimo ao único consórcio que fez a proposta, formado pelas seguintes empresas: Auto Viação 1001, Construtora Andrade Gutierrez, RJ Administração e Participações S.A. e Wilson Sons Administração e Comércio Ltda. Ao contrário do pregado aqui, não há ganho de eficiência quando apenas uma empresa ou um consórcio de empresas disputa um procedimento licitatório, afinal, a Administração deverá escolher entre a proposta mínima oferecida ou a prestação por si mesma (em nome do princípio da continuidade do serviço público, o que poderia ser evitado caso houvesse mais interessados competindo pelo serviço).

Além disso, a vencedora da licitação do transporte aquaviário detinha a prerrogativa de explorar novas linhas se assim o quisesse, sem necessidade de passar por novo procedimento licitatório. Outra inovação favorável ao vencedor do procedimento licitatório foi o de ter garantido que seria o Estado a realizar os investimentos em infraestrutura necessários à expansão e

¹⁹ Art. 2º As desestatizações serão executadas consoante as seguintes modalidades:

I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a venda em lotes de ações que assegurem a participação de empregados, acionistas, fundo de pensões, fornecedores, consumidores e do público em geral, bem como de qualquer outro grupo de interesse previamente identificado e aqui não especificado (art. 5º, X).

modernização do sistema. A CONERJ foi arrematada pelo preço mínimo de R\$ 33,012 milhões²⁰.

O consórcio assumiu o nome de Barcas S/A e esteve à frente da concessão de 1998 até 2012. Em abril de 2012, após um grande período de reclamações por parte dos usuários e do Poder Concedente, 80% de seu capital foi vendido para o grupo CCR por R\$ 72.000.000,00 sem que houvesse qualquer tipo de procedimento licitatório, em que pese aprovação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio (AGETRANSP), o que está de acordo com o art. 27, § 1º da Lei 8.987/95.

Em que pese a nova empresa ter assumido o serviço, apenas três anos depois já é possível ver notícias de possível insatisfação²¹ em relação ao passivo que supostamente se acumula, o que preocupa a todos os usuários, e de certa maneira também aos interessados em eventualmente realizar o serviço, uma vez que gigantes do setor de infraestrutura não conseguem sustentar o negócio.

3. A competição no serviço público

A competitividade no serviço público é incentivada pelo Legislativo, cabendo à Administração implementá-la, tendo expressa previsão legal no artigo 16 da Lei nº 8.987/95. Trata-se de regra que prevê que a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato de abertura do processo administrativo para contratação de um agente privado.

²⁰ Informações obtidas em: BRASIL. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Ano XXXV, nº 15 - Parte II, 01 jul. p. 17. Disponível em: <http://www.imprensaoficial.rj.gov.br/portal/modules/conteudoonline/view_pdf.php?ie=NzEwNA==&ip=MTc=&s=MTVkYTdjODgyODk0MzQ5NGVhOTVhZDk0NTczMzU3MWU=>>. Acesso em 22 de julho de 2015

²¹ Vide: PEREIRA, Daniel; PAMPLONA, Nicola. CCR ameaça abandonar Barcas por causa de prejuízo milionário. O dia, Rio de Janeiro, 26 mar. 2015. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-03-26/ccr-ameaca-abandonar-barcas-por-causa-de-prejuizo-milionario.html>>. Acesso em 22 de julho de 2015.

BOERGES, W. Estado não foi informado por CCR de interesse em venda da concessão do serviço de barcas na Baía de Guanabara. Extra, Rio de Janeiro, 16 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/estado-nao-foi-informado-por-ccr-de-interesse-em-venda-da-concessao-do-servico-de-barcas-na-baia-de-guanabara-16780138.html>>. Acesso em 22 de julho de 2015.

Nesse viés, a Lei nº 8.987/95, em seu art. 7º, III, assenta o entendimento da liberdade de escolha das prestadoras do serviço como um direito dos usuários, desde que observadas as normas do Poder Concedente. A situação mais comum onde é possível visualizar essa norma ocorre no transporte coletivo rodoviário (ônibus), uma vez que existem diversas linhas sobrepostas que, apesar de não terem o mesmo destino, competem entre si em grande parte dos trechos, especialmente os de maior concentração de pessoas. No âmbito do transporte aquaviário, um exemplo pôde ser visto na disputa entre serviço social e o seletivo que outrora ocorria na Baía de Guanabara entre a TRANSTUR e Barcas S/A. Enquanto a primeira utilizava embarcações mais velozes e com maior conforto, a segunda compensava sendo mais barata. Dependendo do binômio necessidade x possibilidade de cada usuário, era possível escolher qualquer um dos dois, o que vem a corroborar a ideia de liberdade de escolha (art. 7º, III, do Código de Defesa do Consumidor).

Por outro lado, quando se fala em inviabilidade econômica, não há limitações de tipo de serviço público, é dizer, qualquer modalidade, seja de transporte terrestre ou aquático, pode sofrer ingerência de inviabilidade econômica²². São vários²³ os motivos que podem ensejar essa inviabilidade econômica, sendo possível inferir, portanto, que o estudo para a realização de competição num cenário de serviços públicos é de demasiada complexidade.

²² Apesar do artigo, nesta obra, intitulado “A Exploração do Transporte Aquaviário por Linhas Seletivas no Estado do Rio de Janeiro”, de Bruna Cavalcante Drubi Burger, trazer maiores detalhamentos sobre os aspectos da inviabilidade econômica, deve restar consignado aqui que existem dispositivos no edital que implicam na exclusividade do serviço público no transporte social, ou seja, aquele prestado como serviço público em caráter essencial pela CCR Barcas. A inviabilidade econômica se mostra como uma impossibilidade prestação adequada do serviço público com lucro para o concessionário, o que não é do interesse da sociedade como um todo. Enquanto o lucro é interesse do concessionário, o usuário e a Administração tem interesses de que haja prestação do serviço, devendo haver uma conjugação dessas visões diversas até um ponto de convergência. Por isso, a tarifa não é sempre a menor possível, e sim a melhor possível. Caso a exclusividade seja a única maneira possível da ocorrência do serviço, ela deve ser sim buscada em nome do interesse público.

²³ Os motivos que ensejam a inviabilidade econômica são de ordem objetiva e subjetiva. Como viés objetivo tem-se: Tempo para amortização dos investimentos, custo para começar a explorar o serviço, mão de obra, valor da tarifa exigida pelo poder público (se é possível ou não), dentre outros. Como viés subjetivo tem-se o risco do empreendimento em si, afinal, o plano de investimentos das empresas devem prever despesas extraordinárias derivadas de manutenções, eventuais ações judiciais, multas cobradas pelas agências reguladoras, entre outros.

A Administração Pública, por sua vez, pode determinar a exclusividade em um procedimento licitatório em razão de motivos previamente explicitados, com as devidas garantias em favor do concessionário, afinal, para um melhor planejamento, é preciso que saiba se haveria qualquer possibilidade de haver concorrentes no setor em que atua, eis que todo o planejamento perpassa por uma estabilidade de fato e de direito garantindo a previsibilidade das operações futuras. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto²⁴:

Segue daí que a concepção tradicional de serviço público é posta em crise. Aquela visão essencialista e absoluta de serviço público (que o entende como uma atividade subtraída do domínio econômico confundindo-a com função estatal) perde espaço para uma noção lastreada na ideia de que, malgrado tratar-se de uma atividade econômica (passível pois de exploração econômica, inclusive com vistas ao lucro), por força de sua relevância social, seja reservada à titularidade do poder público com vistas a i) restringir o acesso à sua exploração àqueles que dele recebam uma outorga ou licença específica e ii) exigir que a sua exploração esteja subordinada a um regime sujeito a maior incidência regulatória (mormente submetida ao regime de direito público). Ou seja, ganha força o entendimento de que o serviço público seria a atividade que, pela sua imprescindibilidade social, justifica que o poder público reserve para si o ônus de assegurar que tal atividade será posta permanentemente à disposição da coletividade, sem que isso implique necessariamente no dever ou na prerrogativa de exploração exclusiva.

²⁴ NETO, Floriano de Azevedo Marques. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 29 de junho de 2015.

Não obstante, se de fato o exercício do serviço público de forma exclusiva for essencial para a sustentabilidade da atividade, com base numa equação econômico-financeira que garante o equilíbrio contratual, uma eventual violação contratual dessa regra de não competição gera uma violação grave à legítima expectativa do concessionário, sendo cabível indenização por perdas e danos e possivelmente uma resolução do contrato com fulcro na onerosidade excessiva²⁵.

Superada a discussão da possibilidade ou não de exclusividade no serviço público, essencial se faz verificar como se dá essa competição na prática. A Lei nº 2.804/97 do Estado do Rio de Janeiro dispõe sobre o transporte aquaviário de passageiros, prevendo que o serviço poderá ser prestado em duas categorias de linhas: a social (transporte de massa, respeitada uma configuração mínima de exigências a seu oferecimento), que é o verdadeiro serviço público prestado em regime público; e a seletiva, que é o serviço público prestado em regime privado²⁶.

Diferentemente do que ocorre no âmbito federal, os serviços de concessão de transporte público não se concentram nas agências reguladoras no âmbito estadual. O poder concedente no Rio de Janeiro está sob responsabilidade da Secretaria de Transportes do Estado do Rio de Janeiro (Setrans) e a concessionária é fiscalizada pela Agetransp (Agência Reguladora

²⁵ Fernando Antônio Dusi Rocha faz importante ponderação sobre o direito à exclusividade quando previsto no edital, afirmando que deve ser inserida apenas nos casos necessários, ocasião em que o particular não deve temer possíveis arbitrariedades estatais (ROCHA, Fernando Antônio Dusi. LEÃO, Eliana Goulart. Concessões e permissões no século XXI. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 137): “A exclusividade não poderá ser tratada, negociada ou vendida. A Lei define, no art. 5º, a maneira pela qual deverá ser justificada. E essa justificação deverá ser plenamente suficiente para provar o que lhe foi legalmente determinado. Na hipótese de qualquer indefinição probante, aqueles que se sentirem prejudicados não mais poderão assumir qualquer uma atitude conformista, nem concordar “sob coação”, temerosos de represálias. Os direitos existem para ser exigidos e defendidos. Aos interessados que se sentirem lesados cumprirá sempre fazer valer os seus direitos em via administrativa ou judicial. Deverão repudiar, com todas as armas concedidas pela Justiça e pela honestidade, qualquer manifestação de interesse não qualificado como público. No milênio que se inicia, não mais será aceitável ou cabível o medo, e toda causa em prol da verdade dever-se-á sagrar vencedora (...)”.

²⁶ Maiores informações sobre as características do serviço público prestado em caráter privado ou público, vide artigo, nesta obra, intitulado “Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro”, de André Saddy.

de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários, Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro).

3.1. A atual disposição da competição no serviço público na Baía de Guanabara

Para visualizar a atual situação do cenário competitivo do transporte aquaviário entre as cidades do Rio de Janeiro e Niterói, faz-se necessário um breve histórico²⁷ do funcionamento desse transporte, que opera regularmente desde o início do século XIX.

Ao longo dos dois últimos séculos, a locomoção de pessoas entre as cidades do Rio de Janeiro e de Niterói se deu pela via marítima, em períodos de atividade monopolista e em períodos de competição. Em 1835, por exemplo, a exploração do serviço público se dava tão somente com a Sociedade de Navegação de Nictheroy (SNN), que operava com três barcas com intervalos de uma hora, com capacidade para 250 passageiros. No entanto, em meados do século XIX, outra empresa teve a permissão para explorar esse tipo de transporte, e houve concorrência durante este período. Verificando que os lucros haviam diminuído em razão da competição, ambas as sociedades empresárias decidiram fundar a Companhia Niterói – Inhomirim, tendo êxito naquilo que queriam: pôr fim à competição e por conseguinte majorar suas margens de lucro²⁸.

No entanto, a criação desta nova empresa não foi o suficiente para garantir sobrevida às sócias. Uma nova empresa ingressou no mercado, e tendo o apoio de investidores estrangeiros, teve êxito em dominar o mercado provocando a suspensão dos serviços da Companhia Niterói-Inhomirim em 1865.

Ao longo do século XX, também houveram diversos momentos alternados entre monopólios e competição de particulares, tendo seu ponto crítico em 1959. Nesse ano, o Governo havia determinado um aumento de

²⁷ Para mais informações sobre a história do transporte aquaviário no Rio de Janeiro vide: PACÍFICO, A. Geografia Histórica do Transporte Aquaviário de Passageiros na Baía de Guanabara: Uma análise da relação entre poder público e capital privado na evolução urbana do Rio de Janeiro. Geo UERJ (2007), v. 1, p. 1-26, 2011.

²⁸ PACÍFICO, A. Geografia Histórica do Transporte Aquaviário de Passageiros na Baía de Guanabara: Uma análise da relação entre poder público e capital privado na evolução urbana do Rio de Janeiro. Geo UERJ (2007), v. 1, p. 1-26, 2011.

salários aos marítimos, o que não foi cumprido pela empresa. Aliando a falta de pagamento com condições precárias de trabalho e de insalubridade, o sindicato dos marítimos deflagrou uma greve. Isso somado aos constantes atrasos, filas de grandes proporções, resultou na paralização das atividades²⁹. No dia seguinte ao início da greve, os fuzileiros navais foram destacados para a estação das barcas, onde longas filas já haviam se formado. A turba irritada com os contínuos problemas avançou sobre os militares, provocando o caos. O saldo dessa situação foram 6 mortos e 118 feridos (Dentre os motivos, os cidadãos foram atingidos por rajadas de metralhadoras disparadas pelos militares), depredação de imóveis, uma intervenção militar na cidade e, finalmente, a estatização do serviço de lanchas que faz a travessia para o Rio de Janeiro³⁰.

A última vez que houve competição no serviço público de transporte aquaviário foi no período ano junho de 2008, quando a empresa Aerobarcos do Brasil, Transportes Marítimos e Turismo – TRANSTUR, encerrou suas operações. A empresa detinha autorização do Estado para explorar o local desde 1976. Competia à época com a empresa Barcas S/A, porém, possuía embarcações menores e mais velozes, o que consequentemente aumentava o valor da tarifa cobrada dos consumidores (já que não se trata de serviço social).

A empresa Barcas S/A que realizava serviço público privativo prestado em regime público (linha social), sobre o qual, por meio de licitação, adquiriu direito à exclusividade, sofria competição da TRANSTUR, sociedade que atuava exercendo serviço público privativo prestado em regime privado (linha seletiva)³¹. Conforme visto anteriormente, o art. 16 da Lei Federal nº 8.987/95, bem como o art. 3º da Lei nº 9.074/95, estabelecem a regra da competitividade, excepcionando a exclusividade. Dessa forma, a exclusividade se verificava tão somente na exploração da linha social, e não nas linhas seletivas.

Ocorre que, no final do ano de 2007, a TRANSTUR encerrou suas operações. Isso porque a empresa Barcas S/A começou a operar com novas embarcações, que tinham mais conforto e possuíam velocidade superior às

²⁹ É digno de nota que a empresa à época também pleiteava subsídios do governo do Estado em razão de um suposto aumento de custos. Os passageiros enfrentavam serviços de baixa qualidade, e ainda estavam pagando cada vez mais por isso.

³⁰ Sobre esse caso em específico, vide: NUNES, Edson. *A Revolta das Barcas - Populismo Violencia e Conflito Político*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

³¹ Veja artigo, nesta obra, intitulado “*Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*”, de André Saddy.

anteriormente utilizadas por elas. Sob argumento de uma suposta exclusividade no transporte seletivo, a TRANSTUR ajuizou uma ação para impedir que a Barcas/AS atualizasse a sua frota. Apesar de não haver qualquer disposição legislativa que permita a vedação do transporte seletivo, foi justamente nesse sentido que decidiu o tribunal de justiça do Rio de Janeiro. Essa decisão se mostra em desacordo com o entendimento de majoritária doutrina sobre o tema. São vários os princípios da Administração Pública infringidos com essa decisão, dentre eles o Princípio da Eficiência³² e o Princípio da Atualidade³³.

Por fim, a Barcas/SA teve êxito em seu pleito de poder concorrer com a TRANSTUR no transporte seletivo de passageiros. Não obstante, essa concorrência entre ambas gerou desgastes jurídicos, políticos e econômicos, que ensejaram diversas ações na justiça até o encerramento das atividades da TRANSTUR em razão do não repasse dos valores relativos às gratuidades por parte do Estado, fato esse assumido pelo mesmo ente federado.

Além disso, a TRANSTUR ainda questiona a possível prática de preço predatório³⁴ por parte da Barcas S/A. O presidente da primeira afirma que os

³² Sobre o Princípio da Eficiência, aduz Alexandre dos Santos Aragão: (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 98): “*Há, por outro lado, os que veem a afirmação constitucional de um princípio da eficiência como de grande importância para uma Administração Pública gerencial, focada em resultados, superando o que seria uma Administração Pública tradicionalmente burocrática e pouco produtiva, vinculada apenas à lei formal.*

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização financeira, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbem ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o Estado, inclusive de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”.

³³ Sobre o Princípio da Atualidade, importante lição nos é dada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 533-534): “*A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização financeira, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbem ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o Estado, inclusive de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos. A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização financeira, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbem ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o Estado, inclusive de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”.*

³⁴ ROBERTS, M. J. The regulation of transport price competition. Law and Contemporary Problems, v.24, n.4, p.557-585, 1959.

preços foram reduzidos em patamares menores que o custo de forma a inviabilizar a competição a longo prazo, e obter para si o controle do transporte aquaviário de forma monopolista³⁵.

Hoje, o transporte aquaviário voltou a ser prestado de forma monopolista após a intervenção do Estado do Rio de Janeiro sobre a Barcas S/A, e consequente assunção do serviço pela CCR Barcas.

As duas embarcações empregadas no transporte seletivo foram declaradas de utilidade pública para fins de desapropriação, consoante o Decreto nº 42.597/2010, e houve a devolução ao Estado dos piers de atracação e da estação de passageiros dos terminais da Praça XV e Praça Araribóia, ocorrida em 10/04/12, os quais não eram mais utilizados pela TRANSTUR, desde abril de 2008, face à paralisação do serviço, por falta de condições econômicas.

Também não há qualquer vedação à nova exploração do serviço seletivo por outro particular que queira investir, sendo necessário tão somente nova autorização de serviço público para que haja sua exploração. A competição no serviço público, contudo, é vedada por força contratual nos dias de hoje, devendo ser respeitado o princípio da legítima expectativa em relação à exploração da atividade econômica *lato sensu* pela concessionária.

3.2. Consequências intrínsecas à competição no serviço público

Após a verificação do histórico do transporte aquaviário, resta ainda mais nítido a necessidade de se regular o mercado, fazendo-se necessário a presença efetiva das agências reguladoras observando os balanços apresentados e a situação fática daqueles que exploram o serviço público a fim de garantir que o lucro auferido esteja parametrizado de acordo com o previsto no edital.

Todavia, apesar de se querer um lucro moderado³⁶ das empresas, também não se pode exigir que as mesmas trabalhem nos seus limites. A competição de duas ou mais empresas por um mesmo mercado consumidor, prestado de maneira social ou seletiva, deve sim perseguir um lucro cada vez

³⁵ Informação obtida no site da ALERJ, disponível em: <http://www.alerj.rj.gov.br/common/noticia_corpo.asp?num=29082#sthash.n733ksZU.dpuf>. Acesso em 30/06/2015.

³⁶ Entenda-se aqui que as empresas forneçam às entidades reguladoras os devidos cálculos, conforme previstos no momento da contratação.

maior em razão do oferecimento de vantagens comparativas em relação aos concorrentes, promovendo a eficiência do setor.

Alexandre dos Santos Aragão demonstra a visão liberal que sustenta a hegemonia da concorrência como forma para obter eficiência no âmbito dos serviços públicos³⁷:

Percebeu-se que a liberdade de mercado e o lucro não são necessariamente antinômicos ao interesse público, já que a busca de lucro, ao aumentar a eficiência, transferiria pelo menos parte dos benefícios aos usuários, por cuja preferência as empresas competiriam diminuindo o valor das tarifas e melhorando a qualidade dos seus produtos, fortalecendo a liberdade de escolha dos indivíduos. A isto agregar-se-ia, segundo alguns autores, a consciência social das empresas; e Sustentou-se que a existência de uma regulação intensa nem sempre é mais benéfica para os usuários dos serviços públicos do que uma desregulação, ainda que parcial. No que diz respeito às tarifas, por exemplo, a sua fixação pelo Poder Público, poderia, devido à incerteza que acarreta aos prestadores, levá-los a pleitear um valor maior do que seria cobrado caso se encontrassem relativamente livres para fixá-las. Trata-se do denominado *compliance cost*, que pode ser evitado ou mitigado através de mecanismos que dêem ao delegatário garantias jurídicas suficientes quanto ao valor da sua remuneração

O autor ainda infere outro ponto essencial: uma regulação justa não implica necessariamente em uma regulação intensa para o ganho de

³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços Públicos e Concorrência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 01 de julho de 2015.

eficiência³⁸. Afinal, quanto mais difícil e burocrático for o liame com a Administração pública, impondo ao particular riscos que não correria nos mercados não regulados, maior o custo a ser absorvido pelo usuário, pois a conta da incerteza deve ser paga, e geralmente é cara³⁹.

4. A competição entre serviços públicos

Um aspecto que tem condão de acrescentar eficiência aos mercados é a competição entre serviços públicos. Aqui, é opção do Poder Público escolher as melhores alternativas para o usuário. O transporte público de passageiros é, talvez, o melhor exemplo para demonstrar essa sistemática.

Diferentemente do ponto anterior, trata-se de competição entre empresas de diferentes modais, à exemplo do transporte rodoviário e transporte aquaviário, que ligam duas localidades, podendo inclusive ter partida e destino comuns, o que corrobora com a ideia de liberdade de escolha do serviço (art. 7º, III, da Lei nº 8.987/95). Mas esse não é o único motivo, afinal, muitas das vezes a Administração Pública seria obrigada a realizar investimentos ainda maiores para manter o transporte de somente um modal⁴⁰.

A título de exemplo, o transporte realizado no trecho Niterói-Rio de Janeiro é realizado hoje via transporte aquaviário sob responsabilidade da CCR Barcas e também por diversas empresas de ônibus através da ponte Rio-Niterói. Assim como todo o fluxo da ponte não pode ser deslocado de uma só vez para

³⁸ Moderna doutrina já vem pregando a adoção da autorregulação como uma forma superior de regulação, permitindo ao Estado regulador um maior controle sobre os privados. Para um estudo mais aprofundado sobre o tema vide: SADDY, André. Regulação Estatal, Autorregulação Privada e Códigos de Conduta e Boas Práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

³⁹ Apesar de focar em outro nicho de transportes, o metroviário, é possível vislumbrar outros aspectos que impactam diretamente a competitividade em: COSTA, Paulo Henrique Spilotros. Planejamento e regulação do transporte metroviário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁴⁰ Sobre essa situação, Paulo Henrique Spilotros Costa (COSTA, Paulo Henrique Spilotros. O princípio da eficiência e a competitividade nos serviços públicos de transporte coletivo. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. Direito Empresarial Público. Rio de Janeiro: Lumen Jurídica, 2002) ilustra: “Opera-se, aí, a competição entre serviços públicos de transportes distintos, que pode ter sido implementada pelo Poder Público de forma a garantir opções aos usuários, para motivar eventual único prestador de serviço a modernizar e melhorar seu serviço, fazendo-o por meio da sempre salutar competição, ou mesmo porque o mercado de usuários permite, e até necessita de várias formas, posto que dirigido a uma camada populacional cuja demanda seja enorme”.

as barcas, o contrário também acontece, razão pela qual não é só uma questão de eficiência, mas também de necessidade que o serviço público nessa localidade deve ocorrer por meio de ambos, sob pena de impedir, ou, no mínimo, retardar bastante o deslocamento dos usuários pelo trajeto.

Além disso, a empresa concessionária detentora da exclusividade do serviço público, além de não poder opô-la aos exploradores de serviço seletivo, com muito menos razão pode tentar inviabilizar a ocorrência de competidores fora do seu nicho de sua atuação.

Dito isto, há duas situações importantes que podem acontecer na competição entre serviços públicos que prejudicam a concorrência.

A primeira é a atuação daqueles que não detém qualquer tipo de autorização da Administração Pública, provocando (ou tendo potencial de provocar) perdas financeiras aos prestadores de serviços públicos que estão sujeitos aos parâmetros legais estatais. Isso ocorre em razão do acréscimo de um serviço chamado popularmente de “pirata”, normalmente com preços competitivos, mais rápidos, e que em razão da insuficiência do transporte regular, especialmente nos horários de rush, ganham visibilidade dos usuários que querem voltar logo para casa⁴¹.

A segunda atuação impactar significativamente o equilíbrio dos setores de serviços públicos diz respeito às intervenções indiretas na economia por parte do Estado, concedendo benefícios para determinados agentes em detrimento de outros ou introduzindo novos agentes sem estudos prévios de viabilidade econômica. Ambas as situações já ocorreram no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, envolvendo a concessionária do serviço aquaviário (antiga Barcas S/A).

Para ilustrar a primeira situação, qualquer linha de ônibus ou van que não possua autorização para realizar o itinerário Rio X Niterói está sujeito a penalidades administrativas. Esse já foi o caso, por exemplo, da Viação Mauá

⁴¹ Exemplos dessa situação são vários, dentre eles as vans que se proliferavam no Estado do Rio de Janeiro antes das autorizações públicas, além de transportes que atuam à margem do controle estatal. Mais recentemente, temos pessoas que alugaram barcos alternativos para realizar serviços de transportes aquaviários para fugir da demora da concessionária do setor (MENDES. T. Moradores da Ilha do Governador criam sua própria linha de barca pela Baía de Guanabara. *O Globo*, Rio de Janeiro, 11 de jul. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/moradores-da-ilha-do-governador-criam-sua-propria-linha-de-barca-pela-baia-de-guanabara-16734299>>. Acesso em 19/07/2015) e o UberBOAT, que passará a transportar passageiros na Turquia.

enquanto explorava o trecho com sua frota de ônibus, sem sequer passar por qualquer tipo de procedimento licitatório, por autorização do próprio DETRO/RJ (Departamento de Transportes Rodoviários), através de um ato administrativo, que visivelmente padece de constitucionalidade, e viola uma série de princípios da Administração Pública⁴².

Diante desta situação, seria cabível, por exemplo, um pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, desde que devidamente comprovados através de dados para a robustez o requerimento.

Tanto a Secretaria de Estado de Transportes quanto o DETRO/RJ possuem o dever e a competência para coibir a exploração ilegal do transporte através do instrumental técnico-jurídico que possuem. Deve-se lembrar a simples presença destes serviços piratas causa dano por força da concorrência desleal, sendo cabível ainda medida judicial contra o concedente, que, por força do art. 30, da Lei nº 8.987/95, tem o dever de zelar pelas condições de competição dentro dos limites dos contratos públicos.

Em relação à segunda situação, o Estado, através de seu poder de império, possui a faculdade de incentivar determinado setor em detrimento de outro, justificando os motivos para tal ato. Todavia, essa opção, embora plenamente válida e legal, possui um enorme potencial anticompetitivo, em especial para o sistema de transportes. Um exemplo que ocorreu no Estado do Rio de Janeiro foi a redução da passagem de ônibus através de decreto no ano de 2013, e em outros momentos anteriormente (O Estado do Rio de Janeiro frequentemente utiliza-se desta prática, principalmente em razão de pressão política e popular). Numa primeira análise, a redução da tarifa de ônibus é benéfica para o Estado como um todo, afinal, estimula a concorrência, na medida em que outros competidores do mercado tentariam adaptar-se e também reduzir as tarifas para permanecerem competitivos. Além disso, toda a

⁴² Esse caso pode ser vislumbrado no Parecer ASA/PSP nº 12/09 (BRASIL. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Movimento deficitário de Transporte aquaviário noturno. Obrigação prevista já quando da proposta apresentada pela concessionária na licitação. Inexistência de fato imprevisível futuro. Impossibilidade de suspensão da prestação do serviço noturno sob pena de violação aos princípios da moralidade, do equilíbrio econômico financeiro e da vinculação ao instrumento convocatório. Outras considerações. Parecer ASA/PSP, nº 12/09. Rio de Janeiro, 10 de julho de 2009. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1791368/DLFE-63783.pdf/REVISTA64333.pdf>>. Acesso em 09 de julho de 2015).

população é beneficiada, pois reduz-se um gasto fixo, há menos pressão sobre a inflação, e com mais dinheiro disponível, a economia cresce.

Porém, isso é apenas uma falsa sensação pois, abaixo de todo esse emaranhado de efeitos positivos pode ter alguém que sofre: as concessionárias de outros modais, nesse caso, o aquaviário. O motivo, também é simples: pensando em termos monetários, uma redução de preço de um modal tem a possibilidade de deslocar parte dos usuários de um modal para o outro, e consequentemente reduzir as receitas auferidas.

Geralmente, não há que se falar em direito à indenização por força de causas extracontratuais, porém, quando demonstrado o nexo causal da ação do estado, e o efetivo prejuízo da concessionária, é plausível uma indenização fática⁴³.

No entanto, não foi nesse sentido que a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro entendeu. Ela se manifestou no sentido de permitir o decreto reajustando as tarifas, bem como afirmou que a concessionária do transporte aquaviário não seria parte legítima para pleitear qualquer indenização, uma vez que os contratos administrativos afetados não lhe diziam respeito. Afirmava também que a melhor prática seria aprimorar a prestação de serviços a fim de atrair os usuários que haviam migrado para o serviço rodoviário. Essa decisão aparenta estar em desacordo com teorias mais modernas do direito administrativo.

⁴³ Nesse sentido, apesar de ser expoente contrário à regra, até mesmo José dos Santos Carvalho Filho corrobora o entendimento que aceita a indenização por parte do Estado quando atende, mesmo que indiretamente o interesse de algum grupo em detrimento de outro, possuindo responsabilidade (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 576.): “Cumpre reconhecer, entretanto, que moderna doutrina tem reconhecido, em situações excepcionais, a obrigação do Estado de indenizar, ainda que a lei produza um dano jurídico lícito. Isso ocorre particularmente quando a lei atinge direitos de determinado grupo de indivíduos (p. ex.: o de propriedade), à custa de algum outro benefício conferido a um universo maior de destinatários. Trata-se aqui de dano lícito indenizável, sujeito, no entanto, a que seja (a) economicamente mensurável, (b) especial e (c) anormal. De qualquer modo, sempre será necessária certa precaução no que tange à análise de tais situações, em ordem a evitar que lei contrária a meros interesses possa gerar pretensões reparatorias despidas de fundamento jurídico”.

5. A competição entre serviços públicos e atividades econômicas

Um outro aspecto, da competição nos mercados econômicos, atinge seu mais alto nível de maturidade quando serviços públicos que já realizam a competição entre si, passam a realizar competição com outras atividades econômicas em sentido estrito. A título de exemplificação, enquadra-se aqui atividades como as permissões de taxistas (não confundir com as delegações de serviço público), bem como outros meios mais recentes como o do aplicativo “Uber”, ou com outros tipos de transporte privado.

Os indivíduos que prestam atividade econômica em sentido estrito possuem riscos tão altos ou até maiores em comparação aos concessionários de serviços públicos. Enquanto os delegatários públicos possuem uma série de garantias como o lucro, muitas das vezes estipulados em contrato, possuem também vantagens jurídicas que são a impenhorabilidade dos bens afetados ao serviço.

Um exemplo de impenhorabilidade visto hoje são as novas barcas compradas pelo Estado do Rio de Janeiro. Tratam-se de 9 (nove) novas embarcações que foram comprados pelo próprio ente estatal, e não pela concessionária de serviços públicos, não havendo que se falar em penhorabilidade. A diferença entre a concessionária atual e outros que por ventura venham a realizar o transporte seletivo, é que em caso de dívidas, a concessionária, em nenhuma hipótese, pode ter seu principal instrumento de trabalho penhorado, em nome do princípio da continuidade dos serviços públicos, o que não quer dizer que não possa ter rendas ou outros bens não afetados ao serviço sofrendo restrições. No entanto, essas restrições não abalam diretamente o fluxo contínuo de rendimentos derivados da atividade exercida⁴⁴.

⁴⁴ O atual entendimento dos tribunais sobre a possibilidade ou não de penhora de bens de empresas públicas, sociedades de economia mistas, ou até dos próprios delegatários de serviços públicos possuem demasiadas decisões controvertidas. Sobre o tema, Maria Sylvia Zanela Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Direito Administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 535-536) faz uma explanação bastante detalhada do entendimento predominante das cortes superiores: “O Supremo Tribunal Federal tem entendido também que os bens das empresas estatais de direito privado prestadoras de serviços públicos são impenhoráveis, aplicando-se à entidade o regime dos precatórios previsto no artigo 100 da Constituição Federal. Assim entendeu em relação à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: ‘pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública’ à qual ‘é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços’ e o regime de precatório, ‘sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal’. Posteriormente, o mesmo entendimento foi confirmado

O explorador de atividade econômica em sentido estrito não detém essas mesmas prerrogativas, sujeitando-se a perder os bens que são fundamentais para a geração de lucro, e não tendo este garantido por ninguém. Os riscos que possui em relação às dívidas são muito mais impactantes em sua atividade que os delegatários de serviços públicos. Por este motivo, qualquer alteração legislativa ou até mesmo mudança de política pública direcionada à área de transportes tem impacto significativo na competitividade do setor de transporte.

Imagine-se, por exemplo, que um particular resolva explorar economicamente o transporte aquaviário seletivo, porém, o Estado anuncia a construção de uma nova ponte ligando o centro do Rio de Janeiro com o centro de Niterói, com novas linhas de ônibus após a realização de massivos investimentos na compra de embarcações e construção de uma nova estação para atracar. Com certeza a atuação estatal iria impactar diretamente a atividade realizada pelo explorador do transporte seletivo, não havendo possibilidade de se falar em indenização, diferentemente do que ocorreria com o concessionário de serviço público que tem garantias contratuais. No entanto, quando se compara a competição somente com a atual concessionária, talvez houvesse chance de sucesso no empreendimento, visto que poderia-se operar em localidades diversas, com embarcações menores e um pouco mais caras, ou

no julgamento de recurso extraordinário interposto pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina contra acórdão do TST que, aplicando a Orientação Jurisprudencial, dessa Corte, entendera que a recorrente, embora autarquia, não goza do privilégio de execução por precatório, uma vez que se sujeita ao regime próprio das empresas privadas por exercer atividade econômica. Tendo em conta precedentes do STF no sentido de não incidir a norma do §12 do artigo 173 nas sociedades de economia mista ou empresas públicas que, apesar de exercerem atividade econômica, gozam de exclusividade, e salientando o julgamento do feito envolvendo a ECT, concluiu-se que o referido dispositivo também não seria aplicável à autarquia. Asseverou-se que, no caso, trata-se de autarquia que presta serviço público e recebe recursos estaduais, conforme previsto no Regulamento da Autarquia. Além disso, a Emenda Constitucional nº 19/98, ao alterar o artigo 173, § 12, da Constituição, teria reforçado tal entendimento. No entanto, o mesmo Tribunal decidiu de maneira diversa com relação à Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A (Eletronorte), em Recurso Extraordinário em que se discutia se o regime de precatórios aplicar-se-ia ou não à sociedade de economia mista. Portanto, são bens públicos de uso especial não só os bens das autarquias e das fundações públicas, como também os das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade”.

ainda utilizar os horários intermediários do serviço social da atual concessionária.

A utilização dessas diversas formas de transporte como um todo tende a maximizar a eficiência de todo o sistema. Especialmente em horários de entrada e saída do trabalho, a utilização de vários modais com várias linhas de serviço permite que o usuário possa ter liberdade na escolha do serviço, valor pregado em lei, mas pouco seguido na prática.

Conclusões

O ganho de eficiência no serviço público depende demasiadamente de políticas públicas voltadas para a competitividade em todos os setores quando possível. A regulação dos particulares pelo Poder Público deve ser capaz de vislumbrar todos os procedimentos, que vão desde a licitação até, e principalmente, a fase de execução, onde começa propriamente a interface do público com o privado.

A eficiência é um valor republicano que significa um dever Estatal de prestar os melhores serviços possíveis pelo menor custo. É necessário que se entenda que cabe à própria Administração Pública a prática desses serviços, e quando ela delega esse serviço para terceiros, não se exime de obrigação, eis que ainda é a titular do serviço público, devendo zelar sempre por sua prestação de maneira adequada.

No âmbito dos serviços públicos que demandam infraestrutura de grandes proporções, é sabido que a amortização dos investimentos feitos demora mais a ser obtida, geralmente possuindo grandes prazos de duração, com tarifas que vão sendo corrigidas e revisadas ao longo do tempo a depender dos critérios presentes nos editais, daí se depreendendo o porquê dessa fase ser tão importante, afinal, são investimentos que serão realizados não só durante um mandato político, mas sobre vários, devendo haver um planejamento sério.

Nesse diapasão, insere-se o transporte aquaviário de passageiros. Porém, a tônica constante que se vê dessa situação é uma ineficiência sistemática do Poder Concedente em realizar a fiscalização e o planejamento como deveria ser feito. Situações de evidente falta de planejamento continuam acontecendo de maneira sistemática, como a compra de embarcações com custos altíssimos que não são capazes de atracar adequadamente no píer, que possuem um custo maior, além de ser, talvez, o próprio Estado, em razão da

mora em realizar o pagamento das gratuidades da TRANSTUR, o responsável por ter extinguido a competição no serviço seletivo do transporte aquaviário.

Isso demonstra, talvez de maneira bastante clara, que seria possível que houvesse sim a competição no serviço público, além das já existentes “entre serviços” e “entre serviços e atividades econômicas”. Leve-se em consideração que a existência de subsídios para um, ou a falta de pagamento (uma espécie de subsídio inverso em razão da perda contínua da sociedade empresária) provoca danos não só às empresas que atuam no setor, mas também àqueles que se utilizam do serviço, eis que sem competição nos mercados, não há porquê existir uma procura contínua pelo aperfeiçoamento dos procedimentos, tendo em vista que a margem de lucro é sempre revista nos períodos de revisões ou de reajustes.

Referências

AMARAL JUNIOR, Alberto do. Direito Internacional e Desenvolvimento. São Paulo: Manole, 2005

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços Públicos e Concorrência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005.

BRASIL. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Movimento deficitário de Transporte aquaviário noturno. Obrigação prevista já quando da proposta apresentada pela concessionária na licitação. Inexistência de fato imprevisível futuro. Impossibilidade de suspensão da prestação do serviço noturno sob pena de violação aos princípios da moralidade, do equilíbrio econômico financeiro e da vinculação ao instrumento convocatório. Outras considerações. Parecer ASA/PSP, nº 12/09. Rio de Janeiro, 10 de julho de 2009. Disponível em: <

<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1791368/DLFE-3783.pdf/REVISTA64333.pdf>>. Acesso em 09 de julho de 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, Paolo Henrique Spilotros. O princípio da eficiência e a competitividade nos serviços públicos de transporte coletivo. In: SOUTO,

- Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. Direito Empresarial Público. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
- _____. Planejamento e regulação do transporte metroviário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. Direito Administrativo. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª Ed. São Paulo. Malheiros, 2008
- MENDES. T. Moradores da Ilha do Governador criam sua própria linha de barca pela Baía de Guanabara. O Globo, Rio de Janeiro, 11 de jul. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/moradores-da-ilha-do-governador-criam-sua-propria-linha-de-barca-pela-baia-de-guanabara-16734299>>. Acesso em 19/07/2015.
- MIRANDA. Henrique Savonitti. Curso de Direito Administrativo. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- _____. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NETO, Floriano de Azevedo Marques. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005.
- NUNES, Edson. A Revolta das Barcas - Populismo Violencia e Conflito Político. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Da Reforma Administrativa Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ROBERTS, M. J. The regulation of transport price competition. Law and Contemporary Problems, v.24, n.4, p.557-585, 1959.
- ROCHA, Fernando Antônio Dusi. LEÃO, Eliana Goulart. Concessões e permissões no século XXI. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SADDY, André. Regulação Estatal, Autorregulação Privada e Códigos de Conduta e Boas Práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

-----, Códigos de conduta ou de boas práticas como fonte do direito administrativo. In: Felipe Dutra Asensi; Daniel Giotti de Paula. (Org.). Tratado de Direito Constitucional: constituição, política e sociedade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, v. 1.

-----, Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

SMITH, Adam. Riqueza das Nações. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1981 e 1983.



OS POSSÍVEIS TÍTULOS HABILITANTES NA EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS: Concessão comum, PPP, Permissão e Autorização

Rodrigo da Fonseca Chauvet

Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense (UFF)

Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM)

*Professor de Pós-graduação e Cursos de Extensão da Pontifícia Universidade Católica do Rio
de Janeiro (PUC/Rio)*

Pós-graduado em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (UCAM)

Membro do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ)

Fundador e Coordenador do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA)

Advogado

rodrigochauvet@gmail.com

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Concessão de Serviço Público; 2. Concessão Comum; 3. Parceria Público-Privada; 3.1. Concessão Patrocinada; 3.2. Concessão Administrativa; 4. Permissão; 5. Autorização; Conclusões; Referências.*

Introdução

Toda atividade caracterizada como um serviço público é titularizada pelo Estado. Por possuir a titularidade da atividade, deve a Administração Pública prestá-la diretamente, ou optar pela sua delegação a particulares.

A delegação pressupõe a transferência temporária da execução da atividade mediante a outorga de um determinado título habilitante a um particular, respeitando, cada ente público, as competências constitucionalmente estabelecidas para si. É esse título habilitante que permitirá ao setor privado realizar, legitimamente, a prestação temporária de determinado serviço público.

Os títulos habilitantes podem ser uma concessão comum, uma parceria público-privada (nas modalidades patrocinada ou administrativa), uma permissão, ou ainda uma autorização para a prestação do serviço.

O foco do presente artigo é justamente expor o conceito e avaliar as principais características de cada um dos títulos habilitantes, delimitando-se os cenários nos quais poderão ser aplicados. A intenção é demonstrar que, via de

regra, há, de uma maneira geral, várias opções de outorga caso o Estado opte por transferir o exercício da atividade para um particular.

O formato da outorga, no entanto, variará de acordo com as características do serviço a ser transferido ao particular e deverá levar em conta as finalidades a serem buscadas pela Administração Pública quando da transferência.

Os serviços públicos privativos prestados em regime público poderão ser transferidos ao particular mediante concessão (comum, patrocinada ou administrativa) ou permissão. Já os serviços públicos privativos prestados em regime privado terão como título habilitante ao exercício da atividade pelo setor privado as autorizações vinculadas, conforme será detalhado adiante.

Com uma abordagem prática, a análise será feita, sempre que cabível, com base no “Contrato de Concessão de Serviços Públicos de Transporte Aquaviário de Passageiros, Cargas e Veículos no Estado do Rio de Janeiro” (Contrato de Concessão), datado de 12.02.1998. Tal Contrato de Concessão consiste, justamente, no título que, atualmente, habilita a prestação do serviço público de transporte aquaviário de passageiros por um particular (nesse caso, concessionário do serviço) no Estado do Rio de Janeiro.

Registra-se que, em 2018, após a publicação da primeira edição da presente obra, foi lançado Edital de Concorrência Pública Internacional, cujo objeto era a concessão da exploração, em caráter de exclusividade, do serviço público intermunicipal de transporte aquaviário coletivo.

O edital foi objeto de representação apresentada ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ). Isso porque, dentre outras questões, praticamente replicava o modelo de concessão em vigor mantendo o regime de exclusividade e não observava as conclusões do recente plano estratégico de desenvolvimento urbano integrado da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (não contribuindo com a expansão da malha hidroviária).

Até hoje a nova licitação, praticamente, não avançou. Após quase dois anos de discussão, o Governo do Estado revogou o Decreto que autorizava a licitação e, conforme informações prestadas ao TCE/RJ, reconheceu que o tema era complexo e deveria ser melhor estudado.¹

¹ Em setembro de 2019, uma comissão especial foi criada na ALERJ, “para acompanhar a implantação de novas linhas de barcas e aerobarco do serviço de transporte aquaviário de passageiros para os Municípios de Duque de Caxias e de São Gonçalo e nos bairros da Ilha do Governador e Paquetá, no Município do Rio de Janeiro”, Requerimento nº 142/2019.

1. Concessão de Serviço Público

Adotando-se a corrente constitucionalista de serviços públicos² e avaliando-se o teor dos artigos 21, inciso XII, alínea “d”, 22 e 30, inciso V, da CRFB, parte-se de uma perspectiva de que o transporte aquaviário de passageiros é definido como serviço público instituído como tal por uma opção político-constitucional.

Como bem elucida André Saddy³, o

[...] serviço aquaviário de passageiros constitui serviço público privativo sendo dever da União, dos Estados-Membros e dos Municípios assegurar sua prestação, diretamente ou mediante outorga a terceiros, cada qual dentro das competências constitucionalmente estabelecidas.

Ao optar por outorgar o exercício da atividade para terceiros, a Administração Pública poderá fazê-lo mediante concessão, permissão ou autorização. No entanto, tratando, por ora, apenas da concessão em si, é preciso ter certo cuidado com a utilização da expressão.

Em sentido amplo, concessão de serviço público é expressão que pode estar relacionada à delegação de um serviço público ao setor privado, à delegação da execução de uma obra pública, ou ainda à utilização de um bem público pelo setor privado, apenas para citar alguns exemplos. Levando-se em conta o foco do presente estudo, utilizar-se-á, aqui, a expressão “concessão de serviço público”, seguindo a acepção restrita do termo, como a delegação, a um ente privado, de determinado serviço público.⁴

² O tema serviços públicos, incluindo suas correntes e diferentes classificações, é objeto do artigo, nesta obra, intitulado “*Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*” de André Saddy.

³ Veja artigo, nesta obra, intitulado “*Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*”, de André Saddy.

⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro divide a definição de concessão em três grupos: (i) uma acepção muito ampla, de modo a abranger todos os atos de outorga, pela Administração, de direito ou poderes a um particular; (ii) um conceito menos amplo, limitando a concessão em concessão

Não obstante, é de se registrar, desde já, que a concessão de serviço público pode ocorrer a partir de três modalidades distintas que serão tratadas adiante, quais sejam, (i) a concessão comum; (ii) a concessão patrocinada; e (iii) a concessão administrativa. A primeira é objeto da Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões). As duas outras são modalidades de parceria público-privada, tema da Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs).

A atividade concedida, em quaisquer das modalidades, não perde, por óbvio, a característica de serviço público e não deixa de ser titularizada pelo Estado, que apenas transfere, como já mencionado, por determinado período, sua execução a um particular.⁵

Registre-se que, seja qual for a modalidade de concessão, no contexto atual de Estado (e do próprio direito administrativo), a Administração Pública e a sociedade não são colocados em lados opostos de uma balança e não podem ser vistos como setores antagônicos entre si. A relação atual entre setores público e privado deve ser de equilíbrio, proximidade e harmonia, buscando-se a atuação concatenada em prol de um melhor e maior atingimento do interesse público em cada concessão.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho⁶ afirma que:

A nova concessão se diferencia pela noção de comunhão entre Estado, concessionário, cidadão e usuário (efetivo ou potencial). Não se admite a simples invocação de um interesse público abstrato como fundamento para sacrifício de direitos e interesses privados. Os concessionários têm de

de serviço público, de obra pública e de uso de bem público; e (iii) uma acepção restrita, que considerada como concessão apenas aquela relacionada aos serviços públicos (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 295-296).

⁵ A partir de uma perspectiva histórica, Diogo de Figueiredo Moreira Neto demonstra-nos a importância da atuação do setor privado no âmbito dos serviços públicos diante da crise do modelo de Estado amplo (Estado de Bem-Estar Social), até então principal executor das mais diversas atividades. Salienta o autor a tendência de outorga de serviços públicos ao setor privado, em prol de “*aliviar o Poder Público da execução de tarefas de exploração econômica, que possam ser, mais exitosamente, realizadas pelo setor privado (...)*” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 14. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 436).

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 95.

aprimorar a qualidade de seus serviços e a eficiência de sua gestão. Os usuários devem ter a consciência de que o êxito da concessão refletir-se-á na manutenção de serviços adequados e tarifas módicas.

Nesse contexto, e sob a ótica do Estado Democrático de Direito, a arbitrariedade e a suposta supremacia absoluta do Estado saem de cena⁷, dando lugar a relações estáveis, seguras e com regras contratuais pré-definidas e equilibradas a serem aplicadas no âmbito de cada concessão. Essa é a premissa necessária para atratividade daqueles que necessitarão investir vultosos recursos para desempenho das atividades concedidas.

O cenário atual, mais do que gerar uma releitura do instituto da concessão, originou uma ampla, profunda e necessária discussão quanto a um dos aspectos mais importantes da concessão, qual seja, o debate quanto à assunção dos riscos pelo concessionário.

Somada a outras singularidades e diferenças, a assunção dos riscos do objeto concedido pelo concessionário ou o eventual compartilhamento desses riscos entre o ente público concedente e o concessionário acabaram por dividir o instituto da concessão de serviço público em diferentes categorias.

Surge, como já mencionado, ao lado da concessão comum (ou tradicional) de serviço público, isto é, aquela objeto da Lei nº 8.987/95, a

⁷ Entre diversos outros autores que tratam da supremacia do interesse público, pode-se citar: SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: Aragão, ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 97-143. Questionando a supremacia, *a priori*, do interesse público e cotejando tal eventual supremacia com os direitos fundamentais, sustenta o autor que “(...) *diante dos conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, pode-se falar, na linha de Alexy, numa “precedência prima facie” dos primeiros. Esta precedência implica na atribuição de um peso inicial superior a estes direitos no processo ponderativo, o que significa reconhecer que há um ônus argumentativo maior para que interesses públicos possam eventualmente sobrepujá-los. Assim, o interesse público pode até prevalecer diante do direito fundamental, após um detido exame calcado sobretudo no princípio da proporcionalidade, mas para isso serão necessárias razões mais fortes do que aquelas que permitiriam a “vitória” do direito fundamental (...)*” (SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: Aragão, ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 135-136.

concessão patrocinada e a concessão administrativa, ambas modalidades de parcerias público-privadas instituídas pela Lei nº 11.079/2004.

2. Concessão Comum

A concessão comum de serviço público, objeto da Lei nº 8.987/1995, é tradicionalmente definida⁸ como a delegação temporária, do Estado para um terceiro, de um determinado serviço público que, durante o período da concessão, será executado pelo terceiro por conta e risco próprios.⁹

A despeito de ter como objeto a prestação de um serviço público, fato que realça todo o interesse público inerente a cada concessão, a concessão comum, assim como as demais, é formalizada a partir de um contrato administrativo, que fixa direitos e obrigações para todos os contratantes.

Cada contrato é elaborado, por um lado, de modo a resguardar os interesses da coletividade e da Administração Pública em si. Por outro lado, não podem deixar de ser assegurados os interesses do particular que assumirá riscos e custos com a execução da concessão.

Assim, existem, no contrato de concessão, diversas prerrogativas previstas em favor do ente público concedente. Sem embargo, convivem com tais prerrogativas (do poder concedente) diversos direitos e garantias do particular (concessionário), sobretudo quanto às cláusulas econômicas ou financeiras do contrato.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, existem duas ideias antitéticas no contrato de concessão de serviço público. Segundo a autora¹⁰,

⁸ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço (...)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 302).

⁹ A Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, define, em seu art. 2º, inciso II, a concessão de serviço público como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 75-76.

[...] trata-se: de um lado, de um serviço público que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração; de outro lado, de uma empresa capitalista que comporta, no pensamento daquele que está a sua testa, o máximo proveito possível.

Esse duplo aspecto reflete, no contrato de concessão, diversas características dos contratos administrativos em geral. Incidem sobre o contrato, por um lado e como forma de buscar-se a efetivação do interesse geral e de certa autoridade da Administração Pública, os princípios inerentes à prestação de serviços públicos (dos quais são exemplos a continuidade, a universalidade e a mutabilidade)¹¹; é facultada ao ente concedente a alteração unilateral das cláusulas regulamentares do contrato, adaptando a forma de prestação e execução do serviço de modo a atingir maior eficiência e bem estar dos usuários; permite-se a encampação e a intervenção pelo concedente em casos de riscos à regular prestação dos serviços; os bens utilizados na prestação dos serviços públicos são reversíveis; admite-se a aplicação de penalidades diretamente pela Administração Pública ao particular.

Por outro lado, assegura-se, ilustrativamente, a imutabilidade das cláusulas econômico-financeiras do contrato de concessão, de modo que, ao logo do período da concessão, o particular venha a ser capaz de amortizar todos os investimentos feitos e ter o retorno de tais investimentos.¹²

¹¹ Para um aprofundamento sobre princípios: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Princípios do Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

¹² Em um contrato de longo prazo e que exige grandes investimentos do particular, umas das grandes garantias à atratividade do negócio consiste na manutenção, por toda a contratação, das condições econômico-financeiras pactuadas quando da formalização do contrato. O tema é complexo e foge ao escopo do presente estudo. No entanto, apenas para expor a essência do conceito e utilizado o pensamento de Flávio Amaral Garcia em relação a um contrato no qual haja contraprestação financeira da Administração Pública, tem-se que “*o equilíbrio econômico-financeiro é o ponto nodal no estudo dos contratos administrativos. Traduz-se na relação entre os encargos do contratado e o preço pago pela Administração Pública devido como contraprestação da execução do objeto contratual. É delineado no momento em que o particular oferta a sua proposta e esta é aceita pela Administração (...)*” (GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos – Casos e polêmicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 228). No âmbito de uma concessão comum, a equação leva em conta

É importante registrar que o modelo de concessão comum é aquele que, atualmente, rege a concessão de transporte aquaviário de passageiros no Estado do Rio de Janeiro. O Contrato de Concessão em vigor¹³, datado de 12.02.1998, submete as partes, majoritariamente, ao regime da Lei nº 8.987/95. Isso ao menos em relação às categorias de linhas sociais.

O legislador ordinário do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei n.º 2.804/1997, que dispõe sobre o transporte aquaviário no âmbito estadual, estabeleceu que o serviço público de transporte aquaviário de passageiros poderá ser prestado em duas categorias de linhas¹⁴: (i) social, para o transporte de massa, respeitada uma configuração mínima de exigências a seu oferecimento; e (ii) seletiva, com melhorias em relação aos requisitos mínimos ordenados para a configuração social.¹⁵

também o valor da tarifa a ser paga pelo usuário do serviço e os riscos assumidos pelo concessionário para prestar o serviço objeto da concessão.

¹³ Ao realizarmos uma avaliação do cenário vigente, certamente estamos assumindo o risco de que o trabalho em questão perca sua atualidade diante de um novo cenário de concessão. No entanto, teremos cumprido a nossa missão de fugir da discussão meramente teórica, mergulhando na realidade fática e atual da concessão do transporte aquaviário de passageiros no Rio de Janeiro. Foram avaliados para a elaboração do presente estudo o Contrato de Concessão em vigor, datado de 12.02.1998, e seus sete primeiros termos aditivos, sendo o Sétimo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão datado de 12.08.2015. Documentos disponíveis em: <<http://www.agetransp.rj.gov.br/agetransp/index.php/aquaviario/barcas-sa/89-contratos>>, com acesso em 18.01.2015.

¹⁴ O Contrato de Concessão dispõe sobre o tema o seguinte:

Cláusula 2ª - O serviço público de transporte aquaviário de passageiros de que trata este contrato poderá ser prestado em duas categorias de linhas: social e seletiva.

I – Entende-se por linha social aquela que, no mínimo, apresentar, dentre outros, os seguintes requisitos:

a) velocidade de serviços da embarcação superior a 10 (dez) nós; b) nível de ruído nas áreas destinadas a passageiros inferior a 85 (oitenta e cinco) dB; c) embarcações com banheiro masculino e feminino com sanitários e pias; e bebedouros refrigerados em cada um dos conveses; d) poltronas individuais fixas com braços; e) ventilação natural das áreas destinadas a passageiros assegurando-se renovação de ar satisfatório, consoante os padrões de higiene; f) as áreas destinadas a passageiros devem possuir pé direito livre de no mínimo 2,10m.

II – Entende-se por linha seletiva aquela que, no mínimo, apresentar melhorias em relação aos seis requisitos previstos no item anterior, cujo serviço deverá ser prestado por embarcações com velocidade mínima de 15 (quinze) nós, refrigeração e conforto.

¹⁵ A Lei Estadual nº 8037, de 02 de julho de 2018, foi editada para, basicamente, alterar o artigo 5º da Lei nº 2.804/1997 e determinar, dentre outras questões, que é obrigatória a disposição de linhas sociais toda estação que preste serviço de transporte aquaviário no Estado do Rio de Janeiro, inclusive a Estação de Charitas. A lei ainda prevê que, para os trajetos que dispuserem

As linhas sociais são caracterizadas como serviços públicos privativos prestados em regime público, mediante concessão e remunerados por tarifa. É aquele serviço considerado essencial e, em regra, explorado em regime exclusivamente público. Como já mencionado, são delegados ao particular, pelo Contrato de Concessão vigente, via concessão comum, sujeitando-se a concessionária a pelo menos três deveres: universalização, continuidade e modicidade tarifária.

Registra-se estar previsto no Contrato de Concessão as seguintes linhas:

I. Linhas Sociais:

- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ Praça Araribóia (Niterói)
- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ Ribeira (Ilha do Governador)
- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ São Gonçalo
- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ Guia de Pacobayba (Magé)
- Angra dos Reis ↔ Ilha Grande (Abraão)
- Mangaratiba ↔ Ilha Grande (Abraão)

II. Linhas Seletivas:

- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ Charitas (Niterói)
- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ Barra da Tijuca
- Rio de Janeiro ↔ São Gonçalo

de linhas seletivas, o número de vagas disponibilizadas para atendimento da linha social não poderá ser inferior às vagas destinadas à linha seletiva. A norma merece críticas por divergir da *ratio* apresentada no presente estudo, sobretudo no sentido de que é o Poder Concedente que, ao tomar a decisão de delegação do serviço em cada caso concreto, deve elegir as características da delegação, harmonizando todos os interesses e direitos em jogo. A previsão legal que impõe, tal como mencionado acima, a obrigatoriedade de existencia de linha social sempre que houver uma linha seletiva configura-se um obstáculo à propagação do modal aquaviário, desincentivando a modalidade de transporte. O tema está detalhado, nesta obra, no artigo intitulado “A Exploração do Transporte Aquaviário por Linhas Seletivas no Estado do Rio de Janeiro”, de Bruna Cavalcante Drubi Burger.

Em relação às linhas não existentes quando da assinatura do contrato, fixou-se prazo máximo para o início da operação, conforme abaixo:

- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ Charitas (Niterói): 10 meses
- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ São Gonçalo (social): 24 meses
- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ Guia de Pacobayba (Magé): 24 meses
- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ Barra da Tijuca: 36 meses
- Rio de Janeiro ↔ São Gonçalo (seletiva): 24 meses

Uma nuance, entretanto, chama a atenção. Com exceção da linha seletiva Rio de Janeiro/Charitas (primeira da listagem acima), para a qual foi fixado, sem qualquer ressalva, o prazo inicial máximo de operação de 10 meses, em relação às demais linhas uma ressalva condicionou o início da operação “à aprovação dos respectivos estudos e projetos de engenharia pelo Poder Concedente.”¹⁶

Pelo previsto no Contrato de Concessão, observa-se que, para o início da operação de tais linhas requer-se: (i) a efetiva realização de estudos e elaboração de projetos pela concessionária; e (ii) a sua aprovação pelo ente público.

Um outro detalhe é de ser destacado: especificamente quanto à linha social da Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) para São Gonçalo, foi prevista a caducidade da concessão caso a concessionária não manifestasse “o seu interesse na respectiva operação nos 12 (doze) primeiros meses contados da assinatura deste contrato (...).”¹⁷

Salta aos olhos tal previsão, pois colocou o poder concedente nas mãos do concessionário a decisão quanto a operar ou não justamente aquela linha que, em tese, seria a mais importante das novas linhas a serem criadas, pois poderia contribuir em muito com o atendimento aos milhares de usuários que se locomovem diariamente do Município de São Gonçalo para o Rio de Janeiro.

O trecho é operado, de forma praticamente exclusiva, pelo transporte rodoviário, quase que inexistindo concorrência com outros modais e

¹⁶ Cláusula 41, III, do Contrato de Concessão.

¹⁷ Cláusula 41, §3º, do Contrato de Concessão.

aumentando em muito o fluxo de veículos na região, fato que piora em demasia a condição do tráfego no trecho Rio de Janeiro – Niterói – São Gonçalo.

Quanto aos demais trechos pendentes de operação, verifica-se, aparentemente, a inércia, sobretudo do Poder Público, seja em cobrar a elaboração de estudos e projetos pela concessionária, seja em aprovar a realização de tais estudos e projetos. Fato é que pouco se avançou na criação de novas linhas desde a formalização da concessão (em 1998).

Em relação a algumas características do Contrato de Concessão, tomemos como exemplo a cláusula 3^a, a seguir transcrita:

“A Concessionária prestará os serviços objeto deste Contrato por sua conta e risco, pelo prazo e condições adiante estipuladas, sendo remunerada exclusivamente por tarifa a ser cobrada dos usuários, bem como de exploração das receitas complementares decorrentes de atividades não vedadas por este contrato.”

Verifica-se a convergência do previsto na cláusula com a essência do conceito de concessão comum. Ilustrativamente, está previsto que a remuneração principal do concessionário decorre da tarifa, sem previsão expressa de assunção de qualquer contraprestação pecuniária pelo concedente (algo característicos das parcerias público-privadas, tema que será tratado adiante).

Em relação aos direitos e garantias assegurados ao particular, destacam-se as cláusulas que disciplinam o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão e que poderão ser utilizadas tanto pelo particular quanto pelo ente público para preservação das condições originalmente contratadas.¹⁸

¹⁸ Cláusula 12 – Parágrafo Primeiro: A Concessionária reconhece, neste ato, que as tarifas das linhas sociais, incluindo as da 1^a classe, indicadas no Anexo IV, em conjunto com as regras de reajuste e revisão previstas no mesmo Anexo, são suficientes, nesta data, para a adequada prestação do serviço concedidos e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato.

Cláusula 14 – Na ocorrência de fato econômico que altera o equilíbrio econômico-financeiro da contratação, aí incluída a eventual suspensão da cobrança tarifária, independentemente daquelas intrínsecas ao reajuste de que trata o artigo anterior, as tarifas sociais, incluindo as de

Uma característica marcante e que, em tese, diferencia a concessão comum das parcerias público-privadas, refere-se à assunção de riscos pelo particular (algo previsto na cláusula acima transcrita).

Como mencionado acima quando foi exposto o conceito tradicional de concessão comum, entende-se que os riscos inerentes ao objeto concedido são assumidos pelo concessionário. No entanto, seria inadmissível impor ao particular todos os riscos do negócio sob pena de nenhum particular interessar-se pela concessão por manifesta inviabilidade econômica.

Tradicionalmente defende-se, na concessão comum, a divisão dos riscos em áleas ordinárias (o chamado risco do negócio) e extraordinárias (situações imprevisíveis e que fogem ao controle do concessionário). Por essa visão¹⁹,

[...] as áleas ordinárias correm por conta do concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; as flutuações no lucro, para mais ou para menos, não autorizam a revisão das cláusulas financeiras, já que se inserem na ideia de que a execução do serviço se faz por conta e risco do concessionário (art. 2º, II, da Lei nº 8.987). As áleas extraordinárias, por serem imprevisíveis e não imputáveis ao concessionário, correm por conta do concedente, autorizando a revisão das cláusulas financeiras para a recomposição do equilíbrio rompido. Essa recomposição se faz, basicamente, pela aplicação das teorias do fato do príncipe, do fato da Administração e da imprevisão.

Maurício Portugal Ribeiro, no entanto, critica a visão tradicional acima exposta de divisão de riscos em áleas ordinárias e extraordinárias, trazendo uma visão diferenciada sobre a alocação de riscos em uma concessão comum.

primeira classe, poderão ser revisadas pela ASEP-RJ e alteradas de acordo com as condições do Anexo IV, observado o disposto no artigo 11 e seguintes da Lei 2.804/97.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 99.

Aproxima-a, em grande medida, da divisão de riscos existentes em uma parceria público-privada, tema que será tratado adiante.

De acordo com o referido autor²⁰,

[...] em consequência da cultura sobre o equilíbrio econômico-financeiro criada em torno da Lei 8.666/93, especialmente em torno do seu art. 65, e da confusão entre nós, particularmente na doutrina do Direito Administrativo, entre alocação de riscos e sistema de equilíbrio econômico-financeiro de contrato, paira o risco de se entender, na nossa opinião de maneira muito equivocada, que quaisquer fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, sejam riscos do Poder Concedente intransferíveis para o parceiro privado, em virtude do art. 65, inciso II, alínea d. Já criticamos esse entendimento em trabalho anterior de nossa autoria. Aqui apenas lembramos o leitor que: a) o art. 10 da Lei 8.987/95 estabelece que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato estará mantido quando for obedecido o contrato de concessão, o que significa que é o contrato de concessão que estabelece as hipóteses, critérios e metodologia para a realização do reequilíbrio econômico-financeiro; b) mesmo que se discuta a incidência e alcance do art. 10 da Lei 8.987/95, é preciso lembrar que o próprio art. 65 da Lei 8.666/93 estabelece que os mencionados riscos são do Poder Concedente apenas nos casos que a sua ocorrência configure “álea extraordinária e extracontratual”. Isso significa que só incide a alocação de riscos prevista no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/93

²⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 83.

se o contrato não prever alocação diferente desses riscos. Ou seja, se há previsão explícita no contrato de concessão da alocação ao parceiro privado de ocorrências que se enquadram nas categorias previstas no art. 65, inciso II, alínea d, há que se entender que prevalece a alocação prevista no contrato.

Essa última visão exposta é a defendida no presente estudo, de modo que a assunção de riscos pelo particular estabelecida na Lei de Concessões e aplicável à concessão comum deve ser balizada pelo que for previsto em cada contrato de concessão.

A aproximação das concessões comuns do regime de compartilhamento de riscos aplicável às parcerias público-privadas (PPPs) não desnatura, entretanto, o instituto. Apenas para ilustrar algumas singularidades das concessões comuns: são regidas pela Lei nº 8.987/85, não se submetendo ao regime da Lei nº 11.079/2004; não se exige obrigatoriamente do concessionário a constituição de sociedade de propósito específico (SPE); não se aplica, necessariamente, o sistema de garantias previsto na lei das PPPs.

É preciso enfatizar que ambos são títulos habilitantes aptos a legitimar a transferência temporária da prestação de um serviço público para um particular. Cabe ao ente público, de acordo com as finalidades a serem atingidas e com base nas características do objeto da concessão, eleger o melhor título habilitante para cada hipótese.

Eis, portanto, a pergunta: seria a concessão comum o melhor título habilitante aplicável à concessão do transporte aquaviário de passageiros no Rio de Janeiro?

Certamente a resposta para a questão não é fácil e requer um enfoque multidisciplinar, já que engloba aspectos sociais, políticos e econômicos, por exemplo. No entanto, navegando por outros títulos habilitantes, é possível observar as características de cada modelo e verificar as opções legais das quais poderá fazer uso o administrador sempre que optar por delegar determinado serviço ao setor privado.

3. Parcerias Público-Privadas (PPPs)

Novamente um cuidado terminológico deve ser tomado, desta vez ao tratarmos das Parcerias Público-Privadas (PPPs). Isso porque, muitas das vezes, utiliza-se a expressão como referência a qualquer ajuste ou negócio jurídico no qual, de um lado, figure um ente público e, de outro, uma entidade privada. Não é essa a acepção do termo a ser dada neste trabalho.

Entende-se como PPP, para fins do presente estudo, o contrato de concessão firmado com base na Lei nº 11.079/2004. A norma preencheu uma importante lacuna no sentido de criar o instrumento legal aplicável para os chamados contratos não autossustentáveis e que, para se tornarem viáveis, dependem da assunção de encargos financeiros pelo ente público sustentados por um forte sistema de garantias contratuais, sobretudo em caso de eventual inadimplemento do parceiro público.

Sobre o tema, salienta Carlos Ari Sundfeld que²¹:

É verdade que no regime da Lei de Concessões já era viável que, além das tarifas cobradas dos usuários, o concessionário tivesse outras fontes de receita, inclusive adicionais pagos pela Administração. Mas, se esses contratos já eram juridicamente possíveis, sua viabilidade prática estava dependendo da criação de um adequado sistema de garantias, que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do concedente.

É preciso ter em mente que o objeto de uma concessão consiste em um contrato de longo prazo e que requer vultoso investimento do parceiro privado²². Em tal contexto, a atratividade do particular decorre, no mínimo, de

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público-Privadas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23.

²² No caso das PPPs, conforme previsto no art. 4º, inciso I, da Lei nº 11.079/2004, é vedada a celebração de contrato de parceria público-privada cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). O art. 5º, inciso I, por sua vez, estabelece que os contratos de PPPs devem ter prazo mínimo de vigência de 5 anos, podendo chegar ao prazo máximo de 35 anos, incluindo eventual prorrogação.

um bom sistema de garantias e das obrigações, sobretudo financeiras, atribuídas ao ente público. Atento a isso, prossegue o referido autor²³:

A característica central das concessões administrativa e patrocinada que motivou a nova disciplina legal é a de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo. Como o concessionário fará investimentos logo no início da execução e será remunerado posteriormente, dois objetivos se opõem: tanto impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros, como oferecer garantias que convençam o particular a investir.

Analisemos esses aspectos tratando de cada uma das modalidades de PPPs previstas em lei, quais sejam, as concessões patrocinada e administrativa.

3.1. Concessão Patrocinada

Partindo da definição legal, a concessão patrocinada é a modalidade de “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.” (art. 2º, §1º, da Lei nº 11.079/2004).

Em tese, essa modalidade de concessão surge para ser aplicada em projetos deficitários, que, para se tornarem economicamente viáveis (sustentáveis), dependem do aporte de recursos públicos. Daí a definição legal.

No entanto, comparando a Lei nº 11.079/2004 com a Lei nº 8.987/95, a definição legal contida na Lei das PPPs não cria maiores inovações, já que subsídios pagos ao setor privado pela Administração Pública já eram admitidos no âmbito da Lei nº 8.987/95.

²³ SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público-Privadas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 25.

Ao comparar ambos os institutos, quais sejam, a concessão comum e a concessão patrocinada, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim se posiciona²⁴:

No que diz respeito ao conceito, a principal diferença entre concessão patrocinada e a concessão de serviço público comum é a que diz respeito à forma de remuneração; assim mesmo, essa diferença pode desaparecer se, na concessão tradicional, houver previsão de subsídio pelo poder público, conforme previsto no artigo 17 da Lei nº 8.987/95. Também existe diferença no que diz respeito (a) aos riscos que, nas parcerias público-privadas, são repartidos com o parceiro público, (b) às garantias que o poder público presta ao parceiro privado e ao financiador do projeto, e (c) ao compartilhamento entre os parceiros de ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado.

Na mesma linha, salienta Marcos Juruena Villela Souto que não há maiores inovações quanto à possibilidade de assunção de contraprestação pelo parceiro público²⁵:

[...] o sistema da Lei nº 8.987/95, em seus arts. 11 e 17, já previa a possibilidade, dentre outras receitas do concessionário, de subsídios públicos. A possibilidade de a Administração Pública oferecer ao parceiro privado uma contraprestação adicional ou até a substituição total da tarifa não é nova; por via de subsídios são remunerados serviços deficitários repassados ao setor privado.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 147.

²⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parceria Público-Privadas. In: Garcia, Flávio Amaral (Coord.). Parcerias Público-Privadas. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Vol. XVII, 2006, p. 28.

No entanto, não se pode dizer que a concessão comum e a patrocinada sejam institutos idênticos e fungíveis entre si. A despeito de algumas proximidades, há avanços na Lei 11.079/2004 que geram mais segurança para os contratos firmados a partir de seus dispositivos.

Primeiramente, como já exposto, é da essência de uma concessão patrocinada a assunção de uma contraprestação pelo parceiro público. Voltando à avaliação prática e atual da concessão de transporte aquaviário de passageiros no Rio de Janeiro, caso comprovada economicamente a necessidade de subsídios ou contraprestação do ente público concedente para a viabilidade econômico-financeira da concessão de transporte aquaviário de passageiros, em tese o melhor formato a ser adotado para as linhas sociais é a concessão via parceria público-privada na sua modalidade patrocinada²⁶.

É esse o formato legal capaz de gerar maior segurança e objetividade quanto aos riscos a serem assumidos pelos contratantes, de modo a permitir uma quantificação mais real dos custos da operação e facilitar a sua execução, sobretudo quando da necessidade de enfrentamento de ocorrências variadas e adversas que possam afetar a execução do contrato e a prestação do serviço.

Dentre diversas outras novidades contidas na Lei das PPPs²⁷, destaca-se a previsão expressa do compartilhamento de riscos (art. 4º, inciso VI). Já manifestamos aqui a adoção do entendimento segundo o qual, mesmo sob a égide das concessões comuns, a alocação de riscos ao particular pelo contrato de concessão comum seria viável, fugindo-se de lógica prevista no art. 65, da Lei nº 8.666/93.

Não obstante, a situação é ainda mais clara no âmbito de uma PPP. Isso porque, como exposto acima, a Lei nº 11.079/2004 prevê, expressamente, o compartilhamento de riscos entre os parceiros público e privado.

A questão que se coloca, portanto, é como deve se realizar esse compartilhamento. De forma sucinta e objetiva, o norte a ser dado ao

²⁶ Como já exposto, nada obsta a previsão de subsídios no âmbito de uma concessão comum. No entanto, outros aspectos da PPP, tal qual o sistema de garantias, dão mais segurança a esse modelo.

²⁷ O objetivo do presente trabalho não é esgotar o tema, mas apenas inseri-lo no contexto do transporte aquaviário de passageiros, já que a concessão via PPP consiste em um dos títulos habitantes capazes de permitir ao setor privado a prestar tal serviço. Diversas referências de obras aprofundada sobre o instituto são feitas ao longo do estudo.

compartilhamento perpassa avaliação e identificação da parte com melhores condições de mitigar determinado risco, ou seja²⁸:

[...] a maximização da eficiência econômica do contrato é obtida por meio da alocação de risco à parte que tem melhor condição de gerenciá-lo, isto é, à parte que poderá mitigá-lo, tomar as medidas para prevenir a ocorrência de eventos graves ou remediar as suas consequências e incentivar a realização dos eventos benéficos relacionados a tal risco, tudo isso com o menor custo possível.

Uma boa alocação de riscos poderá impactar positivamente não apenas na fase licitatória de uma PPP, com a atratividade de um maior número de potenciais parceiros privado para o projeto, mas sobretudo em uma boa, regular e contínua execução do contrato de PPP.

A concessão patrocinada permite ainda, quando comparada com a concessão tradicional, a criação de um sistema mais robusto de garantias a serem prestadas de uma parte a outra. Mais do que exigir garantias de cumprimento do contrato pelo particular, a lógica nas PPPs é a implementação de garantias em favor do particular. Afinal, estamos tratando de projetos que, como já mencionado, requerem contraprestações do parceiro público para se tornarem economicamente viáveis.

Assim, justifica-se a instituição de mecanismos que assegurem o cumprimento das obrigações financeiras assumidas pelo parceiro público. Sobre o tema, vejamos o pensamento de Gustavo Binenbojm²⁹:

Obviamente, a captação, pelo Poder Público, de um maior volume de recursos privados para financiar projetos de grande porte pressupõe o estabelecimento

²⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80.

²⁹ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a vinculação de receitas dos fundos de participação como garantia das obrigações do Poder Público. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Parcerias Público-Privadas – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 476.

de mecanismos aptos a conferir garantias mais robustas aos parceiros privados. Do contrário, os agentes econômicos não teriam incentivos reais para participar da empreitada. Afinal, o empresariado precisa ter segurança de que será remunerado pelo investimento a ser realizado, sob pena de não ser motivado a aderir às parcerias público-privadas.

O artigo 8º é o principal dispositivo da Lei das PPPs a dar tratamento ao tema.³⁰ Permite que inúmeras formas de garantias venham a ser prestadas pelo parceiro público, merecendo menção a vinculação de receitas, respeitados os limites legais, e a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei.³¹

Outro avanço, por assim dizer, da concessão patrocinada é a obrigatoriedade de que o parceiro privado constitua uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) para a execução do objeto contratado (art. 9º da Lei nº 11.079/2004). A intenção é isolar as atividades da SPE de todas as demais atividades econômicas desenvolvidas pelo parceiro privado, permitido a constante avaliação contábil e financeira da sociedade, evitando-se riscos quanto a continuidade da execução dos serviços contratados pelo parceiro privado.

3.2. Concessão Administrativa

Uma ressalva inicial quanto às concessões administrativas faz-se necessária no contexto do transporte aquaviário de passageiros. Embora não

³⁰ Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI – outros mecanismos admitidos em lei.

³¹ Para maior detalhamento do tema: RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010.

haja impedimento legal quanto à previsão de gratuidade do serviço público de transporte (não cobrança de tarifas dos usuários)³², fato é que, na prática brasileira, tem-se por padrão a cobrança da tarifa.

Caso a cobrança de tarifa do usuário não ocorresse, caberia ao Estado prestar direta e gratuitamente o serviço, ou arcar com todo o custo da operação executada por eventual empresa privada (concessionária), assumindo, sozinho, toda a remuneração do particular³³.

Daí a dificuldade, sobretudo no contexto econômico atual brasileiro e diante de toda a ineficiência de gestão da máquina pública, da implementação de um modelo que permita a disponibilização de serviços gratuitos de transporte público de passageiros.

Assim, é remota a chance de que a concessão administrativa venha a ser, no futuro próximo, o modelo legal aplicável a eventuais concessões de transporte de passageiros, incluindo o transporte aquaviário de passageiros. Isso porque, a concessão administrativa tem como principal diferença em relação à concessão patrocinada o fato de que, na administrativa, não é possível a

³² Adota-se, neste estudo, a posição defendida por Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, no sentido de que é possível a utilização da concessão administrativa para a prestação de serviços públicos. Salientam os referidos autores que, o art. 2º, §2º, da Lei das PPPs, ao dispor sobre as concessões administrativas, “*fala em prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta – o que não exclui serviços públicos. A nossa opinião é que sim, que é possível usar a concessão administrativa para exploração de serviços públicos, pois a estrutura legal que incide sobre a concessão administrativa não é essencialmente diferente da aplicável às concessões comuns de serviço público. Perfeitamente viável nos parece, por exemplo, a contratação, sob a forma de concessão administrativa, do provimento de infraestrutura rodoviária cujos pagamentos ao parceiro privado sejam baseados, por exemplo, em pedágio-sombra (shadow toll), nos moldes do utilizados nas SCUT (Sem cobrança ao Utilizador) portuguesas – ou seja, a Administração Pública obriga-se a pagar a contraprestação em valor variável de acordo com a quantidade e tipo dos veículos que efetivamente utilizarem a rodovia.* (RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70-71)

³³ Nas manifestações ocorridas no Brasil a partir de junho de 2013, uma das bandeiras defendidas por boa parte dos manifestantes consistiu na gratuidade do transporte público. A questão é complexa e requer uma avaliação aprofundada, que não pode se tornar superficial por interesses midiáticos e/ou políticos. A prestação do serviço público de transporte requer elevados investimentos. Se assegurada sua gratuidade, vultosos recursos públicos (decorrentes de impostos, por exemplo) deveriam ser destinados à prestação do serviço (fosse ele prestado diretamente pelo Estado ou concedido ao setor privado) e, por consequência, deixariam de ser aplicados em outros setores.

cobrança de tarifa do usuário. Toda a remuneração do particular decorrerá do parceiro público.

O foco dessa modalidade de concessão é viabilizar a formalização de contratos de longo prazo (5 a 35 anos) e de alto valor (acima de R\$20.000.000,00), mas, como exposto acima, sem a cobrança de tarifa do usuário do serviços.

Carlos Ari Sundfeld destaca a existência de dois tipos de concessão administrativa, quais sejam, a de serviços públicos e a de serviços ao Estado. A primeira delas insere-se no contexto supramencionado. Nos dizeres do autor, na concessão administrativa de serviços públicos³⁴:

[...] a Administração Pública será havida como usuária indireta, cabendo a ela os direitos e responsabilidades econômicas que, de outro modo, recairiam sobre eles.

Ao discorrer sobre a concessão administrativa de serviços ao Estado, afirma que:

A concessão administrativa de serviços ao Estado é a que tem por objeto os mesmos serviços a que se refere o art. 6º da Lei de Licitações, isto é, o oferecimento de utilidades à própria Administração, que será havida como usuária direta dos serviços e versará a correspondente remuneração (...). Mas há elementos importantes que, diferenciando-os, aproximam a concessão administrativa de serviços ao Estado da tradicional concessão de serviços públicos. Enquanto o contrato de serviços resume-se à prestação de serviços, a concessão administrativa de serviços ao Estado inclui também a realização, pelo concessionário, de investimento mínimo de 20 milhões de Reais (Lei das PPPs, art. 2º, §4º, I) na criação, ampliação ou recuperação, por meio da

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público-Privadas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31-32.

execução de obra ou do fornecimento de bens (art. 2º, §2º), de infraestrutura necessária aos serviços, que serão prestados om base nela por ao menos cinco anos (art. 2º, §4º, II). Enquanto vigente a concessão administrativa de serviços ao Estado, não estando amortizado o investimento, essa infraestrutura constituirá patrimônio do concessionário, podendo reverter ao concedente ao final, se previsto no contrato (art. 3º, *caput*, da Lei das PPPs, c/c os arts. 18, X, e 23, X, da Lei das Concessões). Assim, são idênticas a estrutura contratual e a lógica econômica da concessão administrativa de serviços ao Estado e da tradicional concessão de serviços públicos.”

Pelo exposto, tem-se que se aplicam às concessões administrativas grande parte das características previstas na Lei 11.079/2004 em relação às concessões patrocinadas. A ressalva direciona-se apenas a impossibilidade de cobrança de tarifa dos usuários dos serviços o que, reitera-se, dificulta a aplicação da modalidade no contexto das concessões de transporte.

4. Permissão

Tradicionalmente, define-se a permissão como um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, por meio do qual a Administração Pública permite a execução de determinado serviço público por um particular, ou ainda a utilização de certo bem público.

A aplicação do instituto, portanto, também está relacionada à habilitação do particular para que execute, por exemplo, um serviço público.

O conceito acima exposto requer, entretanto, uma revisão de forma a amoldá-lo aos contornos atuais do Estado Democrático de Direito.

Conforme elucida com clareza Marçal Justen Filho³⁵:

Anteriormente, o fundamento da permissão residia no *imperium* estatal, de molde que o Estado seria

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 107.

livre para delegar o serviço a particular tanto quanto para dele retomá-lo, a qualquer tempo, sem questionamento nem impedimento. Já a concessão pressupunha vínculo bilateral, mediante o qual o Estado espontaneamente subordinava-se a regime limitador de seus direitos. Tal construção é, obviamente, incompatível com o sistema constitucional com o qual convivemos.

A diferença e singularização do instituto da permissão deixa de ser, nesse sentido, o seu caráter discricionário e precário.

O que se sustenta, atualmente, como principal marco distintivo da permissão é a sua utilização para situações que não exijam vultosos investimentos e contratos de longos prazos para sua amortização. Em tese, o formato aplicável sempre que exigíveis grandes investimentos seria o das concessões comuns ou PPPs, que, como exposto nos tópicos anteriores, aplicam-se em contratações de prazos mais dilatados, com pesadas obrigações impostas de uma parte a outra e investimentos de alto valor.

Avaliando o cenário atual da delegação de transporte aquaviário de passageiros no Rio de Janeiro, via concessão, pode-se pensar que há pouco ou nenhum espaço para a eventual delegação do serviço via permissão. Não é essa a conclusão que se pretende atingir aqui.

Nada obstará a criação de uma permissão em paralelo a uma concessão para exploração do serviço público de transporte aquaviário de passageiros (obviamente caso uma nova concessão venha a ser feita sem que se assegure a exclusividade ao particular na exploração do serviço). Basta se pensar, por exemplo, na possibilidade da utilização, ainda que onerosa, da estrutura já existente (evitando-se maiores investimentos em infraestrutura) pelo permissionário para exploração de novas linhas, com embarcações menores, menos custosas e mais ágeis.

Neste cenário hipotético, estaria sendo criada, dentre outros fatores, a competitividade no serviço e seriam oferecidas variadas opções de serviços ao usuário, grande beneficiário de um cenário competitivo.³⁶

³⁶ Sobre o tema competição pelo serviço, no serviço e entre serviços públicos vide artigo, nesta obra, intitulado “*Eficiência Competitiva no Transporte Aquaviário de Passageiros*”, de Victor Costa Rodrigues.

A utilização de diferentes modelos legais para delegação do serviço deve ser pensada e avaliada ainda mais em tempos nos quais se discute a viabilidade, atratividade e lucratividade do modelo adotado nas últimas décadas.³⁷

5. Autorização

Como já mencionado, o legislador ordinário do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei n.º 2.804/1997, que dispõe sobre o transporte aquaviário no âmbito estadual, estabeleceu que o serviço público de transporte aquaviário de passageiros poderá ser prestado em duas categorias de linhas: (i) social, para o transporte de massa, respeitada uma configuração mínima de exigências a seu oferecimento; e (ii) seletiva, com melhorias em relação aos requisitos mínimos ordenados para a configuração social.

As linhas sociais são caracterizadas como serviços públicos privativos prestados em regime público, delegados, em regra, mediante concessão e remunerados por tarifa. Já as linhas seletivas caracterizam-se como serviço público privativo prestado em regime privado.

Estas, as linhas seletivas, baseiam-se nos princípios constitucionais da atividade econômica, fato que não isenta os operadores da atividade da ação regulatória do órgão regulador. No mais, são linhas que devem ser delegadas por meio de autorizações vinculadas.

Conforme exposto por Bruna Cavalcante Drubi Burger³⁸, as linhas seletivas efetivam ou permitem a implementação da prestação de um serviço público em regime privado, em uma tentativa de conciliação entre a universalização e competição. Para tanto, o poder público estabelece requisitos que, uma vez alcançados pelo particular (futuro autorizatário), ensejarão a outorga de uma autorização vinculada, necessária à prestação do serviço.

A possibilidade da convivência dos dois regimes (público, via concessão ou permissão, e privado, via autorização vinculada) na prestação do

³⁷ De acordo com notícia veiculada no jornal Estadão, a atual concessionária do serviço de transporte aquaviário de passageiros, no Rio de Janeiro, pretende rescindir o contrato de concessão. Informações obtidas em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,ccr-devolve-concessao-de-barcas-no-rio-,1779086>>, com acesso em 18.01.2016,

³⁸ Veja artigo, nesta obra, intitulado “*A Exploração do Transporte Aquaviário por Linhas Seletivas no Estado do Rio de Janeiro*”, de Bruna Cavalcante Drubi Burger.

mesmo serviço foi levada ao STF por meio da Medida Cautelar em ADI 1668 do DF, por meio da qual se questionou a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97). Na hipótese, decidiu-se pela constitucionalidade da mencionada lei e dos dois regimes, até o julgamento da ação, apenas com supressão de pequenas expressões da lei, que não versam sobre este assunto.

Insta relatar experiências internacionais de exploração privada do transporte aquaviário tal qual o Uber Boat.³⁹ Iniciativas como essa podem fomentar a atividade, gerar maior competição, maior disponibilidade de linhas e horários, gerando benefícios aos usuários e melhor qualidade dos serviços.

As autorizações vinculadas, portanto, consistem em mais um modelo legal à disposição do administrador público quando pretender delegar ao particular a prestação do serviço de transporte aquaviário.

Conclusões

Diante da premissa segundo a qual o transporte aquaviário de passageiros é caracterizado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) como um serviço público, é dever da Administração Pública assegurar a prestação de tal serviço diretamente ou mediante outorga a terceiros, respeitando, cada ente público, as competências constitucionalmente estabelecidas para si.

Sempre que a Administração Pública optar pela outorga da atividade a terceiros é necessária a concessão de um título habilitante que permita ao setor privado, para o qual será temporariamente transferida a execução do serviço, realizar, legitimamente, a sua prestação.

Tais títulos habilitantes podem consubstanciar-se em uma concessão comum, em uma parceria público-privada, nas modalidades patrocinada ou administrativa, em uma permissão, ou ainda em uma autorização vinculada para a prestação do serviço.

Como exposto no estudo, as modalidades não são fungíveis entre si e possuem características próprias que deverão legitimar a sua escolha diante do

³⁹ Informações obtidas em: <https://newsroom.uber.com/turkey/tr/uberboat/>, com acesso em 18.01.2016, e em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/02/o-que-e-uber-boat-saiba-como-funciona-a-nova-modalidade-de-transporte.ghml>, com acesso em 15.02.2020.

objeto da concessão e das finalidades a serem atingidas pelo ente público concedente.

A escolha correta do formato da delegação certamente contribuirá para uma melhor e mais segura prestação do serviço pela concessionária, fato que poderá refletir, ilustrativamente, em uma tarifa justa e módica, em competitividade no serviço e em um serviço de maior qualidade prestado aos usuários.

Quanto ao estágio atual do transporte aquaviário de passageiros no Rio de Janeiro e com foco no Contrato de Concessão supramencionado, verifica-se quase que uma estagnação na criação de novas linhas desse modal. Novas e importantes linhas já poderiam estar em operação contribuindo com um melhor sistema de transporte público, com uma mais ampla competição entre modais e com um melhor atendimento aos milhares de usuários que necessitam, diariamente, do transporte público.

Como exposto no presente estudo, não faltam modelos legais aptos a contribuírem com uma delegação segura e atrativa do serviço. A utilização harmônica dos modelos legais em busca da competitividade, retorno dos investimentos, expansão e boa prestação do serviço pode contribuir com a maior atratividade de investidores e propiciar a execução salutar das futuras concessões, permissões e/ou autorizações.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a vinculação de receitas dos fundos de participação como garantia das obrigações do Poder Público. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Parcerias Público-Privadas – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Parcerias na Administração Pública. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos – Casos e polêmicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003.

_____; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Parcerias Público-Privadas – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Princípios do Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

_____; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parceria Público-Privadas. In: Garcia, Flávio Amaral (Coord.). Parcerias Público-Privadas. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Vol. XVII, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público-Privadas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

A EXPLORAÇÃO DO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO POR LINHAS SELETIVAS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Bruna Cavalcante Drubi Burger

Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Candido Mendes

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes

Membro da Comissão de Estudos Regulados da OAB-RJ

Assistente de ensino e Pesquisadora da Fundação Getúlio Vargas – FGV

Professora e Advogada.

brunadrubi@gmail.com

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Evolução da regulação de serviço público e o instituto das autorizações; 2. A regulação atual sobre transporte aquaviário; 3. Delegação de linhas seletivas; 4. Propostas para novas linhas seletivas. Conclusão. Referências.*

Introdução

A necessidade de melhoria da regulação no transporte aquaviário do Estado do Rio de Janeiro já era apontada no início da década de 1980 pelo antigo diretor da Companhia de Navegação do Estado do Rio de Janeiro (CONERJ), Fernando Távora. Vendo o potencial a ser explorado por essa modalidade de transporte, ele afirmava que deveria haver um remanejamento do sistema regulatório, com vistas a atender as expectativas dos usuários de transporte urbano na Região Metropolitana do Rio de Janeiro.¹

Nesse sentido, a proposta do presente capítulo é demonstrar a evolução do modo de delegação do serviço público, a fim de proporcionar um debate sobre o instituto das autorizações. A concepção clássica do conceito de serviço público não atende mais às demandas da sociedade moderna, por esse motivo, será abordada a questão da legitimidade para a instituição de um serviço público e a discussão em torno da sua titularidade.

Esse debate é importante para a definição do regime jurídico aplicável ao serviço delegado. O transporte aquaviário de passageiros em linha seletiva é

¹ TÁVORA FILHO, Fernando. O transporte aquaviário de passageiros. Disponível na internet em <http://www.antp.org.br/_5dotSystem/download/dcmDocument/2014/08/05/41AFA2BF-F066-40D9-A9FA-8F1CEDC7EADA.pdf>. Acesso em 29.07.2015, p. 15.

serviço público prestado em regime privado, que poderia, na verdade, ser considerado atividade econômica *strictu sensu* regulamentada pelo Estado.

Estabelecidas essas premissas, apresentar-se-á a proposição de delegação de novas linhas seletivas por meio de autorizações vinculadas, como forma de incentivar a atração de investimentos do setor privado para o sistema de transporte aquaviário no Estado do Rio de Janeiro.

Em que pese nossos estudos, a mais recente Lei Estadual sobre o tema, Lei nº 8037 de 02 de julho de 2018, faz uma pequena alteração no que tange a parte de linhas seletivas da lei que rege o sistema atual que vai justamente no sentido contrario do que será proposto. Essa lei foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade ainda não julgada quando do fechamento deste texto. Recente licitação para a concessão de exploração do serviço de transporte também não guardava as lições deste texto e teve seu edital revogado, após muitas impugnações.

1. Evolução da regulação de serviço público e o instituto das autorizações

O início do debate sobre o tema do transporte aquaviário de passageiros na esfera jurídica pode-se dar com o alcance do conceito de serviço público no Brasil. Essa tarefa nunca foi fácil, e a importância desse debate se insere na delimitação do regime jurídico a ser adotado em cada hipótese, caso se considere que a atividade econômica analisada é serviço público.

Esse assunto foi abordado neste livro por André Saddy, para quem a noção clássica de serviço público, conforme difundido pela doutrina brasileira, seria a que segue os contornos da escola de *Bordeaux*, com seus três elementos: “*além de ser prestado apenas pelo Estado (elemento subjetivo), tinha por objeto a satisfação de necessidades coletivas (elemento objetivo) e era sujeito a um regime jurídico exclusivo de Direito Público (elemento formal)*”².

Com a evolução das atividades do Estado, passando longe de discussões políticas, constata-se que o tamanho do Estado tem mais a ver com questões técnicas do que ideológicas. Nesse sentido, independentemente de maior ou menor liberdade de atuação do Estado na economia, o fato é que, em decorrência da crescente complexidade dos sistemas econômicos no mundo, a percentagem dos gastos públicos sobre o PIB, nas economias mais

² Veja artigo, nesta obra, intitulado “*Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*”, de André Saddy.

desenvolvidas, passou de uma média internacional de cerca de 11% no final do século XIX, para 46% em 1996.³

A concepção clássica de serviço público começa a entrar em crise em meados do século XX, uma vez que o Estado passa a atuar em áreas que antes eram atividades comerciais e industriais reservadas à iniciativa privada. Por conta desse aumento de atividades consideradas serviços públicos, os Estados flexibilizam os seus elementos formais e subjetivos e passam a delegar a prestação dos serviços considerados públicos a particulares. Nas palavras de Sara Jane Farias:

O modelo atual da noção de serviço público não está atrelado aos critérios clássicos alhures apontados, mas, sim, às características impostas pelo próprio Estado por meio de sua atividade legislativa e regulatória, pois é o legislador que estabelece qual atividade será ou não considerada como serviço público e é o agente regulador que irá determinar o regime jurídico a ser implementado, sempre com vistas na busca da eficiência.⁴

Os pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais sobre os quais surge o conceito de serviço público são radicalmente transformados. No último quartil do século XX, generaliza-se a concepção de que o Estado tornou-se grande demais e passa-se a discutir a ineficiência do setor público, defendendo-se a devolução ao setor privado do seu protagonismo. Com os processos de privatização e de delegação de serviço público, o termo serviço público se torna ultrapassado, gerando grande debate sobre como conceituar o mesmo diante dessa nova realidade social e econômica.⁵

A legitimidade para a instituição de serviço público também gera debate na doutrina. A primeira corrente é a constitucionalista, cujos defensores

³ GIAMBIAGI, Fabio; ALEM, Ana. Finanças públicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 10.

⁴ FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 14-15

⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 44.

consideram serviço público apenas aquele for assim definido na constituição, só sendo possível se instituir novo serviço público mediante Emenda Constitucional; a segunda corrente é a considerada a essencialista, segundo a qual só é serviço público aquele em que há relevante interesse da coletividade; por fim, a corrente legalista considera que serviço público é aquele que a lei ou a constituição assim o considera.⁶

Apesar desse debate, na doutrina e na jurisprudência, majoritariamente, adota-se o entendimento híbrido, segundo o qual será serviço público quando a atividade for essencial ao interesse coletivo e quando a lei ou a constituição assim o determinar. Nas palavras de André Saddy, *“atualmente, é o legislador que estabelece qual atividade será ou não considerada como serviço público e é o agente regulador que irá determinar o regime jurídico a ser implementado, com vistas sempre na busca da eficiência.”*⁷

Um último critério de classificação de serviço público que é importante para o entendimento deste tópico é relativo a sua titularidade. Nesse aspecto, seguimos a proposição de Eros Grau⁸, quanto à distinção de atividades econômicas que são obrigatoriamente serviço público (serviços públicos privativos), atividades econômicas que podem ser serviços públicos (serviços públicos não-privativos, que podem ser exercidos pelo Estado ou pela iniciativa privada), e as atividades econômicas que não podem ser serviço público (atividades econômicas em sentido estrito).⁹

⁶ Veja artigo, nesta obra, intitulado *“Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro”*, de André Saddy.

⁷ SADDY, André. *Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2014. p. 126.

⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146-149.

⁹ Acrescenta Saddy que *“As antigas fórmulas indicavam que o Estado brasileiro, com o perfil que vinha adotando, envelhecia, tornando-se moroso e ineficiente. A solução encontrada foi criar novas formas de prestação dos serviços públicos privativos, uma relacionada a um regime público e outra a um regime privado. Os serviços públicos privativos prestados em regime privado são uma novidade no Direito brasileiro, que trouxe consigo uma nova crise à noção de serviço público, pois os atrelou à ideia de serviço de interesse econômico geral e, por conseguinte, à noção de “public utilities”. Daí por que dizer que tais serviços estão entre as grandes novidades do Direito Administrativo brasileiro, pois são atividades caracterizadas constitucionalmente como serviços públicos, mas infraconstitucionalmente como atividade econômica em sentido estrito”*. SADDY, André. *Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia*. Op. cit. p. 125.

Os serviços públicos privativos e não privativos, prestados em regime público, diretamente ou mediante concessão ou permissão, são considerados serviços universais ou essenciais, pois são os serviços imprescindíveis para o desenvolvimento da vida em sociedade e devem respeitar os princípios de adequação do serviço público, principalmente os de universalidade, continuidade e modicidade das tarifas¹⁰. Os serviços de interesse econômico geral, por sua vez, são prestados em regime privado e remunerados por preço.

Os serviços essenciais devem observar os princípios que regem o serviço público¹¹, já os serviços que não forem considerados essenciais serão regidos por normas de direito privado, a fim de garantir a atratividade para o setor privado. Isso não impede que os serviços prestados em regime privado tenham normas de controle a serem estabelecidas pelo Poder Público.

Se os serviços públicos em regime público são delegados, após escolha por procedimento licitatório, por meio de concessão ou permissão, a grande novidade consiste na delegação de serviço público em regime privado, por meio da utilização do instituto da autorização. Segundo Sara Jane, esse *“sempre foi considerado como um instituto ligado aos atos administrativos discricionários e hoje representa um dos instrumentos de ordenação pública de serviços prestados em regime de direito privado”*¹².

As autorizações clássicas eram consideradas atos administrativos discricionários e precários, segundo o qual o Poder Público torna possível a realização de determinada atividade, serviço, ou utilização de determinado bem. Nas palavras de Sara Jane, seria:

[...] ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração,

¹⁰ A Lei 8987/95 traz em seu art. 6º § 1º a definição de serviço adequado: “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

¹¹ Continuidade, modicidade tarifária, universalidade, eficiência, etc.

¹² FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. *Op. cit.* p. 54

tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, etc.¹³

A discricionariedade é um dos aspectos que distingue a autorização clássica da licença e da admissão. Nesses últimos, sempre que cumpridas determinadas formalidades, a sua concessão é obrigatória e o ato é vinculado.

A autorização, como forma de delegação de serviço público, aparece pela primeira vez no mundo jurídico por meio do art. 21, XI e XII, da CRFB¹⁴. Inicialmente, houve grande debate sobre essa possibilidade de delegação de serviço público por meio de autorização, tendo sido veementemente rejeitada essa hipótese por alguns doutrinadores. Para Celso Antônio B. de Mello¹⁵, por exemplo, as autorizações só poderiam ser conferidas por interesse do particular requerente, ao contrário, se fosse conferida onde há interesse público, haveria burla à licitação. Desse debate surge a distinção da prestação de serviço público em regime público, por meio de concessão ou permissão, e em regime privado, por meio de autorização.¹⁶

As autorizações clássicas não atenderiam ao escopo das delegações de serviço público em regime privado, por conta da sua precariedade e por conta dos grandes vultos econômicos a serem despendidos pelos autorizatários. Nesse sentido, a Lei de Telecomunicações, Lei 9472/97, traz ao mundo jurídico a figura das autorizações vinculadas, com o fim de tirar a precariedade das autorizações. Sua natureza jurídica passa a ser de ato constitutivo de direito.

¹³ FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. *Op. cit.* pp. 66-67

¹⁴ XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

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

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. Pp 701-704.

¹⁶ FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. *Op. cit.* pp. 98-105.

Essa nova modelagem se estrutura em uma tentativa de equilíbrio entre universalização e competição, em que um serviço público privativo da União possa a ser prestado em regime público e em regime privado, algo totalmente inovador. A Lei determina que alguns serviços serão prestados em regime público, mediante concessão ou permissão e alguns serviços serão explorados em regime privado, mediante prévia autorização vinculada, que deverá ser obrigatoriamente conferida, sempre que as condições objetivas e subjetivas forem preenchidas.¹⁷

A possibilidade da convivência dos dois regimes na prestação do mesmo serviço foi levada ao STF por meio da Medida Cautelar em ADI 1668 do DF¹⁸, em que se votou pela constitucionalidade da Lei e dos dois regimes, até o julgamento da ação, apenas com supressão de pequenas expressões da Lei, que não versam sobre este assunto.

Com isso, fecha-se a definição de serviço público prestado em regime privado e de atividade econômica em sentido estrito, para dar início ao debate da aplicação desses conceitos ao transporte aquaviário no Estado do Rio de Janeiro.

2. A Regulação atual sobre transporte aquaviário no Estado do Rio de Janeiro

O sistema atualmente operado pela CCR Barcas S/A conta com 19 embarcações (13 catamarãs e 6 barcas tradicionais), 830 colaboradores e opera seis linhas em cinco estações: Praça XV, Praça Araribóia, Cocotá, Paquetá e Charitas. Na Divisão Sul, 3 pontos de atracação fazem parte da operação nas linhas que servem à Ilha Grande (Abraão), Mangaratiba e Angra dos Reis.

¹⁷ Lei 9472/97, Art. 131, § 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1.668 (medida liminar) UF: DF – DISTRITO FEDERAL, Fonte: D. O. 31.08.98, Relator: Ministro Marco Aurélio, Requerentes: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC do B, PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT, PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT, PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB - Resultado da Liminar: Indeferida, Data Publicação: 31/08/1998)

Segundo a concessionária, é a quarta maior operação de transporte aquaviário do mundo, transportando cerca de 20 milhões de passageiros por ano.¹⁹

No âmbito estadual²⁰, a lei que versa sobre o assunto é a de nº 2.804 de 1997, regulamentada pelo decreto 23.925/97, editada um ano antes da privatização da CONERJ. A lei não deixa dúvida sobre a opção do legislador em considerar que o transporte de passageiros é serviço público em suas linhas sociais e seletivas, atividade que somente poderá ser delegada a particulares por meio de concessão ou permissão, vide art. 1º. A linha social é destinada para o transporte de massa, sendo remunerada por tarifa e regida por normas de direito público, conforme dispõe o art. 7º, da Lei:

Art. 7º - Na exploração das linhas de categoria social, os concessionários ou permissionários estarão autorizados a cobrar as tarifas constantes dos respectivos contratos, consideradas suficientes, na data de assinatura do mesmo, para a adequada prestação dos serviços, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação e retorno dos investimentos necessários à prestação adequada do serviço.

A linha social é considerada serviço essencial/universal, sujeitando seus delegatários aos princípios de universalização, continuidade e modicidade tarifária²¹. Serviços essenciais são considerados serviços a que todos têm direito²². A linha seletiva, por sua vez, deve dispor de melhorias em relação

¹⁹ Dados em: <<http://www.grupoccr.com.br/barcas/sobre-a-ccr-barcas>>

²⁰ Sobre a competência no transporte aquaviário veja artigo, nesta obra, intitulado “*Aspectos Constitucionais do Transporte Aquaviário: previsões constitucionais e solução de conflitos*”, de Ana Paula de Almeida e Mariana Fernandes Cunha Jorge.

²¹ Veja artigo, nesta obra, intitulado “*Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*”, de André Saddy.

²² Dinorá Grotti apresenta o conceito de serviço universal como um substituto para a fórmula clássica do conceito dos serviços públicos, com isso, traz a definição de Souvirón Morenilla, para quem serviço universal é “um conjunto mínimo de serviços – de prestações – de uma qualidade determinada, prestados a todos os usuários – independentemente de sua situação geográfica e, à vista das condições nacionais concretas, a um preço acessível e que, baseado nos princípios da universalidade, igualdade e continuidade a fim de permitir o acesso ao mesmo a todos os usuários, constituirá uma obrigação imposta a determinados agentes, que poderá ser-

aos requisitos mínimos ordenados para a configuração social, ambas definidas na cláusula 2ª do instrumento contratual,²³ e será remunerada por tarifa^{24,25}. A linha seletiva é serviço público prestado em regime privado.

lhes compensada financeiramente a partir do cálculo dos custos líquidos eventuais correspondentes e de sua divisão entre os próprios agentes do mercado sob controle das autoridades nacionais de regulação” *apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. *Op. cit.* p. 64-65.

²³ CLÁUSULA 2ª - O serviço público de transporte aquaviário de passageiros de que trata este contrato poderá ser prestado em duas categorias de linhas: social e seletiva.

I – Entende-se por linha social aquela que, no mínimo, apresentar, dentre outros, os seguintes requisitos:

- b) velocidade de serviços da embarcação superior a 10 (dez) nós;
- c) nível de ruído nas áreas destinadas a passageiros inferior a 85 (oitenta e cinco) dB;
- d) embarcações com banheiro masculino e feminino com sanitários e pias; e bebedouros refrigerados em cada um dos conveses;
- e) poltronas individuais fixas com braços;
- f) ventilação natural das áreas destinadas a passageiros assegurando-se renovação de ar satisfatório, consoante os padrões de higiene;
- g) as áreas destinadas a passageiros devem possuir pé direito livre de no mínimo 2,10m.

II – Entende-se por linha seletiva aquela que, no mínimo, apresentar melhorias em relação aos seis requisitos previstos no item anterior, cujo serviço deverá ser prestado por embarcações com velocidade mínima de 15 (quinze) nós, refrigeração e conforto.

²⁴ Art. 8º - As tarifas para a prestação dos serviços nas linhas de categoria seletiva serão livres, devendo ser calculadas e projetadas apenas na fase dos estudos relacionados com o procedimento licitatório para outorga das respectivas concessões ou permissões.

Parágrafo único – Deverá a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ, fiscalizar o eventual exercício abusivo na fixação das tarifas livres, podendo, para tanto, aplicar as sanções contratuais especificamente estabelecidas para esse fim.

²⁵ O contrato de concessão atual traz a seguinte definição de linhas sociais e seletivas:

Cláusula 2ª - O serviço público de transporte aquaviário de passageiros de que trata este contrato poderá ser prestado em duas categorias de linhas: social e seletiva.

I – Entende-se por linha social aquela que, no mínimo, apresentar, dentre outros, os seguintes requisitos:

- a) velocidade de serviços da embarcação superior a 10 (dez) nós; b) nível de ruído nas áreas destinadas a passageiros inferior a 85 (oitenta e cinco) dB; c) embarcações com banheiro masculino e feminino com sanitários e pias; e bebedouros refrigerados em cada um dos conveses; d) poltronas individuais fixas com braços; e) ventilação natural das áreas destinadas a passageiros assegurando-se renovação de ar satisfatório, consoante os padrões de higiene; f) as áreas destinadas a passageiros devem possuir pé direito livre de no mínimo 2,10m.

Somente transporte dedicado ao turismo é considerado atividade econômica *stricto sensu*, estando sujeito apenas ao poder de polícia administrativa e possivelmente à autorização.²⁶²⁷ Afirma Juruena que “a regulação de polícia envolve, em síntese, a definição dos padrões de qualidade, custo, atendimento e segurança dos serviços e suas instalações, promoção da universalização e da competição onde for viável”²⁸. Nesse caso, se a secretaria de turismo do Estado entender necessária, poderá exigir autorização para o funcionamento do turismo no Estado, caso não, apenas ditará normas que devem ser seguidas e que serão fiscalizadas, tudo conforme o art. 2, do Decreto Estadual 23925/97, que regulamenta a matéria:

Art. 2º - Independem de concessão ou permissão os serviços não essenciais e eventuais de transportes de passageiros com características exclusivamente turísticas, realizados por operadoras de turismo no exercício dessa atividade, ressalvada a necessidade de autorização das Autoridades Públicas competentes.

§ 1º - As Autoridades Públicas a que se refere o caput deste artigo são os Secretários de Estado de Indústria, Comércio e Turismo e de Transportes, a quem compete autorizar, mediante Resolução Conjunta das

II – Entende-se por linha seletiva aquela que, no mínimo, apresentar melhorias em relação aos seis requisitos previstos no item anterior, cujo serviço deverá ser prestado por embarcações com velocidade mínima de 15 (quinze) nós, refrigeração e conforto.

²⁶ Lei Estadual nº 2804/97 Art. 1ª, § 2º - Independem de concessão ou permissão os serviços não essenciais e eventuais de transporte de passageiros com características exclusivamente turísticas, realizados por operadoras de turismo no exercício dessa atividade, segundo o que constar do regulamento desta Lei, ressalvada a necessidade de autorização da Autoridade Pública competente.

²⁷ Sara Jane distingue serviço público de polícia administrativa “no fato de que o serviço público visa ofertar ao administrado uma utilidade, ampliando, assim, o seu desfrute de comodidades mediante prestações feitas em prol de cada qual; já a polícia administrativa visa a restringir, limitar, condicionar, as possibilidade de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social” FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. *Op. cit.* p. 86.

²⁸ *Apud*: FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. *Op. cit.* p. 96

respectivas Pastas, o funcionamento do serviço turístico.

§ 2º - O pedido de autorização dirigido pela Operadora de Turismo aos Secretários de Estado de Indústria, Comércio e Turismo e de Transportes será instruído com os documentos que satisfaçam os requisitos legais e regulamentares a serem editados por Resolução Conjunta específica dos Titulares das Pastas, com vistas à operação dos serviços não essenciais e eventuais de transporte de passageiros com características exclusivamente turísticas.

3. Delegação de linhas seletivas

A hipótese que se apresenta neste texto é a construção de que se o transporte aquaviário no Estado do Rio de Janeiro em suas linhas seletivas é serviço público prestado em regime privado, então a sua delegação deveria se dar por autorizações vinculadas e não por procedimento licitatório, visto que a licitação seria voltada para a delegação de serviço público, prestado em regime público, por força do art. 175, da CRFB.

A delegação das linhas seletivas por meio de autorizações vinculadas serviria de meio para alcançar maior eficiência econômica, uma vez que essas tratariam das limitações e condições do exercício da atividade, sem adentrar nas decisões empresariais que poderia haver em cada caso.²⁹

A Baía da Guanabara reúne 21³⁰ municípios do Estado do Rio de Janeiro e o transporte aquaviário poderia servir de meio de integração mais ágil e mais ecologicamente sustentável. Essa não é a realidade atual. O transporte por meio de Barcas e Catamarãs representa apenas 1% do total dos meios de

²⁹ Ao abordar o tema, afirma Alexandre Aragão que “Os autorizatários destas atividades sofrem mais restrições que os concessionários ou permissionários de serviços públicos, tendo em vista a ausência de previsão expressa de proteção do equilíbrio econômico-financeiro e o caráter unilateral da regulação estatal – não calcada em um prévio contrato de concessão.” ARAGÃO, Alexandre. Parecer sobre transporte aquaviário de passageiros. Parecer nº 30/2005. Rio de Janeiro: R. Dir. Proc. Geral, 2006. p. 397.

³⁰ Belford Roxo, Cachoeiras de Macacu, Duque de Caxias, Guapimirim, Itaboraí, Itaguaí, Japeri, Magé, Maricá, Mesquita, Nilópolis, Niterói, Nova Iguaçu, Paracambi, Queimados, Rio Bonito, Rio de Janeiro, São Gonçalo, São João de Meriti, Seropédica e Tanguá.

transportes usados na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, segundo dados do Plano Diretor de Transporte Integrado.³¹

Será que uma legislação mais flexível não poderia representar uma expansão qualitativa e quantitativa desse serviço, principalmente para áreas mais distantes do centro do Rio de Janeiro? A atribuição de concorrência ao setor não poderia ajudar nesse processo?

Para se entender melhor o alcance desse debate, deve-se observar como trabalha o sistema de transporte aquaviário atual, quais as linhas estão em funcionamento e quais as previstas que não saíram do papel, segundo o Contrato de Concessão vigente, assinado em 1988:

I. Linhas existentes:

I.1 Linhas Sociais:

- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ Praça Araribóia (Niterói)
- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ Ribeira (Ilha do Governador)
- Angra dos Reis ↔ Ilha Grande (Abraão)
- Mangaratiba ↔ Ilha Grande (Abraão)

I.2. Linha Seletiva:

- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ Charitas (Niterói) => única que entrou em operação após o início do contrato.

II. Linhas previstas, que não saíram do papel, e seus prazos contratuais:

II.1. Linhas Sociais:

- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ Guia de Pacobayba (Magé): 24 meses
- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ São Gonçalo: 24 meses

³¹ GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Plano Diretor de Transporte Urbano. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.pdtu.rj.gov.br/pesquisa-origem-destino.html>>. Acesso em 12.12.2015.

II.2. Linhas Seletivas:

- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ Barra da Tijuca: 36 meses
- Praça XV de Novembro (Rio de Janeiro) ↔ São Gonçalo: 24 meses

O aumento desse meio de transporte por novas linhas foi prevista contratualmente, sem sucesso. Conforme bem ressaltado por Rodrigo Chauvet, o poder concedente delegou à concessionária a decisão quanto à operação de tais linhas, uma vez que, para o início da operação requereu-se: (i) a efetiva realização de estudos e elaboração de projetos pela concessionária; e (ii) a sua aprovação pelo ente público.³² Dessa forma, apesar da previsão de 5 (cinco) novas linhas (2 sociais e 3 seletivas), que deveriam entrar em operação no curso do contrato, apenas a linha Praça XV – Charitas foi a implantada, a única para a qual havia obrigatoriedade de implantação.

O contrato previa que para a exploração das linhas, a concessionária deveria apresentar seu projeto para a aprovação do poder público, o que nunca houve. Caso não fosse apresentado projeto a tempo, haveria a caducidade da concessão das linhas mencionadas. Apesar de parecer que esse fato ocasionaria a entrada de novos agentes, não foi o que ocorreu.

Após grande disputa judicial e política que houve entre a antiga concessionária de transporte aquaviário na Baía, a Barcas S.A. e a Transtur, foi dada a exclusividade pelo Poder Público fluminense à atual concessionária, conforme longamente narrado por Vitor Rodrigues neste livro³³. Depois do fim dessa contenda, a concessionária começa a alegar muitos prejuízos e o Governo do Estado intervém, a fim de garantir a viabilidade econômica da atividade, e altera o contrato de concessão, conferindo, conforme autorização legal, exclusividade na prestação do serviço de transporte à concessionária dentro das linhas licitadas na cláusula 5ª do ato editado, *in verbis*:

³² Cláusula 41, do Contrato de Concessão e artigo, nesta obra, intitulado “*Os possíveis títulos habilitantes na exploração do serviço público de transporte aquaviário de passageiros: Concessão comum, PPP, Permissão e Autorização*”, de Rodrigo da Fonseca Chauvet.

³³ Sobre o tema competição pelo serviço, no serviço e entre serviços públicos vide artigo, nesta obra, intitulado “*Eficiência Competitiva no Transporte Aquaviário de Passageiros*”, de Victor Costa Rodrigues.

O PODER CONCEDENTE compromete-se, neste ato, na forma do disposto no art.5º, da Lei 2804/97 e seu decreto regulamentador, a não outorgar a qualquer órgão da Administração Pública, empresa ou consórcio de empresas, concessão ou qualquer tipo de delegação para prestação de serviços que constituem objeto deste Contrato, garantindo-se à CONCESSIONÁRIA exclusividade na prestação do serviço ora contratados, nas linhas indicadas na Clausula 2 e Anexo I.

As linhas indicadas na Clausula 2 e Anexo I são todas as linhas acima referidas, as em funcionamento e as previstas e não exploradas, que a concessionária perdeu o direito de exploração por caducidade. A alteração do contrato, da forma como está escrita, poderia induzir à ideia de que a concessionária continuaria com o direito de exclusividade sobre linhas de transporte que sequer demonstrou interesse em explorar no passado. Esse entendimento não merece prosperar. O que a concessionária tem hoje é o direito de exclusividade na operação das linhas exploradas efetivamente e não naquelas que poderia ter explorado, mas não o fez.

Segundo a regulação atual, para a criação e alteração de linhas, o Poder Concedente deverá elaborar estudos de viabilidade, levados a efeito através da Secretária de Estado de Transportes. Em qualquer hipótese, para a criação, alteração ou extinção de linhas, será previamente ouvida a Agência Reguladora de Transportes do Estado, inclusive para se manifestar acerca do eventual impacto no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e permissão existentes no respectivo momento, conforme norma dos parágrafos 3º e 4º, do art. 3º, do Dec. 23925/97.³⁴

Em 2018, após a publicação da presente obra, foi lançado um Edital de Concorrência Pública Internacional, cujo objeto era a concessão da exploração, em caráter de exclusividade, do serviço público intermunicipal de transporte aquaviário coletivo. O edital foi fortemente impugnado, sendo objeto de processo junto ao TCE autuado sob o n. 115268-3/18 e apensos.

³⁴ Mesmo que haja proposição de novas linhas que incluam aquelas rejeitas pela atual concessionária, o órgão regulador deverá levar em consideração o impacto dessa nova operação no contrato em curso, a fim de não alterar o equilíbrio do mesmo.

Dentre as principais críticas que afetam o presente tema, tem-se que o modelo proposto se assemelhava em muito ao modelo vigente que não mais funciona, sem observar as conclusões do recente plano estratégico de desenvolvimento urbano integrado da Região Metropolitana do RJ, ou seja, sem proposição de expansão da malha hidroviária, sem concorrência e com a delegação à concessionária de apresentar os estudos de viabilidade técnico e econômico-financeiro das novas linhas.

Após quase dois anos de discussão, o Governo do Estado recuou e revogou o Decreto que autorizava a licitação. Ao informar tal atitude ao TCE reconheceu que o tema era complexo e deveria ser melhor estudado³⁵. O processo junto à corte de contas foi arquivado após essa informação.

Além disso, em 2018, foi efetuada também às pressas uma alteração legislativa no art. 5º da Lei 2804/97 do ERJ, que afirma que serão regulamentados por Decreto do Poder Executivo a exploração de cada uma das linhas. Que certas premissas devem ser observadas, inclusive a obrigação de dispor de linhas sociais toda estação que preste serviço de transporte aquaviário no Estado do Rio de Janeiro, inclusive a Estação de Charitas, que já funciona exclusivamente sob o regime da linha seletiva, sem previsão contratual para essa alteração.³⁶

³⁵ Em setembro de 2019, uma comissão especial foi criada na ALERJ, “para acompanhar a implantação de novas linhas de barcas e aerobarco do serviço de transporte aquaviário de passageiros para os Municípios de Duque de Caxias e de São Gonçalo e nos bairros da Ilha do Governador e Paquetá, no Município do Rio de Janeiro”, Requerimento nº 142/2019.

³⁶ Art. 5º A exploração de cada uma das linhas, segundo suas categorias e classes de serviços, com as respectivas áreas de concessão ou permissão, e o seu regime de exclusividade, se existir, serão regulamentados por Decreto do Poder Executivo, observadas as seguintes premissas: I – fica obrigada a dispor de linhas sociais toda estação que preste serviço de transporte aquaviário no Estado do Rio de Janeiro, inclusive a Estação de Charitas; II – para os trajetos que dispuserem de linhas seletivas, o número de vagas disponibilizadas para atendimento da linha social não poderá ser inferior às vagas destinadas à linha seletiva; III – deverá a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (AGETRANSP) fiscalizar a demanda de usuários das linhas sociais, determinando a ampliação da oferta de vagas para o respectivo serviço; IV – será viabilizada a ampliação da quantidade e do porte atual das embarcações de transporte de passageiros, de modo a garantir tarifas mais baixas para os usuários, após a realização dos necessários estudos econômicos e sociais de impacto de vizinhança, ambiental e viário, para o estabelecimento da possibilidade mais adequada de expansão do serviço; V – a introdução da linha social não implicará em revisão tarifária da linha seletiva.

Essa alteração legislativa absurda foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade ainda não julgada, sob o fundamento de que: 1- a norma interfere diretamente na disciplina estabelecida no contrato de concessão atualmente em vigor, especialmente no que se refere ao necessário equilíbrio econômico-financeiro constitucionalmente assegurado com vistas à proteção não apenas dos contratantes (Poder Concedente e Concessionária), mas da própria qualidade do serviço em benefício de seus inúmeros usuários e da sociedade como um todo; 2 - questão sujeita à reserva de Administração, que, definida contratualmente entre Poder Concedente e Concessionária e objeto de complexa regulação pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP.³⁷

Superada essa exposição sobre o modelo atual e as principais discussões recentes sobre o tema, a proposição que se faz é pela reformulação do modelo vigente, para um modelo de regulação para a competição, que pressupõe uma mudança nos princípios de organização e regime jurídico que disciplinariam o funcionamento da prestação de serviço público. A essência dessa mudança, conforme assinala Gaspar Ariño Ortiz consiste no seguinte:

Passagem de um sistema de titularidade pública sobre a atividade, concessões fechadas, direitos de exclusividade, obrigação de fornecimento, preços administrativamente fixados, caráter temporário (com reversão/resgate em todo caso) e regulação total da atividade, até o mínimo detalhe, para um sistema aberto, presidido pela liberdade de empresa, isto é, liberdade de entrada (prévia autorização vinculada), com determinadas obrigações ou encargos de ‘serviço universal’, mas com liberdade de preços e em definitivo, no regime de concorrência aberta,

* Nova redação dada pela Lei 8037/2018.

³⁷ Fls. 07 dos autos da ADI autuada sob o n. 0040362-15.2018.8.19.0000.

como qualquer outra atividade comercial ou industrial, em que tem que lutar pelo cliente.”³⁸

A linha seletiva deve ser explorada como serviço público privativo, prestado em regime privado, com fundamento constitucional no princípio da livre iniciativa, sujeitando o operador às normas de controle do agente regulador. Como serviços públicos prestados em regime privado tem características similares às atividades econômicas em sentido estrito, tais serviços deveriam ser delegados por meio de autorizações vinculadas.

Como não é serviço público prestado em regime público, essa delegação não precisaria se sujeitar ao regime de licitação, e consequentemente, não haveria necessidade de formalização por concessão ou permissão. A delegação de serviço público em regime público se dá na forma do art. 175, da CRFB³⁹, com cláusulas exorbitantes, política tarifária, obrigações de manutenção do serviço adequado e usuários. Na delegação em regime privado há consumidores e não usuários, preço e não tarifa e não há cláusulas exorbitantes. O operador em regime privado presta o serviço por sua conta e risco, dentro dos critérios de controle a serem estabelecidos pelo agente regulador, que fixam critérios de qualidade, além de todo direito que é inerente aos consumidores do serviço a ser prestado.

Para Maria Sylvia di Pietro, a autorização do serviço público é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém. Ela distingue a autorização de serviço público da concessão e permissão da seguinte forma:

Aquela mesma atividade que, na concessão e permissão, constitui serviço público no duplo aspecto

³⁸ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 62.

³⁹ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

de titularidade do Estado e de prestação ao público (no interesse geral), quando se trata de autorização perde essa segunda característica porque, embora continue de titularidade da União (como decorre do artigo 21, XI e XII, da Constituição), não é prestada ao público, no interesse geral, mas no interesse restrito do próprio beneficiário da autorização.⁴⁰

Para Bandeira de Mello⁴¹, a exploração de atividade econômica “é atividade própria dos particulares; atividade privada, portanto, e bem por isto, insuscetível de ser qualificada como serviço público” O autor é radical ao afirmar que é preciso não confundir serviço público com certas atividades privadas, que, conquanto entregues à livre-iniciativa, por força de Lei, dependem de prévia autorização de órgãos públicos.

Segundo o autor, quando a constituição usa o termo autorização, essa o faz no mesmo sentido de ato de polícia administrativa^{42 e 43}. São atividades econômicas pertinentes a particulares que, por força de lei, devam ser precedidas de autorização, ou seja, “*prévia manifestação administrativa, destinada a verificar, no exercício de ‘polícia administrativa’, se será desempenhada dentro de condições compatíveis com o interesse coletivo*”.

Esse não é o entendimento de André Saddy⁴⁴, para quem o fato de algumas atividades serem prestadas em regime de autorização não descaracteriza o caráter de serviço público. Ele defende que essas seriam autorizações de serviço público, nas suas palavras:

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2012. p.139.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. *op. cit.* pp 701-704.

⁴² “Pelo poder de polícia, o Estado, mediante lei, *condiciona, limita*, o exercício da liberdade e da propriedade dos administrados, a fim de compatibilizá-los com o bem-estar social. Daí que a *Administração* fica incumbida de desenvolver certa atividade destinada a *assegurar que a atuação dos particulares se mantenha consoante com as exigências legais*, o que pressupõe a prática de atos, ora preventivos, ora fiscalizadores e ora repressivos.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. p. 701.

⁴³ O autor também fala de outra situação em que o termo autorização trata de serviço público em caráter emergencial, fazendo ao art. 223, da CRFB, que não é importante para este debate. V. 709.

⁴⁴ SADDY, André. Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia. *Op. cit.* p. 133.

Não parecem ser tais autorizações novas modalidades de autorização, mas sim uma evolução do provimento decorrente do novo cenário propiciado pelo processo de desestatização, caracterizado pela prestação de alguns serviços públicos num regime de Direito Privado. Não se trata da clássica autorização de polícia administrativa, tampouco da autorização para o desenvolvimento de atividade econômica, mas sim da autorização de serviços públicos, prevista no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição brasileira.

Quanto à mitigação do princípio licitatório, José Carlos Vasconcellos⁴⁵ afirma que a licitação é um dos institutos de Direito Administrativo que alcançou um caráter mítico, cuja discussão é quase inquestionável, embora, muitas vezes, o procedimento licitatório possa não conduzir a resultados satisfatórios do ponto de vista do interesse público. Ele defende que, no Direito Administrativo contemporâneo, a figura das parcerias, em suas mais variadas formas, vem ganhando cada vez mais espaço, sendo caracterizada pela consensualidade e pela confiança mútua entre os parceiros.

Segundo o autor, não haveria violação ao princípio da licitação sempre que a sua não realização tenha fundamento na razoabilidade, na lógica e na eficiência administrativa. Para ele:

O princípio licitatório determina, em última análise, que todo pacto em que a Administração Pública seja parte deve fundamentar-se no atendimento dos princípios constitucionais da *impressoalidade*, da *eficiência*, da *economicidade* e da *moralidade*. Haverá situações concretas em que o melhor atendimento a esses princípios e do próprio interesse

⁴⁵ REIS, José Carlos Vasconcellos. Administração pública e modalidades não contratuais de parcerias: um risco ao princípio licitatório? Revista de Direito da Procuradoria Geral. Ed. Especial. Administração pública, risco e segurança jurídica. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2014. p 273-285.

público ocorrerá *independentemente da realização de licitação*, ou até mesmo *necessariamente sem a realização de licitação*.⁴⁶

Dessa forma, uma das sugestões que se propõe é a alteração do art. 5, da Lei 2804/97(nesse caso, nova alteração, caso não seja declarada a inconstitucionalidade da sua alteração em 2018) e do art. 3º, do Dec. 23925/97⁴⁷, a fim de que passe a dispor sobre as autorizações vinculadas no caso da delegação das linhas seletivas, do mesmo modo como se dá no caso da telefonia móvel. Tal como nas concessões, para fins da expedição de autorização, o órgão regulador estabelecerá as áreas ou regiões de abrangência de cada categoria de autorização e disporá sobre a possibilidade de um operador atuar em mais de uma delas. *“A autorização vinculada não tem prazo de vigência e será extinta, somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação, mediante ato administrativo, precedido de procedimento prévio, em que fica garantido o contraditório e a ampla defesa.”*⁴⁸

Com isso, o Poder Condente deveria delegar à agência reguladora competente a função de regulamentar, conceder e fiscalizar a outorga de autorizações vinculadas, que estabeleceria os critérios dessa outorga. Assim, a exploração de linhas seletivas não contempladas no procedimento licitatório poderiam ser exploradas em regime privado, pelo princípio da livre iniciativa, por meio de autorização, em que a regra é a competição. Para Dinorá Grotti⁴⁹, o regime jurídico das atividades competitivas basicamente caracteriza-se por quatro liberdades:

⁴⁶ Idem. p. 283.

⁴⁷ Art. 3º - As concessões ou permissões poderão ser outorgadas para a prestação de todos os tipos de serviços indicados no caput do artigo 1º, ou, atendido o interesse público e as condições específicas de cada linha, apenas para um ou mais, na forma prevista no respectivo Edital e minuta de contrato a ele anexado.

⁴⁸ SADDY, André. Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia. *Op. cit.* p. 134.

⁴⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. pp 62-62.

a) liberdade de entrada, de forma que todos que preencham certos requisitos mínimos possam prestar os serviços (mediante autorização administrativa vinculada); b) livre acesso ao mercado, isto é, à rede, às infra-estruturas: às doutrina das instalações essenciais; c) liberdade de contratação e de formação dos preços; e d) liberdade de investimentos, sem compromisso vinculante quanto a investimentos e taxas de retorno. Esses instrumentos são indispensáveis para que se possa realizar a competição – que é pressuposto da eficiência na prestação dos serviços objeto de tais atividades econômicas.

Embora no regime das autorizações a licitação não seja, em regra, necessária, no caso do transporte aquaviário há a necessidade de controle da quantidade de barcos circulando na Baía de Guanabara e possivelmente haveria exclusividade na operação das linhas. Sempre que houver impossibilidade técnica ou limite aos números de autorizações para a exploração de um serviço haverá a obrigatoriedade de licitação, a fim de garantir imparcialidade na escolha do prestador.⁵⁰

Diante de todo o exposto, sempre que o serviço público comportar exploração econômica deve-se privilegiar a livre concorrência. Na hipótese do transporte de passageiros por linhas seletivas, a autorização seria uma forma menos drástica de intervenção do Estado na economia, com a fixação de regras mínimas para a atuação dos agentes envolvidos, que facilitariam a entrada de novos prestadores.

4. Propostas para novas linhas seletivas

Segundo o Censo de 2010, a Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ) concentra mais de 74% da população do Estado, o que faz do Rio de Janeiro o Estado mais metropolitano da Federação. Além disso, o município do Rio de Janeiro concentra mais da metade dos postos de trabalho, acarretando

⁵⁰ FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. *Op. cit.*, p. 159.

grande necessidade de movimento pendular de trabalhadores que residem em outros municípios da Região Metropolitana.⁵¹

As discussões mais recentes sobre mobilidade tratam do conceito de mobilidade urbana sustentável, que seria o resultado de um conjunto de políticas de transporte e circulação, com o objetivo de proporcionar o acesso amplo e democrático ao espaço urbano, através da priorização dos modos de transporte coletivo e não motorizados de maneira efetiva, socialmente inclusiva e ecologicamente sustentável.⁵²

Diante desse cenário, a Câmara Gestora da Região Metropolitana do Rio de Janeiro esteve empenhada em um grande projeto de discussão de mobilidade urbana, com fim de alcançar maior integração da região: o Plano Diretor de Transporte Urbano. Esse plano, que contou com recursos do Banco Mundial, *“é um estudo criterioso e detalhado e que delineia um sistema de transporte estruturado, justo, racional, integrado e eficaz, para a promoção de uma melhor qualidade de vida para a população”*.⁵³

Os objetivos gerais do Plano Diretor de Transporte Urbano podem ser resumidos nos seguintes:

- o diagnóstico da situação atual da demanda e oferta dos transportes da RMRJ;
- a formulação de alternativas que visem a racionalização do sistema de transporte da RMRJ,

⁵¹ Dados do Censo de 2010. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo 2010. IBGE, Rio de Janeiro, 2011. Disponível na internet em <http://censo2010.ibge.gov.br/> Acesso em 12.01.2016.

⁵² Com o Plano Nacional sobre Mudança do Clima, lançado em 2008, busca-se a expansão dos sistemas de transporte hidroviário⁵² e ferroviário, em substituição aos transportes particulares e não coletivos. Para tanto, lança-se em conjunto o Plano Nacional de Logística de Transportes, com vista a uma melhor integração entre os modais e projeto o aumento do transporte aquaviário (aqui não apenas de passageiros) de 13% da malha, para 29% no universo de 15 a 20 anos.⁵² BRASIL. Ministério de Meio Ambiente. Plano Nacional sobre Mudança do Clima. Brasília, DF, 2008, p. 82. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/smcq_climaticas/_arquivos/plano_nacional_mudanca_clima.pdf>. Acesso em 29.07.2015.

⁵³ GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Plano Diretor de Transporte Urbano. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.pdtu.rj.gov.br/sobre-o-plano.html>> Acesso em 12.12.2015.

com especial ênfase à política de integração intermodal física e tarifária;

- a formulação de uma política de investimentos em infra-estrutura viária e nos transportes coletivos;
- o fornecimento de um instrumental que permita implementar um processo permanente de planejamento.⁵⁴

A busca por um sistema de transportes mais limpo e eficiente representa um dos grandes meios de desenvolvimento econômico e social e a demanda da população por transporte mais eficiente é assunto que está sempre na pauta do dia.⁵⁵ Com os dados que serão recolhidos desse plano, poder-se-á planejar, mais profundamente, alternativas de transporte coletivo, que envolvam o transporte aquaviário.⁵⁶

Na esteira desse pensamento, logo após a divulgação dos primeiros dados do PDTU, a FIRJAN apresentou um estudo sobre o tema⁵⁷, com a

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ A fim de ilustrar essa afirmação, cita-se um estudo recente, elaborado por pesquisadores do centro tecnológico da UFRJ, que analisa a possibilidade de se utilizar do transporte aquaviário, para ligar a ilha do fundão à praça XV. Nesse estudo, foi apontado que a oferta de passageiros é atendida em sua maioria pelo transporte rodoviário e que há previsão de demanda futura. Porém, a demanda desses passageiros por um transporte mais rápido e seguro é clara e seria elástica com relação ao preço, o que possibilitaria, por exemplo, trabalhar com uma linha seletiva que atendesse a região. NEDER, Andréa *et alli*. Estudo de mercado para um serviço de transporte hidroviário ligando a Ilha do Fundão ao Centro da Cidade do Rio de Janeiro. IX Congresso Nacional em Excelência em Gestão, jun 2013 (paper). Disponível na internet em http://www.excelenciaemgestao.org/Portals/2/documents/cneg9/anais/T13_0648_3269.pdf Acesso em 27 de julho de 2015.

⁵⁶ “(...)A consolidação deste Plano dar-se-á após um amplo processo de discussão das propostas com a sociedade, de maneira a se tornar uma peça que reflita efetivamente os anseios da comunidade de transportes e, conseqüentemente, da população da RMRJ”. idem.

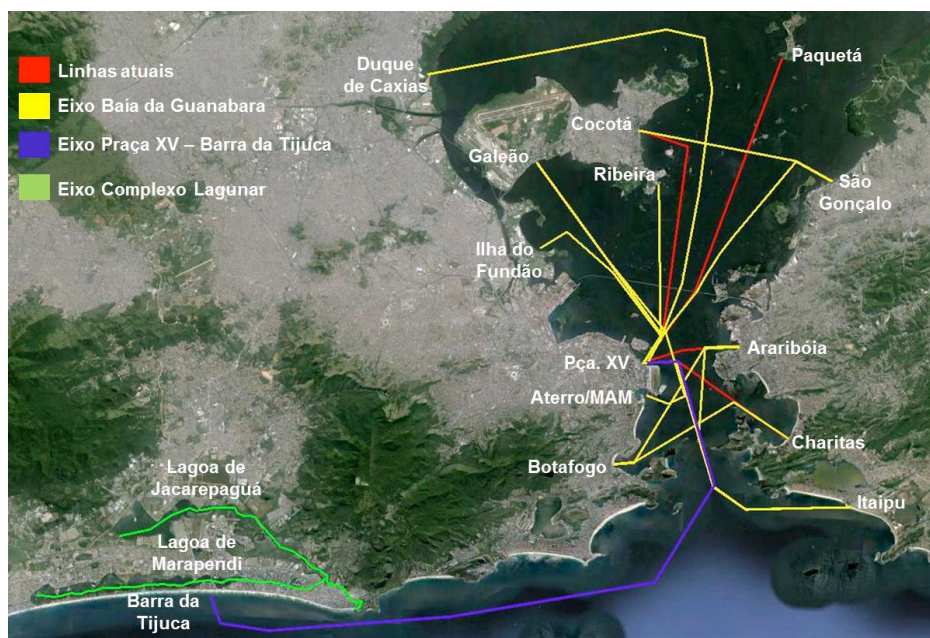
⁵⁷ Segundo esse estudo, “o problema de mobilidade urbana da RMRJ concentra-se basicamente em dois eixos: i) Baía de Guanabara, onde ocorrem mais de 1,4 milhão de viagens/dia, principalmente com origem/destino na cidade do Rio de Janeiro e ii) Barra da Tijuca, onde ocorrem mais de 1,6 milhão de viagens/dia no entorno do complexo lagunar. No eixo Baía de Guanabara, o intenso fluxo de viagens afeta as principais vias no entorno da baía, notadamente Avenida Brasil, Linha Vermelha, Ponte Rio-Niterói, Avenida do Contorno (em Niterói, que permite o acesso à Ponte) e Rodovia Washington Luiz (em Duque de Caxias). No eixo Barra da Tijuca o fluxo se concentra nas Avenidas Aberlardo Bueno, Salvador Allende, Ayrton Senna, Alfredo Balthazar da Silveira, Lúcio Costa, Armando Lombardi e das Américas, formando um

proposta de 14 novas linhas a serem explorada. Segundo esse estudo, o transporte hidroviário é uma alternativa capaz de reduzir os gargalos no setor de transporte coletivo, conforme se pode observar pela leitura do fragmento abaixo:

O fato é que a estrutura rodoviária existente e em construção é insuficiente frente à demanda. A alternativa existente para aumentar a oferta de ligações intermunicipais e reduzir os congestionamentos está no melhor aproveitamento do transporte hidroviário. Esta nota técnica aponta 14 novas ligações hidroviárias viáveis na RMRJ, com potencial de 272,4 mil viagens/dia³, o equivalente à circulação de 100,9 mil veículos. Isso representa uma redução potencial de 84,1 km na extensão diária dos congestionamentos e de R\$ 11,2 bilhões nos custos relacionados (-38,8% frente ao total registrado em 2013 na Região Metropolitana).

Essas novas linhas podem ser visualizadas na figura que segue:

anel no entorno das lagoas, com reflexos em diversas outras vias internas e de acesso ao bairro.” BRASIL. Firjan. Novas linhas hidroviárias – uma alternativa para a mobilidade urbana no Rio de Janeiro Publicações sistema FIRJAN. Ambiente de negócios: Rio de Janeiro. Agosto, 2015, p. 1-2. Disponível na internet em: <<http://www.firjan.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=2C908A8A50019C2B015015A285BD4E8C&inline=1>> Acesso em 12.01.2016.



Fonte: FIRJAN

As principais vantagens quanto ao transporte no entorno da Baía, conforme dados⁵⁸ do estudo acima, são as seguintes:

- As ligações entre o Rio de Janeiro e os municípios de Niterói e São Gonçalo têm, conjuntamente, potencial para realizar 83,4 mil viagens/dia, o equivalente à circulação de 30,9 mil veículos (em especial na Avenida do Contorno e na Ponte Rio – Niterói). Com isso, o congestionamento total nestas vias poderia ser reduzido em até 25,8 km/dia, o equivalente a duas vezes a extensão da Ponte Rio-Niterói.
- A ligação Araribóia-Itaipu, em Niterói, tem potencial para 13,3 mil viagens/dia, equivalente a 4,9 mil veículos, suficiente para desocupar até 4,1 km de vias ao longo do dia.

⁵⁸ Idem. p. 3.

- As ligações entre a Praça XV e o Aterro/MAM com a Ilha do Governador (Ribeira e Aeroporto Internacional do Galeão – Antônio Carlos Jobim) e Ilha do Fundão é capaz de atender a uma demanda de até 32,8 mil viagens/dia, resultando na liberação de até 10,1 km/dia da Linha Vermelha, o equivalente a 12,1 mil veículos.
- Já a ligação entre a Praça XV e Duque de Caxias possui potencial para realizar 26,6 mil viagens/dia, equivalente a 9,8 mil veículos, o que poderia reduzir os congestionamentos na Rodovia Washington Luiz e na Avenida Brasil em 8,2 km/dia.⁵⁹

No que tange ao transporte aquaviário integrando a Barra da Tijuca, há a previsão de cinco linhas: uma linha seria até a praça XV e as outras quatro dentro do complexo lagunar de Jacarepaguá. Esse processo de expansão do uso das lagoas de Jacarepaguá conta com o apoio da sociedade civil e com muita luta política das associações da Barra da Tijuca⁶⁰. O Município do Rio de

⁵⁹ Essa proposta retoma linhas de transporte que eram usadas no século XIX. Na década de 1860 houve uma expansão significativa do seu uso, que é quando entra em operação o sistema *Ferry Boat*, o mesmo modelo usado até hoje, e as viagens pela baía além do trajeto Rio-Niterói, alcançam as regiões de São Cristóvão, Botafogo, Inhaúma e outras partes do litoral mais distante. As viagens para essas outras áreas decaem com o advento dos bondes, e apenas o trajeto Rio-Niterói é mantido até final do século XIX, início do século XX, quando se inauguram as linhas para a Ilha do Governador e Paquetá. PACÍFICO, A. Geografia Histórica do Transporte Aquaviário de Passageiros na Baía de Guanabara: Uma análise da relação entre poder público e capital privado na evolução urbana do Rio de Janeiro. Geo UERJ (2007), v. 1, p. 1-26, 2011.

⁶⁰ BACHÁ, Leonardo Fontes; BERNARDI, Lucas Renzo Okada. Uma contribuição para a mobilidade nas proximidades da Lagoa de Jacarepaguá com estudo de pré - viabilidade de um sistema de transporte hidroviário. Rio de Janeiro: UFRJ/Escola Politécnica, 2015 (projeto). Notícias <http://aibnews.com.br/noticias/plantao-barra/2015/05/ccbt-realizou-audiencia-publica-sobre-o-complexo-lagunar-de-jacarepagua.html>
<http://oglobo.globo.com/rio/bairros/associacoes-da-barra-criam-movimento-pedindo-transporte-hidroviario-1-14665618> e <http://oglobo.globo.com/rio/bairros/associacoes-da-barra-criam-movimento-pedindo-transporte-hidroviario-1-14665618>
 Em 2012, o Conselho Municipal de Política Urbana, órgão participativo e consultivo do Poder Público Municipal, relativo ao desenvolvimento urbano, já apresentava o estudo sobre a exploração de Transporte Hidroviário para a cidade do Rio de Janeiro, que pode ser acessado

Janeiro, competente para regular a matéria atinente à região lagunar, editou a Lei nº 5.751/2014, que visa à expansão do sistema aquaviário pelo sistema lagunar de Jacarepaguá.

No caso do município, houve uma grande delegação de competência para o executivo, a fim de que esse possa definir a melhor forma de operação do serviço junto com a iniciativa privada. Com isso, busca-se a atração de investimentos privados para o setor, tal como defendido no tópico anterior. A norma que regula o tema segue abaixo:

Art. 7º Fica o Poder Executivo autorizado a firmar contratos, acordos ou termos de parceria públicas, e/ou privadas, com vistas à realização de obras e serviços de engenharia, aquisição de máquinas e equipamentos, bem como para a prestação de serviços de operação e manutenção de infraestrutura do transporte marítimo no sistema lagunar de Jacarepaguá.

Assim, apesar das notícias mais recentes sobre um possível prejuízo no contrato de concessão vigente, com tentativas de redução de linhas e pedido judicial de rescisão pela concessionária, agentes privados têm demonstrado interesse na exploração do transporte aquaviário, como demonstrado acima pelo estudo da FIRJAN. Dessa forma, caberia ao Estado flexibilizar seu modelo regulatório, a fim de atrair novos investidores para o setor.

Conclusões

O serviço público de transporte aquaviário de passageiros no âmbito do Estado do Rio de Janeiro é considerado serviço público, por força de lei. Esse serviço, contudo, é prestado em dois regimes: público, quanto às linhas sociais, tendo em vista a sua essencialidade; e privado, quanto às linhas seletivas, por estas se revestirem de características de atividade econômica em sentido estrito.

pelo link que segue:
http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/6165511/4162124/transporte_hidroviariosmu.pdf
Acesso em 10.03.2020.

A exploração das linhas seletivas, contudo, tem-se demonstrado muito tímida e há um grande espaço para sua exploração. A fim de aumentar investimentos no setor, se propõe uma alteração legislativa de modo a permitir a exploração de novas linhas seletivas por meio de autorizações vinculadas.

Essas autorizações vinculadas se revestiriam de características de exploração de atividade econômica no setor privado, incentivariam a competição no setor, o que tende a aumentar sua eficiência, trariam segurança jurídica para o investimento, tirariam do Estado o ônus da prestação. Essa exploração deveria ser controlada e operada por meio do órgão regulador, que disciplinaria os padrões de qualidade exigidos para o setor.

A reflexão de Amartya Sen⁶¹, para quem o desenvolvimento deve ser visto como “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” corrobora com a conclusão deste capítulo. Para o autor, a liberdade individual e a realização de desenvolvimento social vai além de uma relação constitutiva. Nas suas palavras:

O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras, como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades.

O acesso ao transporte com qualidade e eficiência é um dos reflexos da expansão dessas liberdades reais que a população de uma cidade pode dispor. Dessa forma, o incremento do transporte aquaviário pode ser considerado como um grande meio de desenvolvimento social para a Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

⁶¹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. (trad. Laura Teixeira Motta Revisão Tec. Ricardo Doniselli Mendes) São Paulo: Companhia das Letras, 2000. pp 17-19.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre. Parecer sobre transporte aquaviário de passageiros. Parecer nº 30/2005. Rio de Janeiro: R. Dir. Proc. Geral, 2006.
- Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Paracer da CPI das Barcas para a ALERJ. ALERJ: Rio de Janeiro, 2009.
- BACHÁ, Leonardo Fontes; BERNARDI, Lucas Renzo Okada. Uma contribuição para a mobilidade nas proximidades da Lagoa de Jacarepaguá com estudo de pré - viabilidade de um sistema de transporte hidroviário. Rio de Janeiro: UFRJ/Escola Politécnica, 2015 (projeto).
- BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Caderno de transporte urbano de passageiros, BNDES: Rio de Janeiro, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, DF.
- BRASIL. Firjan. Novas linhas hidroviárias – uma alternativa para a mobilidade urbana no Rio de Janeiro Publicações sistema FIRJAN. Ambiente de negócios: Rio de Janeiro. Agosto, 2015. Disponível na internet em <http://www.firjan.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=2C908A8A50019C2B015015A285BD4E8C&inline=1> Acesso em 12.01.2016
- BRASIL. Panorama aquaviário. Brasília: Agência Nacional de Transportes Aquaviários, 2009.
- BRASIL. Ministério de Meio Ambiente. Plano Nacional sobre Mudança do Clima. Brasília, DF, 2008. http://www.mma.gov.br/estruturas/smcq_climaticas/_arquivos/plano_nacional_mudanca_clima.pdf acesso em 29.07.2015
- Decreto Estadual nº 23.925/1997
- DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2012.
- Edital de venda, Contrato de Concessão das Barcas S/A de 1998 e seus aditivos. Disponível na internet em <http://www.agetransp.rj.gov.br/agetransp/index.php/aquaviario/barcas-sa/89-contratos> Acesso em 27.07.2015.

FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIAMBIAGI, Fabio; ALEM, Ana. Finanças públicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Plano Diretor de Recursos Hídricos da Baía de Guanabara (PDRH-BG). Rio de Janeiro, 2005

_____. Plano Diretor de Transporte Urbano. Rio de Janeiro, 2015.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA. Censo 2010. IBGE, Rio de Janeiro, 2011. Disponível na internet em <http://censo2010.ibge.gov.br/> Acesso em 12.01.2016.

Lei Estadual nº 2804/1997

Lei Estadual nº 4555/2005

Lei Estadual nº 6138/2011

Lei Municipal nº 5.751/2014

NEDER, Andréa *et alli*. Estudo de mercado para um serviço de transporte hidroviário ligando a Ilha do Fundão ao Centro da Cidade do Rio de Janeiro. IX Congresso Nacional em Excelência em Gestão, jun 2013 (paper). Disponível na internet em http://www.excelenciaemgestao.org/Portals/2/documents/cneg9/anais/T13_0648_3269.pdf Acesso em 27 de julho de 2015.

NOGUEIRA, Simone Paschoal. O transporte hidroviário no Brasil e a questão ambiental. In AIETA, Vânia Siciliano; CARNEIRO, Jerson; ALMEIDA, M.E.S.F.; RIBEIRO, M.A.S. Infraestrutura e o futuro do Brasil no século XXI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PACÍFICO, A. Geografia Histórica do Transporte Aquaviário de Passageiros na Baía de Guanabara: Uma análise da relação entre poder público e capital privado na evolução urbana do Rio de Janeiro. Geo UERJ (2007), v. 1, p. 1-26, 2011

PERO, Valéria; MIHESSEN, Vitor. Mobilidade urbana e pobreza no rio de janeiro. Working Paper no. 46. Rio de Janeiro: BNDES/ANPEC, 2012.

REIS, José Carlos Vasconcellos. Administração pública e modalidades não contratuais de parcerias: um risco ao princípio licitatório? in Revista de Direito da Procuradoria Geral. Ed. Especial. Administração pública, risco e segurança jurídica. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2014. pp 273-285.

Relatórios do Plano Diretor de Transporte Urbano. Disponível na internet em: <<http://www.rj.gov.br/web/setrans/exibeconteudo?article-id=626280>>.

Acesso em 27.07.2015.

SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. (trad. Laura Teixeira Motta Revisão Tec. Ricardo Doniselli Mendes) São Paulo: Companhia das Letras, 2000

TÁVORA FILHO, Fernando. O transporte aquaviário de passageiros. Disponível na internet em: <http://www.antp.org.br/_5dotSystem/download/dcmDocument/2014/08/05/41AFA2BF-F066-40D9-A9FA-8F1CEDC7EADA.pdf> Acesso em 29.07.2015



ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO: previsões constitucionais e solução de conflitos

Ana Paula de Almeida

Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduada em Direito e Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Advogada.

anapauladealmeida64@yahoo.com.br

Mariana Fernandes Cunha Jorge

Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduada em Direito e Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Advogada.

marianafcj@hotmail.com

SUMÁRIO: *Introdução; 1. O sistema de repartição de competências constitucional; 2. Previsão constitucional das competências sobre transporte aquaviário e as respectivas legislações de cada ente; 3. Conflitos de competência no transporte de passageiros; 3.1 Conflitos de competência legislativa; 3.2 Conflitos de competências materiais; 3.3 Conflitos específicos de competência no transporte aquaviário de passageiros no Rio de Janeiro; Conclusão; Referências.*

Introdução

A repartição de competências, sejam elas legislativas ou administrativas, está diretamente relacionada com o papel da Constituição como instrumento de unidade do Estado Federal. Ao criar uma nova ordem institucional e federativa distinta da anterior, a constituinte de 1988 delineou as atribuições dos demais entes federativos com vistas a aumentar suas participações em contraponto à atuação concentrada na figura da União.

As competências do transporte aquaviário de passageiros, sejam elas legislativas ou materiais, estão bem definidas na Constituição Federal, ligadas a aspectos territoriais, conforme a leitura sistemática dos artigos 21, 22, 25 e 30 da CFRB.

Contudo, ainda assim, há situações em que os entes federativos defrontam-se com casos difíceis de definir quem é o competente para editar leis, regular ou prestar o serviço de transporte.

Tendo como objetivo o estudo das competências constitucionais em matéria de transporte aquaviário, neste capítulo, far-se-á, primeiramente, uma análise da origem e das formas de repartição de competências constitucionais, seguida de uma exposição das competências previstas e das respectivas legislações de cada ente sobre a matéria e por fim, uma análise dos métodos de solução de conflitos com base na aferição de casos concretos a respeito do tema.

1. O sistema de repartição de competências constitucional

O tema de competências constitucionais envolve diretamente a organização federativa do Estado brasileiro, sendo indispensável fazer alguns apontamentos teóricos sobre a matéria.

O Estado Federal¹, como se sabe, é uma forma de distribuição territorial do poder político. Caracteriza-se pela coexistência de dois (ou mais) níveis de poder no âmbito de um mesmo Estado: o ente central e os entes locais. Tenham se formado por agregação (isto é: a partir de Estados anteriormente independentes²) ou por desagregação (a partir de um único Estado unitário anterior, como é o caso do Brasil), todos os Estados federais procuram produzir

¹ Também oportuna é a lição do Ministro Gilmar Mendes sobre o tema: *“O Estado Federal expressa um modo de ser do Estado (daí se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão. No Estado Federal, de regra, há uma Suprema Corte com jurisdição nacional e é previsto um mecanismo de intervenção federal, como procedimento assecuratório da unidade física e da identidade jurídica da Federação”*. (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014). Acrescenta-se que além da intervenção federal com o intuito de manter a federação, é previsto na ordem constitucional brasileira também a intervenção do estado-membro nos municípios. Cabe salientar, ainda, a distinção principal entre Federação e Confederação. Enquanto os estados federados são dotados de autonomia, os estados unidos por uma confederação se baseiam na ideia de soberania, conforme o conceito clássico de Jean Bodin. Ver BODIN, Jean. Les six livres de la République. Paris: [s. ed.], 1583.

² Como é o caso do Federalismo norte-americano.

um equilíbrio ótimo entre dois elementos: a garantia da unidade nacional e a preservação da diversidade própria das localidades³.

Apesar de o Federalismo ter sido implantado no Brasil com a Constituição de 1891, foi com a promulgação do texto constitucional de 1988, que se instaurou o modelo conforme os moldes atuais. A Constituinte reformulou o federalismo brasileiro, o que envolveu o abandono do sistema previsto pela Constituição de 1967 e pela Emenda nº 1 de 1969 as quais reduziram os estados e os municípios a meros receptores dos preceitos legislados pela União Federal.

Isto se deu em razão do processo de redemocratização do país, do qual é marco, ser diretamente ligado ao processo de descentralização da política brasileira. Ao conferir efetivas atribuições aos demais entes federativos, o texto constitucional buscou implementar fundamentos do bom funcionamento do Estado, como também consagrar a importância de participação de todos os entes no processo de governança.

A Carta Constitucional é a responsável por prever os elementos básicos da ideia de Federação⁴: a autonomia dos entes federados⁵ e a repartição de competências. E, como bem aponta Raul Machado Horta: *“A autonomia das atividades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa”*⁶.

No tocante a competência propriamente dita, importante trazer a lição de José Afonso da Silva, que assim a define:

[...] competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou de um órgão ou agente

³ Ver BARROSO, Luís Roberto, Direito constitucional brasileiro: O problema da Federação. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 27. *“Como bem observou Durand, o objetivo que se procura atingir através da fórmula federativa é realizar e assegurar a unidade humana, jurídica e econômica de toda a nação, resguardando, todavia, com essa ressalva, o livre ajuizamento e a ampla disciplina dos interesses e particularismos locais”*.

⁴ Princípio fundamental do Estado Brasileiro. CRFB, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.

⁵ A autonomia dos entes federados baseia-se na capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração.

⁶ HORTA, Raul Machado, A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Santa Maria, 1964, p. 49. Apud: SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 478.

do Poder Público para emitir decisões. Competência são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções⁷.

Influenciado tanto pelo modelo norte-americano⁸, quanto pelo modelo alemão⁹, o direito constitucional brasileiro prevê não apenas competências exclusivas ou privativas de cada ente, em razão da predominância de interesses, como também competências comuns (administrativas) ou concorrentes (legislativas), compartilhadas pelos entes estatais.

A repartição de competências do modelo norte-americano, clássica, funda-se no federalismo dual, assentado na existência de um vínculo muito estreito com o objetivo de limitar os poderes do Estado, estabelecendo competências exclusivas ou privativas, baseada numa lógica reciprocamente excludente. Enumeram-se expressamente as competências de determinado ente, restando aos demais, as respectivas competências residuais.

Como alternativa ao formato clássico, o federalismo de cooperação destaca-se por uma repartição vertical de competências. Uma mesma matéria é dividida entre os diversos entes federativos, de forma concomitante, operando uma distribuição funcional de competências, estabelecendo competências concorrentes (legislativas) e comuns (administrativas).

A competência concorrente, por sua vez, pode ser de duas espécies: a cumulativa e a não-cumulativa. Se a matéria pode estar integralmente afeta a todos os entes federativos, sem limites prévios para o exercício da competência por cada um deles, trata-se de competência concorrente cumulativa. Entretanto, se dentro de um mesmo campo material, a competência é fracionada em níveis,

⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 478.

⁸ A Constituição dos Estados Unidos enumera competências expressas da União e as demais, não previstas expressamente, cabem aos Estados-membros. Nota-se, que apesar de seguirem lógicas semelhantes ao enumerar as competências da União, cabendo aos Estados-membros o exercício das competências residuais, enquanto a Constituição norte-americana prevê um apertado rol de competências da União, designando aos Estados-membros maior participação, no caso brasileiro ocorre exatamente o contrário com a previsão de um extenso rol de competências da União.

⁹ O modelo germânico, por sua vez, possui um raciocínio completamente diverso. Funda-se no federalismo por cooperação, sob a lógica de um constitucionalismo social.

cada qual correspondente a um plano na escala federativa, classifica-se tal competência como concorrente não-cumulativa ou suplementar¹⁰.

Materialmente, as competências públicas dividem-se em político-administrativas, legislativas e tributárias.

As competências político-administrativas contêm as atividades e encargos que o ente está habilitado a desempenhar, sejam elas de cunho político, administrativo, econômico ou social. As competências legislativas se traduzem na possibilidade de regulamentar determinada matéria pela expedição de leis. Tributárias são as competências para instituir tributos.

As competências tributárias são, em regra, exclusivas. Já as competências político-administrativas podem ser privativas ou comuns. E as competências legislativas podem ser privativas ou concorrentes.

O princípio norteador da divisão de competências pelo Constituinte é o da predominância do interesse. Portanto, será de competência da União as matérias de predominante interesse nacional, dos Estados, as matérias de predominante interesse regional e dos Municípios, as matérias de predominante interesse municipal. Quanto ao Distrito Federal, são de sua competência àquelas reservadas tanto aos Estados quanto aos Municípios, em razão da vedação de divisão em municípios¹¹.

Em síntese, o Estado Federal brasileiro é formado por três níveis de poder: União, Estados e Municípios, tendo adotado tanto o federalismo dual quanto a o federalismo cooperativo. Portanto, as competências podem ser exercidas privativamente ou exclusivamente por cada ente ou comumente ou concorrentemente a depender da matéria.

No tocante ao objeto do presente estudo, as competências constitucionais em matéria de transporte aquaviário foram estabelecidas conforme o princípio da predominância de interesses e estão previstas expressamente na Constituição como se verá a seguir.

¹⁰ MOHN, Paulo. A repartição de competências na Constituição de 1988. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 187 jul./set. 2010. p. 218. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/>>, acesso em 20 de novembro de 2015.

¹¹ Conforme pontualmente acrescenta José Afonso da Silva: “[...] no Estado moderno, se torna cada vez mais problemático discernir o que é interesse geral ou nacional do que seja interesse regional ou local. Muitas vezes, certos problemas não são de interesse rigorosamente nacional, por não afetarem a Nação como um todo, mas são não simplesmente particulares de um Estado, por abrangerem dois ou mais deles.” (SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 478).

2. Previsão constitucional das competências sobre transporte aquaviário e as respectivas legislações de cada ente

Como visto no tópico anterior, a Constituição Federal confere unidade ao Estado Federal que por se opor à ideia de Estado unitário requer a repartição constitucional de competências. Portanto, neste tópico, far-se-á a exposição e a consequente análise dos dispositivos constitucionais dos quais se extraem as competências legislativas e administrativas de cada ente na matéria de transporte aquaviário.

Primeiramente, destacam-se os artigo 21 e 22 da CRFB que preveem, respectivamente, as competências administrativas e legislativas da União¹². Vejamos:

CRFB, Art. 21:

Compete à União:

(...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...) d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

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

(...) XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

CRFB, art. 22:

Compete privativamente à União legislar sobre:

(...) IX - diretrizes da política nacional de transportes;

(...) XI - trânsito e transporte;

¹² O parágrafo único do artigo 22 da CRFB ainda prevê a possibilidade de delegação da União aos Estados. CRFB, art. 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: (...) Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.

Por sua vez o artigo 30 do texto constitucional prevê as competências dos Municípios para legislar sobre os assuntos de interesse local, bem como para prestar os serviços de interesse local. Assim prevê:

CRFB, art. 30:

Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

(...) 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;

Em relação aos estados, a Constituição estabeleceu as competências residuais, ou seja, aquelas competências que não estão enumeradas como da União ou dos Municípios, cabem aos Estados.

CRFB, art. 25:

Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

O mesmo dispositivo constitucional ainda prevê, em seu parágrafo terceiro, a competência dos Estados para instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Em síntese, pode-se concluir que a respeito da matéria de transportes, as competências constitucionais são bem delimitadas ao território de cada ente, seguindo a lógica do princípio da predominância de interesses. Portanto, aos Municípios cabe legislar, organizar e prestar o transporte aquaviário de

interesse local, ou municipal, aos Estados, o transporte aquaviário estadual ou intermunicipal e à União, o transporte aquaviário federal ou interestadual¹³.

Feita esta elucidação constitucional, passa-se à exposição das principais legislações, sobre a matéria, que abrangerá a União e os Estado, Município e Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

A lei nacional nº 12.587 de 2012 institui a Política Nacional de Mobilidade Urbana e traça as principais diretrizes para o transporte urbano visando a maior integração e acesso universal ao transporte.

A respeito do transporte aquaviário, a União editou a lei federal nº 9.432 de 1997, que afirma a competência da União sobre a organização do transporte em âmbito nacional e internacional.

A lei nº 2.804 de 1997, editada pelo Estado do Rio de Janeiro, estabelece o regime de prestação de do serviço público de transporte aquaviário de passageiros, cargas e veículos no Estado do Rio de Janeiro. Destaque-se o seguinte dispositivo da referida lei, que define:

Lei 2.804/1997: Art. 1º (...) § 1º Entende-se por transporte aquaviário, que pode ser de passageiros, cargas ou veículos, para os fins desta Lei, o serviço público consistente nas travessias das águas internas ou costeiras de natureza não eventual, entre pontos de atracação previamente definidos, operado por embarcações de pequeno, médio ou grande porte mediante pagamento de tarifas pelos usuários.

No âmbito municipal coube a Lei Complementar nº 111 de 2011 dispor sobre a política urbana do município do Rio de Janeiro. O artigo a seguir evidencia a inclusão de ações conjuntas regionais na política municipal de transporte:

LC 111/2011 - Art. 3º: A política urbana do Município tem por objetivo promover o pleno

¹³ Ainda, apesar dos Estados poderem legislar e prestar os serviços públicos de transporte, eles não podem impor limitações ao tráfego de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais.

desenvolvimento das funções sociais da Cidade e da propriedade urbana mediante as seguintes diretrizes:
III - inclusão do contexto metropolitano ao planejamento da Cidade, articulando as ações de todas as esferas governamentais e promoção de iniciativas de interesse comum relativas às políticas de turismo, transporte, meio ambiente, saneamento ambiental, zona costeira, equipamentos urbanos, serviços públicos e desenvolvimento econômico e sustentável.

Por fim, no exercício da competência prevista no art. 25, §3º, CRFB, o Estado do Rio de Janeiro instituiu Região Metropolitana mediante a edição da lei complementar nº 87 de 1997, que considera como de interesse metropolitano o transporte aquaviário, na seguinte forma:

LC 87/97 RJ, Art. 3º - Consideram-se de interesse metropolitano ou comum as funções públicas e os serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como os serviços supramunicipais, notadamente:

(...)

II - transporte coletivo rodoviário, aquaviário, ferroviário e metroviário, de âmbito metropolitano ou comum, através de uma ou mais linhas ou percursos, incluindo a programação de rede viária, do tráfego e dos terminais de passageiros e carga.

Como demonstrado, cada ente no exercício de sua competência constitucional estabeleceu suas próprias leis a respeito do transporte aquaviário tendo como critério de atuação os limites territoriais. Ademais, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro prevalece uma visão voltada ao interesse metropolitano e comum aos municípios integrantes.

Ocorre que apesar de aparentemente bem delimitadas, há casos em que na prática a definição do interesse predominante se torna mais complexa e não tão objetiva acarretando consequentemente em conflitos a respeito do efetivo ente competente. Desta maneira, a seguir analisar-se-á os fundamentos e métodos para solução destes conflitos baseados no estudo de casos concretos concernentes à matéria.

3. Conflitos de competência no transporte de passageiros

Como apresentado, as competências do transporte aquaviário de passageiros, sejam elas legislativas ou materiais, estão bem definidas na Constituição Federal, ligadas a aspectos territoriais, conforme a leitura sistemática dos artigos 21, 22, 25 e 30 da CFRB.

Contudo, ainda assim, há situações em que os entes federativos defrontam-se com casos difíceis de definir quem é o competente para editar leis, regular ou prestar o serviço de transporte.

Diante destes casos de conflitos de competência, podem-se extrair alguns conceitos e entendimentos trazidos pela doutrina e jurisprudência que tentam solucionar questões práticas complexas no que concerne à matéria de transporte de passageiros.

E, para tanto, irá se dividir a análise dos conflitos de competências legislativas e materiais de transporte em geral e, por último, em específico, um caso do transporte aquaviário no Rio de Janeiro.

3.1. Conflitos de competência legislativa

A União Federal, como já vislumbrado anteriormente, detém a competência privativa de editar leis sobre *diretrizes da política nacional de transportes* (art. 22, IX CFRB) e *trânsito e transporte* (art. 22, XI, CRFB). Os Estados, por sua vez, possuem competência legislativa residual (§ 1º do art. 25, CFRB). Aos Municípios¹⁴ compete legislar sobre *interesse local* (art. 30, I da CFRB).

¹⁴ No que compete aos Municípios, cabe ressaltar que nos últimos anos a doutrina e a jurisprudência tem se manifestado no sentido de mais liberdade na atuação legislativa dos Municípios, uma tendência de reforçar a autonomia municipal como ente da federação. Na doutrina: “Assim, a Constituição Federal prevê a chamada competência suplementar dos

Porém, o problema, em regra, surge com a inércia do Legislativo federal em editar leis, normas gerais, ou, pelo menos, diretrizes gerais, acerca de modalidades de transportes que surgem em nossa sociedade, que é complexa e na qual a própria sociedade demanda uma adequação rápida de sua regulamentação para melhor atendê-la.

Assim, na tentativa de melhor atender a demanda popular, os outros entes federativos, acabam por “usurpar” a competência da União e legislar sobre transporte.

Contudo, esta atitude dos Estados e Municípios é temerária, visto que, posteriormente, correm o risco de ver suas leis declaradas inconstitucionais pelos Tribunais, como já aconteceu por diversas vezes.

Um caso famoso em que isto ocorreu foi o do licenciamento de motocicletas para o transporte de passageiros, o popularmente conhecido “moto-taxi”, em que o Supremo Tribunal Federal declarou, por diversas vezes, inconstitucional leis municipais e estaduais por inconstitucionalidade formal, por ser de competência privativa da União, inclusive destacando o *interesse nacional* envolvido na questão.

Nesse sentido, têm-se as ADI’s 2606/SC¹⁵ e 3136/MG¹⁶:

AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO
DE SANTA CATARINA. LICENCIAMENTO DE
MOTOCICLETAS DESTINADAS AO
TRANSPORTE REMUNERADO DE

municípios, consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: interesse local”. MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 326. Na jurisprudência: “*A prospective overruling, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988*”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, ADI 4060-SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 25/02/2015.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, ADI 2006-SC, Rel. Min. Mauricio Correa, DJ 07/02/2003.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, ADI 3136-MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 10/11/2006.

PASSAGEIROS. COMPETÊNCIA DA UNIÃO.
INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL.

1. É da competência exclusiva da União legislar sobre trânsito e transporte, sendo necessária expressa autorização em lei complementar para que a unidade federada possa exercer tal atribuição (CF, artigo 22, inciso XI, e parágrafo único).

2. Inconstitucional a norma ordinária estadual que autoriza a exploração de serviços de transporte remunerado de passageiros realizado por motocicletas, espécie de veículo de aluguel que não se acha contemplado no Código Nacional de Trânsito.

3. Matéria originária e de interesse nacional que deve ser regulada pela União após estudos relacionados com os requisitos de segurança, higiene, conforto e preservação da saúde pública. Ação direta de inconstitucionalidade procedente.

AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO
DE MINAS GERAIS. LICENCIAMENTO DE
MOTOCICLETAS PARA TRANSPORTE DE
PASSAGEIROS ("MOTOTÁXI").
COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO.
INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL
RECONHECIDA.

I - Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art. 22, XI).

II - Exercício de atribuição pelo Estado que demanda autorização em lei complementar.

III - Inexistência de autorização expressa quanto ao transporte remunerado de passageiros por motocicletas.

O Ministro Luís Roberto Barroso estabelece alguns critérios de resolução de conflitos de competência legislativa entre os entes, em suas palavras¹⁷:

O primeiro e principal critério para solução de conflitos federativos é, sem dúvida, a identificação das competências atribuídas a cada um dos entes pela Constituição Federal. Assim, diante de um conflito, trata-se de identificar o que compete a cada ente. É apenas com fundamento na Constituição que um ente federativo poderá reivindicar o que quer que seja em face dos demais, mas é também por força do mesmo texto constitucional que ele estará submetido às disposições concernentes aos demais entes e ao Estado como um todo. A aplicação do critério que se acaba de enunciar pode dar origem a três cenários principais. No primeiro deles, há apenas uma competência constitucional em disputa, é o que ocorre, e.g., quando lei estadual dispõe sobre matéria de competência privativa da União, seja ela uma competência própria do ente central ou nacional. Em tais hipóteses, há apenas uma competência constitucional em jogo e o conflito é solucionado na medida em que ela seja identificada.

Entretanto, ao contrário do que se parece, a questão é um pouco mais complexa, principalmente, conforme já exposto, em decorrência a omissão legislativa do ente competente. A ver, ainda não houve nenhuma lei editada pela União regulamentando o licenciamento de motocicletas para o transporte de passageiros¹⁸.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Serviços de Transporte Ferroviário e Federação: Instituição de padrões ambientais e de segurança. Parecer. 05/10/2006, p. 9 e 10. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_transporte_ferrovuario.pdf > Acesso em: 29 de novembro de 2015.

¹⁸ Questão semelhante a esta, porém, com suas peculiaridades (transporte individual e, para o autor, não se trata de serviço público) é o caso da regulamentação do serviço de “UBER”. O

Outra discussão que chegou ao STF, o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2751/RJ, foi se lei estadual poderia “*apreender e desemplacar veículos irregulares de transportes coletivos de passageiros*”, entre outras providências, ou estaria invadindo a competência da União Federal de legislar sobre trânsito e transporte.

Nesse caso, a Corte Constitucional entendeu que não seria inconstitucional, e a ação foi julgada improcedente, pois as atribuições previstas na lei refletiria no exercício do poder de polícia Estadual, dentro de suas funções administrativas de fiscalização, que tem como finalidade reprimir o transporte clandestino de passageiros.

Entretanto, a questão não foi decidida por unanimidade, foi vencido, por exemplo, o Min. Joaquim Barbosa que julgava parcialmente procedente a ação, para excluir da referida norma a expressão “desemplacar”, por considerar que ela cria nova penalidade de trânsito, e adentraria nas competências da União, art. 22, XI, da CF.

professor Daniel Sarmiento, em seu parecer, sustentou posicionamento de que o ente competente para legislar sobre transporte é privativa da União, afastando a competência dos outros entes, que seriam somente competências materiais, inclusive a do Município: “*As competências legislativas privativas da União – seja mais uma vez escusada a redundância –, exatamente porque privativas, excluem a de todos os demais entes federativos para tratamento das mesmas matérias, ressalvada apenas a possibilidade de delegação aos Estados, por lei complementar, da faculdade de disciplinarem questões específicas dentre as arroladas no art. 22 da Constituição, nos termos do Parágrafo único do mesmo preceito constitucional. Assim, tais competências privativas afastam as competências não enumeradas atribuídas aos municípios e Distrito Federal, para “legislar sobre assuntos de interesse local” (art. 30, inciso I, CF), e para “suplementar a legislação federal e estadual, no que couber” (art. 30, inciso II, CF). Nessa linha, tem decidido o STF (...)Nem se diga, finalmente, que a competência legislativa municipal ou distrital para tratar do tema objeto desta Consulta poderia se fundar no art. 30, inciso V, da Constituição, segundo o qual é competência dos municípios “organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”. Em primeiro lugar, porque dita competência é de natureza material, e não de cunho legislativo, não conflitando assim com o disposto no art. 22, inciso XI, da Constituição”.* SARMENTO, Daniel. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Parecer. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-15/aplicativo-uber-nao-fere-leis-brasileiras>> Acessado em: 29 de novembro 2015. Porém, esse posicionamento não é unânime, visto que há quem defenda que o próprio Município, dentro de sua competência residual, com base nos arts. 30, I e II, sendo matéria de interesse local e de circulação dentro do município, mesmo sendo enquadrado como atividade econômica em sentido estrito, deveria ser o ente competente para legislar.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. VEÍCULOS DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. LEI 3.756, DE 2002, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

I. – Lei 3.756/2002, do Estado do Rio de Janeiro, que autoriza o Poder Executivo a apreender e desemplacar veículos de transporte coletivo de passageiros encontrados em situação irregular: constitucionalidade, porque a norma legal insere-se no poder de polícia do Estado.

II. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.¹⁹

Por fim, ressalta-se as recentes discussões travadas no âmbito do transporte privado individual de passageiros, conhecidos popularmente por meio do nome dos aplicativos como “Uber”, “Cabify”, “99”, dentre outros.

Nesses casos, por vezes, os municípios legislavam sobre o novo serviço de transporte, por entender que se enquadraria como questão de direito local - inclusive com intuito de proibi-lo -, mas que, ao fim, a União legislou sobre a matéria, exercendo sua competência legislativa para diretrizes e normas gerais sobre transporte. Deu-se, então, origem a Lei nº 13.640/2018, que alterou a Lei nº 12.587/2012, que dispõe sobre diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana.

A inovação legislativa impôs diretrizes gerais para a prestação do serviço, bem como conferiu competência exclusiva para os municípios (e do Distrito Federal) regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros.

Salienta-se, ainda, que em maio de 2019 o STF declarou inconstitucionais leis que proíbem ou restringem transportes de passageiros por aplicativo, como Uber, Cabify e 99. O entendimento foi no sentido de que os aplicativos fazem parte da livre concorrência, se enquadram na categoria de

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, ADI 2751-RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24/02/2006.

transporte privado remunerado e que a prática não representa afronta à livre iniciativa, indicando que uma proibição atingiria a liberdade profissional.²⁰

3.2. Conflitos de competências materiais

As competências materiais ou administrativas são bem definidas territorialmente pela constituição. A União responsável pela prestação de serviço de transporte interestadual e internacional, os Estaduais intermunicipal, os Municípios o urbano²¹, conforme redação dos arts. 21, XII, 25, § 1º e 30, V.

Apesar disso, problemas também surgem em relação à interferência de um ente federativo na prestação do serviço público de transporte dos outros.

Questão que gerou conflito de competência entre os entes federados na matéria de transporte de passageiros foi a concessão de benefícios e gratuidades na tarifa paga pelos usuários por um ente em face da prestação do serviço público titularizada pelo outro e, conseqüentemente, desequilibram os contratos do ente competente e as concessionárias.

Este episódio foi repetido e muito discutido em Ações Diretas de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Como primeiro exemplo, tem-se a ADI 845, relatada pelo Ministro Eros Roberto Grau, na qual foi declarada inconstitucional a norma da Constituição do Amapá que concedia benefícios de “meia passagem” a todos os estudantes do Estado nos serviços de transporte coletivo urbano rodoviário e aquaviário.

A inconstitucionalidade foi declarada, conforme o voto do Ministro Relator, por entender a Corte, à época, que a competência para organizar serviços públicos de interesse local é municipal, entre os quais o de transporte coletivo e se a Constituição amapaense que garante o direito a “meia passagem” aos estudantes, nos transportes coletivos municipais, avança sobre a competência legislativa local. Entretanto, manteve a parte do dispositivo aos transportes intermunicipais, pois estaria abrangida pela sua competência.

²⁰ Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-declara-inconstitucionais-leis-que-proibem-transporte-por-aplicativos-08052019>>. Acesso em: 08.03.2020.

²¹ Neste ponto, não irá ser desenvolvida a questão dos conflitos envolvendo a titularidade da prestação de serviços na região metropolitana. Veja a abordagem do artigo, nesta obra, intitulado “*Aspectos e abordagens do transporte aquaviário nas regiões metropolitanas: nova perspectiva a partir da análise do estatuto da metrópole*”, de Guilherme Mello Graça e Mirian Arias Villares.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 224 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAPÁ. GARANTIA DE "MEIA PASSAGEM" AO ESTUDANTE. TRANSPORTES COLETIVOS URBANOS RODOVIÁRIOS E AQUAVIÁRIOS MUNICIPAIS [ARTIGO 30, V, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL TRANSPORTES COLETIVOS URBANOS RODOVIÁRIOS E AQUAVIÁRIOS INTERMUNICIPAIS. SERVIÇO PÚBLICO E LIVRE INICIATIVA. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, CAPUT E INCISOS I E XXII, E 170, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da conjunção aditiva e e do vocábulo "municipais", insertos no artigo 224 da Constituição do Estado do Amapá.²²

Contudo, o entendimento da Suprema Corte foi em sentido contrário no tocante ao benefício de gratuidade para idosos e deficientes concedido por Lei Federal.

Neste caso, foram vislumbradas questões mais complexas do que as do caso anterior, não somente envolvendo competências relativas ao transporte coletivo de passageiros como outras, que merecem devido destaque.

A União Federal tem a competência privativa e concorrente em matéria de Direitos Sociais, portanto, a fim de tutelar esses direitos, poderia a União, por lei conceder benefícios, porém esbarram na regulação dos transportes coletivos públicos, inclusive, impactando financeira-economicamente nas relações contratuais municipais/estaduais e seus concessionários. O que gera uma zona de desconforto, e a busca por um equilíbrio há de ser priorizada.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, ADI 845-AP, Rel. Min. Eros Grau, DJ 06/03/2008.

Nas palavras do professor Flávio de Araújo Willemann²³:

Discussão interessante diz respeito à atuação legislativa privativa ou concorrente da União Federal em matéria de direitos sociais, notadamente para a proteção de minorias, idosos, estudantes e portadores de deficiência física, e que impactam na regulação dos serviços públicos estaduais e municipais. É preciso encontrar o ponto ideal de interseção entre o exercício das competências legislativas da União Federal e das competências regulatórias dos demais entes da federação para tratar dos seus serviços públicos, de modo que não aniquile ou prejudique a outra, bem assim para não violar o postulado do pacto federativo, previsto no artigo 1º da CRFB/88.

No que diz respeito à gratuidade dos idosos com mais de sessenta anos, como a previsão é constitucional, art. 230, § 2º²⁴, e também prevista no art. 39²⁵ da Lei Federal nº 10.741/2003, o Estatuto do Idoso²⁶, o Supremo Tribunal

²³ WILLEMANN, Flávio de Araújo. Intervenção Social Heterônoma da União Federal em Serviços Públicos Estaduais e Municipais. Instituição de gratuidades no Transporte Público de Passageiros. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 66, p. 133-143, Jan./Dez., 2011, p134.

²⁴ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

²⁵ Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

²⁶ Para parte da doutrina que defende a existência de um “*Bloco de Constitucionalidade*”, como por exemplo o Ministro Gilmar Mendes, porém não é a que prevalece, entende-se que existem normas materialmente constitucionais, infraconstitucionais, como em razão de conteúdo ligado aos direitos fundamentais, na qual normas do Estatuto do Idoso estariam abarcadas. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 46. Contudo, no caso da ADI nº 3768/DF, conforme parecer da AGU, o art. 39 do Estatuto do Idoso somente reproduz o o art. 230 da Constituição Federal, que, por si só, já detém aplicabilidade imediata, por ser norma de eficácia plena, segue trecho: “*Assim, a*

Federal, no julgamento da ADI nº 3768/DF entendeu que não impede a imediata fruição do benefício do transporte gratuito por idosos não poderia ser afastada, mesmo que na Lei Federal não venha indicando a fonte de custeio ou mesmo que estabeleça regras de reposição do equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos de transporte.

Em 2003/2004 muitas discussões surgiram dentro da órbita econômica nos Estados e Municípios, pois o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão fica a cargo do ente titular da prestação do serviço de transporte, visto que os concessionários poderiam requerer o reequilíbrio econômico-financeiro com base na teoria da imprevisão²⁷.

Muitas teses foram levantadas sobre ofensa ao pacto federativo e que seria espécie de “isenção heterônoma”²⁸ por parte da União, sem indicar o custeio, o que implica necessariamente uma reordenação dos gastos públicos e previsões orçamentárias dos Estados e Municípios, mesmo estes sendo entes federados autônomos.

Contudo, o STF pacificou o entendimento que a gratuidade prevista para idosos, com previsão expressa na Constituição Federal, deveria ser aplicada imediatamente, independentemente de indicação de fonte de custeio.

requerente pretende o reconhecimento da invalidade de norma originária da Constituição da República, já que reputa inconstitucional disposição que apenas explicita e regulamenta, no texto legal, garantia assegurada pelo Constituinte Originário. Em última análise, a requerente está a buscar a declaração da invalidade de uma norma legal a fim de restringir a eficácia de uma norma constitucional originária, o que se afigura inviável.”

²⁷ Segundo o professor Alexandre Aragão, o caso em questão não seria considerado Fato do Príncipe, mas sim Teoria da Imprevisão: “*Para ser considerada como Fato do Príncipe a medida, ainda que geral, há de ser da mesma entidade contratante. Se for de outra Administração, aplica-se genericamente a Teoria da Imprevisão (Alea econômica).*”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 366.

²⁸ O termo “isenção heterônoma” é usado pelo professor Flávio Willeman no artigo supra citado. Contudo, cabe ressaltar que o termo indica algo que, a princípio, é vedado em nosso ordenamento jurídico-tributário, salvo nos casos de expressa justificação no texto constitucional, como art. 156, § 3º, II, CF, isenção de ISS e o art. 155, § 2º, XII, “e”, CF, que trata da isenção de ICMS, ambas concedidas em sede constitucional. SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1109. Para melhores esclarecimentos, conceitua-se: “*isenção heterônoma, para o direito tributário, é aquela concedida por lei de pessoa jurídica diversa daquela que é titular da competência para instituir e cobrar o tributo a que se refere.*”. MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 257.

Assim, restando somente ao ente público titular do serviço buscar, por si só, formas de custeio²⁹ ou tentar soluções junto à União Federal, como mecanismos de colaboração financeira, afim de implementar a obrigação social.

Ressalta-se que, em regra, é vedado, no Estado do Rio de Janeiro, a concessão de gratuidade em serviço público prestado de forma indireta, sem a correspondente indicação da fonte de custeio, conforme previsão expressa na Constituição do Estado:

Art. 112 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 2º - Não será objeto de deliberação proposta que vise conceder gratuidade em serviço público prestado de forma indireta, sem a correspondente indicação da fonte de custeio.

²⁹ Duas formas de custeio de subsídio para as gratuidades, indicadas pela Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, são: *A primeira corresponde ao subsídio direto, via recursos públicos, a qual esbarra na escassez de recursos que caracteriza os orçamentos públicos no País. Nunca é demais lembrar que, a despeito da sociedade brasileira conviver com uma carga tributária considerada alta, via de regra, o Poder Público dispõe de pouco fôlego para arcar com a concessão de benefícios sociais. Ademais, o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000) trouxe ainda maior controle sobre a criação ou ampliação de benefícios (sejam de natureza fiscal ou relativos à seguridade social), bem como sobre os atos governamentais que gerem despesa (sejam de caráter continuado ou não). A segunda alternativa para o custeio da gratuidade ou de desconto na tarifa dos transportes é a do subsídio cruzado, interno ao próprio sistema, que consiste em incluir o custo dos usuários não pagantes na composição da tarifa. Essa opção, embora bastante utilizada na concessão de gratuidades em geral, revela-se perversa, uma vez que o ônus do benefício vai ser rateado pelo conjunto dos usuários pagantes que, no mais das vezes, são tão carentes quanto o segmento beneficiado.* LORENZETTI, Maria Sílvia Barros. Gratuidade no Sistema de Transporte Público Coletivo de Passageiros. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema14/2006-9049.pdf>>, acesso em: 29 de novembro de 2015.

3.3. Conflitos específicos de competência no transporte aquaviário de passageiros no Rio de Janeiro

O artigo 242 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro traz a seguinte previsão:

Art. 242 - Compete ao Estado organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse estadual, metropolitano ou microrregional, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

§ 1º - Compete ao Estado legislar sobre o sistema de transportes intermunicipal, bem como sobre os demais modos de transportes de sua competência, estabelecidos em lei.

§ 2º - O transporte coletivo de passageiros é um serviço público essencial sendo da atribuição do Poder Público o seu planejamento e a sua operação direta ou mediante regime de concessão ou permissão.

§ 3º - O planejamento e as condições de operação dos serviços de transporte de passageiros, com itinerários intermunicipais, são da atribuição do Estado, na forma da lei.

§ 4º - Serão estabelecidos em lei os critérios de fixação de tarifas dos serviços públicos de transportes. (...)

Porém, ao aplicarmos essa norma da constituição estadual, em face às demais normas da Constituição Federal, no cenário do transporte aquaviário de passageiros no Rio de Janeiro, algumas dúvidas surgem, o que enseja um complexo conflito de competências entre os entes.

A princípio, pela inteligência do dispositivo legal, compete ao Estado prestar e regular o serviço de transporte coletivo que ultrapassa os limites territoriais de um Município e que se configure como interesse estadual, metropolitano ou microrregional.

Primeiramente, é difícil identificar o poder concedente e o poder competente para regular a prestação do serviço, ocorrendo na prática invasões de um ente na competência do outro³⁰ e que o próprio particular não consegue identificar.

A fim de ilustrar essa dificuldade, temos o caso que surgiu na época dos jogos Pan-americanos, em que a prefeitura da cidade do Rio de Janeiro iniciou estudos para a viabilidade do transporte aquaviário de passageiros entre a Barra da Tijuca e a Praça XV, no centro da cidade.

Contudo, a partir disso, diversas questões foram levantadas: Qual é o ente competente para a prestação desse serviço público? A União, o Município ou o Estado? A União Federal poderá arvorar-se como ente competente diante do que consta no artigo 21, inciso XII, alínea “d”, da Constituição, pois compete à União o *transporte aquaviário entre portos brasileiros*, visto que parte dessa travessia seria realizada em mar aberto.

No que tange à competência da União, acredita-se que essa deve ser refutada, pois o terminal de atracação das barcas não seria considerado porto³¹, e sim pontos de atracação.

Ademais, ao que parece, o interesse precípua não é nacional, mas sim regional/metropolitano/microrregional ou municipal e é daí que surge o grande ponto. Tanto o Município do Rio quanto o Estado defendem sua titularidade para prestar e regular o serviço.

Bons argumentos surgem de ambos os lados. Nas palavras do professor Flávio Willeman³²:

³⁰ Ressalta-se que os conflitos da na regulação do serviço de transporte aquaviário no Rio de Janeiro não se restringem somente nos entes federativos, mas também com as agências reguladoras, AGETRANSP e ANTAQ, e a Capitania dos Portos. Veja artigo, nesta obra, intitulado “*Transporte aquaviário de passageiros: a eficácia das multas aplicadas pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transporte Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (AGETRANSP)*”, de Marcus Vinícius Cândia Macedo.

³¹ Vide a nova lei dos Portos, Lei Federal nº 12.815/2013, em seu art. 2º fala: Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se: I - porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

³² WILLEMAN, Flávio de Araújo. Palestra proferida no Seminário “Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo”, em 12/2008, Mangaratiba, Rio de Janeiro. Disponível em:

O Estado, por sua vez, terá como argumento para defender eventual posição de titularidade desse serviço a idéia de que, nada obstante ocorrer dentro do Município do Rio de Janeiro, existe nítido interesse metropolitano ou regional. Ninguém mora no Centro da Cidade do Rio de Janeiro, salvo algumas exceções. O transporte entre a Barra da Tijuca e a Praça XV traria benefícios à toda a Baixada Fluminense, a Niterói, a São Gonçalo, e a todas as pessoas que necessitam atravessar a Baía de Guanabara e eventualmente trabalhar na Barra da Tijuca. Poderá defender o Estado do Rio de Janeiro, então, que esta competência é sua por se tratar de região metropolitana ou de um interesse estadual ou microrregional, e mais, poderá sustentar que na Lei Orgânica do Município não há previsão expressa para prestação de serviço aquaviário, somente para serviço terrestre. Adianto que a posição da Procuradoria do Estado, pelo menos em dois pareceres antigos – um do professor Luís Roberto Barroso e outro do professor Marcos Juruena –, é pela competência estadual para prestação do serviço.

Atualmente, a questão encontra-se parcialmente pacificada, visto que o Estado, em decorrência da necessidade encontrada pelos demais eventos esportivos, Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos de 2016, e do grande número de pessoas que habitam na região da Barra da Tijuca, que aumenta a cada dia e demandam investimento em infraestrutura, já tem estudos para implementar linhas de Barcas entre a Barra e a Praça XV³³.

< <http://www.editorajc.com.br/2008/12/poder-concedente-municipal-estadual-e-federal-conflito-de-competencia/>> Acesso em: 29 de novembro de 2015.

³³ Estudo recente realizado pela FIRJAN aumenta essa previsão, havendo a viabilidade de criação de 14 novas linhas. Disponível em: < <http://odia.ig.com.br/noticia/observatorio/2015-08-26/firjan-propoe-mais-14-linhas-de-barcas.html>>. Acesso em: 29 de novembro de 2015. Veja artigo, nesta obra, intitulado “*A Exploração do Transporte Aquaviário por Linhas Seletivas no Estado do Rio de Janeiro*”, de Bruna Cavalcante Drubi Burger.

Porém, é importante ressaltar que esta é uma visão otimista, pois recentemente foi concluída a Linha 4 do metro, que liga a Barra da Tijuca (Jardim Oceânico) para o Centro da Cidade, que poderia também desmotivar a criação das novas linhas. Assim como já está em andamento licitação para nova concessão das Barcas - edital da concorrência pública internacional n.º 001/2018 – (atualmente suspenso por decisão do TCE/RJ³⁴), em que apenas a Baía da Guanabara e de Ilha Grande estão no modelo de concessão proposto.

Contudo, como já advertido em diversos artigos desta obra, nada impediria, conforme atual lei da região metropolitana que o Estado do Rio, faça-se também a concessão do complexo lagunar de Jacarepaguá, visto que já existem projetos como o “vaporetto carioca”, que poderia também ser objeto da concessão.

Conclusão

Com o advento da Constituição Federal de 1988 instaurou-se na ordem jurídica brasileira um federalismo tripartido com o intuito de descentralizar a atuação política em razão da predominância de interesse. Instituiu-se, desta forma, uma nova repartição de competências com a inserção dos Estados-membros e dos Municípios como entes dotados de atribuições para legislar e prestar os serviços públicos em suas respectivas esferas de atuação,

Consequentemente, o novo modelo propiciou a configuração de conflitos quanto aos critérios de identificação do interesse predominante no caso concreto, bem como do ente efetivamente competente.

No caso da prestação do serviço de transporte aquaviário não seria diferente. Como visto, a atribuição de competências legislativas e administrativas às três esferas da federação ocasionou alguns conflitos, principalmente no que toca a identificação entre o interesse nacional e o interesse regional/estadual, bem como a compatibilização entre a atuação da Região Metropolitana e os interesses dos Estados e Municípios envolvidos.

Diante de tudo que foi analisado, pode-se concluir que para que o objetivo da instituição da repartição de competências seja atingido, qual seja o bom funcionamento da prestação do serviço de transporte aquaviário somado à compatibilização dos interesses de todos os entes envolvidos, é preciso criar e

³⁴ Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/licitacao-para-concessao-das-barcas-novamente-adiada-1-22955264>>. Acesso em: 08/03/2020.

investir em mecanismos de participação e cooperação entre os entes visando principalmente às necessidades dos usuários.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto, Direito constitucional brasileiro: O problema da Federação. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BARROSO, Luís Roberto. Serviços de Transporte Ferroviário e Federação: Instituição de padrões ambientais e de segurança. Parecer. 05/10/2006, p. 9 e 10. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_transporte_ferrovuario.pdf > Acesso em: 29 de novembro de 2015.
- BODIN, Jean. Les six livres de la République. Paris: [s. ed.], 1583.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, ADI 2006-SC, Rel. Min. Maurício Correa, DJ 07/02/2003.
- _____. _____. Plenário, ADI 2751-RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24/02/2006.
- _____. _____. Plenário, ADI 3136-MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 10/11/2006.
- _____. _____. Plenário, ADI 4060-SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 25/02/2015.
- _____. _____. Plenário, ADI 845-AP, Rel. Min. Eros Grau, DJ 06/03/2008.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FREITAS, Hyrida. STF declara inconstitucionais leis que proíbem transporte por aplicativos. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-declara-inconstitucionais-leis-que-proibem-transporte-por-aplicativos-08052019>>, acesso em 08/03/2020.
- HORTA, Raul Machado, A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Santa Maria, 1964, p. 49.
- Apud: SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LORENZETTI, Maria Sílvia Barros. Gratuidade no Sistema de Transporte Público Coletivo de Passageiros. Brasília? Câmara dos Deputados, 2006. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e>

pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema14/2006-9049.pdf>, acesso em: 29 de novembro de 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOHN, Paulo. A repartição de competências na Constituição de 1988. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 187 jul./set. 2010. p. 218. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/>>, acesso em 20 de novembro de 2015.

MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARMENTO, Daniel. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Parecer. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-15/aplicativo-uber-nao-fere-leis-brasileiras>> Acessado em: 29 de novembro 2015.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Palestra proferida no Seminário “Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo”, em 12/2008, Mangaratiba, Rio de Janeiro. Disponível em: < <http://www.editorajc.com.br/2008/12/poder-concedente-municipal-estadual-e-federal-conflito-de-competencia/> > Acesso em: 29 de novembro de 2015.

_____. Intervenção Social Heterônoma da União Federal em Serviços Públicos Estaduais e Municipais. Instituição de gratuidades no Transporte Público de Passageiros. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 66, p.1 34-143, jan./Dez., 2011.

ASPECTOS E ABORDAGENS DO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO NAS REGIÕES METROPOLITANAS: nova perspectiva a partir da análise do estatuto da metrópole

Guilherme Mello Graça

*Mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Assessor do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.
herrmello@hotmail.com*

Mirian Arias Villares

*Mestranda em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
Pós-graduação em Direito Administrativo Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Advogada.
mirianariasvillares@yahoo.com.br*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Breves linhas históricas das regiões metropolitanas no Brasil; 2. Principais debates envolvendo as regiões metropolitanas; 3. Região metropolitana do Rio de Janeiro: a (in)constitucionalidade da Lei Complementar nº 87/1997; 4. O estatuto da metrópole e a nova configuração das regiões metropolitanas; 5. O transporte aquaviário de passageiros na região metropolitana do Rio de Janeiro; Conclusões; Referências.*

Introdução

O presente artigo tem por escopo apresentar linhas introdutórias acerca das principais questões envolvendo as regiões metropolitanas, utilizando como ponto de referência a Lei nº 13.089/2015, que instituiu o Estatuto da Metrópole.

A compreensão dessa forma de organização administrativa é essencial para o aprofundamento do tema ora proposto: analisar o deslocamento coletivo de passageiros a partir da perspectiva do transporte aquaviário, tomando como ponto de referência a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, que atualmente conta com uma população de aproximadamente 12 (doze) milhões de habitantes¹.

¹ Segundo dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população estimada da Região Metropolitana do Rio de Janeiro para o ano de 2015 é de

Para tanto, necessário se torna a compreensão da natureza das regiões metropolitanas e suas implicações, seja a partir da vertente normativa constitucional, seja por meio da compreensão do fenômeno a partir da perspectiva factual. Mais do que uma possibilidade no âmbito jurídico, a região metropolitana enquanto realidade fática demonstra que as atividades cotidianas dos indivíduos ultrapassam os limites políticos-territoriais dos entes federativos envolvidos. Trata-se de uma nova forma de configuração dos espaços e dos interesses e perspectivas envolvidos: espaços tornando-se cada vez mais permeáveis e fluídos². O desafio que surge é expandir a compreensão do direito à cidade³ ao contexto do direito à metrópole.

1. Breves linhas históricas das regiões metropolitanas no Brasil

A década de 1970, marcada pelo Milagre Econômico, contribuiu de forma considerável para o crescimento desordenado dos grandes centros urbanos no País, notadamente na Região Sudeste. Associado aos movimentos migratórios e ao modelo de desenvolvimento industrial, tais espaços sofreram consideráveis transformações econômicas, sociais, ambientais e urbanísticas. Nesse cenário, é possível identificar que, antes de ser propriamente um fenômeno jurídico, a criação e o estudo de regiões metropolitanas consiste em uma questão factual, social e geográfica, representada pelo agrupamento de

12.280.703 (doze milhões duzentos e oitenta mil setecentos e três) habitantes, o que corresponderia a 6% (seis por cento) do total da população do País. Para consulta aos dados disponibilizados pelo Instituto, acessar: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias.html?view=noticia&id=1&idnoticia=2972&busca=1&t=ibge-divulga-estimativas-populacionais-municipios-2015-atualizado-1800h-dia-28082015> (acesso em 26/12/2015, às 21:28).

² A ideia aqui é afirmar que a vida do indivíduo em tais regiões não se limita ao território do Município ao qual encontra-se domiciliado. Cada vez mais as pessoas trabalham, estudam, buscam formas de lazer fora dos limites políticos-territoriais dos respectivos municípios. Por tal razão, utiliza-se como referência para reflexão BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

³ A título meramente exemplificativo, a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro informa, em seu art. 422, §§ 1º e 2º, que consiste em função social da cidade o direito à moradia, transporte público, saneamento básico, água potável, serviços de limpeza urbana, drenagem das vias de circulação, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento, iluminação pública, saúde, educação, cultura, creche, lazer, contenção de encostas, segurança e preservação, proteção e recuperação do patrimônio ambiental e cultural.

fenômenos como a metropolização e a conurbação, conforme se extrai do trecho abaixo:

Uma região metropolitana é um aglomerado urbano composto por vários municípios administrativamente autônomos, mas integrados física e funcionalmente, formando uma mancha urbana praticamente contínua (...). O conceito de região metropolitana deve ir além da mera definição legal. Para Santos (1998), o fenômeno da metropolização corresponde à macrourbanização e apenas as aglomerações urbanas com mais de um milhão de habitantes deveriam merecer tal denominação.⁴

Tal crescimento, que caracterizou uma homogeneidade no plano urbano de municípios distintos, porém, de limites territoriais contínuos, acarretou uma *“série de relações e interações entre os núcleos urbanos integrados que veio a demandar uma expansão proporcional dos serviços públicos”*⁵, como por exemplo os transportes coletivos, saneamento básico, abastecimento de água, dentre outros. A homogeneidade da integração dos municípios veio acompanhada da heterogeneidade das relações sociais e econômicas. Nas palavras de José Afonso da Silva, surgem *“problemas específicos que demandam solução uniforme e comum”*⁶.

Diante desse novo cenário, a primeira previsão de dita organização no campo jurídico restou contida na Constituição Federal de 1967⁷. Em

⁴ BRAGA, Roberto; CARVALHO, Pompeu. Cidade: espaço da cidadania. In: GIAMETTI & BRAGA (Org.). *Pedagogia cidadã*. São Paulo: Unesp-Propp, 2004.

⁵ SLAWINSKI, Pedro Gonçalves da Rocha. Regiões metropolitanas e serviços públicos de interesse comum. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 60, p. 214-239, Janeiro, 2006, p. 217.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 154.

⁷ A Constituição de 1937, com forte inclinação autoritária, previu de forma embrionária o que posteriormente configuraria as regiões metropolitanas. O art. 29 previa que os Municípios de uma mesma região poderiam agrupar-se com o fim de instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns, sendo que tal agrupamento seria constituído através de pessoa jurídica limitada a tais fins. No entanto, restou ressalvada a competência dos Estados para

decorrência do regime então vigente no Brasil, a competência para a instituição das regiões metropolitanas encontrava-se concentrada na União, que através da edição de lei complementar, poderia delimitar os municípios integrantes da comunidade sócio-econômica, objetivando a realização de serviços de interesse comum⁸.

Ocorre que, as regiões metropolitanas só foram efetivamente criadas em 1973 através da Lei Complementar nº 14 – ao total, foram instituídas 08 (oito) regiões metropolitanas no País, São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza -, já no período de crescente centralização financeira, concentração de competências legislativas e autoritarismo político do regime militar. Nesse contexto, a natureza atribuída às regiões metropolitanas foi a de um híbrido de região de serviços comuns, região de planejamento territorial e região de desenvolvimento econômico. Além disso, a titularidade do interesse metropolitano foi conferida aos Estados-membros/União, com total alijamento dos municípios e da sociedade civil do processo decisório da ordem pública metropolitana.

Pela simples leitura da respectiva Lei Complementar nº 14/73, visualiza-se que o legislador federal não instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, apesar da expressiva conurbação existente em seu território. Tal fato é tributário da história do espaço territorial e político do Estado do Rio de Janeiro. Com a transferência da Capital da República Federativa do Brasil do Rio de Janeiro para Brasília no ano de 1960⁹, o território do atual Estado do Rio de Janeiro restou dividido em duas unidades político-territoriais: o Estado da

regular as condições em que os agrupamentos poderiam constituir-se, bem como a forma de administração dos mesmos.

⁸ De acordo com o §10 do art. 157 da Constituição de 1967, “§ 10 - A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum”.

⁹ Para informações sobre a proposta de interiorização da Capital, cuja primeira formulação ocorreu em 1821, ver: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CIDADES/146924-TRANSFERENCIA-DA-CAPITAL-PARA-O-INTERIOR-FOI-PROPOSTA-EM-1821.html> (acesso em 29/11/2015, às 12:45).

Guanabara¹⁰, cuja Capital e território era o da antiga Capital da República, e o Estado do Rio de Janeiro, cuja Capital era Niterói¹¹.

Com a unificação dos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara em 1975 por meio da Lei Complementar nº 20/74 – que estipulou a Cidade do Rio de Janeiro como Capital do Estado do Rio de Janeiro –, restou instituída a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, integrando os Municípios do Rio de Janeiro, Niterói, Duque de Caxias, Itaboraí, Itaguaí, Magé, Maricá, Nilópolis, Nova Iguaçu, Paracambi, Petrópolis, São Gonçalo, São João do Meriti e Mangaratiba.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Constituinte atribuiu aos Estados-membros a competência para a instituição, mediante a edição de lei complementar, não apenas das regiões metropolitanas, mas também de “*aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum*”, conforme se extrai da dicção do art. 25, § 3º da Carta Política. Ao mesmo tempo, restou atribuída aos Municípios autonomia político-administrativa, concedendo-lhes a Constituição natureza de ente integrantes da Federação¹².

Edésio Fernandes¹³ tem posicionamento crítico sobre o fenômeno da instituição de regiões metropolitanas no âmbito da Constituição Federal de 1988. Consoante visão do Autor, o processo constituinte foi marcado por um movimento de “*municipalismo a todo custo*”, que, no tocante à gestão

¹⁰ A Guanabara foi criada no antigo Distrito Federal em abril de 1960, quando a capital do Brasil foi transferida da cidade do Rio de Janeiro para Brasília (DF). A Guanabara perdurou de 1960 a 1975.

A Lei Federal nº 3.752, de 14 de abril de 1960, denominada de “Lei San Tiago Dantas” em homenagem ao jurista e político homônimo, foi criada com o objetivo de disciplinar as relações jurídicas da Guanabara, vez que o novo estado passava a abranger os mesmos limites geográficos do antigo Distrito Federal, e conservava o Rio de Janeiro como capital e sede do Governo. Alguns autores chamavam-na “cidade-estado”, devido ao seu pequeno tamanho e à sua importância, pois abrigava cerca de 85% dos seus 3.300.000 habitantes. Vide: ENDERS, Armelle. *A História do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Griphus, 2009.

¹¹ Para informações históricas do período e da estrutura política, ver: <http://www.alerj.rj.gov.br/center_arq_aleg_invent_link2.htm>. Acesso em 29 nov. 2015.

¹² Conforme previsão contida na art. 1º da CRFB/88.

¹³ FERNANDES, Edésio. O elo perdido: o desafio da gestão metropolitana. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*. Belo Horizonte, ano 2, n. 12, nov./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=11042>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

metropolitana, “jogou o bebê fora com a água do banho”: dada a tradição de centralismo e autoritarismo que tinha caracterizado a gestão metropolitana até então, ao invés de democratizar e melhorar a fórmula jurídico-institucional, o Congresso Constituinte não enfrentou a questão de frente, tendo remetido de maneira vaga para as constituições estaduais, sem a definição de quaisquer critérios básicos a serem cumpridos em todo o território nacional.

De fato o Constituinte absteve-se de especificar a configuração dessa unidade territorial-administrativa no âmbito da Federação Brasileira. No entanto, após quase 30 (trinta) anos da promulgação da Constituição, é imprescindível a realização de uma leitura sistemática¹⁴ do art. 25, § 3º, possibilitando uma interpretação em conformidade com os demais dispositivos constitucionais, em especial, aqueles relativos à matérias de distribuições de competência entre os entes federativos¹⁵, bem como aqueles que cristalizam os princípios da separação dos poderes e da solidariedade, este último alçado a objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme se disposto no art. 3º, inciso I.

A partir dessa nova configuração constitucional e de uma nova leitura da formatação e gestão do espaço e de alocação de poder, é possível identificar, no âmbito doutrinário, uma aproximação da interpretação de tal instituto ao regionalismo, conforme se vislumbra das precisas lições de Arícia Correia e Talden Farias¹⁶:

¹⁴ Nesse sentido, ver BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 318. O Autor informa que “a ordem jurídica é um sistema e, como tal, deve ser dotada de unidade e harmonia. A Constituição é responsável pela unidade do sistema, ao passo que a harmonia é proporcionada pela prevenção ou pela solução de conflitos normativos. Os diferentes ramos do Direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas. A Constituição, além de ser um subsistema normativo em si, é também fator de unidade do sistema como um todo, ditando os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento.”

¹⁵ Para um aprofundamento do tema veja artigo, nesta obra, intitulado “Aspectos Constitucionais do Transporte Aquaviário: previsões constitucionais e solução de conflitos”, de Ana Paula de Almeida e Mariana Fernandes Cunha Jorge.

¹⁶ CORREIA, Arícia Fernandes; FARIAS, Talden. Regionalismo com uma nova perspectiva para o federalismo brasileiro: o leading case relativo à Região Metropolitana do Rio de Janeiro. In: AIETA, Vania (Coord.). Cadernos de Direito da Cidade: estudos em homenagem à professora Maria Garcia. Série I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 07.

O regionalismo é uma nova tendência existente na relação entre espaço e poder de se rearranjar em razão de questões regionais, sem arrogar a qualidade de ente federativo, porquanto desprovido de autonomia política e financeira, a não ser administrativa, podendo se manifestar sob diversas modalidades: i) como um *medium* entre o Estado Unitário e o Federal, ii) como um bloco de Estados que compartilham interesses econômicos e sociais comuns (as macrorregiões) e que se institucionalizam e se imbicam mutuamente ou iii) como um entrelaçar de interesses territoriais sob um novo caráter, dito regional, de forma interestadual ou supralocal (as microrregiões em sentido lato), sem a conotação de um novo ente federativo, senão de uma nova instância administrativa compartilhada entre entes diversos. É nessa categoria que se encontram as regiões metropolitanas.

Nesse íterim interpretativo de tal figura, o novo arcabouço constitucional permitiu que o Estado do Rio de Janeiro editasse a Lei Complementar nº 87/1997, instituindo a Região Metropolitana¹⁷, a Microrregião dos Lagos¹⁸, e definindo o respectivo interesse metropolitano ou comum, conforme será demonstrado no tópico abaixo.

2. Principais debates envolvendo as regiões metropolitanas

O Direito Administrativo, hodiernamente, vive novos paradigmas como a crise da territorialidade do Estado¹⁹, além do fenômeno da sua

¹⁷ Compreendendo os Municípios do Rio de Janeiro, Belford Roxo, Duque de Caxias, Guapimirim, Itaboraí, Japeri, Magé, Maricá, Mesquita, Nilópolis, Niterói, Nova Iguaçu, Paracambi, Queimados, São Gonçalo, São João de Meriti, Seropédica, Tanguá, Itaguaí, Rio Bonito e Cachoeiras de Macacu, conforme previsto na Lei Complementar nº 158/2013.

¹⁸ Compreendendo os Municípios de Araruama, Armação dos Búzios, Arraial do Cabo, Cabo Frio, Iguaba Grande, São Pedro da Aldeia, Saquarema e Silva Jardim.

¹⁹ Vide: FIGUEIREDO, Tábata Poleze, MELLO, Guilherme e MACEDO, Marcus. A crise de territorialidade do Estado: Direito administrativo global ou direito administrativo sem Estado?

constitucionalização que justificam o diálogo de institutos, notadamente a inserção do transporte aquaviário na região metropolitana. Isto posto, merece ser transcrito o entendimento do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁰ a seguir:

[...] o atraso juspolítico histórico da administração pública, gerado por princípios e institutos que buscavam preservar a autoridade da Administração (v.g., imperatividade, supremacia do interesse público, insindicabilidade do mérito e poderes administrativos), começa a ser superado no final do século passado por dois fatores essenciais: advento da sociedade participativa e afirmação do constitucionalismo. A passagem de uma ‘administração impositiva’ para uma ‘administração cidadã’ é situada no ‘processo de constitucionalização da Administração Pública’.

Nessa linha, o estudo da delimitação de competência entre os entes federativos coloca-se como uma questão premente e essencial a ser analisada. No caso em tela, busca-se analisar as implicações e os desdobramentos da concessão de transporte aquaviário na região metropolitana, como no caso concreto da possibilidade de oferta de serviço público de barcas que trafeguem na Baía de Guanabara, em especial entre os Municípios de São Gonçalo, Niterói e Rio de Janeiro.

Doutrinariamente, a região metropolitana pode ser assim caracterizada²¹:

As Regiões Metropolitanas, mais importante espécie de regionalização no Direito brasileiro, são constituídas por uma comunidade dotada de funções

Disponível em: <http://www.jurisconsultos.org/2015-5-16---administrativo.html>. Acesso em 30.11.2015.

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 10 e ss.

²¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Wanderley. Região metropolitana. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

urbanas especializadas e integradas, com vistas à organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum exigidos em razão daquela mesma integração urbano-regional. Entre tais funções de interesse comum, identificam-se, v.g., a segurança pública, saneamento básico, uso do solo metropolitano, aproveitamento de recursos hídricos, produção e distribuição de gás canalizado, cartografia, habitação, preservação do meio ambiente, combate à poluição e planejamento integrado.

De maneira inequívoca, a Constituição Federal de 1988 trouxe implicações significativas para instituto da região metropolitana, a saber: (i) deslocamento, da União para os Estados, da competência para instituir regiões em que a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum devessem ser compulsoriamente integrados; e (ii) ampliação do conceito de interesse comum para abarcar o interesse da aglomeração urbana.

Esse deslocamento de competência, em âmbito constitucional, permitiu que os Estados tenham uma dimensão mais exata da instituição da região metropolitana, e em conjunto com os Municípios, identifiquem os problemas sociais e econômicos mais prementes da população. Esse compartilhamento, contudo, não induz a uma adesão voluntária dos municípios participantes. Ao contrário, conforme já sinalizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), trata-se de adesão compulsória iniciada através da edição, pelo Estado-membro competente, da lei complementar prevista no § 3º do art. 25 da CRFB/88²².

²² Diante de tal entendimento, restou julgado inconstitucional pela Corte Constitucional, através da ADI nº 1.841/RJ, o parágrafo único do art. 357 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (CERJ), por exigir prévia aprovação da Câmara Municipal para fins de participação de um município em uma região metropolitana, conforme ementa abaixo transcrita: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS, MICROREGIÃO. C.F., art. 25, §3º. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 357, parágrafo único. I. - A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, depende, apenas, de lei complementar estadual. II. - Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 357 da

Nesse sentido, o enfrentamento da natureza jurídica da região metropolitana certamente auxilia no compartilhamento de responsabilidades e competências entre os entes federativos, notadamente em questões de grande impacto para a coletividade, tais como transporte aquaviário, saneamento básico, dentre outros temas.

Contudo, o dispositivo constitucional não esclarece amiúde a natureza jurídica da região metropolitana, além de ser um conceito plurívoco, que comporta as seguintes acepções, conforme expõe Edésio Fernandes:

- a natureza das regiões metropolitanas, isto é, se trata de regiões de serviços comuns; regiões de desenvolvimento econômico; regiões de planejamento administrativo e territorial; um híbrido de tais funções; e também (e essa é uma discussão polêmica e difícil) se trata também de uma região política;
- a medida da convivência da esfera local com a escala metropolitana; e
- a titularidade do interesse metropolitano, tanto no que se refere a quem tem competência para agir em matérias metropolitanas, como também no que diz respeito à medida, forma e qualidade de participação popular nos processos decisórios que constituem a ordem jurídico institucional metropolitana.

Não obstante a discussão acerca da interpretação do dispositivo constitucional, a Lei nº 13.089/15, que instituiu o Estatuto da Metrópole, em seu art. 5º, inciso II, indicou a natureza de unidade territorial urbana das regiões

Constituição do Estado do Rio de Janeiro. III. - ADIn julgada procedente.” Para acesso a CERJ, ver <http://www.alerj.rj.gov.br/processo6.htm> (acesso em 27/12/2015, às 20:44).

Nesse sentido, indicamos a incompatibilidade material da previsão contida no § 1º do art. 22 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, que prevê a necessidade de prévia aprovação da Câmara Municipal para fins de participação do Município em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião. Para acessar a Lei Orgânica, acessar <<http://www2.rio.rj.gov.br/pgm/leiorganica/leiorganica.html#t2c2>>. Acesso em 27 dez. 2015.

metropolitanas²³. Consolida-se, portanto, o entendimento doutrinário no sentido de que as regiões metropolitanas não configuram nova unidade territorial autônoma, não contando com autonomia política no desenho federativo do País.

No entanto, subsiste a discussão acerca da modelagem jurídica que assumiria essa unidade territorial prevista no art. 25, § 3º da CRFB/88. Alguns autores acreditam que a região metropolitana apresentaria natureza de autarquia interfederativa (conforme consórcio público, com previsão contida no inciso VI do art. 9º do Estatuto da Metrópole²⁴), já que desempenha função tipicamente administrativa e sua criação decorreria da lei. O professor Luiz Henrique Alochio²⁵ ressalta que não existe nenhum obstáculo jurídico ao enquadramento de região metropolitana como entidade de natureza autárquica. Ao contrário, parece ser a modelagem que melhor se adapta as especificidades

²³ Não são apenas as figuras instituídas no § 3º do art. 25 (região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões) que seriam classificadas como novas unidades territoriais no âmbito da federação brasileira. O Constituinte permite, no art. 43, a instituição de regiões, pela União, visando o desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. Além disso, temos ainda no plano infraconstitucional, a Lei nº 9.433/97, que em seu art. 1º, inciso V, prevê a bacia hidrográfica como unidade territorial para a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

²⁴ Em sentido oposto, em posicionamento anterior a edição da Lei nº 13.089/15, ver nota de rodapé em CORREIA, Arícia Fernandes; FARIAS, Talden. Regionalismo com uma nova perspectiva para o federalismo brasileiro: o leading case relativo à Região Metropolitana do Rio de Janeiro. In: AIETA, Vania (Coord.). Cadernos de Direito da Cidade: estudos em homenagem à professora Maria Garcia. Série I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 22-23: “Não poderão revestir a natureza de associações públicas ou privadas, decorrentes de consórcios públicos, porquanto estes dependam de instituição por contrato (art. 3º da Lei Federal nº 11.107/2005) e aquelas primeiras de leis autorizativas de todos os entes consorciados, enquanto a instituição da região metropolitana se dá ex vi legis. Não obstante a natureza jurídica diversa, por sua natureza naturalmente consorcial, mas, também, autárquica e, assim, dotada de personalidade jurídica própria, estas autarquias podem, em tese, tal como ocorre com as associações públicas na Lei de Consórcios Públicos, ser consideradas como ficticiamente pertencentes a todas as entidades federativas componentes da região metropolitana e cujo Conselho de Administração – ou órgão de diverso nomen juris, mas competência afim – deve comportar a representatividade de todos os entes metropolitanos de uma mesma região.”

²⁵ ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. O problema da concessão dos serviços públicos nas regiões metropolitanas: (re) pensando um tema relevante. Interesse Público. nº 24, v. 5, 2004. P. 187-204.

administrativas dessa unidade territorial, haja vista que viabiliza a concessão dos serviços públicos de interesse comum.

Superada a discussão acerca da natureza jurídica, é importante ressaltar que a configuração do interesse metropolitano não está vinculada unicamente à característica física de serem os municípios fronteiriços, conurbados. O interesse comum titularizado pela região metropolitana pode ser definido como aquele que ultrapassa o interesse de um único município, mas que, no entanto, não se confunde com o interesse regional, atribuído aos Estados-membros. Trata-se, dessa forma, de um interesse compartilhado por todos os entes envolvidos, não correspondendo tão somente aos interesses compartimentalizados dos entes integrantes da respectiva unidade territorial.

A dificuldade de definição do interesse comum é própria da natureza da região metropolitana: cada região apresentará características e desafios diferenciados, o que influenciará na compreensão de quais serão os interesses e funções metropolitanas. Tentando balizar esse exercício de identificação, Arícia Correia e Talden Farias propõem a adoção dos seguintes *standards* para a definição dos interesses comuns: os princípios da subsidiariedade, da solidariedade (federativa) e da eficiência e economicidade, conforme abaixo apresentado²⁶:

Pelo princípio da subsidiariedade, nas matérias em que Municípios, ainda que conturbados, sejam hábeis a resolver os problemas de raiz comum mediante soluções locais e desde que todos se encontrem nesta mesma situação, nada obsta que a subsidiariedade conduza à prevalência da subsidiariedade sobre a solidariedade federativa das entidades regionais; ao revés, se apenas um dos entes metropolitanos sofrer com a falta de uma solução colegiada para problema metropolitana que afete a todos, o princípio da solidariedade federativa, que atrai o exercício da competência metropolitana, há de prevalecer sobre o

²⁶ CORREIA, Arícia Fernandes; FARIAS, Talden. Regionalismo com uma nova perspectiva para o federalismo brasileiro: o leading case relativo à Região Metropolitana do Rio de Janeiro. In: AIETA, Vania (Coord.). Cadernos de Direito da Cidade: estudos em homenagem à professora Maria Garcia. Série I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 25.

da subsidiariedade. Outro *standard* a ser levado em conta na delimitação das questões metropolitanas diz respeito à eficiência e à economia de escala – com consequente economicidade – de ações integradas, gerando economia de escala para todos os entes metropolitanos.

Nesse contexto, ter-se-iam, de acordo com o Ministro Gilmar Mendes²⁷, duas grandes dificuldades no tema interesse metropolitano, que se agravam nessa nova configuração do espaço:

- (i) a inviabilidade econômica e técnica de os municípios implementarem isoladamente determinadas funções públicas e (ii) a possibilidade de um único município obstar o adequado atendimento dos interesses de várias comunidades.

Pelo exposto, visualiza-se que o fenômeno das regiões metropolitanas não se restringe ao desenvolvimento de serviços públicos, e sim às funções públicas de interesse comum que se pretendem alocar ao âmbito metropolitano, notadamente, no presente artigo, o serviço de transporte aquaviário de passageiros, previsto no art. 3º da Lei Complementar Estadual nº 87/97, cuja inconstitucionalidade restou arguida no âmbito da Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842.

3. Região metropolitana do Rio de Janeiro: a (in)constitucionalidade da Lei Complementar nº 87/1997

O legislador estadual considerou como interesse metropolitano ou comum, conforme se observa na redação do art. 3º da LC nº 87/97, “*as funções públicas e os serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes,*

²⁷ MENDES, Gilmar. Regiões metropolitanas e saneamento público. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 689.

concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como os serviços supramunicipais”, apresentando um rol que contempla, no inciso III, o “transporte coletivo rodoviário, aquaviário, ferroviário e metroviário, de âmbito metropolitano ou comum, através de uma ou mais linhas ou percursos, incluindo a programação de rede viária, do tráfego e dos terminais de passageiros e carga”, e, no inciso V, o “aproveitamento, proteção e utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, e o controle da poluição e preservação ambiental, com vistas ao desenvolvimento sustentável”, atribuindo-se ao Estado do Rio de Janeiro a competência de poder concedente de ditos serviços públicos.

O Partido Democrático Trabalhista (PDT) impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842 perante o Supremo Tribunal Federal (STF)²⁸, alegando a inconstitucionalidade dos artigos 1º, 2º, parte final, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11 da referida Lei Complementar Estadual²⁹. Os principais argumentos suscitados pela parte legitimada referia-se a afronta ao princípio do equilíbrio federativo, da autonomia municipal, da não intervenção dos Estados nos Municípios, das competências municipais, e das competências comuns da União, dos Estados e dos Municípios, uma vez que a referida Lei atribuía ao Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 4º, a administração da Região Metropolitana, na qualidade de órgão executivo.

Analisando os principais debates que envolviam o tema, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao proferir a decisão final³⁰, entendeu pela procedência

²⁸ O Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido da Frente Liberal (PFL) e o Partido Popular Socialista (PPS) também questionaram a constitucionalidade da respectiva LC nº 87 (ADIN's nº 1826, 1843, 1906, respectivamente), tendo sido todas apensadas a ADIN nº 1842.

²⁹ A respectiva ADIN também questionou a constitucionalidade da Lei Ordinária Estadual nº 2.869/97, que dispôs sobre o regime de prestação do serviço público de transporte ferroviário e metroviário de passageiros no Estado e sobre o serviço público de saneamento básico no Estado do Rio de Janeiro, especificamente os arts. 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21. Considerando que o presente artigo tem como foco o transporte aquaviário de passageiros no Estado, optou-se pelo não aprofundamento de tais dispositivos, por tratar-se de serviços públicos de natureza diversa, ou por tratar-se de modais de natureza diversa, no caso do transporte ferroviário e metroviário de passageiros.

³⁰ O STF julgou prejudicada a ação quanto ao art. 1º, caput, e § 1º; art. 2º, caput; art. 4º, caput, e incisos I a VII; e quanto ao art. II, caput, e incisos I a VI, todos da Lei Complementar nº 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro. No mérito, julgou parcialmente procedente a ação, por maioria, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembléia Legislativa”, constante do inciso I do art. 5º; bem como do § 2º do art. 4º; do parágrafo único do art. 5º; dos

parcial da ação de controle concentrado de constitucionalidade, indicando a necessidade de observância da gestão compartilhada entre os entes federativos envolvidos nos interesses metropolitanos. Indicou ainda que o interesse comum, que caracteriza tais regiões, bem como a compulsoriedade na adesão pelos Municípios não representariam incompatibilidade com a autonomia municipal. Isso ocorre porque, conforme já sinalizado, o interesse comum não se refere apenas aos municípios integrantes da unidade territorial, configurando um interesse compartilhado entre o Estado e os Municípios que compõem o agrupamento urbano. Nessa lógica, o que deve ser observado é o respeito a divisão de responsabilidades entre os entes integrantes da região metropolitana, evitando-se que o poder de decisão e de concessão se concentrem em apenas um único Ente da Federação.

A decisão do STF sofreu modulação de efeitos de forma a garantir a continuidade dos serviços públicos prestados na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, uma vez que a abrupta transferência da gestão dos serviços para fins de adequação ao decidido pela Corte Constitucional inviabilizaria a continuidade dos mesmos, o que poderia gerar incerteza jurídica e problemas aos seus usuários. Por tal razão, a decisão proferida somente terá eficácia a partir de 24 (vinte e quatro) meses após a conclusão do julgamento da ADIN nº 1.842, garantindo-se, na prática, prazo para o Estado do Rio de Janeiro elaborar um novo modelo de planejamento e execução das funções públicas de interesse metropolitano, baseado na gestão compartilhada entre os entes federativos envolvidos, e observada a participação popular no processo decisório.

Percebe-se que o STF, na respectiva decisão, acompanhou o entendimento doutrinário mais abalizado, que enfatiza o regionalismo como uma nova forma de analisar a relação entre espaço e poder, conforme se extrai das lições de Arícia Correia e Talden Farias³¹:

Pode-se perceber que a decisão do Supremo Tribunal Federal estaria em sintonia com a melhor doutrina

incisos I, II, IV e V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10; e do § 2º do art. 11, todos da LC nº 87/1997-RJ. Declarou ainda a inconstitucionalidade dos artigos 11 a 21 da Lei nº 2.869/1997-RJ.

³¹ CORREIA, Arícia Fernandes; FARIAS, Talden. Regionalismo com uma nova perspectiva para o federalismo brasileiro: o leading case relativo à Região Metropolitana do Rio de Janeiro. In: AIETA, Vania (Coord.). Cadernos de Direito da Cidade: estudos em homenagem à professora Maria Garcia. Série I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 37.

sobre o Novo Regionalismo, na medida em que reconhece a necessidade de criação de estratégias integradas de planejamento e de execução para temas de interesses comuns – e não decisões autonômicas e descoordenadas, nos casos de interesses comuns -, conferindo aos entes metropolitanos uma liberdade de escolha do modelo de governança metropolitana, que leve em conta suas especificidades e suas autonomias políticas, ao mesmo tempo em que se rechaça qualquer ‘centralismo’ nas decisões a serem tomadas, as quais, afinal, deverão ser colegiadas.

Em artigo direcionado a análise das regiões metropolitanas e saneamento básico, o Ministro Gilmar Mendes³² assim concluiu acerca da natureza da estrutura colegiada para a gestão das regiões metropolitanas:

Ressalta-se que a mencionada estrutura colegiada pode ser implementada tanto por acordo, mediante convênios, quanto de forma vinculada, na instituição dos agrupamentos de municípios.

E exatamente na direção posta pelo STF que foi editada, em 2015, a Lei nº 13.089, instituindo o Estatuto da Metrópole, cujos principais pontos serão abordados no próximo tópico³³.

³² O respectivo artigo foi publicado em momento anterior a decisão final proferida na respectiva ADIN. Ver: MENDES, Gilmar. Regiões metropolitanas e saneamento público. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 698.

³³ No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, importante ressaltar que se encontra em tramitação na Assembleia Legislativa do Estado, Projeto de Lei Complementar nº 10/2015, que dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, a sua composição, organização e gestão, definindo as funções públicas e serviços de interesse comum. Trata-se de tentativa do legislador estadual adaptar a legislação sobre região metropolitana ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADIN nº 1842.

O respectivo projeto de lei, além de criar agência executiva específica da Região Metropolitana, define, em seu art. 2º, inciso III, como de interesse metropolitano ou comum a mobilidade urbana metropolitana, independentemente do modal, conforme abaixo transcrito:

4. O estatuto da metrópole e a nova configuração das regiões metropolitanas

Por ser classificada como uma norma de eficácia contida, o § 3º do art. 25 da CRFB/88 teve seu conteúdo jurídico ampliado por meio da edição da Lei Federal nº 13.089/15, que instituiu o autointitulado “Estatuto da Metrópole”³⁴.

A União, no exercício de sua competência legislativa atribuída no inciso XX do art. 21 – instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano, o que incluiu habitação, saneamento básico e transportes urbanos -, e no inciso I do art. 24 – competência para legislar direito urbanístico de forma concorrente com os Estado e o Distrito Federal -; da competência material contida no inciso IX do art. 23 – promoção de programas de construção de moradias e de melhorias das condições habitacionais e de saneamento básico, competência esta exercida de forma concorrente com os Estados, Distrito Federal e Município -, todos da CRFB/88, editou a respectiva lei objetivando o estabelecimento de “*diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados*”³⁵, bem como normas

“Art. 2º Consideram-se de interesse metropolitano ou comum às funções públicas e os serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados entre si, notadamente:

(...)

III – a mobilidade urbana metropolitana: os serviços referentes à circulação e aos transportes públicos de grande capacidade, independentemente do modal, bem como das vias e outras infraestruturas de mobilidade urbana, de cargas e passageiros, que tenham caráter metropolitano.

Entende-se como transporte público de caráter metropolitano aquele que atende deslocamentos de passageiros, no território da Região Metropolitana, não caracterizado como de âmbito local ou sub-regional.”

³⁴ O presente artigo não objetiva questionar a constitucionalidade da respectiva Lei. No entanto, deve ser pontuado que existem questionamentos acerca da competência da União para a edição do respectivo diploma normativo, bem como para a determinação de normas específicas para a instituição e funcionamento de tais espaços territoriais.

³⁵ O art. 1º, caput, da Lei nº 13.089/15 assim dispõe:

“Art. 1º. Esta Lei, denominada Estatuto da Metrópole, estabelece diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados, normas gerais sobre o

gerais para o desenvolvimento integrado e para instituição de instrumentos de governança federativa.

Observando a previsão contida no § 3º do art. 25 da CRFB/88, ou seja, a competência do legislador estadual para a edição de lei complementar objetivando a instituição das regiões metropolitanas, o art. 5º do Estatuto da Metrópole exige que tal lei defina, de forma obrigatória, (i) os Municípios que integram a Região Metropolitana; (ii) as funções públicas de interesse comum que justificam a instituição da região metropolitana; (iii) a estrutura de governança federativa adotada, incluindo a organização administrativa, o sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas; (iv) os meios de controle e participação social na organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum.

De forma didática, o legislador optou por conceituar, no art. 2º, região metropolitana, função pública de interesse comum e governança federativa.

Adotando um critério técnico, definiu região metropolitana como a aglomeração urbana que configure uma metrópole. Nesse sentido, dissecando o conceito a partir das definições apresentadas pelo próprio legislador, aglomeração urbana é definida como unidade territorial urbana caracterizada por complementaridade funcional e integração das dinâmicas geográficas, ambientais, políticas e socioeconômicas, formada pelo agrupamento de 02 (dois) ou mais Municípios limítrofes. Metrópole consiste no “*espaço urbano com continuidade territorial que, em razão de sua população e relevância política e socioeconômica, tem influência nacional ou sobre uma região que configure, no mínimo, a área de influência de uma capital regional, conforme os critérios adotados pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE*”³⁶,

plano de desenvolvimento urbano integrado e outros instrumentos de governança interfederativa, e critérios para o apoio da União a ações que envolvam governança interfederativa no campo do desenvolvimento urbano, com base nos i, IX do art. 23 e I do art. 24, no § 3º do art. 25 e no art. 182 da Constituição Federal. (...)”

³⁶ Conforme redação do inciso V do art. 2º da Lei nº 13.089/15. Trata-se, portanto, da adoção de critérios técnicos para a definição de metrópole, a ser indicado no âmbito da competência material da União. Conforme anteriormente exposto, o presente artigo não objetiva questionar a constitucionalidade da respectiva Lei. No entanto, poder-se-ia questionar a constitucionalidade de tal ponto, uma vez que, de acordo com o § 3º do art. 25 da CRFB/88, a competência para instituir uma região metropolitana compete aos Estados.

Função pública de interesse comum consiste na política pública ou na ação nela inserida que, ao ser realizada por um Município, de forma isolada, configura-se inviável, ou ocasiona impactos em Municípios limítrofes. Visualiza-se uma interlocução legislativa estabelecida com os conceitos e delimitações traçados no âmbito doutrinário, e na jurisprudência do STF.

Governança interfederativa é definida como a atuação conjunta dos Entes da Federação, através do compartilhamento de responsabilidades e ações para fins de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum, concretizada pelo Estado e Municípios inclusos em uma região metropolitana, observados os princípios da prevalência do interesse comum sobre o local, efetividade na utilização dos recursos públicos, busca do desenvolvimento sustentável, observância das peculiaridades regionais e locais, gestão democrática da cidade, compartilhamento de responsabilidade objetivando a promoção do desenvolvimento urbano integrado, e autonomia dos entes da Federação, conforme se extrai do art. 6º do Estatuto da Metrópole.

Esse conceito corrobora o instituto da “cooperação interfederativa”, atrelada aos instrumentos jurídicos já disponíveis no direito administrativo, como a figura do consórcio público (Lei nº 11.107/05), expressamente previsto como instrumento disponibilizado para o desenvolvimento urbano integrado das regiões metropolitanas no inciso VI do art. 9º do Estatuto da Metrópole, além do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), que admite expressamente a figura do consórcio público (art. 14 § único, I da Lei 12.462/11).

Ainda no campo de delimitações legislativas, restou especificada, no art. 8º do Estatuto, a estrutura básica que deverá assumir a governança interfederativa das regiões metropolitanas: (i) instância executiva que contará com os representantes do Poder Executivo dos entes federativos envolvidos; (ii) instância colegiada deliberativa, que contará com representação da sociedade civil; (iii) organização pública apresentando funções técnico-consultivas; e (iv) sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas.

Observa-se uma preocupação do legislador em garantir a participação social nos processos de gestão que serão implementados no âmbito da unidade territorial, permitindo, em última análise, uma maior transparência nas ações e controle social da população pertencente aos espaços inseridos nas regiões metropolitanas. Exemplos de tal preocupação podem ser observados no inciso

V do art. 7º, que estabelece como diretriz específica da governança federativa a participação de representantes da sociedade civil nas etapas de planejamento e tomada de decisão, bem como no acompanhamento da prestação de serviços e de execução de obras relativas às funções públicas de interesse comum, bem como no inciso I do § 2º do art. 12, que determina a obrigatoriedade de promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e da sociedade civil, em cada um dos Municípios integrantes da unidade territorial urbana, para fins de elaboração do plano de desenvolvimento urbano integrado, de natureza compulsória para as regiões metropolitanas.

Caberá a doutrina e a jurisprudência se debruçar sobre tal tema, de forma a permitir o debate acerca das ferramentas de participação popular no âmbito da governança interfederativa. Trata-se de contribuição de relevância ímpar, uma vez que esse modelo de unidade territorial urbana conta com especificidades próprias, dentre as quais pode ser destacada a mitigação da responsividade eleitoral, presente de maneira mais intensa nos limites territoriais dos municípios integrantes da região metropolitana.

Além disso, restou indicada, em caráter cogente, a instituição de sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas. Buscou-se, nesse ponto, a otimização dos recursos que serão alocados pelos entes federativos envolvidos, de forma a permitir uma maior eficiência nos serviços de interesse metropolitano envolvidos em tais arranjos territoriais.

Visualiza-se, nas breves considerações ora apresentadas, a preocupação do legislador em unificar conceitos construídos a partir das discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, adotando, conforme anteriormente apresentado, uma nova concepção acerca das relações estabelecidas entre espaço e poder, inaugurada com a promulgação da CRFB/88.

5. O transporte aquaviário de passageiros na região metropolitana do Rio de Janeiro

O serviço aquaviário de passageiros, conforme informa André Saddy³⁷, configura um serviço público privativo, com competências expressas distribuídas na Constituição Federal. Compete a União a exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços de transporte

³⁷ Veja artigo, nesta obra, intitulado “*Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*”, de André Saddy.

aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, conforme previsão contida no art. 21, inciso XII, alínea “d”, da CRFB/88. Restou ressalvado ainda pelo Constituinte a competência dos Municípios para *“organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”*.

Diante de tal distribuição de competências, aos Estados-membros é atribuído o exercício de competência residual, nos termos do § 1º do art. 25 da CRFB/88, ou seja, são reservadas a estes as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição. No caso em epígrafe, ter-se-ia a competência dos Estados para o transporte intermunicipal nos seus limites geográficos, podendo este assegurar a sua prestação de forma direta, ou conforme dispõe o Constituinte, mediante a instauração do regime de concessão ou permissão.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 87 atribuiu ao Estado do Rio de Janeiro a sua qualificação como poder concedente para a prestação de ditos serviços públicos, dentre os quais se destaca a prestação de serviços de transporte aquaviário, tendo sido esse dispositivo – e outros –, objeto de questionamento na Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842, conforme já analisado no presente artigo.

Diante de tal cenário, o questionamento que se suscita, em um primeiro momento, é o seguinte: pode o Estado conceder a execução de serviços de interesse metropolitano? Ao analisar o caso, parece-nos que a Constituição Federal permite vincular a competência do Estado para serviços de interesse comum à existência de uma região metropolitana. Desse modo, a região metropolitana, enquanto detentora de personalidade jurídica se proclamada a tese de sua natureza autárquica, e não o Estado diretamente, deverá ser o responsável pela execução direta de um eventual serviço público de interesse comum.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842, o ponto central discutido consistiu na legitimidade das disposições normativas ao instituir Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos (Lei Complementar nº 87/89) transferindo do âmbito municipal para o âmbito estadual competências administrativas e normativas próprias dos Municípios, especialmente as relativas aos serviços de saneamento básico (Lei Estadual 2.869/97). O STF enfrentou tema afeto às regiões metropolitanas e serviços de

saneamento básico, cujos desdobramentos e consequências jurídicas podem ser estendidos aos serviços públicos de transporte aquaviário de passageiros.

No julgamento da citada ADI, o Plenário do STF julgou parcialmente procedente a ADI para declarar a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembleia” constante no inciso I do artigo 5º; a inconstitucionalidade do artigo 4º, do §1º do artigo 5º; dos incisos I, II, IV e V do artigo 6º; do artigo 7º; artigo 10; e do parágrafo 2º do artigo 11 da Lei Complementar nº 87 de 1997 do Estado do Rio de Janeiro; e dos artigos 11 a 21 da Lei 2.869 de 1997.

A interpretação dada ao §3º do art. 25 da Constituição Federal pelo STF resta atrelada à constitucionalidade dos modelos de gestão, visto que estes *“estão condicionados ao compartilhamento do poder decisório entre estado instituidor e os municípios que os integram, sem que se exijam uma participação paritária relativamente a qualquer um deles”*. Com o advento da Lei nº 13.089/15, consolidou-se a necessidade de implantação de uma governança interfederativa que observe um processo permanente e compartilhado de planejamento e tomada de decisão, não permitindo a concentração de poderes de decisão e de concessão em apenas um ente federativo integrante da região metropolitana.

Interessante citar, no âmbito da ADI 1.842, o entendimento exarado pelo Ministro Teori Zavascki, o qual, em resumo, assinalou que a constituição das regiões metropolitanas não pode ocorrer por mera transferência de atribuições para os Estados, pois isso comprometeria o federalismo. Segundo o Ministro, não se pode traçar uma fórmula precisa para a participação dos diversos entes em uma entidade comum. Nessa linha, o Ministro Marco Aurélio asseverou que o disposto do art. 25, §3º da CF/88 não representa autorização para que o Estado avoque competências locais a sua livre escolha, pois isso poderia implicar em desequilíbrio federativo. Houve, por fim, conforme ressaltado, a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que ela só tenha eficácia a partir de 24 meses após o julgamento da presente ADI 1.842³⁸, o que permitirá ao Estado do Rio de Janeiro a adaptação de sua

³⁸ Segundo análise do julgado, o Ministro Ricardo Lewandowski modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que ela só tenha eficácia a partir de 24 meses após este julgamento, pois *“entendo que se cuida de uma decisão que envolve a prestação de serviços públicos relevantes da região metropolitana do Rio de Janeiro, da microrregião dos Lagos, os quais não podem sofrer dissolução de continuidade”*.

legislação ao entendimento firmado pela Corte Constitucional, bem como ao disposto no Estatuto da Metrópole.

No que se refere a matéria saneamento básico, desde a instituição da PLANASA (Plano Nacional de Saneamento) pelo Governo Federal em 1971, o serviço de saneamento básico é via de regra prestado por empresas públicas estaduais, sendo que atualmente, cerca de 80% da população brasileira é atendida por 25 empresas estaduais, e o restante do mercado composto por 255 operadoras locais³⁹.

O que a doutrina discute, atualmente, é se a Constituição Federal de 1988 teria dado uma nova configuração à matéria, especialmente no que tange à competência dos municípios nessa atividade, ao atribuir-lhes os serviços públicos de interesse local (art. 30, V CF). O mesmo questionamento pode ser transportado para a discussão acerca da competência para os serviços de transporte aquaviário de passageiros no âmbito da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, em especial, na Baía de Guanabara, interligando os Municípios de São Gonçalo, Niterói e Rio de Janeiro.

Nesse caso, ter-se-ia a aplicação dos dispositivos constitucionais que delimitam as competências entre os entes federativos. Ao Estado compete a prestação de serviços públicos de transporte de natureza intermunicipal, em decorrência da interpretação conjunta dos arts. 21, inciso XII, alínea “d”, 25, § 1º e 30, inciso V, todos da Constituição Federal. Por tal razão, a competência material para prestação de serviços de transporte aquaviário de passageiros na Baía da Guanabara seria do Estado do Rio de Janeiro, devendo este figurar como poder concedente e regulador.

Diverso seria o caso apresentado por Ana Paula Almeida e Mariana Fernandes Cunha Jorge⁴⁰ acerca da competência para viabilizar o transporte aquaviário de passageiros no âmbito do Município do Rio de Janeiro, especificamente entre a Barra da Tijuca e a Praça XV. O trajeto encontra-se adstrito aos limites territoriais do Município do Rio de Janeiro, mas isso, por si só, seria capaz de caracterizar o interesse local e atrair a competência do

³⁹ Os dados são de MOTTA, Ronaldo Seroa da; MOREIRA, Ájax R.B. *Efficiency and regulation in the sanitation sector in Brazil*. Texto para discussão nº 1.059. Rio de Janeiro: IPEA, dezembro de 2004, p. 4.

⁴⁰ Veja artigo, nesta obra, intitulado “*Aspectos Constitucionais do Transporte Aquaviário: previsões constitucionais e solução de conflitos*”, de Ana Paula de Almeida e Mariana Fernandes Cunha Jorge.

respectivo ente da federação? Entendemos que a questão não é tão simples como uma primeira leitura poderia sugerir.

Nesse caso poderíamos estar diante de um interesse que transcende àquele referente ao do Município do Rio de Janeiro. Não há dúvidas que uma ligação entre modais, ou até mesmo entre esta linha e a que atende ao Município de Niterói beneficiaria, em última análise, a população da Região Metropolitana⁴¹. Por tal razão, é possível vislumbrar um interesse comum no caso apresentado, o que poderia configurar, em última análise, o interesse metropolitano em tal questão.

Também inclinando-se pela competência do Estado, no que se refere ao transporte aquaviário no âmbito da região metropolitana, assim se posicionou o professor Marcos Juruena Villela Souto⁴², em trecho abaixo reproduzido:

Várias foram as questões suscitadas em âmbito de eventual competência estadual ou municipal sobre serviços de transporte aquaviário no contexto de um município ou de uma região metropolitana. Afinal, o conceito abrangente de porto [disposto na Lei nº 9.074/95] estaria a abrigar, também, a simples estação de embarque de passageiros para o transporte aquaviário interno. Da decisão pela competência federal poderia ficar inviabilizada qualquer concessão estadual ou municipal; em casos como o do Estado do Rio de Janeiro, que era controlador de uma empresa pública que opera o setor (a CONERJ), a inexistência de poder concedente impossibilitaria a sua privatização com outorga de concessão. Neste exemplo, o ilustre jurista e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Luis Roberto Barroso, concluiu que a

⁴¹ Esse é o entendimento esposado por Flávio Willeman, em palestra proferida no Seminário “Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo”, em 12/2008, Mangaratiba, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2008/12/poder-concedente-municipal-estadual-e-federal-conflito-de-competencia>>. Acesso em 30 dez. 2015.

⁴² SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo das Concessões: concessões, terceirizações, convênios, consórcios, acordos e outras formas de gestão associada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

competência federal abrange a legislação e o poder de polícia, mas não a titularidade do serviço que abrange o transporte no mesmo município, que, por integrar região metropolitana formalmente reconhecida, admite o poder concedente estadual.

Já a lição do professor Alexandre Santos de Aragão⁴³ corrobora os argumentos suscitados pelo presente artigo. A tentativa de equalização da controvérsia acima suscitada perpassa pela consideração da previsão do art. 25, §3º da CF/88, com a necessidade de atribuições de competências à região metropolitana, conforme se visualiza a seguir:

Na ausência de uma clara delimitação das competências estaduais e municipais, uma solução possível e eficiente seria a composição harmônica entre os distintos entes da federação, em prol do melhor arranjo institucional capaz de atender ao interesse público, que é a prestação adequada do serviço e a sua universalização. A articulação entre os diversos entes da federação seria uma exigência da própria atividade, tanto em decorrência de limites naturais de disponibilidade de recursos hídricos como para um melhor aproveitamento da infraestrutura existente e da maximização dos investimentos realizados no setor.

Portanto, defendemos a opinião de que não há, no ordenamento jurídico, normatividade impedindo que as próprias regiões metropolitanas exerçam a atribuição de conceder eventuais serviços públicos de interesse metropolitana, visto que não deveria ser tal atribuição exercida diretamente pela pessoa política do Estado. Ao mesmo tempo, cumpre ressaltar que a competência da região metropolitana não necessariamente significa a exclusão das competências municipais. Ademais, esse entendimento se coaduna com a necessária segurança jurídica e previsibilidade normativa que informam o tema

⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 291-293.

do serviço de transporte aquaviário de passageiros, inserido na região metropolitana.

Conclusões

O presente artigo objetivou apresentar o arcabouço normativo que rege a figura territorial das regiões metropolitanas. Para tanto, levantou-se os principais debates existentes acerca da natureza jurídica dessa nova forma de configuração do poder e do espaço, bem como digressões acerca do interesse metropolitano envolvido em tal figura.

Optou-se por delimitar o âmbito de análise ao Estado do Rio de Janeiro, a partir da análise da Lei Complementar Estadual nº 87/97, bem como do julgamento acerca da constitucionalidade do respectivo diploma pela Corte Constitucional do País.

As discussões produzidas no campo teórico, associadas aos debates legislativos, permitiram a edição de um novo diploma legal, intitulado Estatuto da Metrópole, que buscou unificar normas gerais para essa nova unidade territorial no âmbito do federalismo instaurado pela CRFB/88. Com base nesse diploma normativo, buscou-se esmiuçar a competência da região metropolitana para funcionar como poder concedente do transporte aquaviário de passageiros, discutindo os pontos principais e positivos acerca desse processo de concessão.

Certamente, o investimento em políticas públicas de transporte coletivo de passageiros, notadamente o aquaviário, traz externalidades positivas para a sociedade e economia fluminense, impactando a arrecadação tributária, a melhora dos índices de mobilidade urbana, de diminuição do uso de gases poluentes ao meio ambiente, dentre outros. É imperioso que o Estado do Rio de Janeiro aproveite seu potencial hidroviário como maneira de conferir mobilidade e qualidade de vida à população, além de refletir na consecução de um direito fundamental, qual seja o de ir e vir (art. 5º, XV da CF/88).

Contudo, o desenvolvimento do transporte aquaviário deve vir acompanhado de um marco jurídico/regulatório claro, com regras definidas e transparentes, as quais permitam trazer previsibilidade e segurança jurídica ao concessionário, e sobretudo, o respeito e segurança aos usuários, que são frequentemente marginalizados do processo de concessão e têm o direito subjetivo de receber um serviço público adequado, nos termos da redação dada ao art. 7º da Lei 8.987/95.

Referências

- ALCHIO, Luiz Henrique Antunes. O problema da concessão dos serviços públicos nas regiões metropolitanas: (re) pensando um tema relevante. Interesse Público. nº 24, v. 5, 2004. P. 187-204.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BRAGA, Roberto; CARVALHO, Pompeu. Cidade: espaço da cidadania. In: GIAMETTI & BRAGA (Org.). Pedagogia cidadã. São Paulo: Unesp-Propp, 2004.
- CORREIA, Arícia Fernandes; FARIAS, Talden. Regionalismo com uma nova perspectiva para o federalismo brasileiro: o leading case relativo à Região Metropolitana do Rio de Janeiro. In: AIETA, Vania (Coord.). Cadernos de Direito da Cidade: estudos em homenagem à professora Maria Garcia. Série I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- ENDERS, Armelle. A História do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Griphus, 2009.
- FERNANDES, Edésio. O elo perdido: o desafio da gestão metropolitana. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU. Belo Horizonte, ano 2, n. 12, nov./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=11042>>. Acesso em: 30 nov. 2015.
- FIGUEIREDO, Tábata Poleze, MELLO, Guilherme e MACEDO, Marcus. A crise de territorialidade do Estado: Direito administrativo global ou direito administrativo sem Estado? Disponível em: <http://www.jurisconsultos.org/2015-5-16---administrativo.html>. Acesso em 30.11.2015.
- MENDES, Gilmar. Regiões metropolitanas e saneamento público. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.).

Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOTTA, Ronaldo Seroa da; MOREIRA, Ájax R.B. Efficiency and regulation in the sanitation sector in Brazil. Texto para discussão nº 1.059. Rio de Janeiro: IPEA, dezembro de 2004.

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SLAWINSKI, Pedro Gonçalves da Rocha. Regiões metropolitanas e serviços públicos de interesse comum. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 60, p. 214-239, Janeiro, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo das Concessões: concessões, terceirizações, convênios, consórcios, acordos e outras formas de gestão associada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Wanderley. Região metropolitana. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Palestra proferida no Seminário “Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo”, em 12/2008, Mangaratiba, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2008/12/poder-concedente-municipal-estadual-e-federal-conflito-de-competencia/>>. Acesso em 30/12/2015.

TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS: a eficácia das multas aplicadas pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transporte Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro (AGETRANSP)

Marcus Vinícius Câncio Macedo

Pós-graduação em Direito Administrativo Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Assessor do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: *Introdução; 1 A agência reguladora estadual – AGETRANSP; 2. Direito sancionador no âmbito da AGETRANSP; 2.1. A finalidade punitiva; 2.2. Natureza jurídica do TAC em procedimentos sancionatórios; 2.3. O exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), e da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); 3. Estudo de Caso; 3.1. Histórico do Sistema de Transporte Aquaviário; 3.2. Metodologia utilizada; 3.3. Breves notas acerca dos processos regulatórios que embasaram a pesquisa; 3.3.1. Concessionárias Barcas S.A (atual CCR Barcas); 3.3.2. Concessionária Metrô Rio; 3.3.3. Concessionária Supervia; 3.4. Análise dos Processos; Conclusões; Referências.*

Introdução

Este artigo visa discutir a efetividade das sanções de multas aplicadas pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP -, no exercício de seu poder fiscalizatório, na medida em que coíbem as más práticas das concessionárias de serviço público concedido, bem como verificar se existiriam outros mecanismos jurídicos mais eficientes para a regulação desses setores.

Para essa finalidade, aborda-se a temática a partir de uma análise dos processos regulatórios que aplicaram a penalidade de multa, no intervalo compreendido a partir de 2005 – ano em que a AGETRANSP sucedeu a extinta ASEP-RJ -, até o ano de 2012.

Dessa forma, o foco do trabalho concerne à possibilidade de se aplicar – a partir das transformações ocorridas na regulação em que se reconhece a perda, ainda que gradual, do caráter de prevalência e de supremacia estatal nas relações sociais – uma postura que possibilite que a Administração Pública atue de forma mais consensual, pautada, sobretudo, no caso dos serviços públicos, de uma prestação mais eficiente possível.

Ao final, pretende-se verificar se as sanções, tais como previstas no contrato de concessão, são eficazes para desestimular a prestação de um serviço defeituoso por parte do concessionário, bem assim se existe margem para que o Regulador deixe de aplicar penalidades passando a determinar outras medidas, que atendam melhor ao interesse principal na atividade regulada, tal como os termos de ajustes conduta.

1. A agência reguladora estadual – AGETRANSP

A história da privatização no Estado do Rio de Janeiro teve início com o Programa Estadual de Desestatização, PED, instituído pela Lei Estadual nº 2.470/95. Essa ação objetivava desde o saneamento das contas estatais, com a receita das alienações e a redução dos custos de operação, quanto à modernização dos serviços prestados¹.

O Programa Estadual de Desestatização previu a criação do ente regulador, na estrutura da Administração Pública indireta, para gerir esse processo, bem assim exercer o poder regulatório, pois apesar de delegados ao setor privado, seguiam sendo de responsabilidade pública, como era o caso dos transportes.

Em 13/02/97 criou-se a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ, instituída pela Lei Estadual nº 2.686/97 sob a forma de autarquia, com personalidade jurídica de direito público e plena autonomia administrativa, técnica e financeira. Sua missão era exercer o poder regulador, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos nas áreas de energia, transporte e saneamento, multissetorial, portanto.

¹ No âmbito do governo federal, havia o Programa Nacional de Desestatização (PND), regulamentado inicialmente pela Lei Federal nº 8.031/90, revogada pela Lei Federal nº 9.491/97. O objetivo era diminuir a participação do Estado em todos os setores da economia, com vistas à eficiência, sem deixar de observar o papel regulatório do Estado.

Em 25/06/05, a Lei Estadual nº 4.555/05, extinguiu a ASEP/RJ e criou, em seu lugar, a AGETRANSP - Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro.

Dentre as atribuições da AGETRANSP, previstas no art. 3º da Lei Estadual nº 4.555/05, destaca-se a de proteger os usuários contra práticas abusivas e monopolistas – podendo, inclusive, proteger estes direitos valendo-se do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

A principal receita da AGETRANSP é oriunda da taxa de regulação de serviços concedidos e permitidos, recolhida diretamente pelo Concessionário ou Permissionário de Transporte, cuja alíquota é de 0,5% (meio por cento) sobre o somatório das receitas auferidas mensalmente pelo Concessionário ou Permissionário.

No que tange a sua estrutura, a AGETRANSP conta com um órgão deliberativo superior, o Conselho-Diretor – CODIR, incumbido de exercer as competências das Leis Estaduais nº 4.555/05 e 2.804/97² e do Contrato de Concessão e seus Termos Aditivos.

Para operacionalizar suas atribuições, a Agência conta em seu organograma com 03 (três) setores, que desempenham funções relevantes: Ouvidoria, Câmara de Transportes – CATRA e Câmara de Política Econômica e Tarifária – CAPET.

As atribuições da Ouvidora estão dispostas no artigo 37 de seu Regimento Interno. Pode-se citar, sem prejuízo das demais, registrar reclamações e sugestões dos usuários; dirimir conflitos entre usuários, Concessionários e Poder Concedente, bem assim prestar esclarecimentos e sugerir soluções nas divergências; elaborar estatísticas, análises e relatórios mensais, encaminhando-os para o Conselho-Diretor e as duas Câmaras Técnicas; e encaminhar as reclamações dos usuários dos serviços regulados em relação à qualidade e à tarifa, às respectivas Câmaras Técnicas e nos casos de gravidade, ao Conselho-Diretor.

No que se refere as Câmaras Técnicas, estas consistem em setores técnicos responsáveis pelo acompanhamento, supervisão e fiscalização dos Contratos de Concessão sob a regulação da AGETRANSP. Seus trabalhos, pelas características de especificidades, balizam as decisões, a edição de

² Dispõe sobre o regime de prestação do serviço público de transporte aquaviário de passageiros, cargas e veículos no Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências.

normas, as diretrizes e demais documentos emitidos pelo Conselho-Diretor da Agência Reguladora.

As Câmaras Técnicas se subdividem em: Câmara de Transporte – CATRA e Câmara de Política Econômica e Tarifária – CAPET

A Câmara de Transporte tem a função de realizar o controle operacional dos Contratos de Concessão e termos de permissão, sujeitos a fiscalização da AGETRANSP. Suas funções encontram-se definidas no artigo 25 do Regimento Interno da Autarquia Estadual.

A Câmara de Política Econômica e Tarifária se divide em 02 (duas) vertentes de regulação: política econômica e política tarifária. A política econômica está atrelada aos aspectos econômicos, contábeis e financeiros do contrato de concessão; enquanto que a política tarifária está atrelada a toda regulação que envolve a tarifa. Suas funções encontram-se definidas no artigo 26 de seu Regimento Interno.

No que tange a estrutura de pessoal da autarquia, esta foi definida no Anexo I da Lei Estadual n.º 4.555/05, que estabeleceu o quantitativo de 26 (vinte seis) vagas para o Quadro de Pessoal Permanente – QPP da AGETRANSP, a ser admitido exclusivamente por concurso público, conforme disposto no art. 16 da referida lei.

Realizadas tais considerações, passamos agora a análise do sistema de transportes de passageiros no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

2. Direito sancionador no âmbito da AGETRANSP

As sanções aplicadas no âmbito das agências reguladoras independentes – modelo que vem sendo adotado pela União e reproduzido no âmbito dos Estados-membros – são atos de natureza regulatória, proferidos por órgãos reguladores, que, muito mais do que simplesmente vigiar e punir, devem procurar intervir e corrigir eventuais anomalias na prestação do serviço concedido.

Alexandre Santos de Aragão³ define o conceito de sanção administrativa como sendo:

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 594.

(...) um prejuízo jurídico infligido pela Administração Pública ao administrado em razão da prática de uma conduta ilegal, podendo traduzir-se no pagamento das multas ou na privação de bens e direitos.

Não obstante, o ilustre doutrinador⁴ assinala que na esfera do Direito Regulatório o conceito de sanção “*possui maior amplitude, abarcando as denominadas medidas coercitivas, intervencionistas e rescisórias próprias dessa atividade*”.

Neste sentido, o que caracteriza a sanção é o cometimento de um ato antijurídico, entendido este como violador do direito.

O art. 4º, incisos I e IV da Lei Estadual nº 4.555/05⁵, atribuiu à AGETRANSP a seguinte competência, *in verbis*:

zelar pelo cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições”, bem assim “fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnico, econômico, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos aplicando diretamente as sanções cabíveis.

Destarte, é possível asseverar que sua função, bem mais que atuar como guardiã dos contratos de concessão e aplicadora de penalidades, consiste em atuar como mediadora, a partir do caráter triangular da relação jurídico-regulatória que envolve o Estado, enquanto Poder Concedente e titular do serviço, a Concessionária, na qualidade de delegatária do serviço, e o Usuário,

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 594.

⁵ A Lei Estadual nº 2.687/97, que criou a extinta ASEP/RJ, conferia-lhes as mesmas atribuições, no art. 4º, I e IV.

garantindo um ambiente propício para o desenvolvimento de um serviço público adequado, nos moldes entabulados no § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/95⁶.

Dito de outra forma, seu objetivo consiste na satisfação do interesse público que deve servir de norte para toda a atividade da Administração.

2.1. A finalidade punitiva

É na Europa, mais especificamente em países como Itália, França, Alemanha, Portugal e Espanha que se dá o nascedouro do Direito Administrativo Sancionador.

No Direito brasileiro, devido à ausência de uma jurisdição administrativa, tal como o modelo francês, nosso conceito, não raras vezes, limita-se a meras reproduções de doutrinadores estrangeiros.

Fábio Medina Osório⁷ assinala que a sanção administrativa consiste:

(...) em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.

⁶ Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de um serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005, p. 150.

Quando a Administração Pública aplica uma penalidade, utiliza de seu poder de império. Isto significa que a aplicação da sanção, na forma entabulada, independe da concordância daquele a quem o ato foi dirigido. E, no âmbito da regulação de serviços públicos, esse exercício de autoridade é desempenhado pelas Agências Reguladoras afetas aos respectivos setores.

Todavia, isso não significa dizer que o atributo de impor sanções tenha sido afastado do Estado, mas sim que as Autarquias, pela sua natureza, podem se valer de uma posição mais negocial e mais mediadora nas relações sociais da Administração com seus administrados, o que vem sendo comumente denominado pela doutrina mais moderna de consensualidade administrativa.

Demais disso, é importante traçar uma distinção entre a natureza pecuniária (de natureza punitiva), daquela ressarcitória. A primeira é dotada de um caráter administrativo-penal, enquanto a segunda busca a reparação das perdas e danos suportados pela parte atingida, sob um caráter de responsabilização civil.

A este respeito Marçal Justen Filho⁸ leciona no seguinte sentido:

A multa ressarcitória tem de ser proporcionada à dimensão das perdas e danos verificados, enquanto a multa punitiva deve relacionar-se com a gravidade da infração praticada. No primeiro caso, busca-se eliminar os efeitos danosos de uma conduta culposa, enquanto no outro o que se pretende é atingir o sujeito que atuou mal.

Assim, a multa punitiva, em princípio, tem por função desestimular as condutas tidas como antissociais, impor um sofrimento àquele que agiu mal, de maneira reprovável, de forma que o infrator prefira obedecer às normas previamente pactuadas a praticar de um ato antijurídico. Trata-se, portanto, de uma finalidade pedagógica.

Assim, constata-se que a utilização de mecanismos regulatórios verticais, nem sempre mais eficientes e mais gravosos, só devem ser colocados em prática naquelas hipóteses onde a consensualidade não logrou êxito.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. 1ª ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2007.

Alexandre Santos de Aragão⁹, tomando por princípio o fundamento contido no § 2º da Lei nº 8.987/95, defende a tese da possibilidade da agência reguladora deixar de penalizar até mesmo nos casos onde há vedação pela norma, confira:

(...) mesmo diante de determinado fato em princípio proibido pelo ordenamento jurídico, possuem os entes reguladores margem para deixar de aplicar penalidades ou determinar outras medidas (através de termos de ajustamento de conduta etc) que, suficientes e proporcionais, claramente atendam melhor ao interesse preponderante na atividade regulada.

Entende o renomado doutrinador que, até mesmos nos casos em que caberia a aplicação da sanção de caducidade, deve-se oportunizar a concessionária corrigir as suas falhas, vez que, a depender do caso concreto, a hipótese ventilada pode acarretar maiores prejuízos de que benefícios para o interesse público.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista¹⁰ entendem que os fatores desse crescente consensualismo da atividade administrativa estariam relacionados a diversos fenômenos convergentes, dentre os quais:

(...) a limitação da autoridade do Estado, a crescente abertura da atividade administrativa para a participação popular, a contratualização da atuação administrativa, o fortalecimento dos vetores de eficiência e economicidade administrativas e o

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 595.

¹⁰ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto de Direito Público, nº 27, agosto/setembro/outubro, 2011.

reconhecimento do esgotamento/insuficiência dos mecanismos tradicionais de atuação administrativa.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹¹, o consenso é extremamente benéfico, tanto à política quanto ao Direito, pois, segundo o autor:

contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

Destarte, a nova postura regulatória caminha no sentido de adotar uma prática cada vez menos unilateral e apenas adjudicatória de direitos para ceder lugar a um modo mais negocial. Esta nova perspectiva, também chamada por alguns de regulação fraca (soft-regulation), deixou sua marca no exercício do poder sancionador, a partir do momento em que se passou a entender como viável a prática de se atingir, por meio de acordos substitutivos, a mesma finalidade a partir da aplicação de uma sanção.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹², ao abordar os quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno, assinala que as funções de prestação do serviço pelo Estado estão constitucionalmente definidas de forma taxativa e têm sempre os direitos fundamentais como limites das ações públicas, recebendo dos direitos fundamentais todas as necessárias orientações de que necessitam para desdobrarem-se em ações e políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Estado.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 59.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.46.

Estes acordos substitutivos pressupõem, como apontados por Floriano de Azevedo Marques e Tatiana Matiello Cymbalista¹³, o seguinte:

- (i) o abandono do procedimento sancionatório, entendido como o iter estabelecido pela norma jurídica de apuração da verdade com vista à aplicação de uma sanção; (ii) o abandono da própria prerrogativa de punir em favor de providências mais efetivas para consecução do interesse público; ou ainda (iii) a renúncia parcial à aplicação de uma sanção, seja em natureza, seja em volume (montante).

Assim, busca-se, por meio de acordos substitutivos, a prevenção à reincidência, a indução à desistência do transgressor e de outros agentes que tenderiam a seguir o mesmo caminho.

Na ação de prestação do serviço público do Estado, que respeite os limites impostos pelos direitos fundamentais, tem-se questionado sobre os efeitos esperados pela Administração Pública com a aplicação da multa exigida pelo concessionário em decorrência da prestação de um serviço defeituoso e que benefícios trarão para a prestação do serviço público, para o seu aperfeiçoamento e para o usuário.

Importante destacar que a análise dos processos regulatórios, objeto da pesquisa, demonstrou que a multa imposta ao concessionário não se traduz em favor do usuário, muito embora seja ele o destinatário do serviço defeituoso que deu margem à aplicação da penalidade, conforme será demonstrado ao longo do presente trabalho.

Neste contexto prático, é possível questionar os efeitos esperados pela Administração Pública Estadual com a aplicação da multa exigida do concessionário pela prestação de um serviço defeituoso, bem assim que benefícios trarão para a prestação do serviço público, para o seu aperfeiçoamento, e, sobretudo, para o usuário do serviço, ou se seria possível à AGETRANSP se valer de uma solução mais flexível, como a já utilizada em

¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto de Direito Público, nº 27, agosto/setembro/outubro, 2011.

algumas decisões de determinar a conversão de seu valor em novos investimentos no sistema.

Por todas, cite-se a decisão tomada nos autos do Processo Regulatório nº E-12/010.104/09, instaurado em face da Concessionária BARCAS à época dos fatos¹⁴, em decorrência da paralisação comercial na Divisão Sul em 19 e 20/04/09.

Em apertada síntese, Barcas S/A deixou os moradores, bem como as pessoas que estavam a passeio na Ilha Grande – Angra dos Reis, sem o serviço (Paralisações parciais dos serviços de transportes na Divisão Sul, nos dias 18 e 19 de abril).

Após instrução, o Conselho-Diretor da Autarquia deliberou, entre outras decisões, pela aplicação da penalidade de multa à Concessionária no valor correspondente a R\$ 100.000,00 pela quebra na continuidade do serviço com fundamento nas disposições contidas no § 1º da Cláusula 10 c/c III da Cláusula 28 do Contrato de Concessão. A decisão foi materializada na Deliberação AGETRANSP/CD nº 203, de 20/07/09.

Irresignada, a concessionária interpôs recurso, pretendendo a reforma da decisão para isentá-la de qualquer punição e, prevalecendo sua responsabilização, que a pena pecuniária fosse transmutada para a de advertência; alternativamente, requereu a conversão da pena de multa em investimentos.

Em novo julgamento, já em sede recursal, o Conselho-Diretor da Autarquia conheceu do recurso e, no mérito, deu-lhe provimento para reverter o valor da multa em prol do usuário, com fundamento no § 8º da Cláusula Décima do Contrato de Concessão.

A partir desta decisão, reproduzida em outros processos regulatórios, é possível assinalar que a AGETRANSP tem procurado se afastar de seu caráter meramente autoritário para adotar uma atuação estatal mais procedimental.

Contudo, verifica-se, que a medida, embora pretenda à reparação do dano e a adequação do comportamento tido como violador às normas estabelecidas pela regulação, ainda está longe de ser consensual.

Isso porque, o que se verifica, na prática regulatória da AGETRANSP é a insistência em um procedimento administrativo moroso e custoso em

¹⁴ Registre-se, por oportuno, que a Companhia de Participações em Concessões pertencentes ao Grupo CCR, adquiriu o controle acionário da Companhia Barcas S.A Transportes Marítimos, em 02 de julho de 2012.

proferir decisão terminativa, se é possível a sua terminação abreviada por meio de soluções que apresentem ganhos de qualidade, sem olvidar, claro, da aderência dos envolvidos.

Nesta toada, não há dúvidas quanto aos elementos autorizadores da conversão dos valores da multa aplicada, em razão do descumprimento contratual, na conversão de novos investimentos, vez que, no caso acima citado, existe a previsão legal e contratual.

O contrato de concessão, de Barcas S/A, atual CCR Barcas, em seu § 8º da Cláusula 10ª do ajuste de concessão dá fundamento à decisão, veja-se:

A CONCESSIONÁRIA estará sujeita às multas estipuladas neste contrato, aplicadas pelo PODER CONCEDENTE que deverão reverter em favor dos usuários, segundo critérios do PODER CONCEDENTE, pela inobservância dos índices de desempenho do serviço de transporte aquaviário definidos neste Contrato, no Decreto nº 23.935, de 23 de dezembro de 1997, nas normas editadas pela ASEP-RJ e suas respectivas alterações, bem como outros aspectos que afetem a qualidade dos serviços prestados.

Marçal Justen Filho¹⁵ sustenta que as multas aplicadas aos concessionários, em regra, não reverterem em favor dos usuários, salvo se:

(...) as multas impostas aos concessionários não reverterem – a não ser por uma modalidade de liberalidade do poder concedente, devidamente autorizada em lei – em prol do usuário. Logo, não há cabimento em imaginar que a multa, nesses casos, seria ressarcitória.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2007, p. 465.

Por seu turno, Alexandre Santos de Aragão sustenta que as agências reguladoras podem deixar de aplicar ou determinar outras medidas (através de termos de ajustes de conduta) que, “*suficientes e proporcionais, claramente atendam ao interesse preponderante na atividade regulada*”¹⁶.

Prossegue o doutrinador afirmando que tanto é assim que o “§ 2º do art. 38 da Lei nº 8.987/95 exige que, antes que seja iniciado o processo de aplicação de sanção de caducidade da concessão, seja dada ao concessionário a oportunidade de corrigir suas falhas”.

Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁷ aborda a questão da substituição da imposição de multa administrativa pelo estabelecimento de novas metas de ampliação do serviço no âmbito da ANEEL. Pondera o ilustre publicista que a unilateralidade e a exorbitância tradicionais no exercício da autoridade pública (poder extroverso) têm que ceder lugar à interlocução, à mediação e à ponderação entre os interesses divergentes, sem descuidar, por óbvio, da proteção da coletividade contra os abusos dos agentes econômicos. A forma como os termos de ajustes de condutas vêm sendo tratados nas demais agências reguladoras federais será tratado de forma mais detalhada, logo a seguir.

Tal entendimento se amolda aos novos rumos do Direito Administrativo, voltado, como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para o atendimento pleno dos direitos fundamentais das pessoas, nas quais o Estado encontra os limites de sua atuação. Assim, havendo previsão legal ou contratual, nada obstará, em princípio, que seja realizada a conversão.

Importante apenas destacar que, naqueles casos em que for determinada a conversão da multa em outros investimentos, que seja feita fora daqueles previstos no contrato de concessão e que conte, também, com a aprovação do Poder Concedente enquanto titular do serviço concedido.

Ademais, é o Poder Concedente quem detém legitimidade popular para ditar as políticas públicas para o setor regulado.

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 595.

¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto de Direito Público, nº 27, agosto/setembro/outubro, 2011.

2.2. Natureza jurídica do TAC em procedimentos sancionatórios

O instituto está previsto de maneira esparsa no direito positivo brasileiro, mas cujo principal permissivo encontra-se prescrito, de forma genérica, no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347, de 24/07/85 – Lei da Ação Civil Pública - LACP, veja-se:

Art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

(...)

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista

(...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

O citado parágrafo foi introduzido por força da Lei nº 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor. Desse permissivo decorre a legitimidade para que os órgãos, tanto da Administração direta quanto indireta, celebrem os TAC's com os administrados, tanto em processo administrativo quanto em processos judiciais.

O TAC possui eficácia de título jurídico extrajudicial cujo conteúdo discrimina obrigações positivas (fazer) e negativas (deixar de fazer e não mais fazer). Em outras palavras, a promessa do suposto infrator de, sob pena de sofrer cominações, adequar seu comportamento à lei, tal como ocorreria se essa jamais tivesse sido violada.

Assim, nos dizeres de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara¹⁸ existiriam três tipos possíveis de fundamentos normativos para a celebração dos acordos substitutivos, em textual:

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, a. 9, n. 33, jan./mar., 2011, p. 50.

a) um de caráter geral, na Lei de Ação Civil Pública;
b) outro, de caráter setorial nos casos em que o legislador, tendo editado ele próprio uma legislação substantivam houve por bem autorizar de modo expresse sua modulação pela autoridade administrativa; e c) por fim, os regulamentos administrativos editados pelos reguladores setoriais, que autorizem a negociação caso a caso para superar as infrações definidas no plano infralegal, evitando com isso a aplicação ou execução das sanções.

Superada a questão de que o ordenamento jurídico agasalha a celebração de termos de ajustamento de conduta no âmbito das agências reguladoras, restaria, tão somente, uma pequena abordagem acerca da flexibilização do poder sancionador que esta conduta impõe.

Repise-se que a utilização do TAC envolve o exercício de um poder discricionário da Agência que, no caso concreto, a partir da individualização da conduta, avaliará a conveniência da aplicação da medida, e, sobretudo, sua adequação ao interesse público. Se o juízo for positivo, poderá a Agência trocar a sanção pela celebração de um acordo que objetive a correção da conduta e a reparação de eventuais danos pelo regulado.

O que se constata na prática com esta medida é que a Agência Reguladora flexibiliza seu poder de sancionar para, em troca, garantir a adequação dos atos praticados pelos regulados do setor. Esta conformação perpassa pela integral reparação dos danos e, sobretudo, a garantia de investimentos visando que situações semelhantes não voltem a acontecer, prejudicando os usuários dos mais variados sistemas.

Conclui-se, assim, que a natureza jurídica do TAC em procedimentos sancionatórios seria de um ato administrativo discricionário, negocial, constitutivo e, preferencialmente, substitutivo.

2.3. O Exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE -, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, e da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT¹⁹

O artigo 53 da Lei nº 8.884/94 prevê de forma expressa que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - poderá celebrar acordos substitutivos para fazer cessar a conduta contrária às normas regulamentares que estejam sob sua fiscalização. Veja-se o que diz o referido artigo, *verbis*:

Artigo 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, o Cade poderá tomar do representado **compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade entender que atende aos interesses protegidos por lei”**.

Há, portanto, uma autorização legal que confere legitimidade ao órgão para, numa análise de oportunidade e conveniência, propor um acordo de cessação da conduta, quando, sobretudo, entender que tal procedimento atenderá aos interesses agasalhados pelo interesse público. O procedimento encontra-se definido em seu Regimento Interno.

Na esfera da ANEEL, a celebração de acordos com esta natureza foi previsto expressamente na Resolução Normativa nº 63/04 e, posteriormente, no ano de 2008 na Resolução Normativa nº 333. A primeira regulou expressamente o procedimento de aplicação de penalidades, enquanto a segunda dispôs sobre os critérios e procedimentos para celebração de Termos de Compromissos de Ajuste de Conduta.

É importante que se diga que este instrumento deve ser avaliado no caso concreto, pois tal mecanismo não se mostra hábil para todo e qualquer descumprimento da norma.

¹⁹ Outro exemplo pode ser extraído do artigo 29 da Lei nº 9.656/98, que dispôs sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, previu a aplicação dos acordos substitutivos na esfera de atuação da ANS, que poderá celebrar com a operadora do plano um termo de compromisso de ajuste de conduta. Posteriormente, a ANS editou a Resolução nº 57/01 que regulamentou a matéria.

A este respeito, pelo seu conteúdo e importância, faz-se necessário transcrever, trecho do relatório do Diretor José Guilherme Silva Menezes Senna²⁰, que pondera, com muita lucidez sobre eficiência e efetividade do Termo de Compromisso e, de outro, a necessidade de se atentar para sua conveniência, no caso concreto, veja-se:

4. Tem-se que não é função primordial do órgão regulador sancionar por sancionar e muitas das vezes o interesse público é mais bem atendido pelas medidas de aprimoramento da qualidade do serviço prestado, inclusive para além do previsto no contrato, do que a arrecadação. Contudo, a alternatividade à imposição de multa que se encerra no TAC não é recurso que tem lugar em substituição a todo e qualquer comportamento contrário à legislação. Bem de se ver que a transmutação desmedida de penalidades em TAC's desvirtuaria o instituto e enfraqueceria a função fiscalizatória do órgão regulador, que dispõe das sanções administrativas para constranger os administrados a praticar as condutas obrigatórias e desestimular as condutas censuradas.

5. Na oportunidade, observa-se que a ANEEL, ao assinar o TAC, priva-se de aplicar a sanção setorial que é de sua competência e não exime o agente fiscalizado de sofrer as demais consequências previstas para a conduta que motivou o ajuste, ainda que sejam sanções de atribuição de outros órgãos públicos federais.

²⁰ Citado no artigo acordos substitutivos em procedimento administrativos sancionatórios, vide: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, v. 8, n. 31, p. 51-68, out. 2010.

Vê-se, portanto, que o Termo de Ajustamento de Conduta deve ser pensado em nível de individualização da resposta estatal ao descumprimento da norma.

No âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a previsão destes acordos foi instituída e regulamentada pela Resolução nº 152/03. Seus objetivos constam no artigo 1º da mencionada norma, permita-se a transcrição:

Artigo 1º. Aprovar a instituição do Termo de Ajuste de Contas – TAC para correção de irregularidades ou pendências, visando assegurar a normalidade dos serviços prestados e resguardar o interesse público, nos termos do Regulamento de Termo de Ajuste de Contas – RTAC anexo a esta Resolução.

Posteriormente, no ano de 2004 foi editada a Resolução nº 442, que “aprova o Regulamento disciplinando no âmbito da ANTT, o procedimento para apuração e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização”.

O artigo 16 da aludida Resolução previu a possibilidade da celebração de TAC entre a ANTT e os acionistas da empresa em investigação, visando não somente cessar a conduta negativa, bem assim corrigir eventuais pendências e práticas irregulares. Veja-se:

Art. 16. Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Superintendência competente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC).

A celebração do ajuste suspende o prazo dos processos administrativos naqueles casos em que já tenham sido instaurados. Decorrido o prazo estipulado no TAC, à autoridade competente, para tanto, averiguará a execução do compromisso assumido pela empresa concessionária, permissionária ou autorizada, atestando o seu cumprimento, ou não, mediante relatório específico.

Ficando comprovado o cumprimento do compromisso, sem prejuízo das sanções civis penais, o processo, se instaurado, será arquivado.

Não obstante, se restar comprovado o não cumprimento do compromisso, a ANTT adotará as providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado.

3. Estudo de Caso

3.1. Histórico do Sistema de Transporte Aquaviário²¹

O Governo do Estado do Rio de Janeiro, através da Lei Estadual nº 2.804, de 08/10/97 e do Decreto Estadual nº 23.925, de 23/12/97, dispôs que o serviço público de transporte aquaviário de passageiros, cargas e veículos poderia ser prestado por particulares sob o regime de concessão ou permissão. O serviço, até então, era operado pela Companhia de Navegação do Estado do Rio de Janeiro – CONERJ, Sociedade de Economia Mista, privatizada através de leilão (Edital de Venda PED-ERJ-03/97).

Sagraram-se vencedoras do leilão as empresas Wilson Sons Administração e Comércio Ltda., Auto Viação 1001 Ltda., Construtora Andrade Gutierrez S.A. e RJ Administração e Participações S/A, adquirindo assim o controle acionário da CONERJ. O Contrato de Concessão foi assinado em 12/02/98. Em maio do ano de 2000, a CONERJ teve seu nome alterado para BARCAS S/A.

Em 13/06/12, o Governo do Estado do Rio de Janeiro autorizou a compra pela Companhia Brasileira de Participações em Concessões - subsidiária da CCR - de 80% (oitenta por cento) das ações da Concessionária BARCAS S.A. assumindo assim o seu controle em 02/07/12.

Apesar do presente estudo apresentar como foco temático o estudo de transporte aquaviário de passageiros, a presente pesquisa utilizou dados de

²¹ Processo TCE/RJ nº 108.045-8/13.

processos regulatórios no sistema ferroviário e metroviário de passageiros, todos no âmbito da AGETRANSP, conforme abaixo demonstrado.

3.2. Metodologia Utilizada

Considerando que a AGETRANSP foi criada no ano de 2005, este artigo não considerou os processos regulatórios que já se encontravam em tramitação, no âmbito da extinta ASEP-RJ. Assim sendo, o marco zero foi o ano de sua criação. Buscou-se, assim, a partir das Deliberações publicadas no endereço eletrônico da Autarquia, até o ano de 2012, por todos os processos regulatórios que aplicaram a penalidade de multa às Concessionárias de serviço público concedido, com foco naqueles processos onde se pôde verificar, pela natureza das deliberações, a ocorrência do trânsito em julgado administrativo decisões regulatórias.

No período acima citado foram identificados ao todo 17 processos regulatórios, assim distribuídos: 06 processos de Barcas S/A, 08 processo da Supervia e 03 processos do Metrô Rio. Deste total, 02 obtiveram em grau recursal modificação da decisão inicial. Assim sendo, restaram, ao final, 15 processos que aplicaram e mantiveram a decisão pela penalidade de multa.

2007

Nº Processo	Ano	Concessionária	Deliberação	Data da Del.	Assunto
E-33/110.116/06	2007	SUPERVIA	113	25/04/07	Multa

2008

Nº Processo	Ano	Concessionária	Deliberação	Data da Del.	Assunto
E-12/010.181/07	2008	SUPERVIA	147	26/02/08	Multa
E-12/010.252/07	2008	SUPERVIA	161	09/04/08	Multa

2009

Nº Processo	Ano	Concessionária	Deliberação	Data da Del.	Assunto
E-12/010.085/07	2009	BARCAS S/A	189	24/03/09	Multa
E-12/010.111/08	2009	SUPERVIA	199	29/06/09	Multa
E-12/010.004/07	2009	SUPERVIA	201	29/06/09	Multa
E-12/010.104/09	2009	BARCAS S/A	203	20/07/09	Multa

2010

Nº Processo	Ano	Concessionária	Deliberação	Data da Del.	Assunto
E-12/010.103/09	2010	BARCAS S/A	229	23/03/10	Multa
E-12/010.233/09	2010	BARCAS S/A	231	23/03/10	Multa
E-12/010.102/09	2010	SUPERVIA	232	23/03/10	Multa
E-12/010.204/08	2010	BARCAS S/A	234	29/04/10	Multa
E-12/010.076/07	2010	BARCAS S/A	238	25/05/10	Multa

E- 12/010.041/1 0	201 0	SUPERVIA	240	25/05/1 0	Multa
----------------------------------	----------	----------	-----	--------------	-------

2011

Nº Processo	Ano	Concessionári a	Deliberaçã o	Data da Del.	Assunt o
E- 12/010.479/1 0	201 1	METRO RIO	305	31/05/1 1	Multa

2012

Nº Processo	Ano	Concessionári a	Deliberaçã o	Data da Del.	Assunt o
E- 12/010.431/1 1	201 2	SUPERVIA	395	18/12/1 2	Multa
E- 12/010.246/1 1	201 2	METRO RIO	365	24/07/1 2	Multa
E- 12/010.137/1 1	201 2	METRO RIO	340	28/02/1 2	Multa

Após a identificação, na forma acima mencionada, foi solicitada à Autarquia cópia digitalizada dos respectivos processos regulatórios com a finalidade de se analisar a efetividade das multas aplicadas.

3.3. Breves notas acerca dos processos regulatórios que embassaram a pesquisa

3.3.1. Concessionária Barcas S.A (atual CCR BARCAS)

Processo nº E-12/010.076/07 - Assunto: Incidente Embarcação Visconde de Moraes – Trecho Paquetá x Praça XV:

Após regular instrução, o Conselho-Diretor deliberou pela aplicação à Concessionária da penalidade de multa no montante de R\$ 100.000,00 pelo descumprimento do preconizado na cláusula vinte e sete, III do contrato de concessão, devidamente atualizada na forma prevista no parágrafo único da cláusula vinte e nove o que foi materializada na Deliberação AGETRANSP nº 238, de 25/05/10. Irresignada a Concessionária interpôs recurso que, devidamente analisado, foi conhecido em razão de sua tempestividade e no mérito foi lhe negado provimento, mantendo-se, por conseguinte, inalterada a Deliberação recorrida. O valor da multa foi inscrito em Dívida Ativa.

Processo nº E-12/010.085/2007 – Assunto: Incidente com a Embarcação IMBUHY – 03/04/07 – Interrupção da Viagem Cocotá –Praça XV:

Inadimplemento da obrigação prevista no contrato de concessão de manter em bom estado de conservação as embarcações e terminais, caracterizado pela avaria dos motores de combustão principal de bombordo e de boreste, princípio de incêndio na praça de máquinas e consequente deriva da embarcação IMBUHY. Deliberação AGETRANSP/CD nº 189/09 de 24/04/09 – aplicou à Concessionária a penalidade de multa no montante de R\$ 100.000,00, pela prestação inadequada do serviço com fundamento nas cláusulas 10, parágrafo primeiro e 11 item VI do contrato de concessão, no art. 7º, § 1º, da Lei Estadual nº 2831, de 13/11/1997 e art. 6º, § 1º da Lei nº 8987/95. Inconformada a Concessionária interpôs recurso. O voto recursal (Deliberação AGETRANSP/CD nº 196, de 26/05/09) acolheu a peça de bloqueio diante de sua tempestividade, para, em seu mérito, manter a penalidade aplicada pela Deliberação recorrida. Consta nos autos documento informando que a Concessionária não quitou o valor da multa. A Concessionária requereu que o valor da multa fosse revertido em investimentos que melhor atendesse ao interesse público (Petitório de fls.240/243). O pedido foi negado pelo Conselho-Diretor. Determinou-se, ainda, a imediata cobrança da dívida por

Ofício, sob pena de remessa do débito à Procuradoria Geral do Estado para fins de inscrição em Dívida Ativa. O valor da multa foi parcelado em 36 prestações mensais e sucessivas corrigidas pela SELIC. Correspondência advinda da Concessionária informa sua incapacidade de quitar a multa nos moldes estabelecidos pelo Órgão Regulador em decorrência de seu desequilíbrio econômico e financeiro. Em razão disso, a dívida foi inscrita em dívida ativa.

Processo nº E-12/010.103/2009 – Assunto: Tumulto na estação de embarque da Praça XV em 08/04/09:

Às 18:40 /20:50 h do dia 08/04/09, na estação da Praça XV da Concessionária BARCAS S/A teve início um tumulto generalizado na área de embarque para Araribóia motivado pelo grande acúmulo de passageiros que queriam embarcar, provocando filas enormes e um tempo de espera muito grande. A embarcação Neves V não operou no pico da tarde desse dia e os intervalos entre as partidas foram muito irregulares. A situação só foi controlada com a chegada da Polícia Militar. A decisão da Autarquia foi materializada na Deliberação AGETRANSP/CD nº 229 de 23/03/10 que, dentre outros comandos, aplicou à Concessionária a penalidade de multa no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), pela prestação inadequada do serviço, com fundamento nas cláusulas 10ª, § 1º e 42ª e seu Anexo V, no § 1º do art. 7º da Lei Estadual nº 2831, de 13/11/97, e nos §§ 1º e 2º da Lei Federal nº 8.987, de 13/02/95. Inconformada a Concessionária interpôs recurso que manteve a decisão combatida. Requerimento da Concessionária para parcelamento da multa imposta em 90 meses. O parcelamento, embora deferido nos moldes solicitados pela Concessionária, não foi pago o que ensejou a inscrição do valor da multa, devidamente corrigido, em Dívida Ativa.

3.3.2. Concessionária Metrô Rio

Processo nº E-12/010.137/11 – Assunto Fato Relevante da Operação – Descarrilamento de Veículo de Serviço em 30/03/11:

Aproximadamente às 04:30 h um veículo de serviço de manutenção de via perdeu uma das rodas próximas ao sinal 10 na linha 1 próximo a Central (A causa da falha mecânica foi atribuída a fadiga dos parafusos, utilizados desde a década de 1980), ocasionando sérios transtornos na circulação dos trens entre as Estações da Central e Estácio. Deliberação AGETRANSP/CD nº 340, de

28/02/12, considerou a Concessionária Metrô Rio responsável pelo incidente e aplicou-lhe multa no percentual de 0,01% do faturamento da Concessionária no ano de 2010, correspondente a R\$ 41.353,40 à época dos fatos. A Concessionária interpôs recurso. Em sede recursal o Conselho-Diretor deu provimento parcial ao recurso interposto para autorizar a conversão do valor da multa, devidamente corrigido, em investimentos não previstos no contrato de concessão.

**Processo nº E-12/010.246/11 - Assunto Fato Relevante da Operação
– Interrupção da operação comercial por problema de energia elétrica em
21/06/11:**

Queda de energia na Estação Central de quatro minutos, aproximadamente, sem interrupção do tráfego. Às 15:18 h, nova queda de energia, esta sim, com implicações no tráfego, sendo que às 15:28 h a estação CTR foi evacuada bem como o trem 437/67 na via 1, sem que fosse fornecido, naquele momento, quaisquer informações aos usuários por parte da Concessionária. O tráfego tanto na linha 1 como na 2 só se normalizou às 16:34 h. Deliberação AGETTRANSP/CD nº 365, de 24/07/12, considerou a Concessionária METRÔ RIO responsável pela paralisação de toda a operação comercial no dia 21/06/11 e aplicou-lhe a penalidade pecuniária no valor de R\$ 82.706,80. Interposto recurso foi lhe dado provimento para, no mérito, determinar o cancelamento da decisão recorrida. O voto condutor da decisão determinou, ainda, que a Secretaria Executiva da Autarquia remetesse cópia de inteiro teor do processo a d.ª PGE para que, se entendesse pertinente, propusesse em nome do Estado ação em face da Light.

**Processo nº E-12/010.479/10 – Assunto: Inadimplemento das disposições
contidas nos anexos XII e XIII do 6ª TA:**

Processo instaurado por solicitação do Governador do Estado à época dos fatos, onde noticia que o Poder Concedente celebrou com a Concessionária o 6º Termo Aditivo que previa o dever de adquirir 114 novos trens (carros) e colocá-los em circulação até agosto de 2010. Em razão do descumprimento da avença a Autarquia determinou: (i) a aplicação da sanção de multa à Concessionária no percentual de 0,1% do faturamento do exercício de 2009; (ii) determinou que a CATRA acorde com o Poder Concedente novo cronograma contendo os prazos para entrega do material rodante; (iii) eventual

desequilíbrio econômico financeiro do contrato deverá ser apurado na próxima revisão quinquenal. Interpostos os recursos de estilo a decisão guerreada foi mantida. A concessionária não quitou o valor da multa. Destarte, o feito foi remetido à Procuradoria da Dívida Ativa, rogando a sua inscrição.

3.3.3. Concessionária Supervia

Processo nº E-12/010.004/07 – Assunto: Descarrilamento do Trem Prefixo US 126 no Ramal de Santa Cruz em 08/01/07:

Descarrilamento do trem prefixo US 126 – TUE 1023 com 1025, em cima do travessão quando cruzava da linha 2 para a linha 1. Deliberação AGETRANSP/CD nº 201, de 26/06/09, considerou a Concessionária SUPERVIA culpada pelo acidente ocorrido. Aplicou a Concessionária a penalidade de multa no montante de 0,02% do faturamento anual da mesma. A Concessionária opôs Embargos de Declaração que, apreciados pelo Conselho-Diretor, manteve a Deliberação nos seus exatos termos. Multa inscrita em Dívida Ativa.

Processo nº E-12/010.041/10 – Assunto: Ocorrência Relevante com o Trem Prefixo UP-108 no Ramal Japeri em 18/01/09:

Por volta das 06:00 h, um trem que seguia de Japeri para a Central do Brasil apresentou problema operacional quando saía da estação Ricardo de Albuquerque e parou próximo à estação Oswaldo Cruz. Sr. Marcio José Pereira, que conta com 06(seis) anos de experiência como maquinista, disse que ao sair da cabine de condução e ir até o motor (...) alguém deu partida no trem(...). Deliberação AGETRANSP/CD nº 240, de 25/05/10, considerou a Concessionária culpada pela Ocorrência Relevante, aplicando-lhe a penalidade de multa no percentual de 0,2% (dois décimos por cento) do faturamento anual da mesma, no exercício de 2009. Interposto recurso, à decisão combatida foi mantida integralmente. A Concessionária solicitou a conversão do valor da multa aplicada em investimentos no sistema operacional, o que foi indeferido pelo Conselho-Diretor. Em razão do indeferimento a Concessionária comunicou a AGETRANSP que renunciava ao seu direito de impugnar o auto de infração e requereu que a Agência adotasse as medidas visando à inscrição do débito na Dívida Ativa de modo que pudesse realizar o parcelamento da

multa aplicada com os benefícios da Lei nº 6.136/11 (regulamentada pelo Decreto nº 43.443/12).

Processo nº E-12/010.102/09 – Assunto: Atuação da Segurança Ferroviária na Estação Madureira em 15/04/09:

Na manhã de quarta-feira, 15/04/09, terceiro dia de greve dos ferroviários dos trens de subúrbio do Rio de Janeiro, por volta das 7h30min, o trem extra, vindo de Japeri UP-518 chegou à plataforma da Estação de Madureira, com portas abertas travadas, com “pingentes” e “surfistas ferroviários”, no teto da composição. Deliberação AGETRANSP/CD nº 232, de 23/03/10, aplicou a Concessionária a penalidade de multa, correspondente a 0,05% (cinco centésimos por cento) do faturamento anual do exercício de 2008. Interpostos os recursos de estilo a Deliberação original foi mantida na íntegra. Documento da Concessionária renunciando ao prazo para recolhimento, solicitando que sejam adotadas as medidas necessárias para que o débito seja remetido com urgência à Procuradoria da Dívida Ativa. Valor da Multa inscrito em Dívida Ativa.

Processo nº E-12/010.111/2008 – Assunto: Acidente Ferroviário nas proximidades da Estação Saracuruna em 25/05/08:

No dia 25/05/08, por volta das 15 h 40 min, a cerca de 250 metros da Estação Saracuruna ocorreu o descarrilamento total de dois carros do trem prefixo UH-717, bem como o descarrilamento do truque 1 do terceiro carro daquela composição. Deliberação AGETRANSP/CD nº 199, de 29/06/09, aplicou a Concessionária a penalidade de multa no valor de 0,2% de seu faturamento anual. Após a oposição de embargos de declaração a decisão originária foi mantida. A Concessionária não quitou o valor da multa que foi inscrita em Dívida Ativa.

Nº Processo E-12/010.252/07 – Assunto: Descarrilamento de Trem nas proximidades da Estação Méier em 30/11/07:

Incidente havido por volta das 8h35min na estação Meier, ocasionado pelo descarrilamento do último truque do carro de nº E1729. Motivo – precariedade da fixação da via permanente. Deliberação AGETRANSP/CD nº 161, de 09/04/08, considerou a Concessionária culpada pelo acidente ocorrido em decorrência do descarrilamento do carro E-1729 e aplicou-lhe multa no

percentual de 0,01% do seu faturamento anual. A Concessionária efetuou o pagamento no montante de R\$ 21. 351,93. Todavia à fl. 336, a SECEX informa que ainda resta um saldo em desfavor da Concessionária no montante de R\$ 54,67 que ocorreu devido ao cálculo do IGP-M feito por estimativa (ausência do índice exato do mês de maio de 2008). Em razão de a diferença apontada ter sido considerada “irrisória” foi determinado o arquivamento dos autos.

Processo nº E-12/010.181/07 – Assunto: Ocorrência relevante – acidente vítimas entre os trens prefixos UP-171 e WP-908 em 30/08/07:

Acidente com vítimas fatais (8 mortos – 111 feridos). Após perícia os peritos do Instituto Carlos Éboli concluíram, ter ocorrido no local, objeto do exame, um acidente ferroviário envolvendo os trens prefixos UP-171 e WP 908, que culminou com oito vítimas fatais e dezenas de feridos, em decorrência de sucessivas falhas humanas, por parte do controlador do Centro “E” e do maquinista do trem UP-171. Deliberação AGETRANSP/CD nº 147, de 26/02/08, considerou a Concessionária co-responsável pelo acidente e dentre outros comandos contidos na Deliberação aplicou-lhe a penalidade de multa no percentual de 0,3% de seu faturamento no exercício anterior. A Concessionária não quitou a multa que, devidamente atualizada, foi inscrita em Dívida Ativa.

Processo nº E-12/010.431/11- Assunto: Ocorrência relevante da Operação-Avaria do Trem Prefixo UA 067 formado pelo TUE 911 na Via 1 parte Superior da Estação de Coelho da Rocha no ramal de Belford Roxo em 19/12/11 com desembarque de passageiros na brita:

Deliberação AGETRANSP/CD nº 395, de 18/12/12, aplicou a Concessionária a penalidade de multa no percentual de a 0,01% do faturamento bruto da concessionária do ano de 2011. O recurso interposto pela Concessionária revogou, na íntegra, a Deliberação recorrida.

Processo nº E-33/110.116/06 - Assunto: Ocorrência Relevante – Acidente com veículos de manutenção em 30/06/06, na inferior da estação de São Cristóvão:

A composição MK 7123 com VP da rede aérea de WC 304 que efetuava um serviço combinado com a via permanente colidiu com o auto de linha CLP06, que se encontrava parado à inferior da estação. Deliberação

AGETRANSP/CD nº 113, de 25/04/07, considerou a Concessionária culpada pelo evento e aplicou-lhe a penalidade de multa no percentual de 0,01% de seu faturamento no exercício de 2005. Interposto Recurso foi lhe negado provimento mantendo-se, assim, a decisão recorrida. A Concessionária quitou a multa.

3.4. Análise dos Processos

No período analisado, as multas totalizaram o montante de R\$ 3.415.833,14 (três milhões, quatrocentos e quinze mil, oitocentos e trinta e três reais e quatorze centavos). Deste valor, somente R\$ 40.023,47 (quarenta mil, vinte e três reais e quarenta e sete centavos), foi pago, o que, em termos percentuais, representa apenas 2% (dois por cento).

O saldo restante pode ser assim decomposto: R\$ 2.615.230,07 (dois milhões seiscentos e quinze mil, duzentos e trinta reais e sete centavos) foram inscritos em Dívida Ativa; R\$ 401.181,30 (quatrocentos e um mil, cento e oitenta e um reais e trinta centavos) foram convertidos em novos investimentos e R\$ 359.398,30 (trezentos e cinquenta e nove mil, trezentos e noventa e oito reais e trinta centavos) foram cancelados por força de recurso.

Assim, é possível afirmar que a aplicação da sanção de multa, tal como a prevista no Contrato de Concessão, vem se mostrando um veículo destituído de eficácia.

Para que se reconheça sua eficácia é preciso que reste demonstrado que as multas foram pagas e que as obrigações comissivas ou omissivas foram cumpridas pelos atores privados (concessionários).

Situação que, pela sua importância, merece, ainda que em breves linhas, um comentário mais aprofundado, diz respeito à conversão de multas em novos investimentos que não aqueles contemplados nas metas estabelecidas no Contrato de Concessão.

Todavia, foi possível constatar que essas medidas foram tomadas no bojo de um processo regulatório convencional, verticalizado, com a prevalência de notas da unilateralidade e da imperatividade. Em outras palavras, tais medidas poderiam, a priori, continuar integrando o rol de decisões da Autarquia, adotando-se, contudo uma visão consensualista.

Conclusão

Pelo que foi enfrentado, pode-se concluir que a forma delineada nos contratos de concessão, sob a regulação da AGETRANSP, para sancionar os concessionários de serviços públicos concedidos não tem se mostrado eficaz, motivo pelo qual merece ser revisitada.

Neste sentido, a celebração de acordos substitutivos - medida esta que se coaduna com o sistema normativo brasileiro – pode-se apresentar como uma alternativa viável para utilização no âmbito da AGETRANSP, desde que, no caso concreto, reste demonstrado a vantajosidade para o interesse público.

Assim sendo, tal como ocorreu no âmbito das agências federais, bastaria que a AGETRANSP, a partir de seu poder regulamentar, editasse os critérios e parâmetros para utilização deste instituto, uma vez que o princípio da consensualidade já permeia e informa a aplicação do Direito Administrativo, possibilitando novas vias para a promoção do interesse público.

Assim sendo, resta indene de dúvidas que a assunção de obrigações de fazer, como a de realizar investimentos não previstos no Contrato de Concessão, em áreas afetadas ao bem jurídico tutelado, como substituto da continuidade do processo de multa, pode, a depender do caso concreto, cumprir melhor os objetivos da regulação, vez que o acordo, ao extinguir o processo administrativo ou, até mesmo judicial, transmuda obrigações incertas por certeza, em outras palavras, possíveis direitos por deveres inquestionáveis.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2007.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 27, agosto,/setembro/outubro, 2011.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção. Revista

Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto de Direito Público, nº 27, agosto,/setembro/outubro, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, a. 9, n. 33, p.50, jan./mar., 2011.



CONSENTIMENTO ESTATAL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS

Sergio Foster Perdigão

*Mestrando em Direito Constitucional no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em
Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense – PPGDC/UFF
Pós Graduado em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes
Advogado*

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Poder de Polícia. 1.1 Breve histórico do poder de polícia. 1.2 Conceito de poder de polícia. 1.3. Polícia administrativa e polícia judiciária. 1.4 Ciclos da polícia administrativa. 2. Outros tipos de consentimento de polícia administrativa. 3 O consentimento estatal no transporte aquaviário. 3.1 Do registro e vistoria da embarcação. 3.2 Da tripulação utilizada na embarcação. 3.3 Da necessidade de alvará para loja na estação e da operação da estação. 3.4 Da trajetória das linhas. 3.5 Da polícia administrativa do órgão regulador. Conclusão; Referências.*

Introdução

O transporte aquaviário retorna hodiernamente para atenção dos estudiosos do Direito, em especial o ramo do Direito Público e do Direito Administrativo, principalmente por conta do intenso debate que permeia o tema de transportes públicos, que enseja uma gama de discussões, atreladas principalmente à eficiência na sua prestação, assim como o impacto direto que isso acarreta na população que goza deste meio de transporte, com consequência direta na qualidade de vida do cidadão.

Além disso, especificamente o transporte aquaviário, por causa dos recentes embates ocasionados entre a prestadora do serviço público delegado, CCR Barcas, e o órgão regulador do Estado do Rio de Janeiro, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários, Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP, por conta da aparente precarização na prestação dos serviços

concedidos. Isso vem, inclusive, acarretando constantes penalizações pecuniárias por parte do órgão regular na CCR Barcas¹.

Some-se a isso a recente intenção da CCR Barcas em devolver a prestação do serviço concedido de transportes aquaviários, em função de supostos prejuízos financeiros, advindos, em seu entender, de um desequilíbrio econômico financeiro do contrato, na ordem de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), mesmo apesar de um aporte de R\$ 273.000.000,00 (duzentos e setenta e três milhões de reais) pelo Estado do Rio de Janeiro, na compra de novas embarcações, para que não se aumentasse o valor da tarifa².

Por esses motivos é que o tema de transportes aquaviários desponta, novamente, no cenário jurídico atual e enseja a necessidade de releitura das antigas reflexões, bem como a elucubração de novos apontamentos.

No presente trabalho, de maneira singela, busca-se rememorar o instituto do consentimento estatal, evidenciando aonde este se encontra localizado na vastidão do direito administrativo, a saber, o instituto do poder de polícia³, demonstrando sua importância, e fazendo um paralelo com o transporte aquaviário.

Pretende-se, com isso, avaliar os contornos a respeito do tema, buscando evidenciar outras formas de consentimento estatal, diversas das discussão acerca do título habilitante ao particular, para prestação do serviço público, mas que em nosso entender acabam por impactar a prestação por si só do serviço.

¹ Por conta de um acidente ocorrido no dia 07 de maio de 2015 com uma embarcação, a AGETRANSP penalizou a companhia em R\$ 393.994,15 (trezentos e noventa e três mil, novecentos e noventa e quatro reais e quinze centavos) e também aplicou multa no valor de R\$ 199.803,03 (cento e noventa e nove mil, oitocentos e três reais e três centavos) por conta de outro incidente ocorrido no dia 28 de julho de 2014, totalizando quase R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) de penalizações pecuniárias. Conforme notícia publicada pela agência em seu sítio eletrônico: <<http://www.agetransp.rj.gov.br/exibeconteudo?article-id=128451>>. Acesso em: 14/12/2015.

² Conforme noticiou o jornal oglobo: <<http://oglobo.globo.com/rio/ccr-barcas-procura-estado-propoe-devolucao-da-concessao-17813072>>. Acesso em 14/12/2015.

³ Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro utilizam essa expressão “poder de polícia”. Todavia, Celso Antônio Bandeira de Mello a critica, por remeter a um Estado anterior ao Estado de Direito, constituindo, em seu entender, terminologia incompatível com os princípios constitucionais. Talvez por conta disso alguns doutrinadores preferem denominar de “atividade limitativa ou ordenatória”, mas pretendemos utilizar a expressão poder de polícia ao longo do presente trabalho, visto ter alcançado prestígio em nosso país.

Para tanto, torna-se necessário, inicialmente, avaliarmos o instituto do poder de polícia, o qual abordaremos no próximo ponto.

1. Poder de Polícia

1.1 Breve histórico do poder de polícia

Ab initio, torna-se necessário traçar um contexto histórico do poder de polícia. Polícia deriva do grego *politeia*, cujo significado remonta a ideia de espaço público, e da palavra latina *politia*, que procede à pólis. Pólis, por sua vez, é a organização da cidade e do estado⁴.

Nos ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ que o príncipe, na Idade Média, possuía o *jus politae*, poder utilizado para a manutenção da ordem civil, sob tutela do Estado, distinto do poder dos eclesiásticos, exercido para permanecer com a ordem moral e religiosa.

Em avanço, entre o séc. XV e o séc. XVIII, essa terminologia passou a expressar a força que detinha o Estado, na figura do príncipe, para delinear o poder que possuía sobre os cidadãos, de modo a caracterizar as limitações impostas pelo Estado às liberdades individuais, para alcançar um bem estar geral, de toda a sociedade.

Com o advento do Estado de Legalidade⁶, o próprio Estado passa a ser carecedor de observância das próprias leis que edita, por força do princípio da legalidade⁷, alcançando o poder de polícia a noção parecida com a conhecida nos tempos atuais.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 395.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia, Zanella. Curso de direito administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 126.

⁶ Na verdade este Estado de Legalidade se contrapõe ao Estado de Direito, como nos ensina Flávio Tartuce, na nota de rodapé 55, ao rememorar os ensinamentos de Sérgio Resende de Barros, ao esclarecer que inspirado em Carré de Malberg, distingue-se o Estado de Direito do Estado de Legalidade. O primeiro, se preocupa com o alcance de norma e a concretização de valores sociais. Em contraponto, a segunda, se preocupa com aspectos formais, aplicando-se a lei sem a preocupação com o seu resultado. (TARTUCE, Flávio. Responsabilidade objetiva e risco – a teoria do risco concorrente. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 241)

⁷ Na Magna Carta de 1215, o dito princípio encontra-se expressamente previsto no art. 5, inc. II:

Isso decorre do liberalismo, na qual o indivíduo galgou inúmeras conquistas, com a imputação de direitos subjetivos, em que seria permitido realizar tudo o que não fosse proibido pela lei, de maneira a estipular como excepcional a interferência do Estado nas relações individuais.

Posteriormente temos a evolução de um Estado Liberal, para um Estado de Bem Estar Social, com uma atuação estatal mais intervencionista. Contrapõe-se ao liberalismo por este encontrar-se preocupado em atender tão somente a ordem pública, enquanto aquele busca atender a ordem econômica e social. Visto de outra maneira, permitiu a estipulação de obrigações de fazer, enquanto no passado somente era permitida obrigações de não fazer⁸.

1.2 Conceito de poder de polícia

Apresentamos, inicialmente, um conceito de poder de polícia clássico, na visão do administrativista alemão Otto Mayer, apresentado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto em sua obra, que a entendia como *“a atividade do Estado que visa a defender, pelos meios do poder da autoridade, a boa ordem da coisa pública contra as perturbações que as realidades individuais possam trazer”*⁹.

Um conceito mais moderno, da pena de Hely Lopes Meirelles¹⁰, define o poder de polícia como:

Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei;”

Isso significa que a restrição de direito individual é exceção e somente será possível se estiver prevista em lei. Dessa maneira, o legislador exerce esse poder de polícia de maneira aberta, transferido ao administrador, que poderá exercê-lo somente por meio da discricionariedade.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia, Zanella. Curso de direito administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 127.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 395.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 146 e 147.

o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.

É importante trazer a precisão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹, fazendo uma síntese entre o conceito clássico e o conceito moderno, evidenciando a distinção entre as duas épocas:

Pelo conceito clássico, ligado à concepção liberal do século XVIII, o poder de polícia compreendia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança.

Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

Portanto, no passado o poder de polícia¹² servia para justificar a intromissão estatal na vida do particular, com o intuito de manutenção da ordem pública, atrelada a uma ideia de segurança¹³. Já atualmente, pela irradiação,

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia, Zanella. Curso de direito administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 128.

¹² Nos Estados Unidos essa expressão recebe a designação de *police power*, que compreende o poder que o Estado membro possui em editar leis que possam limitar direitos, desde que beneficie o interesse público. Seu contraponto é o *due process of law*, ou devido processo legal, que tem por razão de existência frear o poder do Estado que restringe os direitos fundamentais.

¹³ A segurança pública, diante da sua importância, encontra-se situada no corpo de nossa Carta Constitucional no Capítulo III do Título V, da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, estatuída no art. 144 da CRFB/88:

aplicação e incidência da noção de direitos fundamentais, bem como do Estado de Direito, esta atividade estatal muda de paradigma para atender não mais a ordem pública, mas o interesse público.

O poder de polícia encontra-se positivado em nosso ordenamento jurídico no Código Tributário Nacional – CTN,¹⁴ no art. 78, que explicita:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:”

De acordo com o referido artigo, a segurança pública existe na: (i) preservação da ordem pública; (ii) preservação da incolumidade de pessoas; e (iii) preservação do patrimônio.

Por ordem pública, depreende-se como a paz e a tranquilidade social – consubstanciada essa tranquilidade como a ausência de perturbação da ordem – ou a estabilidade das instituições políticas e democráticas, bem como o pleno funcionamento dos serviços públicos. Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz uma correlação entre ordem pública e segurança pública, nos dias atuais:

“A segurança pública é setor fundamental da segurança interna, voltada à manutenção do aspecto específico da ordem interna que é a ordem pública, que diz respeito à situação de convivência pacífica e harmoniosa das pessoas.

O conceito teórico de segurança pública é, pois, o de uma atividade estatal voltada à preservação da ordem pública, e, como corolário, da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Em síntese, entre ordem e segurança e, em consequência, entre ordem pública e segurança pública, existe uma relação de finalidade para instrumento, ou seja, a ordem pública é o objeto da segurança pública, e, esta, o instrumento do Estado, disposto para manter ou restabelecer a ordem pública, caracterizando-se pelo emprego da coerção, no desempenho da vis absoluta, por ele legitimamente monopolizada.

Mas, mesmo sendo a segurança pública um conjunto de atividades, de natureza preponderantemente coercitiva, cometido ao Estado, isso não afasta o dever jurídico da sociedade de apoiá-las, individual e coletivamente.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 414).

¹⁴ A justificativa para previsão legal no CTN é que o poder de polícia constitui o fato gerador de taxa, juntamente com o serviço público, por força do art. 145, inc. II da CRFB/88 (DI PIETRO, Maria Sylvia, Zanella. Curso de direito administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 128): Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

O poder de polícia pode ser exercido tanto pelo Poder Legislativo como pelo Poder Executivo. Ao poder de polícia exercido pelo Legislativo é a competência para imposição de limitações administrativas por meio da Lei. Já ao Poder Executivo incumbe um caráter preventivo, ao regulamentar lei, ou repressivo, ao aplicar medidas coativas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, conforme rememora Maria Sylzia Zanella Di Pietro, em razão do poder de polícia ser de utilidade tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo, o referido autor aplica dois conceitos ao instituto: (i) em sentido amplo, relacionado às atividades com o intuito de atender ao interesse público, que condicionam a propriedade, de tutela do Legislativo e Executivo; e (ii) em sentido restrito, destinados a intervir com a intenção de precaver atividades realizadas pelo particular que afrontem interesses sociais, de responsabilidade apenas do Poder Executivo¹⁵.

O poder de polícia caracteriza-se, ainda, como uma relação de sujeição geral, que é aquela dependência ampla de qualquer pessoa para com o Estado, denominada de domínio externo. Em contraponto, encontram-se as relações de sujeição especial, em que se afirmava que no domínio interno da Administração Pública, não estaria sujeita ao campo dos direitos fundamentais, posto que não

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia, Zanella. Curso de direito administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 129.

incidiria na seara particular, mas tão somente nos interesses internos do Estado¹⁶.

1.3 Polícia administrativa e polícia judiciária

A doutrina mais tradicional¹⁷, além de realizar uma contextualização geral do poder de polícia, no tocante ao poder exercido pelo aparato estatal, efetua uma subdivisão em duas espécies, apresentando uma distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária.

Para eles a polícia administrativa agiria de maneira preventiva enquanto a polícia judiciária possuiria um caráter repressivo. Mas fato é que a própria polícia administrativa pode ocasionar um viés repressivo, ao aplicar, *verbi gratia*, sanções administrativas.

Além disso, as diferenciam afirmando que a polícia administrativa, seria exercida apenas por órgãos administrativos, incidindo sobre bens e direitos, em suma, na propriedade. Em contrapartida a polícia judiciária seria exercida por corporações e incidiria em pessoas.

Costuma-se, ainda, alegar que ambas atuam para reprimir ilícitos. Enquanto a polícia administrativa combateria o ilícito na esfera administrativa, a polícia judiciária agiria no âmbito penal.

¹⁶ Acerca das relações de sujeição geral e especial, Miriam Wimmer faz um histórico do surgimento do instituto da relação de sujeição especial, atrelada à existência de um poder especial que fundamentasse a restrição de um poder administrativo a direitos fundamentais, mas que na noção de um Estado Moderno seria retrógrado, visto o seu viés autoritário. A despeito disso, ensina que parte da doutrina entende que seria possível sua utilização nos dias atuais, em específicas ocasiões, de maneira estritamente excepcional, se balizadas pelo princípio da proporcionalidade, a despeito da crítica a esse posicionamento:

“Sobre essa questão, a doutrina se divide. Enquanto por um lado o conceito tem sido, em muitos casos, bem empregado nas cortes constitucionais européias, como argumento acessório na apreciação da proporcionalidade das medidas que afetam direitos fundamentais, há fortes críticas, especialmente na doutrina espanhola, quanto à “frequência e alegria” com que os tribunais recorrem a esta categoria para resolver os mais variados problemas interpretativos sem maiores esforços argumentativos.” (WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na Administração Pública. In: Direito Público, n. 18, out-nov-dez/2007, p. 50.

¹⁷ Citamos, à guisa de exemplos, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

Pela pertinência temática, apresentamos as principais distinções entre os dois institutos, sintetizadas pelo ensinamento de Alexandre Santos de Aragão¹⁸:

A polícia administrativa não pode ser confundida com a polícia judiciária e a polícia ostensiva de manutenção da ordem pública. Na verdade, têm em comum com elas praticamente apenas o nome:

- 1) Aquela diz respeito à proteção do interesse público em geral, enquanto essas dizem respeito respectivamente à apuração e à repressão de crimes;
- 2) Aquela incide sobre bens, direitos, atividades e excepcionalmente sobre pessoas (ex.: quarentena compulsória em caso de epidemia), enquanto essas incidem apenas sobre a própria pessoa dos infratores, visando geralmente a uma possível imposição de pena restritiva de liberdade;
- 3) Aquela se difunde por toda a Administração Pública, enquanto essas são constitucionalmente privativas de determinados órgãos (basicamente polícias civis, polícias militares e polícia federal – art. 144, CF).

Podemos, em suma, resumir a diferenciação entre os tipos de polícia administrativa e judiciária, pois a primeira é exercida por órgão, atua sobre direitos e propriedade e age de maneira preventiva ou repressiva e pode atuar combatendo ilícito administrativo, enquanto a segunda é exercida por pessoa e atua sobre pessoas, combate delitos, age de maneira repressiva, atuando sobre ilícito penal¹⁹.

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 191.

¹⁹ E ainda, nessa mesma esteira, mas sobre uma outra ótica, é o pronunciamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“12. Polícia administrativa e judiciária. São distintas as atividades e funções da polícia administrativa e da polícia judiciária. A primeira incide sobre os bens, direitos e atividades, ao passo que as outras atuam sobre as pessoas, individual ou indiscriminadamente. A polícia administrativa é inerente e se difunde por toda a Administração Pública, enquanto as demais

Apesar dessa distinção, nos informa Rafael Carvalho Rezende de Oliveira²⁰ que a referida diferenciação encontra-se passível de críticas, principalmente pela utilização de uma distinção entre atuação preventiva e repressiva, visto que a própria polícia administrativa pode atuar de forma repressiva, conforme anteriormente assentado:

Ressalte-se, no entanto, que os mencionados critérios não são absolutos e a distinção entre polícia administrativa e judiciária está cada vez mais fragilizada. Na prática, são inúmeros os casos em que a polícia administrativa será, por exemplo, repressiva. Imagine a aplicação de sanções (apreensão de alimentos estragados, interdição do estabelecimento e aplicação de multa) pela autoridade sanitária. Nesse caso, existe, de um lado,

são privativas de determinados órgãos (Hely Lopes Meirelles. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional, in Hely. Estudos, v. II, p. 5). “A polícia administrativa é, também, conhecida como polícia preventiva. A polícia judiciária, por sua vez, como polícia repressiva, porque atua após a eclosão do ilícito penal. Mas, o mesmo órgão policial, deve ser salientado, pode ser eclético, pois age preventiva e repressivamente quando se fizer mister. Em verdade, a linha de diferenciação estará na ocorrência ou não do ilícito penal “ (Lazzarini. Estudos, p. 203). Em razão dessa diferenciação, a polícia judiciária é regida pelas normas de Direito Processual Penal e a administrativa pelos princípios jurídicos do Direito Administrativo (Lazzarini. Estudos, p. 203). No Estado Democrático de Direito, a polícia é manifestação da atividade da administração e, independentemente da presença do ilícito penal, sua atividade deverá ser orientada pela tipicidade (legalidade) dos atos policiais e também pela proibição de excesso, bem como pelos demais princípios que informam a administração pública, como a impessoalidade, a publicidade, a moralidade e a eficiência (CF37 caput). A atividade policial, seja ela administrativa ou judiciária, tem sua atuação subordinada à lei e à Constituição, razão pela qual ambas encontram seus limites nos direitos fundamentais e podem ter seus limites no direitos fundamentais e poder ter seus atos revistos pelo Poder Judiciário. A ocorrência do ilícito penal é importante para identificar qual segmento da polícia judiciária irá atuar e não para identificar qual o regime jurídico a que estará submetida a atividade policial. Sendo atividade administrativa, a atividade policial sempre estará submetida ao direito constitucional, pautando sua atuação pela legalidade (administrativo) e pela proporcionalidade (proibição de excesso).” NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição federal comentada e legislação constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 607/608.

²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 241.

o caráter preventivo da atuação em relação aos particulares em geral (previne danos às pessoas que consumiriam os alimentos), mas, também, o caráter repressivo em relação ao proprietário do estabelecimento. Da mesma forma, é possível a concentração das duas funções no mesmo órgão como ocorre, por exemplo, com a polícia militar, que exerce, normalmente, a polícia administrativa, mas, também, a polícia judiciária no tocante aos crimes militares (art. 8º do Código de Processo Penal Militar).

A despeito dessas críticas, um fato importante, e que merece ser mencionado, cinge-se nos pontos de diferenciação entre o serviço público e a polícia administrativa. Nesse desiderato, nos valem das palavras de Sara Jane Leite de Farias²¹:

Outrossim, pode-se afirmar que a distinção entre serviço público e polícia administrativa consiste no fato de que o serviço público visa ofertar ao administrado uma utilidade, ampliando, assim, o seu desfrute de comodidades, mediante prestações feitas em prol de cada qual; já a polícia administrativa visa a restringir, limitar, condicionar, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social.

Portanto, a distinção entre serviço público e polícia administrativa residiria no fato desta resultar em uma medida restritiva, condicionando a atividade do indivíduo, limitando a sua atuação, com o intuito de permitir o bom convívio na sociedade. Em contrapartida, aquela ocasiona uma medida positiva, que gera um acréscimo para a coletividade, caracterizada como uma utilidade, com vistas a propiciar a melhor fruição do bem estar social²².

²¹ FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86.

²² E no mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão:

Por nos interessar nesse estudo a polícia administrativa, se torna necessário avaliar o seu modo de atuação, quer dizer suas fases, em outras palavras, os ciclos da polícia administrativa.

1.4 Ciclos da polícia administrativa

Nos ensina a doutrina²³ a existência de 4 (quatro) fases no ciclo da polícia administrativa, concernentes a:

- (i) **ordem de polícia**, consubstanciada na reserva constitucional, ou seja, seria o preceito legal;
- (ii) **consentimento de polícia**, caracterizado como o ato administrativo de concordância por parte do Estado para utilização da propriedade pelo particular, ou para a prestação de determinado serviço;
- (iii) **a fiscalização de polícia**, relacionada com a verificação do cumprimento por parte dos indivíduos da ordem pública; e
- (iv) **sanção de polícia**, referente a viabilidade de imposição de medidas coercitivas ao infrator do regramento estabelecido pela ordem de polícia.

A ordem de polícia constitui o preceito legal, existente para evitar o prejuízo ao interesse público, em razão de possíveis arbítrios praticados pela Administração, de maneira que se constitui uma limitação ao exercício do poder de polícia. Desta maneira, com a prévia necessidade de estipulação das regras

“A atividade de polícia administrativa do Estado se distingue dos serviços públicos na medida em que esses consistem em prestações positivas aos membros da coletividade, ampliando-lhes a esfera jurídica, ao passo que aquela, ao revés, impõe limitações aos indivíduos em prol do conjunto da sociedade. No poder de polícia a Administração Pública condiciona a atividade do particular; pelo serviço público ela confere utilidades aos particulares.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 190).

²³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 398/401); Alexandre Santos de Aragão. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 195/198); dentre outros.

a serem aplicadas, por meio da lei, busca-se evitar prejuízos ao interesse público.

Possui um preceito negativo absoluto e um preceito negativo relativo ou com reserva de consentimento²⁴.

O primeiro preceito veda certas formas de atividades individuais e de uso da propriedade privada, por estes constituírem-se incompatíveis com a ordem social. Já o preceito negativo relativo ou com reserva de consentimento, inicialmente se encontram vedadas algumas atividades e a utilização da propriedade privada, contudo, estas atividades, posteriormente, podem vir a ser consentidas pela Administração, após uma avaliação de seus fundamentos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁵ acentua que enquanto no preceito negativo absoluto impõem-se restrições aos exercícios de direitos, no preceito negativo relativo ou com reserva de consentimento são impostos condicionamentos ao livre exercício desses direitos.

O segundo ponto do ciclo é o consentimento de polícia, cujo significado é de suma importância para compreender os objetivos deste trabalho, visto se caracterizar como ponto nodal para a compreensão de como se articula esse consentimento nos transportes aquaviários.

O consentimento constitui um ato administrativo de anuência do Estado, o qual aquiesce com a utilização de uma propriedade ou com o exercício de uma determinada atividade privada.

Advém da segunda modalidade de ordem de polícia, o preceito negativo relativo ou com reserva de consentimento. Logo, em um primeiro momento a atividade é proibida pela lei, contudo, após uma avaliação da Administração, que pode se dar em caráter vinculado, caso preenchido os requisitos, ou com base no juízo discricionário do gestor público, as atividades poderão ser prestadas pelo particular.

Esse consentimento estatal pode se materializar por meio da expedição de um ato administrativo formal, o alvará, que pode se dar por meio de dois instrumentos: (i) a licença; ou (ii) a autorização.

Na licença, os pressupostos para se conceder a outorga se encontram integralmente previstas na norma legal, caracterizando-se a sua concessão em

²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

um ato administrativo estritamente vinculado. É dizer, se preenche os requisitos legais, torna-se obrigatório a emissão da licença.

Além disso, a licença não admite revogação²⁶ por parte da autoridade competente e se torna definitiva, ocasionando um direito subjetivo por parte do particular, integrando o patrimônio de quem o recebeu.

Já no caso da autorização, suas condições de outorga não estão integralmente previstas na norma legal, que somente estabelece parâmetros gerais para a sua concessão, cuja complementação será efetuada por meio de uma apreciação discricionária pelo órgão administrativo, que irá emitir uma decisão, que não será definitiva, e que admite revogação.

Acerca do assunto, nos valem os palavras de José dos Santos Carvalho Filho²⁷ que assim define o consentimento estatal na polícia administrativa, bem como delibera acerca de seus dois atos administrativos que instrumentalizam a sua concessão:

“Os denominados **atos de polícia** possuem, quanto ao objeto que colimam, dupla qualificação: ou constituem determinações de ordem pública ou consubstanciam consentimentos dispensados aos indivíduos.

²⁶ Se eventualmente a licença vier a ser revogada, por se tratar de direito subjetivo que integra o patrimônio, o particular possui direito a indenização. Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão:

“(...) Como o ato é vinculado e o particular já tinha direito preexistente ao desenvolvimento da atividade, sendo a licença apenas condição do seu exercício, ela não pode ser revogada. Se a licença for revogada, é comum a adoção dos termos, tecnicamente não muito corretos, de “revogação expropriatória”, na verdade um esbulho administrativo, uma desapropriação indireta do direito já adquirido pelo administrado, não sendo uma revogação propriamente dita, que se pressupõe legítima. É o que, como já vimos, acontece muito em relação a licenças para construir. A maioria da doutrina afirma que nesses casos a revogação deverá ser indenizada. Contrariamente, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com que concordamos, entende que, sendo esta “revogação” contrária ao Direito, deve ser anulada e a Administração Pública deve buscar as vias normais da desapropriação do direito adquirido pelo ato administrativo.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 196/197)

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78.

O Poder Público estabelece **determinações** quando a vontade administrativa se apresenta impositiva, de modo a gerar deveres e obrigações aos indivíduos, não podendo estes se eximir de cumpri-los.

Os **consentimentos** representam a resposta positiva da Administração Pública aos pedidos formulados por indivíduos interessados em exercer determinada atividade, que dependa do referido consentimento para ser considerada legítima. Aqui a Polícia Administrativa resulta da verificação que fazem os órgãos competentes sobre a existência ou inexistência de normas restritivas e condicionadoras, relativas à atividade pretendida pelo administrado.

Tais atos de consentimento são as **licenças** e as **autorizações**. As licenças são atos vinculados e, como regra, definitivos, ao passo que as autorizações espelham atos discricionários e precários.”

Evidencia-se, portanto, que a distinção fundamental entre licença e autorização é que na licença existe direito preexistente, previsto na lei, cabendo à Administração apenas a verificação e a constatação de que o administrado atende aos requisitos. Não se cria direitos, apenas o declara exequíveis. Constitui um ato administrativo declarativo e vinculado. Na autorização não existe direito preexistente. O exercício da atividade é, via de regra, vedado, sendo a outorga da atividade medida excepcional. O ato administrativo é um ato constitutivo e discricionário.

Já o terceiro item relacionado ao ciclo, relativo à fiscalização de polícia, possui uma dupla função: (i) realizar a prevenção de infrações; e (ii) preparar a repressão contra infrações diante da constatação de expressa infringência à norma legal. Ela pode ser realizada *ex officio*, ou mediante a provocação de qualquer interessado.

Por fim, a sanção de polícia, é um mecanismo que vem a ser aplicado quando a infração é consumada. É diferente da fiscalização da polícia pois esta é contemporânea ao momento da infração. Pode ser: (i) sanção unilateral, cuja

pena é imposta pela Administração com exercício de seu poder de império²⁸; ou (ii) sanção convencional, aplicada de forma consensual.

2. Outros tipos de consentimento de polícia administrativa

Visto a questão relacionada ao consentimento de polícia, importante esclarecer que não se pode confundir o título habilitante que autoriza o particular a prestar o serviço, com a prestação do serviço público em si.

No primeiro a relação existe é prévia a celebração do contrato, no outro, ela é posterior a assinatura do ajuste, e, por via de consequência lógica, é uma prática que decorre da formalização desta avença.

Além disso, merece destaque os diversos mecanismos que atuam na prestação do serviço, que apesar de não possuírem relação direta com a outorga do título, influenciam diretamente na prestação do serviço, constituindo-se como outras formas de consentimento administrativo.

Acerca deste assunto, relevante é a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁹, que nos ensina que existem diversos tipo de consentimentos de polícia, dividindo estes em: (i) campos de atuação e (ii) setores de atuação da polícia administrativa.

Na parte relativa aos campos, leciona que existiriam 4 (quatro) grandes campos de incidência do interesse público, a saber: (i) segurança; (ii) salubridade; (iii) decoro; e (iv) estética.

Neste ponto da segurança, realça como seus instrumentos o Estado e o Direito, sendo o primeiro importante para a manutenção da ordem social e o segundo pois mantém a ordem jurídica.

No tocante a salubridade, ressalva a importância da polícia administrativa na área sanitária de diversos setores.

Sobre o decoro, lembra que nem sempre as sanções aos infratores são medidas aptas a acarretar uma observância às normas sociais, contribuindo para evitar a reprodução de atitudes que são agressivas a moral social, motivo pelo qual acarreta a necessidade de constante consentimento e fiscalização das

²⁸ A sanção unilateral é gênero, da qual são espécies: (i) sanção externa, aplicável a todos os administrados; ou (ii) sanção interna, aplicável somente aos servidores públicos.

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 401-410.

expressões do público em geral, elencando algumas situações, como reuniões públicas, publicidade e profissões, dentre outros.

Já a estética cinge-se a necessidade de, na contemporaneidade, se respeitar a harmonia dos padrões estéticos relacionados a temas paisagísticos e urbanísticos e a publicidade.

No que se refere aos setores de atuação da polícia administrativa, o renomado autor as classifica, de maneira exemplificativa, em: (i) polícia de costumes; (ii) polícia de comunicação; (iii) polícia sanitária; (iv) polícia de viação; (v) polícia de comércio e indústria; (vi) polícia das profissões; (vii) polícia ambiental; (viii) polícia de estrangeiro; e (ix) polícia edilícia.

Avaliaremos, aqui, os temas que mais importam para o contexto dos serviços aquaviários.

O primeiro é a polícia sanitária, visto ser importante para manter incólume a saúde da população, subdividida pelo referido autor em: (i) higiênica; (ii) bromatológica; (iii) médico-farmacêutica; e (iv) fitossanitária e/ou zoofitossanitária.

A polícia sanitária higiênica controla as doenças infectocontagiosas, combatendo as epidemias e visando acabar com as endemias.

A polícia sanitária bromatológica, também conhecida como de alimentos, restringe a venda de gêneros alimentícios que podem ser nocivos ao consumo humano, avaliando embalagens, prazo de validade e sua qualidade.

A polícia sanitária médico-farmacêutica impõe restrições às atividades médicas, farmacêuticas e odontológicas em geral, atribuindo um estrito controle de hospitais, farmácias, consultórios e laboratórios.

A polícia fitossanitária e/ou zoofitossanitária se destina a proteção de animais e vegetais que no seu entender possuiriam algum tipo de utilidade aos homens.

Já a polícia de viação, nos dizeres do autor³⁰, se dividiriam em polícia de trânsito e polícia de tráfego, vejamos:

Os meios de transporte, a par de sua ponderável importância na vida das sociedades contemporâneas, trazem contínuos perigos ao homem. Desenvolveu-se, para disciplinar a sua

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 405-406.

utilização, uma polícia de viação, que impõe as necessárias limitações ao direito individual de usar os meios e as vias de transporte, no interesse da segurança da pessoa humana e dos bens, distinguindo-se, a partir daí, as polícias de trânsito e de tráfego, em suas modalidades terrestre, marítima e aérea.

A polícia de trânsito disciplina a circulação de pessoas e veículos, enquanto à polícia de tráfego cabe regular o deslocamento de veículos em missão de transporte.

Trânsito e tráfego, aéreo e marítimo, bem como o fluvial e lacustre, são regidos por legislações próprias, de competência federal, conforme as diferentes reservas constitucionais estabelecidas para a navegação aérea, fluvial, lacustre e aerospacial.

Por sua especificidade, embora constituam materialmente Direito Administrativo, esses temas são objetos específicos, respectivamente, do Direito Aeronáutico e do Direito Marítimo, bem como, no caso de tratados e convenções internacionais de navegação aérea, marítima, fluvial e lacustre, a que o Brasil haja aderido, do Direito Internacional Público.

Demonstra-se, portanto, a necessidade desses regulamentos como forma de propiciar melhor trânsito de pessoas entre os diversos locais, seja de origem nacional ou internacional.

De mais a mais, evidencia-se que o tema relativo a polícia de aviação possui contornos que influenciam diretamente os serviços aquaviários, posto que denotam matéria que envolve o trânsito de pessoas e veículos, assim como o tráfego, com o transporte de produtos, por meio de diversas modalidades, dentre as quais as que abarcam o direito marítimo.

Já a polícia de comércio e indústria, é disciplinadora de normas referentes a padronização do sistema de pesos e medidas, necessário para

viabilizar o entendimento ao consumidor dos tipos de produtos que ele busca consumir, de modo a avaliar a qualidade destes produtos.

A polícia ambiental, necessária para possibilitar a permanência das gerações futuras neste planeta, motivo pelo qual enseja a adoção de técnicas preventivas, como forma de forçar a preservação ecológica de nossas florestas, faunas, rios e recursos minerais.

Nessa polícia ambiental, o Autor subdivide a polícia de atmosfera, das águas e oceanos, na qual se depreende a legislação que rege a matéria marítima, a polícia da fauna e a polícia da flora.

E a polícia edilícia, na qual salienta o pré-citado autor que *“nos meios urbanizados são impostas limitações de toda espécie, para tornar mais salutar, mais digna e mais agradável a vida nas cidades, regulando as construções públicas e particulares”*³¹.

Esta polícia administrativa edilícia, também influencia os serviços aquaviários, visto que são normas que devem ser observadas pelos operadores quando da construção das estações de embarque e desembarque de passageiros.

Portanto, torna-se necessário explicitar, baseado na propalada doutrina, que existem outros tipos de títulos habilitantes ao particular, que não influenciam na outorga do título, mas que impactam na prestação dos serviços, e que devem ser previamente conquistados pelo particular para que se possa entrar em operação os serviços que busca executar.

Por conta disso, pretende-se, agora, avaliar alguns desses consentimentos estatais, que trazem consequências, com inúmeros regulamentos, na prestação dos serviços aquaviários.

3. O consentimento estatal no transporte aquaviário

Pretendemos, abordar, nesse ponto, os diferentes tipos de exigência do poder público nos diversos segmentos que influem na prestação do serviço de transporte aquaviário, razão pela qual analisaremos: (i) necessidade de registro e vistoria da embarcação; (ii) regulamento da tripulação da embarcação; (iii) necessidade de alvará para operação das lojas e de operação da estação de embarque e desembarque; (iv) a trajetória das linhas; e (v) polícia administrativa do órgão regulador.

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 409.

Ressalvamos, apenas, que esse rol apresentado é meramente exemplificativo e foram elencados em razão da pertinência temática, a despeito de, notadamente, não expressarem a vastidão dos temas que necessitam de consentimento estatal na área em estudo.

Passamos, agora, a abordar cada um desses itens.

3.1 Do registro e vistoria da embarcação

A lei federal nº 7.652/88 dispõe sobre o registro de propriedade marítima, asseverando em seu art. 2º que esta exigência se torna necessária para estabelecer a *"nacionalidade, validade, segurança e publicidade da propriedade de embarcações"*. Define, ainda, no art. 3º, a necessidade de inscrição da embarcação na capitania dos portos, devendo, ainda, ter a embarcação brasileira o registro da propriedade no Tribunal Marítimo caso a *"arqueação bruta superior a 20 (vinte) toneladas, se empregadas na navegação marítima, e daquelas com arqueação bruta superior a 50 (cinquenta) toneladas, quando destinadas a qualquer modalidade de navegação interior"*.

Isso, portanto, pode ser caracterizado como uma primeira exigência de consentimento, visto que as embarcações que não possuem esses registros não poderão circular.

Posteriormente veio a lei federal nº 9.432/97 que dispôs sobre a ordenação do transporte aquaviário no Brasil. Nela encontra-se previsto no art. 3º, que poderão ostentar o pavilhão nacional, se possuírem o registro de propriedade marítima, de propriedade de pessoa física residente e domiciliada no Brasil, ou se a propriedade for de empresa estrangeira, mas estiver navegando em terras brasileiras em virtude de contrato de afretamento de casco nu celebrado com empresa brasileira de navegação, desde que suspensa, ainda que provisoriamente, a bandeira do país de origem³².

Logo, as embarcações poderão arvorar a bandeira brasileira desde que preenchidos um desses dois requisitos.

³² Art. 3º Terão o direito de arvorar a bandeira brasileira as embarcações:

I - inscritas no Registro de Propriedade Marítima, de propriedade de pessoa física residente e domiciliada no País ou de empresa brasileira;

II - sob contrato de afretamento a casco nu, por empresa brasileira de navegação, condicionado à suspensão provisória de bandeira no país de origem.

Já o art. 11 da propalada lei instituiu o registro especial brasileiro - REB, em que deverão ser registradas as embarcações brasileiras operadas por empresas brasileiras³³³⁴³⁵.

Além do mais, torna-se importante esclarecer que essa inscrição no REB, não dispensa a necessidade de se efetuar o registro de propriedade marítima, sendo a ele complementar, conforme disposto no §11º do citado artigo³⁶.

Nessa esteira, o decreto federal nº 2.256/97, regulamenta o registro especial brasileiro - REB de embarcações, tratado na já citada Lei Federal nº 9.432/97 e assegura a possibilidade de contratação de seguro e resseguros para o casco da embarcação no exterior caso essas coberturas não sejam oferecidas no mercado interno³⁷.

Já a lei federal nº 9.537/97 estabelece que são de atribuição da autoridade marítima elaborar normas para realização de inspeções navais e vistorias, bem como para a inscrição de embarcação e o registro de propriedade, além de executar a inspeção naval e as vistorias por meio próprio ou delegadas a entidades especializadas³⁸.

³³ Art. 11. É instituído o Registro Especial Brasileiro - REB, no qual poderão ser registradas embarcações brasileiras, operadas por empresas brasileiras de navegação.

³⁴ Ressalte-se, ainda, a obrigatoriedade de registro de armador, que possui por intuito a exploração econômica de transporte marítimo da embarcação, no Tribunal Marítimo, por imposição do art. 15 da Lei Federal nº 7.652/88:

Art. 15. É obrigatório o registro no Tribunal Marítimo de armador de embarcação mercante sujeita a registro de propriedade, mesmo quando a atividade for exercida pelo proprietário.

³⁵ O conceito de armador encontra-se previsto no art.2º da Lei Federal nº 9.537/97:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, ficam estabelecidos os seguintes conceitos e definições:

III - Armador - pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, apresta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta;

³⁶ § 11. A inscrição no REB será feita no Tribunal Marítimo e não suprime, sendo complementar, o registro de propriedade marítima, conforme dispõe a Lei nº 7.652, de 3 de fevereiro de 1988.

³⁷ Art.5º É assegurada às empresas brasileiras de navegação a contratação, no mercado internacional, da cobertura de seguro e resseguro de cascos, máquinas e responsabilidade civil para suas embarcações registradas no REB, desde que o mercado interno não ofereça tais coberturas ou preços compatíveis com o mercado internacional.

³⁸ Art. 4º São atribuições da autoridade marítima:

I - elaborar normas para:

c) realização de inspeções navais e vistorias;

(...)

e) inscrição das embarcações e fiscalização do Registro de Propriedade;

(...)

As embarcações devem possuir, ainda, sistemas de sinais de auxílio à navegação, como luzes e sinais sonoros, em atendimento ao Regulamento Internacional para evitar o abalroamento no mar – RIPEAM 72³⁹.

Evidencia-se, portanto, as inúmeras certificações⁴⁰ que devem ser atendidas para que a embarcação possa navegar com segurança, caso contrário estará sujeito a penalizações e inclusive retenção da embarcação.

De mais a mais, necessário esclarecer a importância da atuação dos usuários desses transportes. Isso se afirma em virtude das normas básicas para condutores e passageiros de embarcações na jurisdição do Rio de Janeiro, disponibilizado pela Capitania dos Portos do Rio de Janeiro, recomendar que os passageiros: (i) verifiquem se a embarcação possui colete salva vidas, em local de fácil acesso e em bom estado; (ii) observe o estado geral da embarcação, referente a conservação, limpeza e arrumação; (iii) analisar se a embarcação possui fixado em local de fácil acesso a capacidade total de passageiros na embarcação; e (iv) verificar se a embarcação está homologada para atividade que se propõe⁴¹. Isso tudo para maximizar a segurança do passageiro.

3.2 Da tripulação utilizada na embarcação

A lei federal nº 9.432/97 exige, igualmente, que para as embarcações que utilizem bandeira brasileira, as pessoas que nela trabalhem deverão ser, em sua maioria brasileiras. Define no art. 4º a necessidade do comandante e do chefe das máquinas serem brasileiros, assim como dois terços de toda a tripulação abordo da embarcação⁴².

Contudo, o §6º do art. 11 da mesma lei estabelece que as embarcações brasileiras que forem registradas no REB, somente o comandante e o chefe das

IX - executar a inspeção naval;

X - executar vistorias, diretamente ou por intermédio de delegação a entidades especializadas.

³⁹ Disponível em: <<http://www.portaldoamador.com.br/downloads/RIPEAM-QuadrosIaIII.pdf>>. Acesso em: 17/02/2016.

⁴⁰ Utilizado aqui como sinônimo de autorizações administrativas ou, simplesmente, registros.

⁴¹ Disponível no sítio eletrônico: <<https://www.mar.mil.br/cprj/arquiv/normas.pdf>>. Acesso em: 03/02/2016.

⁴² Art. 4º Nas embarcações de bandeira brasileira serão necessariamente brasileiros o comandante, o chefe de máquinas e dois terços da tripulação.

máquinas serão necessariamente brasileiros⁴³. Isso denota contradição, visto que a lei em vigor estabelece um parâmetro em um artigo, e em artigo seguinte define outro, mais flexível, ampliando a restrição imposta pela lei, em aparente contrassenso.

Salienta-se, ainda, a obrigação imposta pela Lei Estadual nº 2.782/97, que exige que nas embarcações utilizadas para transporte coletivo de passageiros, ao menos um tripulante deve ser habilitado como salva-vidas pelo Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro⁴⁴. Em caso de descumprimento dessa obrigação, incorrerá em sanção, que vai desde multa simples ou diária, até perda de benefícios fiscais e suspensão temporária ou definitiva de suas atividades⁴⁵.

Já o Decreto Federal nº 2.256/97 estipula, em seu art. 8º, que convenções ou acordos coletivos de trabalho irão reger as condições de trabalho das embarcações registradas no REB⁴⁶.

A tripulação deverá, ainda, por determinação do art. 7º da Lei Federal nº 9.537/97⁴⁷, possuir nível de habilitação definido pela autoridade marítima, para poder exercer as suas funções a bordo da embarcação, além de submetem-

⁴³ § 6º Nas embarcações registradas no REB serão necessariamente brasileiros apenas o comandante e o chefe de máquinas.

⁴⁴ Art. 1º - Nas embarcações utilizadas como transporte coletivo de passageiros, inclusive as de turismo, pelo menos um membro da tripulação presente, deverá estar habilitado pelo Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro como salva-vidas.

⁴⁵ Art. 2º - O não cumprimento do estabelecido no caput do artigo 1º. sujeitará a empresa proprietária ou o dono da embarcação infratora às seguintes sanções, por infração cometida:

I - Multa simples ou diária, nos valores correspondentes a no mínimo 10 (dez) e no máximo 100 (cem) Unidades Fiscais do Estado do Rio de Janeiro - UFERJs, ou por outro indicador que venha a substituí-la, vigente na data da infração ou no dia posterior;

II - Perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Estado;

III - Suspensão temporária de suas atividades por até 60 (sessenta) dias, por ato da autoridade estadual competente;

IV - Suspensão definitiva de sua atividade, por ato da autoridade supra mencionada, desde que ocorra reincidência continuada, caracterizada pela ação ou omissão inicialmente punida.

⁴⁶ Art. 8º As convenções e os acordos coletivos de trabalho regerão as condições de trabalho para as tripulações das embarcações registradas no REB, estipulando, dentre outras normas, as relativas a remuneração e regime de férias.

⁴⁷ Art. 7º Os aquaviários devem possuir o nível de habilitação estabelecido pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações.

Parágrafo único. O embarque e desembarque do tripulante submete -se às regras do seu contrato de trabalho.

se às regras de contrato de trabalho, por força de seu parágrafo único do citado artigo.

Logo, demonstra-se que não é qualquer pessoa que se encontra habilitada a laborar em embarcação, devendo seguir a risca as restrições impostas pelo ordenamento jurídico marítimo nacional.

3.3 Da necessidade de alvará para loja na estação e da operação da estação

Nesse item, pretende-se transparecer a necessidade de que as lojas e bares constantes dentro da estação obedeçam ao código de posturas municipais.

Nesse mister, apresentamos algumas exigências pelo código de posturas municipais para o município do Rio de Janeiro, consolidado por meio do Decreto nº 29.881/08.

Inicialmente, para a competente realização de atividade econômica é necessário o licenciamento prévio na Secretaria de Fazenda⁴⁸, obtido por meio de um alvará de funcionamento⁴⁹.

Ademais, fica autorizada a fiscalização dos estabelecimentos, em qualquer momento, de modo a analisar se persistem as condições que autorizaram a emissão do alvará de licenciamento, conforme preceitua o art. 9º do citado Decreto municipal⁵⁰.

⁴⁸ Por determinação contida no art. 2º, caput, do Decreto Municipal nº 29.881/08.

⁴⁹ Que poderá ser, de acordo com o art. 3º do referido Decreto, um dentre essas 4 modalidades: (i) licença para estabelecimento; (ii) autorização provisória para estabelecimento; (iii) autorização especial; (iv) autorização transitória.

Art. 3º. Compete ao Coordenador de Licenciamento e Fiscalização e aos Diretores das Inspetorias Regionais de Licenciamento e Fiscalização (IRLF) a concessão de licença ou autorização para funcionamento de estabelecimento, mediante a expedição de um dos seguintes documentos:

I - Alvará de Licença para Estabelecimento, válido por prazo indeterminado;

II - Alvará de Autorização Provisória para Estabelecimento, válido por 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis por igual período;

III - Alvará de Autorização Especial, válido por prazo indeterminado;

IV - Alvará de Autorização Transitória, válido por prazo determinado.

⁵⁰ Art. 9º. Os estabelecimentos serão fiscalizados a qualquer tempo, a fim de se verificar a manutenção das condições que possibilitaram o licenciamento, bem como o cumprimento das obrigações tributárias, nos termos da Lei n.º 691/84 (Código Tributário do Município do Rio de Janeiro)

A definição de bares e lanchonetes está prevista no art. 41 do Decreto Municipal nº 29. 881/08, caracterizando como *"estabelecimentos dedicados ao comércio de alimentos e bebidas, com ou sem preparação ou manipulação no local, para serem consumidos imediatamente ou em curto espaço de tempo no próprio estabelecimento ou fora dele"*. E devem obedecer as regras de zoneamento dispostas no Decreto municipal nº 322/76⁵¹.

Quanto a embarcação, algumas possuem lanchonetes em seu interior, que deverão atender as normas sanitárias, naquilo que Diogo de Figueiredo Moreira Neto denominou de polícia administrativa sanitária bromatológica, conforme exposto acima.

Por fim, no que diz respeito a estação, esta também deve obedecer a regulamentos. Citamos, por exemplo, a Lei 4.036/02 do Estado do Rio de Janeiro que obrigou que seja disponibilizado nas estações de embarque e desembarque de passageiros, bebedouros para utilização dos usuários⁵², com o intuito de supri-los de um bem essencial para a vida humana, a água.

3.4 Da trajetória das linhas

O trajeto das linhas de serviço aquaviário não é efetuado a bel prazer da prestadora de serviço público. Isso também se caracteriza como consentimento de polícia, visto que deve ser definido e/ou previamente aprovado pela Administração Pública.

Acerca do assunto, o art. 2º da Lei Estadual nº 2.804/97, estipula que é de competência do Poder Concedente a criação, alteração ou extinção das linhas de transporte⁵³.

⁵¹ Consoante explicita o art. 43 do mencionado decreto:

Art. 43. O licenciamento de bares, restaurantes e lanchonetes obedecerá às regras de zoneamento estabelecidas no Decreto 322/76 e em outras leis específicas de zoneamento.

⁵² Art. 1º - A Empresa Barcas S/A fica obrigada a colocar à disposição dos usuários, bebedouros funcionando nas estações e nas embarcações que fazem a travessia Rio/Niterói, Rio/Paquetá e Rio/Ribeira.

⁵³ Art. 2º - O Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de Poder Concedente, criará, alterará e extinguirá as linhas de transporte a que se refere esta Lei e concederá ou permitirá, por ato do Chefe do Poder Executivo, os serviços a particulares que demonstrem capacidade técnica e econômica para sua exploração, mediante procedimento licitatório.

E nesse mesmo sentido, dispõe o Decreto nº 23.925/97, em seu art. 3º, §1º⁵⁴, que ao Poder Concedente compete a alteração de linhas, ou mesmo sua eventual extinção.

A despeito dessa faculdade, o §3º⁵⁵ estipula a necessidade de elaboração de estudos de viabilidade, como requisito para a criação e alteração das linhas, devendo, ainda, por força do §4º⁵⁶ de citado artigo, a oitiva prévia da agência reguladora de fiscalização do transporte envolvido.

Essa atividade exercida pelo órgão regulador não é prática de fiscalização do serviço, mas sim, uma atividade de consentimento estatal prévio à modificação das linhas, para análise dos impactos que essa alteração pode causar ao contrato administrativo, como forma de proteger o equilíbrio econômico financeiro dos contratos, de um lado, e de resguardar, do outro lado da balança, os usuários, para que não venham a suportar elevação irracional e injustificada dos custos financeiros das tarifas.

Além disso, estipula-se, por meio do art. 4º da Lei Estadual 2.804/97, 2 (dois) tipos de categorias de linhas, as linhas sociais, e as linhas seletivas⁵⁷.

⁵⁴ Art. 3º - As concessões ou permissões poderão ser outorgadas para a prestação de todos os tipos de serviços indicados no caput do artigo 1º, ou, atendido o interesse público e as condições específicas de cada linha, apenas para um ou mais, na forma prevista no respectivo Edital e minuta de contrato a ele anexado.

§ 1º - O Poder Concedente criará, alterará e extinguirá as linhas de transporte a que se refere o presente Decreto e concederá e permitirá, por ato do Governador do Estado, os serviços a particulares, quais sejam, pessoas jurídicas ou consórcios, que demonstrem capacidade técnica e econômica para sua exploração, sempre mediante prévio procedimento licitatório.

⁵⁵ § 3º - Para a criação e alteração de linhas, o Poder Concedente deverá elaborar estudos de viabilidade, levados a efeito através da Secretária de Estado de Transportes que poderá, ainda, analisar estudos elaborados pelos setores sociais envolvidos na exploração das respectivas linhas.

⁵⁶ § 4º - Em qualquer hipótese, para a criação, alteração ou extinção de linhas, será previamente ouvida a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ, Autarquia criada pela Lei 2686/97, inclusive para se manifestar acerca do eventual impacto no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e permissão existentes no respectivo momento.

Importante uma breve observação, visto que a antiga ASEP veio a ser extinta por meio da Lei n º 4.555/05, dando lugar a duas agências reguladoras: (i) A Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários, Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro - AGETRANP; e (ii) Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro, que veio a ser criada por meio da Lei n º 4.556/05.

⁵⁷ Art. 4º - São as seguintes as categorias das linhas, que, segundo definição constante do respectivo regulamento, poderão ser subdivididas em classes de serviços:

Essa previsão também consta do art. 6º⁵⁸ do Decreto Estadual nº 23.925/97, que estabeleceu a existência de dois (dois) tipos de linha, uma social, e uma seletiva. Essas linhas, igualmente, possuem regulação por meio do consentimento de polícia.

Nesse sentido, definiu a legislação que a embarcação deve possuir parâmetros mínimos de comodidade e segurança, tais como: (i) velocidade superior a 10 (dez) nós; (ii) nível de ruído aonde se encontram os passageiros deve ser menor que 85 (oitenta e cinco) decibéis; (iii) devem possuir sanitários masculinos e femininos, com lavabo, além de bebedouros; (iv) poltronas individuais e fixas, com braços; e (v) ventilação natural⁵⁹.

Já a linha seletiva deve possuir melhorias do que as previstas para as linhas sociais, de acordo com o 2º do art. 6º⁶⁰, devendo possuir velocidade mínima de 15 (quinze) nós, como forma de se diferenciar da linha social, caracterizando um serviço mais ágil, o que justificaria o acréscimo no valor da tarifa, em virtude, da necessidade de possuir refrigeração e superior conforto, visto se tratar de um serviço diferenciado⁶¹.

Esses são, a nosso ver, importantes limitações que carecem de concordância estatal, que deverá ser efetuada antes do início da entrada em

-
- a) linhas sociais;
 - b) linhas seletivas.

⁵⁸ Art. 6º - O serviço público de transporte aquaviário de passageiros de que trata este Decreto poderá ser prestado em duas categorias de linhas: sociais e seletivas.

⁵⁹ Conforme previsão no §1º do art. 6º:

§ 1º - Entende-se por linha social aquela que, no mínimo, apresentar, dentre outros, os seguintes requisitos:

- a) velocidade de serviços da embarcação superior a 10 (dez) nós;
- b) nível de ruído nas áreas destinadas a passageiros inferior a 85 (oitenta e cinco) dB;
- c) embarcações com banheiro masculino e feminino com sanitários e pias; e bebedouros refrigerados em cada um dos conveses;
- d) poltronas individuais fixas com braços;
- e) ventilação natural das áreas destinadas a passageiros, assegurando-se renovação de ar satisfatória, consoante os padrões adequados de higiene.

⁶⁰ § 2º - Entende-se por linha seletiva aquela que, no mínimo, apresentar melhorias em relação aos cinco requisitos previstos no parágrafo anterior, cujo serviço deverá ser prestado por embarcações com velocidade mínima de 15 (quinze) nós, refrigeração e superior conforto.

⁶¹ Consoante exigência do §2º do art. 6º do Decreto nº 23.925/97.

§ 2º - Entende-se por linha seletiva aquela que, no mínimo, apresentar melhorias em relação aos cinco requisitos previstos no parágrafo anterior, cujo serviço deverá ser prestado por embarcações com velocidade mínima de 15 (quinze) nós, refrigeração e superior conforto.

operação das embarcações, bem como em momento posterior, na fiscalização dos serviços, a comprovar que o concedido encontra-se observando as determinações contratuais.

3.5 Da polícia administrativa do órgão regulador

Os serviços de transportes aquaviários podem ser, como visto aqui e em outros artigos desta coletânea⁶², essenciais e não essenciais.

A Lei nº 2.804/97, no parágrafo único do art. 8, estipula que caberá à agência reguladora fiscalizar os preços praticados nas tarifas de serviços públicos, de modo a evitar abusividades na fixação desses valores⁶³. Isso é campo atinente ao momento posterior do consentimento estatal, definido, como vimos, no ciclo de polícia, ao momento da fiscalização.

Em outro sentido, caberá à agência reguladora a aprovação do reajuste do valor da tarifa, com base no art. 10º da Lei nº 2.804/97, em um prazo máximo de 60 (sessenta) dias⁶⁴, devendo ser efetivada comunicação prévia aos usuários em 30 (trinta) dias de antecedência à prática dos novos preços.⁶⁵ Entendemos,

⁶² Conforme artigo de André Saddy e Victor Costa Rodrigues, ambos na presente obra, intitulados respectivamente “*Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*” e “*Eficiência Competitiva no Transporte Aquaviário de Passageiros*”.

Ressaltamos, apenas, que os serviços não essenciais, por força, no Estado do Rio de Janeiro, do Decreto nº 23.925/97, que veio a regulamentar a Lei nº 2.804/97, tratando do regime de prestação de serviço público de transporte aquaviário de passageiros, em seu art. 2º, estabelece que independe de concessão ou permissão os serviços que não sejam caracterizados como essenciais, e de transporte de passageiros para atividades exclusivamente turísticas.

⁶³ Art. 8º - As tarifas para a prestação dos serviços nas linhas de categoria seletiva serão livres, devendo ser calculadas e projetadas apenas na fase dos estudos relacionados com o procedimento licitatório para outorga das respectivas concessões ou permissões.

Parágrafo único - Deverá a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ, fiscalizar o eventual exercício abusivo na fixação das tarifas livres, podendo, para tanto, aplicar as sanções contratuais especificamente estabelecidas para esse fim.

⁶⁴ Prazo este estipulado no parágrafo único do art. 10 da Lei nº 2.804/97:

Parágrafo único - A Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ terá o prazo de 60 (sessenta) dias para se manifestar sobre o pedido de reajuste.

⁶⁵ Art. 10 - No prazo que a lei federal venha a permitir, a tarifa limite poderá ser reajustada, de acordo com os critérios contratuais, independentemente do disposto no artigo 11 desta Lei, e desde que seja aprovado pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado

neste caso, que não se trata do momento de fiscalização, mas sim de estrito consentimento estatal, materializado por meio de análise técnica fundamentada do órgão regulador, que atua aqui como um *longa manus* estatal.

Compete, igualmente, à agência reguladora, efetivar revisão quinquenal dos custos dos serviços, num prazo de 120 (cento e vinte) dias⁶⁶, de modo a garantir o equilíbrio econômico financeiro do contrato de prestação de serviços públicos de transporte aquaviário, com supedâneo no art. 11 da Lei nº 2.804/97⁶⁷. Igualmente, entende-se restar caracterizada aqui o consentimento estatal, materializado por meio do órgão regulador.

Logo, percebe-se que este poderá atuar no ciclo administrativo de consentimento estatal, ou em outros ciclos, de fiscalização e até mesmo sanção por descumprimento das práticas administrativas.

do Rio de Janeiro - ASEP/RJ, e seja dada ciência aos usuários com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

⁶⁶ Prazo este estabelecido no parágrafo primeiro do art. 12 da Lei nº 2.804/97:

Art. 12 - Para fins de revisão, a concessionária ou permissionária apresentará à Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ, uma proposta de revisão da estrutura tarifária contratualmente fixada, para vigorar subsequentemente como tarifas limite, instruída com as informações que venham a ser exigidas pela referida Agência.

§ 1º - A Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ terá o prazo de 120 (cento e vinte) dias para se manifestar sobre o pedido de revisão.

§ 2º - O prazo a que se refere o parágrafo anterior poderá ser suspenso por uma única vez, caso a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ determine a apresentação pela concessionária ou permissionária de informações adicionais, voltando o prazo a fluir a partir do cumprimento das exigências.

⁶⁷ Art. 11 - As tarifas contratualmente fixadas serão ordinariamente revisadas a cada 5 (cinco) anos, com base no custo dos serviços, incluída a remuneração do capital.

§ 1º - Na ocorrência de fato econômico que altere o equilíbrio econômico-financeiro da contratação as tarifas poderão ser revisadas para mais ou para menos.

§ 2º - O limite da tarifa sofrerá revisão, para mais ou para menos, sempre que ocorrer a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a assinatura do contrato, quando comprovado seu impacto, salvo tributos ou encargos legais sobre a renda, e desde que seja aprovado pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ e seja dada ciência aos usuários com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

§ 3º - A metodologia de revisão das tarifas contratualmente fixadas levará em conta a necessidade de estímulo ao aumento da eficiência operacional através da composição de custos, considerada sua evolução efetiva, e da produtividade da concessionária ou permissionária.

Conclusão

Inicialmente analisamos o poder de polícia, constatando a existência de uma dicotomização entre polícia administrativa e polícia judiciária. Dentro da polícia administrativa, avaliamos os seus ciclos, destacando especial atenção, como uma de suas vertentes, para o consentimento administrativo.

Em seguida, analisamos que por um lado existe o título habilitante, que se constitui uma delegação do poder do estado, juntamente com a concessão e a permissão, cujo intuito é de servir. De outro lado, encontramos a autorização, como uma atividade limitativa ordenatória do próprio estado.

Dessa maneira, evidenciou-se que o consentimento da polícia administrativa caracteriza-se como preceito negativo relativo ou com reserva de consentimento.

Do mesmo modo, salientou-se que inúmeros são os consentimentos estatais exigidos para a prestação do serviço, que incidem após a outorga do serviço público de transporte aquaviário por meio do título habilitante próprio.

Logo, demonstramos que uma coisa é o consentimento autorizativo para a prestação do serviço, consubstanciado no título habilitante ao particular, caso totalmente diferente da execução deste serviço público em si.

Buscamos destacar, com isso, que após o título habilitante, ainda assim inúmeros são os instrumentos de consentimento estatal que influenciam na dinâmica da própria prestação do serviço.

Desta feita, elencamos algumas maneiras destas diversas formas de consentimento estatal que impactam nos serviços de transporte aquaviários.

Portanto, buscou-se demonstrar como o serviço de transporte aquaviário é regulado. A despeito, disso, de certo que existe a necessidade de implementação de melhorias em alguns desses consentimentos.

De suma importância, ainda, além desses consentimentos estatais materializados pela polícia administrativa, a constante melhoria na fiscalização dos serviços, como forma de continuamente aprimorar a qualidade dos serviços prestados, que ensejam constantes revisitações dos operadores do direito, de modo a não deixar este tema tão crucial na vida dos cidadãos, sem o devido enfoque, seja de ordem material, seja de ordem jurídica.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia, Zanella. Curso de direito administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição federal comentada e legislação constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- TARTUCE, Flávio. Responsabilidade objetiva e risco – a teoria do risco concorrente. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na Administração Pública. In: *Direito Público*, n. 18, out-nov-dez/2007.



LICENCIAMENTO AMBIENTAL NO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS

Guilherme Villela Pignataro

Pós-graduado em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes.

Pós-graduado em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná.

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Assistente de ensino e Pesquisador da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Advogado estatal.

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Direito Ambiental e sua autonomia relativa perante o direito administrativo; 2. Consentimentos estatais; 2.1. Licenças e autorizações (administrativas) – diferença real?; 3. Licenças ambientais – tipos e finalidades; 4. Competência para o licenciamento ambiental; 5. Licenciamento ambiental de transporte aquaviário enquanto serviço – uma necessidade?; 6. Licenciamento ambiental de hidrovias; 7. Licenciamento ambiental de portos e terminais de uso privado; 7.1. O Plano de Regularização da Gestão Ambiental dos Portos; Conclusões; Referências*

Introdução

O presente artigo tem por escopo apresentar as linhas gerais acerca do licenciamento ambiental das atividades relacionadas ao transporte aquaviário de passageiros.

Quando exigível, o licenciamento ambiental é requisito essencial para o exercício regular de qualquer atividade, restringindo interesses individuais em prol dos interesses da coletividade.

Neste âmbito, é preciso entender o conceito de licenciamento ambiental e os principais segmentos da atividade de transporte aquaviário de passageiros submetidos a licenciamentos ambientais; bem como reconhecer a competência para este licenciamento – algo sempre confuso no âmbito de uma federação composta por uma miríade de personagens.

Cabe esclarecer que existem tantos outros consentimentos administrativo-ambientais necessários ao exercício da atividade de transporte aquaviário afora o licenciamento ambiental (muitos deles, inclusive, sendo

requisitos do próprio licenciamento), mas que extrapolam os limites deste estudo.

Apenas a título de exemplo, menciona-se a necessidade de autorização específica para o transporte de produtos perigosos; aprovações da Marinha do Brasil relativamente a questões de segurança do mar *etc.*.

Todavia, o porte do presente estudo demanda foco, concentrando-se apenas no licenciamento ambiental.

1. Direito Ambiental e sua autonomia relativa perante o direito administrativo

É comum que os autores especializados em direito ambiental defendam a autonomia deste ramo de estudo, notadamente pela existência de princípios e institutos próprios.

Isso afastaria o direito ambiental do fluxo comum de ideias que permeiam outros ramos do direito.

Todavia, ainda que se pense desta forma, é imperioso lembrar que a ciência do Direito é uma só, havendo critérios e fundamentos únicos, ainda que especificidades deem acento particular a ramos específicos e que o mesmo termo linguístico possa caracterizar diferentes institutos em cada ramo.

Tome-se por exemplo que o termo consórcio, que tem significados completamente diversos para o direito administrativo¹ e o direito empresarial,² o que não quer dizer que os conceitos não tenham interfaces com os outros ramos. *V.g.* o consórcio empresarial (instituto de direito empresarial) que participa de uma licitação (instituto próprio do direito administrativo) para a contratação com o poder público.

Soma-se a isso o fato de que – na visão pós-moderna do direito, em que a Constituição é dotada de força normativa viva e real – todos os ramos do

¹ Lei 11.107/2005

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.

§ 1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

² Lei 6.404/76

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

direito são conectados a um mesmo fundamento legitimador: a Constituição, que os une a valores, princípios e regras comuns a todos os ramos.

Por fim, a vinculação teórica entre os ramos do direito é reforçada quando se trata de um ramo especializado, que derivou de outro após seu desenvolvimento, como que numa linhagem de afinidade científico-jurídica.

É por estes motivos que a técnica de operação do direito ambiental deve sempre remeter à do direito administrativo – ramo do qual possui derivação direta e imediata – se não para aplicar sua lógica, no mínimo para justificar sua inaplicabilidade ao caso.

Cabe destacar que a maioria dos institutos *jus* ambientais são classificáveis como modalidades de limitações administrativas (ou administrativo-ambientais): limitações com amparo legal ao exercício de atividade privada (econômica ou social) ou do direito de propriedade.

Destarte, as licenças ambientais (objeto deste estudo), são patentemente modalidades de limitações administrativas³, posto que condicionam o exercício de atividades privadas a consentimento prévio do Poder Público.

Com isto em vista, passa-se à análise dos consentimentos administrativos do Poder Público buscando compreender as licenças ambientais.

2. Consentimentos estatais

Como se verá a frente, licenças e autorizações são versões de consentimentos estatais, caracterizando-se como derivações do que se chama poder de polícia.

De início, cabe explicitar que o poder de polícia é uma função pública que envolve quatro fases de um ciclo, entre as quais se encontra a fase de consentimento de polícia (na qual se enquadram as licenças e autorizações).

³ “Fixada a extensão das limitações, pode-se conceituá-las como a modalidade de intervenção ordinatória, abstrata e geral do Estado na propriedade e na atividade privadas, limitativa do exercício de liberdades e de direitos, gratuita, permanente e indelegável.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14 ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2006. p. 376.

A função de polícia é exercida em quatro fases, o ciclo de polícia, correspondendo a quatro modos de atuação: a ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia⁴.

Após estabelecimento de uma limitação administrativa (ordem de polícia) em que se restringe o exercício de determinadas atividades privadas a uma análise estatal prévia, será preciso que o agente privado se submeta a um consentimento de polícia para o exercício regular da atividade pretendida.

Portanto, o consentimento de polícia é o ato administrativo de anuência ao exercício de determinada atividade ou emprego da propriedade, exigindo, em regra, um controle prévio pela Administração Pública.

[...] o ato administrativo de anuência, que possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício da atividade privada, nas hipóteses em que o legislador tenha exigido um controle prévio, por parte da Administração, de compatibilização do uso do bem ou do exercício da atividade com o interesse público.⁵

Tradicionalmente, estes consentimentos prévios costumam ser distinguidos em dois grupos: licenças e autorizações.

Defende-se que, enquanto licenças seriam atos administrativos vinculados – em que a Administração tem pouca ou quase nenhuma liberdade de agir – as autorizações seriam atos administrativos discricionários – nos quais se franquearia maior liberdade de atuação ao administrador.

Este ato de consentimento, que é, formalmente, um alvará, poderá conter, materialmente, uma licença ou autorização [...].

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14 ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2006. p. 398.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14 ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2006. p. 399.

Se as condições para a outorga do consentimento administrativo forem estritamente as previstas na forma legal, sem qualquer margem de extensão administrativa casuística, a sua cabal satisfação, pelo particular postulante, obriga a outorga de uma licença: conceptualmente um ato vinculado e não discricionário, a licença não admite revogação e se torna definitiva, gerando direito subjetivo, que se integra ao patrimônio do administrado que a recebe. Por ser ato vinculado e não discricionário, a licença não admite revogação e se torna definitiva, gerando um direito subjetivo, que se integra ao patrimônio do administrado que a recebeu.

Distintamente, se as condições para a outorga do consentimento, pela Administração, não estão totalmente previstas na norma legal, tendo ficado aberta à apreciação discricionária do ente, órgão ou agente competente, a decisão integrativa e densificadora, de estar ou não resguardado, o interesse público, em determinado caso concreto, a postulação satisfatória do particular apenas facultará a outorga de autorização.

Assim, sendo ato discricionário, e não vinculado, já que à Administração cabe a escolha da oportunidade e a avaliação da conveniência do seu consentimento, a autorização de polícia não se torna definitiva nem gerará, tampouco, direito subjetivo em favor do particular contra a Administração, podendo ser revogada, do mesmo modo que foi outorgada, discricionariamente.⁶

Cabe destacar que, com vistas à celeridade e à eficiência, quando determinadas atividades forem dotadas de pequeno potencial lesivo ao interesse público, há casos em que o Estado dispensa esta fase de consentimento de

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14 ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2006. p. 399.

polícia, exigindo apenas ser informado do início da referida atividade para que possa, depois, exercer adequadamente a fiscalização e eventual sanção de polícia (a exemplo do art. 8º da Lei 9.074/95⁷).

Trata-se do instituto que se convencionou chamar por atividades comunicadas, que Souto bem contextualiza⁸.

Importa registrar que nem toda atividade privada, econômica ou não, depende da prévia manifestação de polícia da Administração, Maria Del Carmen Núñez Lozano destaca as atividades comunicadas à administração, distinguindo, dentre estas, aquelas dedicadas a mero registro ou para fins de informação, daquelas que habilitam a administração a intervir, provocando um controle a posteriori.

2.1. Licenças e autorizações (administrativas) – diferença real?

Dentre as diversas modalidades de consentimento estatal vigentes em território nacional, o foco deste estudo é o licenciamento ambiental.

Quando o ordenamento jurídico assim o exige, busca-se no licenciamento ambiental (procedimento administrativo) um consentimento do Estado para o regular exercício de determinadas atividades com potencial lesivo ao meio ambiente.

Consentimento este que se formaliza através das licenças ambientais (atos administrativos).

(...) a utilização dos recursos ambientais não é inteiramente livre, pois demanda uma autorização especial do estado que é feita por meio do procedimento administrativo de licenciamento

⁷ Lei 9.074/95

Art. 8º O aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000 kW, e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW, estão dispensadas de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente.

⁸ SOUTO. Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2002. p. 71.

ambiental, o qual se dá sempre que uma atividade ou empreendimento seja considerado efetiva ou potencialmente poluidor, ou seja capaz de causar degradação ambiental. O licenciamento ambiental, de mero processo administrativo rotineiro, acabou se transformando no centro de quase toda a polêmica em torno do meio ambiente que, por um motivo, ou por outro, acaba se reduzindo a uma discussão sobre o licenciamento ambiental e suas formalidades.⁹

Como em todo processo administrativo, a lei confere ao particular a garantia da ampla defesa e do contraditório, nos termos do art. 5º, LV, CRFB (embora esta nem sempre seja a realidade com que se depare).

[...] se examinarmos o conjunto de normas que regem o licenciamento ambiental, veremos que, muito embora de forma assistemática, existe uma tímida aplicação do contraditório e da ampla defesa. Contudo, ante o crescimento da atividade econômica e, conseqüentemente, a demanda por mais licenciamentos, começa a ficar evidente que a estrutura normativa que serve de arcabouço para os procedimentos de licenciamento ambiental necessita de profunda revisão, de forma a assegurar a efetiva participação comunitária nos licenciamentos, como forma, inclusive, para dar-lhes grau maior de legitimidade¹⁰.

Reconhecer no licenciamento ambiental a natureza jurídica de processo administrativo possui implicações práticas. Muitas vezes há uma legislação

⁹ ANTUNES, Paulo Bessa. Direito ambiental. 14 ed. São Paulo, SP: Atlas, 2012. p. 197.

¹⁰ ANTUNES, Paulo Bessa. Direito ambiental. 14 ed. São Paulo, SP: Atlas, 2012. p. 198.

geral, que se aplica supletivamente ao processo administrativo de licenciamento ambiental¹¹.

No âmbito da União Federal, o licenciamento ambiental é regulado pela Lei 6.938/81, com a previsão das licenças ambientais no Decreto Federal 99.274/90, tudo sujeito a especificações realizadas por meio das resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

Todavia, se é razoavelmente tranquilo que o licenciamento ambiental se trata de processo administrativo para a obtenção de licenças ambientais, há grave controvérsia quanto à natureza jurídica destas mesmas licenças ambientais.

Isso porque, como já dito, tradicionalmente se dividem os atos administrativos de consentimento em licenças e autorizações.

Nas licenças, uma vez cumpridos seus requisitos, haveria direito adquirido por parte do agente à obtenção do ato administrativo (como ocorre nas licenças para direção veicular *etc.*).

Já nas autorizações, o gestor público possuiria grande liberdade para averiguar a conveniência e oportunidade da edição do ato administrativo, tendo, também, um considerável poder discricionário para a revisão destes mesmos fundamentos do consentimento estatal.

Daí a possibilidade de o órgão ou entidade licenciadora exigir condições – as chamadas condicionantes – para a concessão das licenças ambientais.

Krell¹² enfrenta abertamente a questão teórica, discorrendo sobre impossibilidade de realizar uma análise genérica e defendendo a variabilidade dos contornos do ato administrativo de concessão de licença ambiental aos

¹¹ A título de exemplo, cita-se a legislação federal e do Estado do Rio de Janeiro, cujas leis gerais de processo administrativo preveem sua aplicação subsidiária aos procedimentos administrativos especiais:

Lei Federal nº. 9.784/99

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Lei do Estado do Rio de Janeiro nº. 5.427/2009

Art. 75. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por legislação própria, aplicando-se-lhes os princípios e, subsidiariamente, os preceitos desta Lei.

¹² KRELL. Andreas Joachim. Licença ou autorização ambiental? Muita discussão em torno de um falso dilema. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, v. 49, a. 13, jan.-mar., 2008, p. 71.

sabores do conteúdo da lei que lhe rege, podendo ser ora licença e ora autorização.

A licença ambiental não é vinculada ou discricionária por sua natureza; sua caracterização depende da vontade do próprio legislador em cada nível federativo, a quem cabe a escolha entre a concessão de maiores ou menores espaços para os órgãos administrativos na tomada de decisão sobre a concessão ou negação da licença. Os critérios para o correto exercício de tal opção legislativa deveriam ser o grau de afetação dos direitos fundamentais no caso concreto, bem como o nível de periculosidade e nocividade social das respectivas obras e atividades a serem licenciadas.

[...]

Neste caminho a ser perseguido, é pouco útil insistir na indagação genérica sobre a natureza da licença ambiental, uma vez que existem vários tipos diferentes de licenças ambientais, com grau de vinculação altamente variável, dependendo da respectiva área setorial (águas, ar, florestas, biossegurança, biodiversidade etc.) e da sua específica função (LP, LI, LO).

Cabe destacar aqui a doutrina de Binjenbojm¹³, segundo o qual a clássica divisão binária entre atos administrativos vinculados (que ensejam as licenças) e discricionários (que oportunizam as autorizações) é imprecisa, sendo mais adequado falar que há uma série de graduações entre a vinculação máxima e mínima do administrador decorrente do ordenamento jurídico.

Portanto, não é mais correto se falar de uma dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, senão que numa teoria de graus de

¹³ BINENBOJM. Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 308.

vinculação à juridicidade. Conforme a densidade normativa incidente ao caso, pode-se dizer, assim, que os atos administrativos serão: (i) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), exigindo alto grau de vinculação à juridicidade; (ii) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo grau intermediário de vinculação à juridicidade; e (iii) vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo grau de vinculação à juridicidade.

Quanto à revogação do ato de licenciamento ambiental – mesmo que se entenda tratar-se de atuação puramente discricionária – crê-se necessário tomar grandes cuidados para não criar um ambiente de insegurança jurídica a desestimular investimentos por parte dos atores econômicos

Esta parcimônia na revogação do conteúdo discricionário dos atos administrativos é reforçada aos olhos daqueles que, como nós, veem nos atos administrativo-ambientais (inclusive do licenciamento ambiental) o exercício de uma espécie de regulação (intervenção do Estado na propriedade e economia com base em critérios especialmente técnicos – afinal, poucas áreas do conhecimento são mais técnicas e complexas do que a ecologia e suas interfaces).

Assim, mesmo que se creia haver uma faixa larga de discricionariedade (autorização), deve o administrador público agir de forma razoável, ponderada e contida na revogação destas licenças regularmente concedidas. Nesta linha, cabe destacar a doutrina de Souto¹⁴.

O juízo de conveniência e oportunidade é mutável; portanto a autorização, em regra, não cria direito (ato precário), mas não pode ser suprimida sem motivação mormente se decorre do exercício da

¹⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2002. p. 73.

função regulatória, quando a motivação deve ser técnica e ponderada¹⁵.

Tendo em vista diversos fatores práticos e esta controvérsia sobre a natureza das licenças ambientais, Antunes arremata a questão definindo que a negociação estatal é a melhor forma de se chegar a um resultado positivo para as partes¹⁶.

A questão referente aos direitos outorgados pela licença para o seu titular pode ser assim resumida: No prazo de validade da licença, a modificação de padrões de emissões e de lançamento de efluentes não é oponível ao titular de uma licença válida e que esteja sendo cumprida de acordo com as determinações nela contidas. Encerrada a licença, cabível a exigência de modificação dos padrões, com vistas ao cumprimento dos novos índices. Entretanto, a exigibilidade dos novos padrões não é uma questão meramente jurídica, dependendo de inúmeros outros fatores que necessitam ser levados em consideração pelas autoridades ambientais. Passo a examinar alguns: (i) padrão construtivo. É comum que as instalações industriais sejam projetadas e construídas de forma a possibilitar a implantação da tecnologia escolhida à época da construção. Isso implica que, nem sempre, as plantas industriais possam ser adaptadas facilmente às tecnologias mais modernas; (ii) dificuldades econômicas da empresa etc. Resulta daí que a negociação é o melhor caminho para assegurar o aprimoramento dos padrões efetivos de proteção ambiental.

¹⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2002. p. 73.

¹⁶ ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. 14 ed. São Paulo, SP: Atlas, 2012. p. 211.

Esta proposta se coaduna com o princípio da consensualidade, próprio da Administração Pública pós-moderna.

Embora a imperatividade seja da própria essência da atuação do Estado, que tem como atributo a concentração monopolista do poder coercitivo, é indubitável que o progresso das relações sociais, notadamente beneficiadas com os avanços nos campos da educação, da informação, da comunicação e destacadamente, da democracia, tem proporcionado um campo cada vez mais amplo para a atuação consensual do Poder Público.

Assim, se tem somado aos tradicionais pactos públicos – contratuais e não contratuais – uma cópia de relações negociadas em que se privilegia o consenso como forma de atingimento mais fácil, mais célere e menos dispendioso de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado.

Esta abertura se tem dado em amplo espectro, abrangendo a colaboração no planejamento, na tomada de decisão, na execução, no controle e até mesmo na solução de conflitos, com o emprego da conciliação, da mediação e da arbitragem¹⁷.

Conclui-se que, dentro do perfil instituído pelas leis ambientais, cabe aos órgãos licenciadores estabelecer as modulações administrativas dos atos de consentimento que emitem no curso do licenciamento ambiental, podendo estabelecer as condicionantes mais adequadas a cada caso – desde que, por evidente, sejam pertinentes, razoáveis e proporcionais.

Desta forma, as licenças ambientais não seriam nem atos totalmente vinculados, nem integralmente discricionários, mas algo a variar entre os extremos de um conceito e outro.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99.

Por isso, o licenciamento ambiental deve ser exercido com consciência e boa vontade, sem restringir por demais as liberdades individuais; e nem, por conta disso, prejudicar o interesse público constitucionalmente assegurado.

3. Licenças ambientais – tipos e finalidades

O licenciamento ambiental das atividades potencial ou efetivamente poluidoras é previsto entre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente¹⁸, sendo atribuído ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) a competência para regular este licenciamento¹⁹.

A seu turno, o CONAMA regula (de forma genérica) o licenciamento ambiental através de suas resoluções nº 1/1986 e nº 237/1997.

Nestas resoluções o CONAMA define a existência de três modalidades de licitações: Licença Prévia; Licença de Instalação; e Licença de Operação.

Resolução nº 237/1997

Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle

¹⁸ Lei 6.938/81

Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

¹⁹ Lei 6.938/81

Art 8º Incluir-se-ão entre as competências do CONAMA:

I - estabelecer, mediante proposta da SEMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pela SEMA;

ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Tratam-se de três etapas do consentimento estatal para o exercício regular de atividade privada ou uso da propriedade.

A título informativo, ressalta-se que existem licenciamentos ambientais especiais, nos quais a quantidade de licenças necessárias é alterada, conforme determinações do CONAMA²⁰.

Cabe acrescentar, ainda, que sempre que se tratar de atividade potencialmente causadora de *significativo* impacto ambiental, a Constituição prega que seu exercício deve ser antecedido de estudo específico, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA, ou EIA – (art. 225, §1º, IV, CRFB)²¹. Estudo este que, por óbvio, deve ser realizado no próprio ato de licenciamento ambiental²².

Visto isso, sublinha-se que o ponto nodal da questão das licenças ambientais é discernir quando elas são exigíveis e quando não o são.

²⁰ A guisa de exemplo, cabe destacar a Resolução nº. 470/2015, CONAMA, que estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental dos aeroportos regionais.

²¹ Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

²² Resolução CONAMA nº 237/1997

Art. 3º- A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Na linha do que já foi até agora exposto, sempre que a atividade for efetiva ou potencialmente causadora de *significativo* impacto ambiental deverá ser realizado o EIA (Estudo Prévio de Impacto Ambiental²³) e, portanto, também será exigido o procedimento de licenciamento ambiental.

Todavia, nas outras atividades há uma séria dúvida sobre o que é submetível ao licenciamento ambiental ou não.

Afinal, em teoria, toda e qualquer atividade é passível de causar algum tipo de impacto ambiental, por menor ou mais desprezível que ele possa parecer.

O Anexo 1 da Resolução CONAMA 237/1997 prevê uma lista de atividades que se sujeitam ao licenciamento ambiental – independente da exigência ou não de elaboração de EIA.

Todavia, há posicionamento forte dos que entendem que esta lista não seria taxativa, mas meramente exemplificativa. Este, inclusive, é o entendimento externado pelo IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), entidade responsável pelos licenciamentos ambientais no âmbito da União²⁴.

Com base nestas informações, se tentará dar resposta sobre a necessidade ou não de licenciamento ambiental das atividades vinculadas ao transporte aquaviário de passageiros.

Antes, porém, é preciso apreciar a silhueta da divisão de competências para o licenciamento ambiental no Brasil.

4. Noções gerais sobre as competências para o licenciamento ambiental

A Constituição Federal realiza a partilha de competências (legislativas, executivas e judiciais) entre os entes federados.

²³ A lista de atividades sujeitas à elaboração do EIA está prevista no art. 2º da Resolução CONAMA nº1/1986.

²⁴ 3- Que tipo de empreendimentos estão sujeitos ao licenciamento ambiental?

O Anexo 1 a Resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA nº 237/1997, estabeleceu os principais tipos de empreendimentos que estão sujeitos ao licenciamento ambiental, ressaltando que esta lista pode ser complementada sempre que necessário, não sendo exaustiva.

BRASIL. Perguntas frequentes – Licenciamento ambiental. <http://www.ibama.gov.br/perguntas-frequentes/licenciamento-ambiental> Acessado em 25/02/2016.

O art. 23 prevê as competências administrativas comuns às diversas esferas federativas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Competências entre as quais se destacam (para objeto deste estudo) as dos incisos VI e VII, relativas à proteção do meio ambiente, florestas, fauna e flora e combate à poluição²⁵.

Tratando-se das competências administrativo-ambientais, é destes dispositivos que deriva a competência para a realização do licenciamento ambiental.

Como se pode perceber rapidamente, uma grande controvérsia foi instaurada em razão desta disposição.

Se a competência é comum a todos os entes federados, significaria dizer que toda atividade a ser licenciada precisaria das três licenças ambientais de cada um dos entes no âmbito do qual gerassem algum impacto?

E, não sendo este o caso, qual seria o ente federado competente para realizar o licenciamento ambiental da atividade? Na falta de um critério mais apropriado, empregava-se um impreciso conceito de predominância do interesse (local, para defender a competência dos Municípios; regional, para a dos Estados; e, por fim, nacional ou internacional para a da União).

A questão permaneceu anos carente de regulamentação apropriada – que dependeria de Lei Complementar, conforme o parágrafo único do art. 23 da CF²⁶ – o que ocasionou graves dificuldades aos empreendimentos a serem executados.

Depois deste grande período de omissão consitutucional, a União editou a Lei Complementar 140/2011, que deu tratamento à matéria e aumentou o grau de segurança jurídica; por exemplo, sedimentando que deve haver um único licenciamento ambiental por empreendimento (art. 13, LC 140/2011²⁷).

²⁵ Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

²⁶ Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 23. (...)

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

²⁷ Lei Complementar 140/2011

Quanto à divisão de competências para o licenciamento, esta foi realizada nos artigos 7º, 8º e 9º da LC 140/2011²⁸, atribuindo à União e Municípios hipóteses taxativas de competência para o licenciamento ambiental e aos Estados (e Distrito Federal), umas poucas competências enumeradas,

Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar.

²⁸ Lei Complementar 140/2011

Art. 7º São ações administrativas da União:

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

- a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;
- b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;
- c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;
- d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);
- e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;
- f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999;
- g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou
- h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento;

Art. 8º São ações administrativas dos Estados:

XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º;

XV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

Art. 9º São ações administrativas dos Municípios:

XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

- a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou
- b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

somadas à competência residual para o licenciamento (sempre que não for caso de previsão a outro ente federado), conforme o art. 8º, XIV da LC 140/2011.

Todavia, apesar de garantir maior segurança jurídica quanto à identificação do agente licenciador no âmbito de diversas atividades, manteve o emprego do conceito mal delineado de predominância do interesse local para definir a competência dos Municípios nesta matéria (art. 9º, XIV, “a”, LC 140/2011).

Não fosse isso o bastante, o art. 7º, XIV, “h” (competências da União) e o a art. 9º, XIV, “a” (competências dos Municípios) fundamentam suas competências em “tipologias” a serem estabelecidas no âmbito da Comissão Tripartite Nacional ou dos Conselhos Estaduais de meio ambiente.

Com vistas à regulamentação destas competências, a União editou o Decreto 8.437/2015, no qual descreve a tipologia de empreendimentos e atividades cujo licenciamento ambiental será de competência da União

Por fim, cabe destacar a possibilidade de ser realizado convênio entre os entes federados alterando esta competência, nos termos do artigo 241, CF²⁹).

Tudo isso, como se verá a seguir, pertinente ao estudo.

5. Licenciamento ambiental de transporte aquaviário enquanto serviço – uma necessidade?

Sem descurar do estudo do licenciamento ambiental das hidrovias e dos portos e terminais de uso privado, que será realizado à frente, é preciso apreciar o licenciamento ambiental dos serviços de transporte aquaviário propriamente dito.

Como já mencionado, o transporte aquaviário de cargas está sujeito a uma série de exigências específicas, notadamente quando referente ao transporte de produtos perigosos, mas este não é o enfoque do presente estudo.

A indagação que se realiza neste momento é se o transporte aquaviário de pessoas necessita ou não de licenciamento ambiental próprio.

²⁹ Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Tanto a Resolução 1/1986 quanto o anexo 1 da Resolução 237/1997 são omissos quanto à necessidade de licenciamento ambiental de serviços de transporte, não sendo o transporte aquaviário exceção a esta omissão.

Dúvida que surge é se esta omissão afasta em absoluto a exigência de licenciamento ambiental para esta atividade.

Como já dito, existe acentuado entendimento que defende que estas previsões normativas são meramente exemplificativas, podendo ser reconhecidas outras atividades sujeitas ao licenciamento ambiental.

Atente-se que também a LC 140/2011 é omissa quanto ao transporte aquaviário de pessoas (existe apenas referência ao licenciamento ambiental de produtos radioativos, nos termos do art. 7º, XXI³⁰; e perigosos, conforme art. 7º, XXIV, XXV³¹; e art. 8º, XXI³²).

Some-se, ainda, a ausência de previsão normativa a este respeito no Decreto Federal nº 8.437/2015, que regulamenta a LC 140/2011, quando descreve as tipologias de empreendimentos e atividades cujo licenciamento ambiental será de competência da União.

Porém, como visto no tópico acima, os Estados possuem competência residual para o licenciamento ambiental. Podendo haver, em algum momento, a exigência de licenciamento específico para o transporte aquaviário de pessoas.

³⁰ LC 140/2011

Art. 7º São ações administrativas da União:

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); [...]

³¹ LC 140/2011

Art. 7º São ações administrativas da União:

XXIV - exercer o controle ambiental sobre o transporte marítimo de produtos perigosos; e

XXV - exercer o controle ambiental sobre o transporte interestadual, fluvial ou terrestre, de produtos perigosos.

³² LC 140/2011

Art. 8º São ações administrativas dos Estados:

XXI - exercer o controle ambiental do transporte fluvial e terrestre de produtos perigosos, ressalvado o disposto no inciso XXV do art. 7º.

Tome-se por exemplo a Resolução CONEMA nº 42/2012, do Estado do Rio de Janeiro, que, em seu anexo II³³, estabelece entre as atividades sujeitas ao licenciamento ambiental (na modalidade industrial) o transporte hidroviário.

Isto leva a crer que – para o referido Estado fluminense – toda prestação de serviços nesta modalidade estaria sujeita ao licenciamento ambiental, inclusive a do transporte aquaviário de pessoas.

Além disso, como já explanado, também os Conselhos Estaduais de Meio Ambiente podem estabelecer tipologias próprias, nos termos da LC 140/2015, fixando hipóteses de licenciamento ambiental destas atividades quando entenderem que possuem impacto local.

Com isso, pode ser que alguns Conselhos Estaduais reconheçam a competência dos seus Municípios para licenciar atividades originalmente não previstas, tais como a do transporte por hidrovias.

Desta forma, o melhor a fazer, antes de iniciar a atividade de transporte de pessoas, é consultar os órgãos ambientais com competência territorial sobre a atividade a respeito da necessidade ou não de consentimento ambiental prévio para o exercício deste tipo de atividade, evitando surpresas negativas após os investimentos já terem sido efetuados.

6. Licenciamento ambiental de hidrovias

Analisada a questão do licenciamento ambiental da atividade de transporte aquaviário de pessoas, é preciso apreciar o licenciamento ambiental de hidrovias.

Hidrovia (ou aquavia) é toda via navegável, podendo se tratar de caminho marítimo ou fluvial³⁴.

³³ Resolução CONEMA nº 42/2012, do Estado do Rio de Janeiro

ANEXO II

GRUPOS DE EMPREENDIMENTOS E ATIVIDADES POLUIDORES OU UTILIZADORES DE RECURSOS AMBIENTAIS, SUJEITOS AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: INDUSTRIAL:

(...)

TRANSPORTE RODOVIÁRIO, FERROVIÁRIO E HIDROVIÁRIO

³⁴ Hidrovia, aquavia, via navegável, caminho marítimo ou caminho fluvial são designações sinônimas.

Hidrovia interior ou via navegável interior são denominações comum para os rios, lagos ou lagoas navegáveis.

Diferentemente das pistas de rolamento das rodovias, os canais de navegação não são materializáveis. Por esta razão as hidrovias requerem cartas de navegação para proporcionar segurança às embarcações.

Não obstante sua quase virtualidade, as hidrovias necessitam de marcações e limitações, estabelecimentos próprios das obras civis.

(...)

Deve ser observado que balizamento de uma via aquática é entendido como sendo basicamente as bóias de auxílio à navegação, que demarcam o canal de navegação, e como sinalização, as placas colocadas nas margens dos rios para orientação dos navegantes. As cartas de navegação são mapas delimitadores das rotas de navegação.

Como existem estradas de rodagem carroçáveis, não pavimentadas, pavimentadas e rodovias, existem rios fluviáveis, de navegação rudimentar, francamente navegáveis e hidrovias.

Podemos aproveitar as rodovias para, fazendo um paralelismo, caracterizar alguns conceitos hidroviários, como mostrado;

O balizamento das hidrovias corresponde às faixas que são longitudinalmente pintadas nos pavimentos das rodovias;

A sinalização de margem das hidrovias pode ser associada às placas que são colocadas às margens das rodovias e que são conhecidas como sinais de trânsito;

Como os canais de navegação não são materializáveis e as pistas de rolamento das rodovias sim, as hidrovias requerem cartas de navegação para proporcionar segurança às embarcações;

As rodovias são projetadas para um determinado veículo rodoviário, isto é, para um veículo tipo. As pontes são projetadas considerando que esse veículo tipo tenha no máximo " x " toneladas; os vãos sob os viadutos e passarelas ou os túneis, que esse veículo tenha no máximo " y " metros de altura; e assim por diante. Nas hidrovias, o mesmo se sucede com as embarcações tipo.

Mister se faz ressaltar que embarcação tipo é um artifício de projeto e não condicionante à confecção de embarcações, pelo menos no conjunto de suas características. A embarcação tipo é uma abstração que reúne as características para as quais a hidrovia é projetada, ou seja, ela é projetada para um comprimento " x " de embarcação, para uma boca " y " e para um calado máximo " z ", sendo este para a situação de águas mínimas, que concomitantemente definem uma embarcação hipotética chamada tipo.

No que se refere às dimensões, pode-se dizer que as embarcações que serão lançadas e que navegarão na hidrovia em voga devem ter no máximo o comprimento e a largura (boca) da embarcação tipo e que, no que alude a calados, em condições de águas mínimas, deve navegar com calado no máximo igual ao da embarcação tipo.

Finalizando, cabe informar que existem hidrovias interiores de tráfego apenas diurno e as franqueadas à navegação noturna, em função do tipo de balizamento e de sinalização adotados."

BRASIL. Conceitos Hidroviários. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.transportes.gov.br/transporte-aquaviario/52-sistema-de-transportes/1436-conceitos-hidroviarios.html>>. Acesso em 25.01.2016.

Por esta razão, o anexo 1 da Resolução 237/1997³⁵ estabelece as hidrovias como atividade licenciável, dentro da caracterização de obras civis.

Some-se a isso, por exemplo, o Decreto Estadual nº 44.820, que regulamenta o Sistema de Licenciamento Ambiental (SLAM) do Estado do Rio de Janeiro. Seu Anexo 1 apresenta o rol de atividades sujeitas ao licenciamento no entendimento deste Estado. Dentre estas, consta o Grupo 33, que faz referência (entre outros itens) a:

(...) Sinalização de tráfego em rodovias, ferrovias e centros urbanos, de balizamento e orientação para pouso e navegação marítima, fluvial e lacustre.

Embora o Decreto estadual não faça uso expressamente do termo “hidrovia”, a “sinalização (...) de balizamento e orientação para (...) navegação marítima, fluvial e lacustre” nada mais é do que aspecto de uma hidrovia.

Significa, por isso, que ambos os entes federados entendem ser necessário o licenciamento ambiental desta atividade – tanto um quanto o outro enquadrando-a como modalidade de construção civil.

Mas como definir a competência dos entes federados para o licenciamento ambiental de hidrovias?

O Decreto 8.437/2015 parte da lógica da titularidade do corpo hídrico em que se localiza a hidrovia, ao afirmar que quando o licenciamento ambiental for de hidrovia federal³⁶, a competência de sua execução será do órgão/entidade federal responsável.

³⁵ Resolução CONAMA nº 237/1997

ANEXO 1

ATIVIDADES OU EMPREENDIMENTOS SUJEITAS AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

(...)

Obras civis

- rodovias, ferrovias, hidrovias, metropolitanos

³⁶ Decreto nº 8.437/2015

Art. 3º Sem prejuízo das disposições contidas no art. 7º, caput, inciso XIV, alíneas “a” a “g”, da Lei Complementar nº 140, de 2011, serão licenciados pelo órgão ambiental federal competente os seguintes empreendimentos ou atividades:

(...)

III - hidrovias federais:

a) implantação; e

Para fechar o raciocínio, bastaria lembrar que todos os recursos hídricos são bens públicos (art. 1º, I, Lei 9.433/97³⁷).

Conforme disposições constitucionais, ou sua titularidade é da União (nos termos do art. 20, III, CF³⁸) ou dos Estados (conforme o art. 26, I, CF³⁹).

Associando o acima exposto ao fato de que a competência residual para o licenciamento ambiental é dos Estados⁴⁰, chega-se à conclusão lógica de que: quando a hidrovia se localizar em corpo hídrico federal (hidrovia federal) a competência para o seu licenciamento será da União (em razão da tipologia prevista no Decreto 8.437/2015).

Por sua vez, quando a hidrovia se localizar em corpo hídrico estadual (hidrovia estadual) a competência para o seu licenciamento será dos Estados (em função da competência residual dos Estados).

Além disso, não havendo outra titularidade dos corpos hídricos, a competência se resumiria a estas duas hipóteses.

Todavia, a regulamentação pelo Decreto parece esquecer de outros critérios constantes da Lei Complementar 140/2011, que ela visa regulamentar, e que podem alterar a regra de competência.

Por exemplo, se houver uma unidade de conservação (exceto uma Área de Proteção Ambiental) seu instituidor terá a competência atraída por estar

b) ampliação de capacidade cujo somatório dos trechos de intervenções seja igual ou superior a duzentos quilômetros de extensão;

³⁷ Lei nº. 9.422/97

Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público;

³⁸ Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 20. São bens da União:

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

³⁹ Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

⁴⁰ Lei Complementar 140/2011

Art. 8º São ações administrativas dos Estados:

XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º;

razão (LC 140/2011, art. 7º, XIV, “d”; art. 8º, XV; e art. 9º, XIV, “b”) o que alteraria a regra básica de competência para este licenciamento.

Além disso, por exemplo, se a atividade estiver localizada em terras indígenas, a competência para o licenciamento será da União, ainda que a hidrovia esteja localizada em corpo hídrico de titularidade estadual (LC 140/2011, art. 7º, XIV, “a”, “b”, “c”, “d”, “e”⁴¹);

7. Licenciamento ambiental de portos e terminais de uso privado

Acima já foram destrinchadas as regras de competências a respeito do licenciamento ambiental de forma genérica, tomando por base a Constituição Federal, a Lei Complementar 140/2011 e o Decreto 8.437/2015, que estabelece as tipologias dos empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental pela União.

Originalmente, a Resolução CONAMA 237/1997⁴² já previa em seu anexo a obrigatoriedade de licenciamento ambiental de portos e marinas⁴³.

⁴¹ Lei Complementar 140/2011

Art. 7º São ações administrativas da União:

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

- a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;
- b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;
- c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;
- d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);
- e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;

⁴² Resolução CONAMA nº 237/1997

ANEXO 1

ATIVIDADES OU EMPREENDIMENTOS SUJEITAS AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

(...)

Transporte, terminais e depósitos

(...)

- marinas, portos e aeroportos

⁴³ Antes, o “Manual de licenciamento ambiental de portos”, editado pelo Ministério do Meio Ambiente, a divisão das competências seria resumida as competências da União (através do IBAMA), Estados e Municípios com base nos critérios anteriormente empregados, fazendo sempre referencia a portos, terminais de passageiros e marinas:

“a) portos organizados e instalações portuárias situados no mar territorial, licenciamento pelo IBAMA;

Todavia, o novo marco regulatório dos portos (Lei nº. 12.815/2013) estabelece critérios diferentes para enquadrar as instalações portuárias.

À luz deste diploma legal, passa-se a dividi-las entre portos organizados e terminais de uso privado.

O porto organizado⁴⁴ é bem público, destinado a atender as necessidades de navegação, movimentação de passageiros ou armazenamento de mercadorias, sempre submetidos a uma autoridade portuária.

Já os terminais de uso privado⁴⁵ são as instalações portuárias localizadas fora da área de porto organizado.

O Decreto 8.437/2015 (que prevê as tipologias das atividades sujeitas ao licenciamento de competência da União) define como área do porto organizado aquela delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado⁴⁶.

- b) portos organizados e instalações portuárias localizados em águas interiores, licenciamento pelo Estado;
- c) licenciamento pelo IBAMA, no caso b acima, se firmado convênio IBAMA - Estado;
- d) terminais de passageiros e marinas, licenciamento pelo Estado;
- e) clubes náuticos, píeres e atracadores de recreio e de pesca, licenciamento pelo Município, quando o impacto ambiental for local, ouvido o órgão competente do Estado;
- f) licenciamento pelo Estado no caso e acima, se firmado convênio Estado-Município, observadas as disposições da Resolução nº 237/97 do CONAMA;
- g) bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica, conforme Resolução nº 237/97 do CONAMA; e
- h) instalações da Polícia Federal, licenciamento pelo IBAMA.”

BRASIL. Manual de licenciamento ambiental de portos. <http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/MeioAmbiente/manual_de_licenciamento_ambiental_no_s_portos_%282%29.pdf>. Acessado em 07/02/2016. p. 17.

⁴⁴ Lei nº. 12.815/2013

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender as necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

⁴⁵ Lei nº. 12.815/2013

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

IV - terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado;

⁴⁶ Decreto nº 8.437/2015

Este mesmo diploma define terminal de uso privado como a instalação portuária localizada fora da área do porto organizado⁴⁷.

Cabe ressaltar que a Lei Complementar nº 140/2011 não faz referência a estas atividades, pois apenas estabelece os critérios para a divisão de competências, sem o foco de determinar quais atividades são licenciáveis ou não.

Por sua vez, o Decreto 8.437/2015, que estabelece as tipologias das atividades sujeitas ao licenciamento de competência da União, definindo que somente se submetem à esfera federal de licenciamento tanto os portos organizados quanto os terminais de uso privado que movimentem carga em volume igual ou superior a 15.000.000 toneladas por ano ou 450.000 TEU⁴⁸ por ano⁴⁹.

Assim, quando a capacidade do porto ou terminal de uso privado for inferior 15.000.000 toneladas por ano ou 450.000 TEU por ano, a competência será – a princípio – do Estado, que possui competência residual para o licenciamento ambiental (art. 8º, XIV da LC 140/2011⁵⁰).

Art. 3º Sem prejuízo das disposições contidas no art. 7º, caput, inciso XIV, alíneas “a” a “g”, da Lei Complementar nº 140, de 2011, serão licenciados pelo órgão ambiental federal competente os seguintes empreendimentos ou atividades:

XXI - área do porto organizado - área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado;

⁴⁷ Decreto nº 8.437/2015

Art. 3º Sem prejuízo das disposições contidas no art. 7º, caput, inciso XIV, alíneas “a” a “g”, da Lei Complementar nº 140, de 2011, serão licenciados pelo órgão ambiental federal competente os seguintes empreendimentos ou atividades:

XXII - terminal de uso privado - instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado;

⁴⁸ Do inglês, “Twenty-foot Equivalent Unit” (TEU) é a “Unidade equivalente a 20 Pés”. Trata-se de uma unidade de medida utilizada para calcular o volume de um contêiner.

⁴⁹ Decreto nº 8.437/2015

Art. 3º Sem prejuízo das disposições contidas no art. 7º, caput, inciso XIV, alíneas “a” a “g”, da Lei Complementar nº 140, de 2011, serão licenciados pelo órgão ambiental federal competente os seguintes empreendimentos ou atividades:

IV - portos organizados, exceto as instalações portuárias que movimentem carga em volume inferior a 450.000 TEU/ano ou a 15.000.000 ton/ano;

V - terminais de uso privado e instalações portuárias que movimentem carga em volume superior a 450.000 TEU/ano ou a 15.000.000 ton/ano;

⁵⁰ Lei Complementar 140/2011

Art. 8º São ações administrativas dos Estados:

A primeira exceção se dá quando houver outra causa que atraia a competência da União para o licenciamento ambiental, como quando, por exemplo, tratar-se de porto localizado ou desenvolvido conjuntamente no Brasil e em país limítrofe⁵¹;

Segunda exceção ocorre quando o correspondente Conselho Estadual de Meio Ambiente – tomando por base os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade – tiver definido tipologia dentro da qual o porto ou terminal de uso privado se enquadre, atraindo a competência do licenciamento ambiental para o município⁵².

Por fim, em terceiro lugar, a competência poderá ser alterada por meio de convênio a ser celebrado entre os entes federados, nos termos do art. 241 da CF⁵³.

7.1. O Plano de Regularização da Gestão Ambiental dos Portos

Não obstante todo o explanado até o momento, é preciso salientar que diversos portos brasileiros se encontram em situação totalmente irregular no que tange à exigência de licenciamento ambiental.

Ciente disso, a União criou o Plano de Regularização da Gestão Ambiental dos Portos – PRGAP – através da Portaria Interministerial

XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º;

⁵¹ Lei Complementar 140/2011

Art. 7º São ações administrativas da União:

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;

⁵² Lei Complementar 140/2011

Art. 9º São ações administrativas dos Municípios:

XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou

⁵³ Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

MMA/SEP/PR nº 425/2011, destinado aos portos e terminais portuários marítimos (art. 1º, Portaria Interministerial MMA/SEP/PR nº 425/2011⁵⁴).

Nos termos deste diploma, com vistas à regularização ambiental, deve-se assinar um termo de adesão, elaborado pela Secretaria de Portos da Presidência da República, para ser incluído neste plano de regularização.

A assinatura deste termo de compromisso suspende as sanções administrativas ambientais já aplicadas pelo ente licenciador e fiscalizador federal (IBAMA) e impede novas autuações quando relativas à ausência de licença ambiental.⁵⁵

Isso tudo para tentar sanar uma carência brasileira de atendimento às normas ambientais, seja por agentes privados, seja pelo próprio Poder Público.

Abaixo, segue uma tabela da ANTAQ com a lista dos portos brasileiros e sua situação no que toca ao licenciamento ambiental⁵⁶.

⁵⁴ Portaria Interministerial MMA/SEP/PR nº 425/2011

Art. 1º Fica instituído o Programa Federal de Apoio à Regularização e Gestão Ambiental Portuária - PRGAP de portos e terminais portuários marítimos, inclusive os outorgados às companhias docas, vinculadas à SEP/PR, conforme previsto no ANEXO I do Decreto nº 7.262, de 12 de agosto de 2010.

Parágrafo único. O Programa de que trata esta Portaria se aplica apenas aos portos e aos terminais previstos no caput, que já estejam implantados e em operação sem licença ambiental, excetuadas as obras de ampliação e as atividades de dragagem, que estarão sujeitas a procedimento regular de licenciamento ambiental.

⁵⁵ Portaria Interministerial MMA/SEP/PR nº 425/2011

Art. 3º Os portos e terminais portuários previstos no art. 1º terão prazo de cento e vinte dias, contados a partir da edição desta Portaria, para firmar termo de compromisso com o IBAMA, com o fim de apresentar, no prazo máximo de setecentos e vinte dias, os Relatórios de Controle Ambiental - RCAs, que subsidiarão a regularização ambiental, por meio das respectivas licenças de operação, observadas as exigências desta Portaria.

§1º A assinatura do termo de compromisso suspende as sanções administrativas ambientais já aplicadas pelo IBAMA e impede novas autuações, quando relativas, em ambos os casos, à ausência da respectiva licença ambiental.

⁵⁶ BRASIL. Tabela da Situação do Licenciamento Ambiental dos Portos Brasileiros. http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/MeioAmbiente/Lista_de_Portos_com_LO_2013.pdf Acessado em 13/02/2016. p. 01-02.

TABELA DA SITUAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DOS PORTOS BRASILEIROS

Estado	LISTA DE PORTOS	Situação	ÓRGÃO AMBIENTAL LICENCIADOR
AL	Porto de Maceió (CODERN)		IMA - Instituto do Meio Ambiente do Estado de Alagoas
AM	Porto de Manaus		IPAAM - Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas
AP	Porto de Macapá (Companhia Docas de Santana)		SEMA - Secretaria de Estado do Meio Ambiente
BA	Porto de Salvador (CODEBA)		IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
BA	Porto de Aratu (CODEBA)		IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
BA	Porto de Ilhéus (CODEBA)		IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
CE	Porto de Fortaleza (CDC)		SEMACE - Superintendência Estadual do Meio Ambiente
CE	Terminal Portuário do Pecém (CEARAPORTOS)		IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
ES	Porto de Vitória (CODESA)		IEMA - Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos
ES	Porto de Barra do Riacho (CODESA)		IEMA - Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos
MA	Porto de Itaqui (EMAP)		SEMA - Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Recursos Naturais
MG	Porto de Pirapora (AHSFRA)		FEAM - Fundação Estadual do Meio Ambiente
MS	Porto Fluvial de Corumbá		IMASUL - Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul
MT	Porto Fluvial de Cáceres		SEMA - Secretaria de Estado do Meio Ambiente
PA	Porto de Santarém (CDP)		SEMA - Secretaria de Estado de Meio Ambiente
PA	Porto de Vila do Conde (CDP)		SEMA - Secretaria de Estado de Meio Ambiente
PA	Porto de Belém (CDP)		SEMA - Secretaria de Estado de Meio Ambiente
PB	Porto de Cabedelo (Companhia Docas da Paraíba)		SUDEMA - Superintendência de Administração do Meio Ambiente
PE	Porto do Recife		CPRH - Agência Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos
PE	Porto de Suape		CPRH - Agência Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos
PR	Porto de Paranaguá (APPA)		IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
PR	Porto de Antonina (APPA)		IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
RJ	Porto de Niterói (CDRJ)		INEA - Instituto Estadual do Ambiente
RJ	Porto do Rio de Janeiro (CDRJ)		INEA - Instituto Estadual do Ambiente
RJ	Porto de Itaguaí (CDRJ)		INEA - Instituto Estadual do Ambiente
RJ	Porto de Angra dos Reis (CDRJ)		INEA - Instituto Estadual do Ambiente
RJ	Porto de Forno		IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
RN	Porto de Areia Branca (CODERN)		IDEMA - Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente
RN	Porto de Natal (CODERN)		IDEMA - Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente
RO	Porto de Porto Velho (SOPH)		FEMACT - Fundação Estadual do Meio Ambiente, Ciência e Tecnologia
RS	Porto de Charqueadas		FEPAM - Fundação Estadual de Proteção Ambiental
RS	Porto de Estrela		FEPAM - Fundação Estadual de Proteção Ambiental
RS	Porto de Porto Alegre (SPH)		FEPAM - Fundação Estadual de Proteção Ambiental
RS	Porto de Pelotas (SPH)		FEPAM - Fundação Estadual de Proteção Ambiental
RS	Porto de Cachoeira do Sul (SPH)		FEPAM - Fundação Estadual de Proteção Ambiental
RS	Porto de Rio Grande (SUPRG)		IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
SC	Porto de Itajaí		FATMA - Fundação do Meio Ambiente
SC	Porto de São Francisco do Sul		IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
SC	Porto de Imbituba (CDI)		FATMA - Fundação do Meio Ambiente
SC	Porto de Laguna		FATMA - Fundação do Meio Ambiente
SP	Porto de Panorama		CETESB - Companhia Ambiental do Estado de São Paulo
SP	Porto de Presidente Epitácio		CETESB - Companhia Ambiental do Estado de São Paulo
SP	Porto de São Sebastião (Companhia Docas de São Sebastião)		IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
SP	Porto de Santos (CODESP)		IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

Legenda:

	Possui LO válida ou em processo de renovação junto ao órgão ambiental competente.
	Não possui LO, mas está contemplado no Programa Federal de Apoio à Regularização e Gestão Ambiental Portuária – PRGAP*.
	Não possui LO.
	O porto não está operando.

Portaria Interministerial MMA/SEP/PR nº 425, de 26 de outubro de 2011. Os portos que já aderiam ao PRGAP (assinaram o Termo de Adesão com a SEP) são: Vitória; Natal; Terminal de Areia Branca; Santos; Salvador; Ilhéus; Aratu; Rio de Janeiro e Itaguaí, que está no Programa para promover a renovação da sua LO FE002670-2002.

Total de portos = 44
 Total de portos com LO = 23
 Total de portos licenciados pelo IBAMA = 11
 Total de portos licenciados por órgãos estaduais de meio ambiente = 33

Conclusões

Conforme dito acima, o licenciamento ambiental é uma forma de exercício do poder de polícia no controle de atividades que possam impactar ou efetivamente impactem o meio ambiente.

Todavia, o ordenamento jurídico nem sempre é claro sobre a necessidade ou não de licenciamento ambiental de determinadas atividades.

Dentre as atividades licenciáveis ligadas ao transporte aquaviário de pessoas destacam-se as relativas à implantação ou expansão de hidrovias; bem como de portos organizados ou terminais de uso privado.

Além dessas duas atividades licenciáveis, surge dúvida a respeito da necessidade ou não do licenciamento ambiental dos serviços de transporte aquaviário de pessoas em si.

Visto isso, há, ainda, questões sobre a competência para o licenciamento ambiental destas atividades.

Isso porque a proteção do meio ambiente é competência comum das quatro figuras federativas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Uma vez editada a Lei Complementar 140/2011, foram estabelecidos os parâmetros para definir quem seria o ente competente para o licenciamento ambiental destas atividades – e que haveria apenas um ente licenciador.

Por fim, regulamentando o referido diploma legal, a União editou o Decreto 8.437/2015, que estabelece as tipologias das atividades sujeitas ao licenciamento ambiental pela União; cabendo aos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente regulamentar as tipologias das atividades sujeitas ao licenciamento ambiental dos Municípios.

A despeito das discussões envolvendo a matéria, a União tem em vigor o “Plano de Regularização da Gestão Ambiental dos Portos” – PRGAP – que visa regularizar a situação ambiental dos portos que estão atuando irregularmente, sem as licenças ambientais ou fora dos limites e validades destas.

Referências

- ANTUNES, Paulo Bessa. Direito ambiental. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BINENBOJM. Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. Conceitos Hidroviários. Brasília, DF, 2014.
<http://www.transportes.gov.br/transporte-aquaviario/52-sistema-de-transportes/1436-conceitos-hidroviarios.html> Acesso em 25.01.2016.

BRASIL. Manual de licenciamento ambiental de portos. http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/MeioAmbiente/manual_de_licenciamento_ambiental_nos_portos_%282%29.pdf Acessado em 07/02/2016.

BRASIL. Perguntas frequentes – Licenciamento ambiental. <http://www.ibama.gov.br/perguntas-frequentes/licenciamento-ambiental> Acessado em 25/02/2016.

BRASIL. Tabela da Situação do Licenciamento Ambiental dos Portos Brasileiros.

http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/MeioAmbiente/Lista_de_Portos_com_LO_2013.pdf Acessado em 13/02/2016.

KRELL. Andreas Joachim. Licença ou autorização ambiental? Muita discussão em torno de um falso dilema. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, v. 49, a. 13, jan.-mar., 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUTO. Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.



O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS

Flávio Luiz de A. Lôbo

Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP) e em Direito Administrativo Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Membro da Inter-American Bar Association (Washington, D.C. / EUA) e da Orange County Bar Association (Florida / EUA). Advogado e consultor nas áreas de Direito Empresarial e Direito Administrativo. Membro pesquisador do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ), do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC) e do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA)

Jesús Alberto Vargas Hernández

Advogado pela Universidad de las Américas Puebla

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Equilíbrio Econômico-Financeiro dos contratos administrativos; 2. Equilíbrio Econômico-Financeiro dos contratos administrativos na Constituição Brasileira; 3. Equilíbrio Econômico-Financeiro na Lei 8.666/93; 4. Equilíbrio Econômico-Financeiro dos contratos de concessão na Lei 8.987/95; 4.1. Reajuste de Tarifa; 4.2. Revisão da Tarifa; 4.3. Prorrogação do prazo contratual; 4.4. Aporte de Recursos Públicos; 5. Equilíbrio Econômico-Financeiro nos contratos de concessão de transporte aquaviário de passageiros; 5.1 Bahia; 5.2 Rio de Janeiro; Conclusões; Referências*

Introdução

Conforme amplamente noticiado pela mídia ao longo do ano de 2015¹, uma determinada concessionária de serviços públicos, que explora o transporte

¹ <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-03-26/ccr-ameaca-abandonar-barcas-por-cao-de-prejuizo-milionario.html>
<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-10-12/barcas-prejuizo-de-r-156-milhoes-e-tarifas-a-r-800.html>
<http://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/consorcio-ccr-formaliza-devolucao-da-concessao-das-barcas-rio-niteroi.html>
<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,ccr-devolve-concessao-de-barcas-no-rio-1779086>

aquaviário intermunicipal de passageiros em uma das principais capitais do país – o Rio de Janeiro – teria sugerido a “devolução” da concessão, bem como, que lhe seria devido o pagamento de indenização pelo Poder Concedente, diante de supostos prejuízos, decorrentes do desequilíbrio Econômico-Financeiro que teria afetado o seu contrato.

Nesse contexto, foi realizado o presente estudo, a fim de realizar uma análise pragmática do instituto do *Equilíbrio Econômico-Financeiro*, a seguir referido apenas como “*EEF*”, com foco nos contratos administrativos de concessão de transporte aquaviário de passageiros no atual cenário brasileiro², celebrados com esteio na Lei 8.987/95, considerando as peculiaridades a eles inerentes, por meio de uma pesquisa legal, doutrinária e administrativa.

Para contextualizar nossas considerações acerca do aludido instituto no segmento pretendido, preocupamo-nos em tecer comentários sobre algumas das mais relevantes questões teóricas que orientam a sua aplicação aos contratos de concessão de serviços públicos em geral, abordando a sua matriz constitucional, os diferentes tipos de afetação que podem ensejar o reequilíbrio contratual e os principais mecanismos para o seu reestabelecimento.

Buscamos enriquecer as considerações doutrinárias, ilustrando-as por meio de exemplos pragmáticos, resultantes de pesquisas por amostragem efetuadas junto à Administração Pública, dos Estados do Rio de Janeiro e da Bahia, considerando a maior disponibilidade dos dados necessários para o estudo, cotejando essas informações com as normas infraconstitucionais mais relevantes para a materialização do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos.

Pelo presente estudo, visamos a exposição de uma perspectiva pragmática, atual e contextualizada sobre o *EEF* dos contratos de concessões de transporte aquaviário de passageiros no Brasil, com o intuito de contribuir

<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/10/barcas-s-quer-deixar-concessao-e-governo-diz-que-tarifa-nao-tera-reajuste.html><http://www.valor.com.br/empresas/4270250/ccr-barcas-pode-chegar-distrato-se-faltar-acordo-com-governo-do-rio>
<http://oglobo.globo.com/rio/ccr-barcas-procura-estado-propoe-devolucao-da-concessao-17813072>

Acessados em 05/02/2016.

² Para uma perspectiva mais ampla das modalidades de habilitação para o serviço do transporte aquaviário de passageiros no direito pátrio, veja artigo, nesta obra, intitulado “*Os possíveis títulos habilitantes na exploração do serviço público de transporte aquaviário de passageiros: Concessão comum, PPP, Permissão e Autorização*”, de Rodrigo da Fonseca Chauvet.

para o aprimoramento das relações entre Concessionários e o Poder Concedente, no que toca a controvertida aplicação deste importante instituto.

1. Equilíbrio Econômico-Financeiro dos contratos administrativos

A *Teoria do Equilíbrio Econômico-Financeiro (EEF)* surge como uma consequência do princípio da Supremacia do Interesse Público, vocacionada a manter contratos públicos viáveis e continuamente em execução, respaldada ainda em outros princípios, tais como o da Continuidade do Serviço Público. Isso se deve a que na França (origem do instituto) os contratos de concessões eram regidos por princípios provenientes do direito privado como o *pacta sunt servanda* e o *lex inter partes*, inexistindo a aplicação do princípio do equilíbrio econômico financeiro, deixando inteiramente ao concessionário assumindo o risco da execução por sua conta³. Trazendo como consequência colisões entre os interesses do particular e do sujeito de direito público.

A *Teoria do EEF* tem seu nascimento baseado na *Teoria da Imprevisão*, também do direito privado, como uma exceção ao *Princípio da Autonomia da Vontade* e do *pacta sunt servanda*, que não admitiam hipótese legítima para a alteração do conteúdo econômico nos contratos privados, senão por aplicação da *Teoria da Imprevisão*⁴. Segundo a mencionada teoria, os contratantes estariam protegidos contra a superveniência de uma circunstância imprevisível, ou previsível, porém de consequências incalculáveis, que tivesse o condão de alterar a base econômica objetiva do contrato, gerando onerosidades excessivas ou benefícios exagerados a uma das partes⁵.

³ COUTINHO, M. A. Validade jurídica do modelo regulatório para aferição equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessões de serviços públicos de eletricidade no Brasil. In: AAVV. Regulação de serviços públicos e controle externo, Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 267.

⁴ “Existem importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal admitindo a aplicação da teoria da imprevisão a contratos administrativos já em meados de 1968 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 64.152/GB, Rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO, DJ de 23/08/68; RE 64.231/SP, Rel. Min. ADAUCTO CARDOSO, DJ DE 26/09/69.).

⁵ Em 1910 por meio de decisão proferida pelo Conselho de Estado Francês no famoso aresto da Copagnie Générale Française des Tramways (11 de março de 1910), no sentido de que deveria haver a honesta equivalência entre a quantidade de obrigações assumidas pelo contratado e a quantidade de remuneração. DI PIETRO, Maria Silvia. Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, tercerização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Em linhas gerais, é possível entender o *EEF* enquanto o instituto através do qual as partes podem superar eventual desequilíbrio que altere a equação econômico-financeira inicial de um contrato público.

A equação econômico-financeira inicial é estabelecida por meio da harmonização das cláusulas contratuais, que são tradicionalmente classificadas como de natureza operacional ou de natureza econômica. Aquelas que versam sobre o desempenho das atividades de prossecução do interesse público são denominadas ‘regulamentares’ ou ‘de serviço’. Além destas, há as cláusulas que asseguram a remuneração do particular e que são ditas ‘econômicas’⁶.

As primeiras podem ser alteradas unilateralmente no exercício das prerrogativas exorbitantes da administração, visando a salvaguarda do *Interesse Público Primário*, definindo a forma pela qual o serviço deve ser prestado, enquanto as segundas encontram tutela especial pelo ordenamento jurídico, pois tendem a resguardar o legítimo direito do concessionário ao lucro, pela manutenção da equação econômica inaugurada pela sua proposta.

Historicamente a jurisprudência francesa desenvolveu um corpo dogmático que agrupou as principais situações de desequilíbrio e institutos correlatos, como a *teoria da imprevisão*, o *fato do príncipe* e o *fato da administração*, que foram inseridas no sistema legal pátrio desde 1967, quando figuraram na Constituição Federal, até a atualidade, dando origem à Teoria das áleas, que agrupa esses fatores de desequilíbrio nas chamadas *áleas extraordinárias*⁷, enquanto as *áleas ordinárias* fariam alusão àqueles riscos próprios do objeto do contrato, previsíveis e assumidas integralmente pelo contratado (mais adiante abordaremos o tema detalhadamente no capítulo correspondente). A respeito da diferença, Marçal Justen Filho⁸ leciona que “a diferença fundamental entre o Direito brasileiro e o francês consiste na concentração adotada entre nós, abarcando todas as diferentes concepções vigentes na França”.

É possível dizer, portanto, que no atual sistema jurídico brasileiro a *Teoria do EEF* é mais abrangente, conferindo maior proteção ao contratante privado.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 478.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 387.

⁸ Idem.

Entretanto, merece destaque que a doutrina jurídica tradicional sempre tratou do assunto sem promover qualquer distinção entre o *equilíbrio econômico* e o *equilíbrio financeiro*, colocando-os como sinônimos ou expressões equivalentes⁹. Entretanto, segundo a valiosa lição do economista e jurista Arnold Wald¹⁰, citando Mario Henrique Simonsen, personagem-chave do desenvolvimento da ciência econômica brasileira, a distinção essencial entre ambas as espécies de equilíbrio reside no aspecto de que, em breve síntese, enquanto uma – a *equação econômica* – refere-se ao lucro previsto contratualmente, a outra – *equação financeira* – pressupõe a estabilização de receitas e despesas, observada a “forma” e o “ritmo” previstos contratualmente.

Verificamos, portanto, que tais espécies de equilíbrio são manifestadas de formas distintas e como será estudado mas adiante, são diversos os mecanismos pelo quais se recompõe a *equação econômico-financeira*. O uso de um ou outro mecanismo dependerá de fatores como o objeto do contrato, que em nosso caso é o transporte aquaviário de passageiros, e a subjetividade do Poder Concedente.

Fixados tais aspectos, importa analisar a matriz constitucional do instituto para seguir seus desdobramentos na legislação infraconstitucional, inaugurada pelas Leis nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Públicos) e 8.987/95 (Lei Geral de Concessões).

⁹ “*Equilíbrio financeiro: o equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou, ainda, equação financeira, do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento. Assim, ao usar do seu direito de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato administrativo, a Administração não pode violar o direito do contratado de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida, cabendo-lhe operar os necessários reajustes econômicos para o restabelecimento do equilíbrio financeiro*” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 209).

¹⁰ WALD, Arnold. O equilíbrio econômico e financeiro no Direito brasileiro. Rio de Janeiro: JC, 2014.

2. Equilíbrio Econômico-Financeiro dos contratos administrativos na Constituição Brasileira

Conforme leciona Arnold Wald¹¹, as Constituições de 1934, 1937 e 1946 já asseguravam aos concessionários o direito à revisão de tarifas, a fim de que os seus lucros lhes permitissem atender a necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços, sem exceder a justa remuneração do capital¹², conforme observado pelos doutrinadores da época¹³.

O EEF dos contratos administrativos foi expressamente previsto no Direito Constitucional brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 01/1969, que o inseriu no art. 160, II da Carta Política então vigente¹⁴ – Constituição de 1967 – dispondo justamente sobre a relação entre o Estado e os Concessionários de Serviços Públicos, atrelando diretamente o instituto ao regime de política tarifária a ser implementado em tais contratações.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o instituto do EEF contratual não figurou expressamente em seu corpo¹⁵, restando à doutrina

¹¹ Op. Cit.

¹² Vide art. 137 da Constituição de 1934, art. 147 da Carta de 1937 e art. 151 da Constituição de 1946.

¹³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. A Constituição Federal Comentada. 3 ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editora, 1958, vol. III, p. 276 e seg. e MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, tomo V, p. 504, que enfatiza a revisão como meio de defesa do Poder Público, no caso de “*excesso de lucro*” por parte do concessionário, mas admite que a “*revisibilidade pode ser para mais, ou para menos*” (p. 507). O mesmo raciocínio é desenvolvido por MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, tomo VI, p. 256 e seg. e especialmente p. 261, na qual se refere à lesão.

¹⁴ Art 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

¹⁵ A Constituição Federal de 1967, sob a redação da Emenda no 1/69, assegurava, nos contratos de concessão de serviços públicos, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do pacto, por meio da fixação de tarifas reais, suficientes, inclusive, para a justa remuneração do capital e a expansão dos serviços (art. 167, II). O mesmo princípio, com maior abrangência, encontra-se esculpido no artigo 37, XXI, da nova Carta Política. (...). Ressalte-se, por fim, que não procede a tese de que a Constituição de 1988 excluiu o equilíbrio econômico-financeiro dos

e jurisprudência, mais uma vez, a responsabilidade por sua identificação e explicitação, entretanto, dessa vez, estendendo-o com caráter de universalidade para todos os contratos administrativos, diante do exposto em seu art. 37, XXI. Senão vejamos:

Art. 37. **A administração pública** direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá** aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, **ao seguinte**:(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, **serviços**, compras e alienações serão contratados **mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifamos)

Cabe esclarecer que no ordenamento jurídico brasileiro, as regras de repartição de competências para a prestação do serviço público de transporte aquaviário pelos entes federados admitem que sejam executados mediante

contratos administrativos como afirmado no recurso. De modo contrário, o novo Estatuto fundamental tratou do assunto com maior abrangência, contemplando todos os contratos celebrados entre Administração Pública e particular. O preceito constitucional, inserto no art. 37, XXI, da Lei Maior, obriga inserção, nos contratos administrativos de cláusula que estabeleça obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta. Tal preceito consubstancia, sem qualquer dúvida, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, o art. 175 da Constituição deve ser compreendido na visão do preceito geral inscrito no art. 37, XXI, do mesmo Estatuto Fundamental.

autorização, concessão ou permissão¹⁶, segundo critérios técnicos, juridicamente positivados na Constituição Federal.

Art. 21. Compete à União: (...) XII - **explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:**(...) d) os **serviços de transporte ferroviário e aquaviário** entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;(…)

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º **São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas** por esta Constituição. (...)

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;(…) (Grifamos).

Desta forma, salvaguardam-se os interesses de cada esfera administrativa, sua natureza e extensão, bem como, sua compatibilidade com a vontade dos administrados, em especial os usuários.

Nesse diapasão, importa observar o que dispõe o artigo 175 da Carta Magna de 1988, assim redigido:

Art. 175 Incumbe ao Poder Público, **na forma da lei**, diretamente ou sob **regime de concessão** ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. **A lei disporá** sobre:

I. o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter

¹⁶ Veja artigo, nesta obra, intitulado “*Os possíveis títulos habilitantes na exploração do serviço público de transporte aquaviário de passageiros: Concessão comum, PPP, Permissão e Autorização*”, de Rodrigo da Fonseca Chauvet.

especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II. os direitos dos usuários;

III. **política tarifária;**

IV. a obrigação de manter serviço adequado (Grifamos)

Trata-se, portanto, de situação – a prestação de serviços públicos - em que o Estado deveria atuar, por sua administração direta ou indireta, mas que admite delegação ao setor privado, por meio de concessão ou permissão, sempre precedida de licitação, devendo ser conjugada, sem ressalvas, com a norma do inciso XXI do Art. 37 da Constituição Federal de 1988, que demanda a preservação das condições efetivas da proposta, ou, em outras palavras, do EEF do contrato de concessão.

Considerando que a Constituição atribuiu à lei a função de regular o regime das empresas concessionárias de serviços públicos, bem como, a política tarifária desses mesmos serviços, importa agora analisar o que dispõe as normas infraconstitucionais pertinentes.

3. Equilíbrio Econômico-Financeiro na Lei 8.666/93

O instituto é abordado na Lei 8.666/93 de forma geral, instrumentalizando o dispositivo constitucional que enuncia o direito das partes e servindo ademais como supletivo de outros diplomas legais.

Os artigos 58 e 65 deste diploma legal estruturam as questões relativas a: cláusulas regulamentares, cláusulas econômicas e alterações do contrato.

O inciso I do artigo 58 confere à administração a prerrogativa de modificar unilateralmente as cláusulas contratuais para melhorar o serviço e conformá-lo com o interesse público. Como já foi mencionado, ditas cláusulas podem ser divididas em duas categorias, as regulamentares e as econômicas.

As cláusulas regulamentares ou de serviço: oriundas dos *cahiers des charges* do direito administrativo francês, são as que, constando de lei, decreto ou do próprio contrato, disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço, de modo a sempre melhor atender aos seus objetivos. Como esses são por

definição dinâmicos, as normas de serviço são modificáveis unilateralmente (*jus variandi* do poder concedente)¹⁷.

As cláusulas econômicas, por sua vez, são aquelas que estabelecem a equação econômico-financeira.

O artigo 58, §1º da referida lei estabelece que a administração não tem a prerrogativa de alterar tais cláusulas sem a prévia concordância do particular, situação que é detalhada no artigo 65.

Alguns importantes aspectos econômicos do contrato constam de cláusulas de serviço (ex.: a fixação da tarifa)¹⁸, e como tal estão na esfera unilateral do poder público, no entanto o artigo 58, §2º estabelece a obrigação de revisar as cláusulas econômicas diante de eventual alteração de cláusulas regulamentares que possam causar algum desequilíbrio na equação econômico-financeira¹⁹.

O artigo 65 detalha explicitamente os meios pelos quais pode ser alterada a relação contratual, podendo ser unilateral pela administração pública ou por acordo das partes. *Por sua vez, à alteração por acordo das partes está mais relacionada com a parte operacional executada pelo contratado, o que*

¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

¹⁸ Idem, “*faze referência a André de Laubadère pondera que, se, por um lado, não há dúvidas de que “as quantias autorizadas pelas cláusulas tarifárias correspondem a vantagens financeiras reconhecidas ao concessionário à guisa de remuneração, não é menos verdade, por outro, que a tarifa constitui elemento essencial das regras de funcionamento do serviço público”*” (Apud: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE e o contrato administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 224, p. 318-319, jul./set., 2001).

¹⁹ A doutrina é uniforme em admitir que o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato administrativo é inerente à Administração Pública, podendo ser exercido ainda que nenhuma cláusula expressa o consigne, porém, a alteração somente pode atingir as denominadas cláusulas regulamentares, isto é, aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução. No que concerne às cláusulas econômicas, ou seja, aquelas que estabelecem a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração e dispõem acerca da equação econômico-financeira do contrato administrativo, estas são inalteráveis, unilateralmente, pelo Poder Público sem que se proceda à devida compensação econômica do contratado, visando restabelecer o equilíbrio financeiro inicialmente ajustado entre as partes...” BRASIL. Tribunal Regional Federal 4º Região. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO APELREEX 7000 PR 0032025-25.2007.404.7000 (TRF-4) Data de publicação: 17/03/2010.

não apenas resguarda a equação econômica financeira pois também viabiliza a execução do contrato.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - Por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Grifamos)

Do artigo transcrito é possível observar que as alíneas “a” e “b” tendem a viabilizar o projeto posto que nem sempre será desequilibrada a equação EEF,

no entanto as alíneas “c” e “d”, além de viabilizar, buscam resguardar o direito do contratado a manter as condições efetivas da proposta ante futuros imprevistos. Ao referente, Marçal Justen Filho²⁰ nos diz:

Existe direito do contratado de exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se e quando viera a ser rompido. Se os encargos forem ampliados quantitativamente ou tornados mais onerosos qualitativamente, a situação inicial estará modificada.

Significa que a administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Devendo-se restaurar a situação originária, de molde que o particular não arque com encargos mais onerosos e perceba a remuneração originalmente prevista. Ampliado os encargos, deve-se ampliar proporcionalmente a remuneração. A regra foi expressamente consagrada no art. 58, § 2º, a propósito de modificação unilateral do contrato, mas se aplica a qualquer evento que afete a equação econômico-financeira. (Grifamos)

As alíneas “c” e “d” são de natureza diversa aos olhos da ciência econômica: o primeiro de natureza financeira, e o segundo, econômica. É na letra “d” onde se encontra plasmada a Teoria do equilíbrio econômico-financeiro, posto que se faz presente a Teoria das áleas, enunciando explicitamente aquelas que são extraordinárias.

Na execução de qualquer empresa se apresentam riscos que tem que ser assumidos pelas partes. No caso dos contratos públicos os riscos são assumidos dependendo do tipo de instrumento contratual, desta forma em uma parceria público-privada existe um compartilhamento de riscos e na concessão

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 770.

(objeto do estudo) todos os riscos inerentes ao objeto são assumidos pelo concessionário.

Estas são conhecidas pela teoria das áleas como áleas ordinárias, “identificados como riscos econômicos (exógenos) e ainda com os riscos de construção e de financiabilidade e insolvência (endógenos)”²¹.

Aqueles riscos não inerentes ao serviço ou que por fatos supervenientes gerem um desequilíbrio econômico-financeiro são conhecidos como áleas extraordinárias.

*As **áleas extraordinárias** são divididas, por sua vez, em **áleas econômicas** e **áleas administrativas**, que compreendem, respectivamente a:*

***a) Teoria da imprevisão:** como já foi mencionado é a teoria também presente no direito privado e que serviu como base para a Teoria do EEF. Pode ser definido como aquele acontecimento “estranho à vontade das partes”, a qual se encontra “implícita em todos os contratos de prestação sucessivas, significando que a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem (rebus sic stantibus) como eram no momento em que foi firmado o contrato²²”.*

***b) Alteração unilateral do contrato:** que como já foi explicitado no artigo 58 da Lei 8.666/93 se encontra estabelecida a prerrogativa da administração de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares em vista do interesse público. Da mesma forma se encontra regulamentado pela Lei 8.987/93 no 9o, § 4o, da Lei n.º. 8.987/1995: “§ 4o Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”. **Teoria do fato do príncipe:** aquela teoria que recolhe o risco político da execução do contrato por possíveis ações das autoridades que não tem relação direta com o contrato, mais que impactam alterando as condições econômicas contratuais depois da assinatura do contrato²³. O § 3o do artigo 9o da Lei n.º*

²¹ OLIVEIRA, Roberto Guena de (coordenador). Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. São Paulo: FIPE/USP, 2001, p. 56.

²² DI PIETRO, Maria Silvia. Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, tercerização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p 102-103.

²³ OLIVEIRA, Roberto Guena de (coordenador). *Ibidem* ídem.

8.987/1995 trata de forma parcial o fato do príncipe ao prever as alterações sobre imposto exceto o imposto sobre a renda. **Fato da administração:** ao contrário do fato do príncipe, são aquelas ações da autoridade que tem relação direta com o contratado que torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico²⁴. **Força maior:** a diferença das dos supramencionadas, a responsabilidade não recai em algum sujeito, mas sim a um evento alheio à vontade das partes. “A força maior torna impossível a execução do contrato, isentando ambas as partes de qualquer sanção, enquanto o fato da administração pode determinar a paralisação temporária ou definitiva”²⁵.

Contudo, pode existir confusão de fenômenos econômicos que possam ser consideradas como áleas extraordinárias, sem embargo é dever do julgador apreciar se os fenômenos são configurados como áleas ordinárias ou extraordinárias.

Senão vejamos:

LICITAÇÃO. CONTRATO. PREJUÍZOS SOFRIDOS. TEORIA DA IMPREVISÃO. Trata-se de recurso em que se discute a aplicação da teoria da imprevisão de modo a propiciar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Primeiramente, o Min. Relator asseverou ser irrelevante o fato de o contrato ter sido firmado antes da vigência do novo Código Civil para a análise da mencionada teoria. Para o Min. Relator, **não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato**, como há muito afirma a jurisprudência deste Superior Tribunal. **Não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária, não**

²⁴ DI PIETRO, Maria Silvia. Zanella. Op. Cit. p. 100.

²⁵ Idem.

suportável pela Administração e não autorizadora da teoria da imprevisão. Caso fosse permitida a revisão pretendida, estar-se-ia beneficiando as apeladas em detrimento das demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas, não apresentaram valor mais atraente. (REsp 744.446-DF, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 17/4/2008)

Concluimos o apartado dizendo que a Lei 8.666/93, ao tratar do instituto do *EEF*, aborda unicamente o referente aos acontecimentos que desequilibram os contratos administrativos e a forma pela qual se configura a equação econômico-financeira (as cláusulas), deixando os mecanismos para sua eventual recomposição para tratamento por leis específicas.

4. Equilíbrio Econômico-Financeiro dos contratos de concessão na Lei 8.987/95

Segundo estabelece a Lei 8.987/95, toda a estrutura para a prestação de serviços públicos concedidos é voltada para o fornecimento de um "serviço adequado" aos usuários.

Pela leitura do parágrafo 1º do seu artigo 6º, infere-se que a expressão "serviço adequado" pressupõe aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e **modicidade das tarifas**, entendida como aquela tarifa que não impede que as classes que mais necessitem da prestação do serviço tenham acesso a ele²⁶.

²⁶ Idem.

A política tarifária é tratada no artigo 9 da mencionada Lei²⁷, a qual estabelece que **será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação**, pois é em essa face em que se estabelece a relação do EEF²⁸.

Inobstante a dicção legal, existem divergências entre os doutrinadores a respeito do momento em que dita relação se estabelece; se com a entrega das propostas na face licitatória²⁹, do momento em que o particular tem adjudicado a si o objeto ou da assinatura do contrato³⁰.

Filiamo-nos ao entendimento do Tribunal de Contas da União, dado o seu profundo grau de sobriedade, que assim se posiciona:

Embora a equação econômico-financeira somente esteja protegida e assegurada pelo direito a partir da celebração do contrato (Marçal Justen Filho. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2001, p.554), ela firma-se quando da apresentação da proposta, visto que é a partir desse instante que o futuro contratado perde o domínio sobre a formulação de seu preço. Por essa razão o texto constitucional faz menção a: 'mantidas as condições efetivas da proposta'. 9. Essa relação que se estabelece entre as partes contratantes pode ser abalada por dois tipos de álea (possibilidade de prejuízo ao lado da

²⁷ “Por outra parte autoriza no artigo 11, a possibilidade de serem exploradas fontes alternativas de receita, desde que destinadas a prestigiar a modicidade das tarifas praticadas, que, conjugadas, servirão de critérios balizadores para aferição do EEF inicial do contrato, a ser tutelada ao longo de toda a relação”.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 393: “Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe correspondera”.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 219: “... enquanto que no contexto da Administração ela ocorre por ocasião da apresentação das propostas, instintivamente ao certame licitatório”.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op.Cit., 2002. p. 775: “A equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. A partir de então, essa equação está protegida e assegurada pelo Direito”.

probabilidade de lucro), quais sejam, a ordinária e a extraordinária.³¹

Conforme mencionado anteriormente o artigo em comento trata das teorias de fato do príncipe e a alteração unilateral do contrato, sem excluir as demais teorias inseridas na Lei 8.666/93

O artigo 10 se refere diretamente ao *EEF*, informando que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

Uma vez estabelecida, a tarifa deve ser preservada pelos mecanismos legais respectivos, os quais, variados, são definidos mediante a análise de diversos fatores subjetivos influenciam na escolha do melhor mecanismo.

A decisão acerca desse ponto se encontra tipicamente na esfera da discricionariedade administrativa³², considerando os elementos do caso concreto, caberá ao administrador definir a solução que considere mais adequada para o interesse público³³.

Ainda que não exista uma classificação reinante dos mecanismos, oferecemos uma classificação prática desde o ponto de vista das alterações à tarifa, com o intuito de facilitar o entendimento das vias de recomposição.

Existem mecanismos diretos e indiretos; os primeiros recompõem uma alteração direta sobre o valor da tarifa, conhecidos comumente por se encontrar inseridos em forma de cláusula. São eles o *reajuste*, a *revisão periódica* e a *revisão extraordinária*; os segundos, indiretos são as que sem alterar a tarifa, mas sim outras condições, afetam o *EEF*, exemplos usuais são: a *supressão ou alocação de investimentos ou encargos*, *dilatação do prazo contratual* e *aporte de recursos públicos*.

Marçal Justen Filho afirma que a revisão e o reajuste são os instrumentos para restabelecimento do *EEF* aplicáveis a todos os contratos administrativos. Isto se deve a que ditos instrumentos se encontram

³¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 040137/95P - Processo 500.125/929, Plenário. Rel. Bento José Bugarin. 16/08/1995.

³² Para um aprofundamento sobre a subjetividade administrativa, vide: SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

³³ BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de Rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico financeiro. Revista de Direito da Procuradoria Geral. Rio de Janeiro, (edição Especial), 2012, p. 186-215.

estabelecidos na legislação e previstos expressamente em diversos contratos públicos.

Entretanto, cumpre salientar que a eventual ausência desses mecanismos no contrato não implica em sua renúncia ou inexecutibilidade, pois a legislação infraconstitucional nada mais faz que desenvolver o direito esculpido na constituição.

A esse respeito Marçal Justen Filho leciona que o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação não deriva de cláusula contratual nem de previsão no ato convocatório. Tem raiz constitucional, de modo que a ausência de previsão expressa ou de autorização prévia é irrelevante³⁴.

Agora passaremos ao exame dos mecanismos de recomposição mais comuns nas concessões de transporte aquaviário.

4.1. Reajuste de Tarifa

O mecanismo do reajuste é aquele pelo qual se enfrentam os efeitos inflacionários ou deflacionários, atualizando os valores através do tempo.

Justen Filho o define como a indexação de preços contratuais, submetendo-os a variação periódica e automática segundo a flutuação de índices predeterminados³⁵.

Por outra parte, Joel de Menezes Niebuhr o define como o instrumento que se presta a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em face de variações de preços previsíveis, normal, lenta, paulatina, que de certa maneira, decorre do processo inflacionário.³⁶

Não se deve confundir com uma álea ordinária posto que a inflação é um fenômeno natural da economia.

É esse o entendimento do julgamento do TCU, senão vejamos:

(...) 9. Essa relação que se estabelece entre as partes contratantes pode ser abalada por dois tipos de álea

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op.Cit., 2002, p. 795.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paul: Revista dos Tribunais, 2013, p. 539.

³⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2013.

(possibilidade de prejuízo ao lado da probabilidade de lucro), quais sejam, a ordinária e a extraordinária:

9.1 A álea ordinária, também denominada empresarial, consiste no 'risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, por ser usual no negócio efetivado' (Maria Helena Diniz. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 157). **Exatamente por ser previsível ou suportável é considerado risco inerente ao negócio, não merecendo nenhum pedido de alteração contratual, pois cabe ao empresário adotar medidas para gerenciar eventuais atividades deficitárias. Contudo, nada impede que a lei ou o contrato contemple a possibilidade de recomposição dessas ocorrências. No caso de estar prevista, a efetivação do reajuste será mera execução de condição pactuada, e não alteração(...)**³⁷

O reajuste do valor das tarifas se encontra inserido não somente na lei em comento, mas também em dispositivos como o artigo 55, inciso III da Lei 8.666/93 que versa sobre as cláusulas necessárias em todo contrato, que prevê a data-base e periodicidade do reajustamento de preços, assim como no artigo 40, inciso XI, da mesma lei, que estabelece o critério de reajuste como conteúdo obrigatório dos editais. De forma similar a Lei 8.987/95 no artigo 18, inciso VIII, indica os conteúdos a serem observados (mais não obrigatórios como no artigo 40 da Lei 8.666/93), exemplificando uma série de matérias a ser tratadas, dentre os critérios de reajuste. Enquanto o artigo 23, inciso IV, que versa sobre as cláusulas essenciais da concessão trata dos procedimentos e critérios para o reajuste.

Ainda que sejam omitidas as cláusulas definidoras dos critérios e procedimentos para aplicação do reajuste não implica na impossibilidade de sua aplicação, pois é um direito com assento constitucional. Contudo, em linha

³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1563-40/04. Processo 001.912/2004-8. Plenário. Rel. Augusto Sherman. 06.10.2004. Acessado em 03/02/2016.

de raciocínio oposta a este, o STJ defende a obrigatoriedade de previsão contratual:

Processual Civil e Administrativo. Contrato Administrativo. Reajuste de preços. Ausência de autorização. Descabimento. 1. O reajuste do contrato administrativo é conduta autorizada por lei e convencionada entre as partes contratantes que tem por escopo manter o equilíbrio financeiro do contrato. 2. **Ausente previsão contratual, resta inviabilizado o pretendido reajustamento do contrato administrativo.**³⁸

Cabe agregar que não é correto confundir este mecanismo com a correção monetária posto que como bem lecciona Marçal Justen Filho “o reajuste teria por fundamento índices setoriais específicos, já a atualização monetária seria uma compensação genérica pela perda do valor monetário³⁹”.

Neste sentido o STJ julgou:

1. A correção monetária é mera técnica de autorização de valores, a qual não altera o equilíbrio econômico inicialmente estabelecido no contrato. **Em contratos administrativos, a correção monetária é devida sempre que o pagamento for posterior ao ato administrativo de entrega.**⁴⁰

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma - REsp nº 837.790/SP. Rel. Eliana Calmon, Julg. 2.08.2007, DJ de 13/08/2007. Consultado no 04/02/2016.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op.Cit., 2002, p. 792.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma - REsp nº 837.790/SP. Rel. Eliana Calmon, Julg. 2.08.2007, DJ de 13/08/2007. Consultado no 04/02/2016.

4.2. Revisão da Tarifa

Consiste no exame dos custos e vantagens, diretas e indiretas, contempladas na proposta do particular, visando verificar sua alteração substancial e restabelecer, se necessário, a relação originalmente existente”⁴¹.

Emerge como a principal via de recomposição do *EEF*, devido a este instrumento fazer frente aos fatos supervenientes que desequilibrem a equação econômico-financeira inicial, conforme já abordamos no item 3 deste estudo.

Estabelecida no artigo 9, §2º, *que recita que* “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro”.

É de observar-se que o “reajuste” se encontra implícito no termo “revisão da tarifa”, abrangendo todo tipo de acontecimentos seja econômico ou não. Em outras palavras uma revisão pode desembocar em um reajuste tarifário sempre e quando existir previsão contratual.

A revisão é feita mediante análise minuciosa das considerações do concessionário ao fazer a proposta, dependendo de prova do fato que haja desencadeando o desequilíbrio e da sua ocorrência pelo particular, cabendo ao Poder Concedente o estabelecimento da forma e recomposição mais adequada à Administração.

Marçal Justen filho divide as etapas da revisão em quatro: 1º verificação dos custos originalmente previstos pelo contratante que compuseram a sua proposta, 2º o profissional encarregado deverá investigar sobre os custos que efetivamente oneraram o particular durante a execução do contrato, 3º comprovação da ocorrência de eventos que possam ter produzido desequilíbrio e 4º escolha de assegurar a manutenção da equação original⁴².

A revisão pode ser ordinária ou extraordinária.

- a) **Revisão ordinária:** aquela que se realiza por períodos, ficando a vontade da administração de determinar no edital, podendo ser 3,4,5 anos, (habitualmente é quinquenalmente), cabe mencionar que dito período também pode ser determinado pela legislação estatal. O poder concedente confronta o custo com a receita, de

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op.Cit., 2013, p. 538.

⁴² Idem.

maneira a encontrar os possíveis desequilíbrios ocorridos no transcurso do período

- b) Revisão extraordinária:** aquela que se faz ante um acontecimento mediato, imperecível ou previsível para confrontar o desequilíbrio causado na concessão. A diferença com a revisão ordinária é que se pode realizar espontaneamente ante o acontecimento tendo o dever do concessionário de adotar os ritos preestabelecidos no contrato.

4.3. Prorrogação do prazo contratual

Inserido no conceito de concessão, o prazo determinado pode prorrogar-se com o fim de reequilibrar o *EEF*, mediante a amortização dos investimentos realizados, garantido o lucro do particular, ainda que sem correlação expressa com o instituto sob estudo na Lei 8.987/95.

A prorrogação do contrato se encontra prevista na Constituição Federal de 1988 no seu artigo 175, parágrafo único, o qual informa que a lei disporá sobre “o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação”, deixando à legislação infraconstitucional a função de estabelecer o prazo máximo⁴³.

A questão referente à previsão contratual da prorrogação da concessão se encontra da mesma forma que os dos anteriores mecanismos em disputa. Existem doutrinadores, como Alexandre Santos de Aragão, os quais afirmam não ser necessária a previsão contratual, que se prorrogue um contrato administrativo, desde que sejam respeitados os princípios de modicidade da tarifa e da moralidade da administração pública, mas não é cabível que a administração se faça valer da prorrogação para inserir no contrato novos encargos a fim de economizar tempo e energia em novos processos licitatórios,

⁴³ “Cabe mencionar que no que atinge à Lei nº 10.233/2001 (lei de transporte aquaviário e terrestre) não dispõe um teto à prorrogação como é o caso da Lei nº 9,074/1995 em matéria de geração de energia é de 35 anos e em matéria de transmissão e distribuição de energia elétrica é de 30”.

traindo como consequência o impedimento de outros atores no fornecimento do serviço⁴⁴.

Sem embargo de tais assertivas, encontramos divergências na jurisprudência.

O TJ-SC pugna pela tese de que a previsão contratual não é necessária para a implementação da prorrogação, senão vejamos:

Em um **juízo de ponderação**, no enfoque do caso concreto, em que conflitam o dever do Administrador Público em proceder com a realização de **licitação** para a concessão de serviços públicos, e do outro lado o direito das concessionárias de auferirem a justa indenização em decorrência do **desequilíbrio econômico-financeiro** no liame dos contratos entabulados com a Municipalidade, vislumbro que a **forma menos onerosa e penosa para o interesse da coletividade**, nesta hipótese, é a convalidação da **prorrogação da concessão**. Isso porque, os créditos das concessionárias, os quais foram inclusive reconhecidos e confirmados por decisão desta colenda Câmara, representariam impacto de elevada proporção para os cofres municipais por conta da vultosa quantia a ser paga a título indenizatório, e que, por conseguinte, acarretariam sérios danos à saúde financeira do ente público⁴⁵.

Entretanto, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região afirma o contrário:

O advento do termo final previsto no contrato importa na extinção da concessão, **não sendo**

⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 577.

⁴⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quarta Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 2013.013809-3. Relator: Desembargador Júlio César Knoll. Data do julgamento: 23 out. 2014. Consultado no dia 06/02/2016.

possível a prorrogação desse contrato sem licitação. A Constituição não prevê nenhuma exceção à exigência da licitação, obstando, assim, que o concessionário continue explorando o serviço público em um período que não esteja mais coberto pelo contrato por mera prorrogação, sem que se observe as formalidades previstas na Constituição⁴⁶.

Existindo razoável divergência a respeito da postura que se deve tomar, aumenta a incerteza jurídica provocando desconfiança no concessionário, além de que a previsão da prorrogação contratual decorre de mandamento constitucional, gerando, da mesma forma que o relativo ao reajuste, a desnecessidade de previsão contratual.

4.4. Aporte de Recursos Públicos

A despeito da inexistência de disposição legal nesse sentido, verifica-se que por vezes o Poder Concedente opta por realizar o aporte de recursos públicos na concessão, quase sempre na tutela da modicidade tarifária, evitando a oneração do usuário dos serviços, entendido como uma solução compatível com o regime de concessões de serviços públicos por parte da doutrina⁴⁷.

Não se olvida aqui da boa intenção da administração ao fazê-lo, mas importa ressaltar que seria de bom tom que tal possibilidade constasse expressamente do instrumento convocatório, como forma de tutela de diversos princípios que orientam as licitações, como o do julgamento objetivo e da isonomia.

Inobstante a existência de outros mecanismos de recomposição do EEF, como o reequilíbrio por Taxa Interna de Retorno ou por fluxo de caixa marginal, os métodos expostos são aqueles que guardam maior pertinência com os casos concretos objeto do presente estudo, motivo pelo qual passaremos a

⁴⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5009433-37.2013.404.0000/RS. Relator: Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. Data do julgamento: 25 jun. 2013. Consultado em 06/02/16.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 340.

tratar da análise desses casos, contextualizando o tema dentro do segmento de concessões para o transporte aquaviário de passageiros.

5. Equilíbrio Econômico-Financeiro nos contratos de concessão de transporte aquaviário de passageiros

No ordenamento jurídico brasileiro, as regras de repartição de competências para prestação do serviço público de transporte aquaviário pelos entes federados – União, Estado, Município – seja mediante autorização, concessão ou permissão⁴⁸, foram estabelecidas segundo critérios técnicos, juridicamente positivados na Constituição Federal.

Essas competências devem ser executadas em conformidade com os legítimos interesses de cada esfera administrativa, sua natureza e extensão, bem como sua compatibilidade com a vontade dos administrados, em especial os usuários.

A despeito de eventuais controvérsias sobre a repartição de competências⁴⁹, fato é que os estados têm explorado por meio de concessões o serviço de transporte aquaviário de passageiros em trajetos intermunicipais, revelando, nessa seara, um verdadeiro laboratório jurídico para o estudo do instituto do EEF, com esteio na utilização da Lei 8.987/95.

Nesse contexto, passaremos a analisar, por amostragem, como a legislação de alguns desses entes aplica os mecanismos para reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, bem como, relataremos as eventuais controvérsias identificadas.

O critério para a seleção dos Estados abaixo tratados foi a facilidade de acesso às informações, bem como, a judicialização do tema, motivo pelo qual

⁴⁸ Veja artigo, nesta obra, intitulado *“Os possíveis títulos habilitantes na exploração do serviço público de transporte aquaviário de passageiros: Concessão comum, PPP, Permissão e Autorização”*, de Rodrigo da Fonseca Chauvet.

⁴⁹ Em artigo, nesta obra, intitulado *“Aspectos Constitucionais do Transporte Aquaviário: previsões constitucionais e solução de conflitos”*, Ana Paula de Almeida e Mariana Fernandes Cunha Jorge afirmam: *“(...) As competências do transporte aquaviário de passageiros, sejam elas legislativas ou materiais, estão bem definidas na Constituição Federal, ligadas a aspectos territoriais, conforme a leitura sistemática dos artigos 21, 22, 25 e 30 da CFRB. Contudo, ainda assim, há situações em que os entes federativos defrontam-se com casos difíceis de definir quem é o competente para editar leis, regular ou prestar o serviço de transporte. (...)”*

abordaremos apenas 2 (dois) estados, Bahia e Rio de Janeiro, com problemáticas inseridas no seio do instituto sob estudo.

5.1 Bahia

O arcabouço normativo do sistema de concessões para o transporte aquaviário de passageiros no estado da Bahia é constituído pelas Leis Estaduais 9.835 de 14 de dezembro de 2005 - que Dispõe sobre a outorga de permissão e concessão para exploração do serviço de transporte hidroviário intermunicipal de passageiros - e 12.044 de 04 de janeiro de 2011 – que Dispõe sobre o Sistema de Transporte Hidroviário Intermunicipal de Passageiros e Veículos do Estado – SHI – bem como, pelos Decretos 9.595 de 19 de outubro de 2005 – que aprovou o Regulamento da Concessão do Serviço Público de Transporte Hidroviário de Navegação Marítima Interior, de passageiros, cargas e veículos do Estado, 9.596 de 19 de outubro de 2005 – que autoriza a concessão dos serviços públicos de transporte hidroviário de navegação marítima interior, de passageiros, cargas e veículos, bem como, regula as condições gerais das concessões do estado da Bahia - e 13.168 de 12 de agosto de 2011 – que Regulamenta a Lei Estadual n.º 12.044, de 04 de janeiro de 2011, que dispõe sobre o Sistema de Transporte Hidroviário Intermunicipal de Passageiros e Veículos do Estado da Bahia – SHI.

O legislador estadual atribuiu a função regulatória dos serviços de concessão de transporte aquaviário de passageiros à AGERBA - Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia, por força do disposto na Lei n.º 7.314, de 19 de maio de 1998, conferindo a esta agência a responsabilidade pela fixação, revisão e reajuste das tarifas praticadas, consagrando os clássicos mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para aplicação àqueles contratos de concessão.

Na sua competência, editou as Resoluções AGERBA 21-2013⁵⁰ e 22-2013⁵¹, esta última, que trata especificamente dos mecanismos de revisão

⁵⁰ Art. 19 - O reajuste da tarifa ocorrerá com periodicidade mínima de 1 (um) ano.

Art. 20 – O reajuste tarifário objetiva a atualização dos valores das tarifas autorizadas, devendo recompor os preços praticados defasados em função do processo inflacionário, com a finalidade de remunerar o capital prudentemente investido, acrescido dos custos operacionais eficientes, mantendo o equilíbrio econômico-financeiro e estimulando o aumento da eficiência na gestão da prestação do serviço público delegado.(...)

Art. 23 – O reajuste da tarifa será processado conforme metodologia expressa no Anexo VII, que integra o documento eletrônico que acompanha esta Resolução.

Art. 24 – A revisão tarifária tem o objetivo de recompor os valores das tarifas praticadas mediante a redefinição dos critérios e parâmetros de produção dos serviços, bem como da própria metodologia de cálculo, visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da prestação do serviço público delegado.

Art. 25 – A revisão ordinária da tarifa ocorrerá a cada 5 (cinco) anos.

Art. 26 - A revisão extraordinária deverá ocorrer na presença de externalidades que afetem, de forma continuada e substancial a prestação do serviço público delegado.

§ 1º A análise do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento deverá ocorrer por solicitação formal do concessionário ou permissionário do SHI, com a indicação, justificativa e demonstração da evolução das variáveis e parâmetros que motivam a solicitação de revisão, ou por iniciativa da AGERBA.

§ 2º A revisão extraordinária do contrato de prestação de serviço será realizada nos casos de: I – prorrogação do prazo contratual; II – alteração nos investimentos previstos no contrato, de forma a excluir, incluir ou alterar equipamentos ou serviços; III – prestação de serviços não previstos originalmente no contrato de arrendamento; IV – fato imprevisível, ou previsível, porém de consequência incalculável, retardador ou impeditivo da consecução do ajustado ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito, fato da administração ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

⁵¹ Art. 1º - A revisão da tarifa visa à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de prestação de serviços de transportes no âmbito do SHI e dar-se-á mediante a redefinição dos critérios e parâmetros de produção dos serviços, bem como da própria metodologia de cálculo da tarifa. Parágrafo Único - A revisão de que trata o caput poderá ocorrer em caráter ordinário ou extraordinário.

Art. 2º – A revisão ordinária da tarifa ocorrerá a cada 5 (cinco) anos.

Art. 3º – A revisão extraordinária deverá ocorrer na presença de externalidades que afetem de forma continuada e substancial a prestação do serviço público delegado, e será realizada nos seguintes casos: I – prorrogação do prazo contratual; II – alteração nos investimentos previstos no contrato, de forma a excluir, incluir ou alterar equipamentos ou serviços; III – prestação de serviços não previstos originalmente no contrato de arrendamento; IV – fato imprevisível, ou previsível, porém de consequência incalculável, retardador ou impeditivo da consecução do ajustado ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito, fato da administração ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

tarifária, fixando conjuntamente os critérios e a metodologia aplicável para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de transporte aquaviário intermunicipal de passageiros naquele estado.

Para ilustrar a aplicação do instituto do equilíbrio econômico-financeiro no Estado da Bahia, faremos uma breve análise do Contrato de Concessão de Linha - AGERBA No. 02/2014⁵², que trata do transporte de navegação marítima interior, e passageiros e veículos, para o trecho compreendido entre os terminais de São Joaquim e Bom Despacho, na Travessia Marítima Salvador-Itaparica, a ser executado no prazo de 25 (vinte e cinco) anos, prorrogáveis por igual período, com receita tarifária estimada em R\$2.667.159.384,67 (dois bilhões, seiscentos e sessenta e sete milhões, cento e cinquenta e nove mil, trezentos e oitenta e quatro reais e sessenta e sete centavos).

No que toca o reajuste das tarifas aplicáveis, o contrato de concessão respeita a previsão legal e estipula, em sua Cláusula 20, que o reajuste terá periodicidade anual, contado da apresentação da proposta de preços, observando os critérios e fórmulas da Resolução AGERBA No. 21-2013 (item 20.1). Estabelece também a obrigação de a concessionária encaminhar nova tabela de tarifas ao Poder Concedente, em até 20 (vinte) dias antes da data prevista para a data de reajustamento (item 20.2), com a explicitação dos dados operacionais e contábeis, bem como, demais informações indispensáveis para o cálculo tarifário (item 20.3).

Sua Cláusula 21 determina que a “revisão ordinária” ocorrerá a cada 05 (cinco) anos, nos termos do que dispõe a Resolução AGERBA No. 22-2013,

Art. 4º – A revisão da tarifa em caráter ordinário ou extraordinário será baseada na metodologia estabelecida em Norma específica da AGERBA para o cálculo tarifário, fazendo-se os ajustes pertinentes aos fatos motivadores da revisão tarifária.

Art. 5º - A revisão da tarifa considerará as alterações significativas nos valores das variáveis e parâmetros estabelecidos pela AGERBA para o cálculo tarifário, no período de que trata o Art 2º desta Norma, segundo a especificidade de cada serviço autorizado e em conformidade com as informações disponíveis na AGERBA.

Parágrafo Único – A AGERBA constituirá banco de dados com as informações necessárias e suficientes para acompanhar as variações nos valores das variáveis e parâmetros pertinentes ao cálculo da revisão tarifária, considerando as informações obrigatoriamente prestadas pelos operadores, bem como os estudos e coletas de informações conduzidas pela Agência.

⁵² Disponível em <http://www.agerba.ba.gov.br/pdf/Contrato_Internacional_02-2014.pdf>. Acesso em: 29/01/2016

sendo a primeira realizada em 03 (três) anos após a assinatura do contrato (item 21.1).

Na “revisão ordinária” seriam verificadas todas as receitas não tarifárias auferidas pela concessionária e computado o percentual de 3% (três por cento) das respectivas receitas líquidas, para reversão em benefício da modicidade tarifária e outras questões afetas ao reequilíbrio econômico do contrato (item 21.2).

Informa que a “revisão ordinária” se destina a promover reavaliações do contrato, no que se refere a obras e serviços, visando a prestação de um serviço adequado aos usuários, sempre preservado o equilíbrio econômico-financeiro (item 21.3).

Atribui à “revisão extraordinária”, a função de recompor o equilíbrio econômico-financeiro em razão de fatos supervenientes, remetendo à Lei Geral de Concessões – L. 8.987/95 (item 21.4).

Por fim, em sua cláusula 22, onde trata das “receitas não tarifárias”, autoriza, em um rol não exaustivo (item 22.1), a exploração de atividades correlatas à própria concessão, tais como, estacionamento de veículos, aluguel de espaços para publicidade e exploração de áreas comerciais nos Terminais de São Joaquim e Bom Despacho, donde decorreriam “receitas alternativas, complementares, assessorias ou de projetos associados”, mediante a celebração de contratos precários (item 22.4), previamente aprovados pelo Poder Concedente.

Para controle das receitas não tarifárias, o Poder Concedente exige projeto de viabilidade jurídica, técnica e econômico-financeira, além de comprovação de compatibilidade da atividade com as normas aplicáveis (item 22.2), devendo ser mantida contabilidade específica para cada contrato de receita não tarifária, com detalhamento de receitas, custos e resultados líquidos (item 22.3).

Determina que o valor correspondente a 3% (três por cento) das receitas não tarifárias líquidas será revertido em benefício da modicidade tarifária, por ocasião da primeira revisão trienal, bem como, nas demais revisões quinquenais. Esse valor deverá ser depositado em conta vinculada, em favor do Poder Concedente (item 22.5).

Interessa ressaltar que o item 22.5 do termo de concessão sob exame teve a sua redação modificada em 19 (dezenove) de março de 2015, na forma do seu primeiro aditivo, para fazer constar expressamente que a base de cálculo

para incidência da alíquota de 3% (três por cento) seria aquela constante das planilhas de cálculos enviadas mensalmente pelo Concessionário ao Poder Concedente. (item 22.5, na forma do 1º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Linha – AGERBA No. 02/2014⁵³).

Inobstante a patente violação à isonomia e ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, em breve análise, o esclarecimento, mesmo tardio, desta circunstância, que em nossa opinião deveria ter sido esclarecida por ocasião do certame – importa frisar - terá o condão de conferir maior segurança à relação estabelecida por meio do Contrato de Concessão de Linha – AGERBA No. 02/2014.

Por fim, identificamos um caso em que o EEF dos contratos de concessão de transporte aquaviário intermunicipal de passageiros foi judicializado no Estado da Bahia⁵⁴, via Mandado de Segurança, em razão de

⁵³ <http://www.agerba.ba.gov.br/pdf/1termoaditivointersa.pdf> <- Acessado em 29/01/2016.

⁵⁴ “(...) Relata que, em Fevereiro de 2006, celebrou o referido contrato com o Estado da Bahia, para exploração do serviço público de transporte hidroviário de navegação marítima interior de passageiros, cargas e veículos na Baía de Todos os Santos, trecho São Joaquim/Bom Despacho/São Joaquim. Afirma que, durante a execução do contrato, surgiram diversos desequilíbrios contratuais, oriundos de inovações, alterações e requisições indevidamente realizadas pelo Poder Concedente. Diz que, na época de revisão ordinária do contrato, prevista na Cláusula 8.1, protocolizou diversos pedidos de instauração de procedimento administrativo para revisão do ajuste, que relatou os fatos que ocasionaram o desequilíbrio econômico-financeiro, que impugnou os erros jurídicos e econômicos do laudo elaborado pela Assessoria Técnica da SEINFRA e que solicitou a readequação aos termos da legislação vigente. Alega que, todavia, foi surpreendida com a proposição de aditamento contratual apresentada pelo 2º Impetrado e que a mesma contém “nítida ameaça de intervenção e decretação de caducidade do Contrato de Concessão em ofício expedido pela SEINFRA que, lido em cotejo com o parecer da Procuradoria Geral do Estado, indica claro propósito de intervenção no ambiente da presente Concessão.” Assevera que, por inúmeras vezes, solicitou vistas dos autos do procedimento administrativo de revisão, que a mesma só veio a ser concedida em 24/07/2012 e que o pedido de prorrogação prazal para se manifestar sobre aquele aditamento foi indeferido. Sustenta que o último reajuste das tarifas dos serviços prestados aos usuários foi autorizado em Dezembro de 2009, enfatizando que a proposta de revisão contratual, feita pelo Concedente, não prevê o correto índice de reajuste acumulado de 21,10%. Argumenta que a intervenção no contrato administrativo pressupõe o risco de quebra da continuidade do serviço concedido e/ou graves inadimplementos contratuais que comprometam a segurança da concessão, ressaltando que tais fatos não estão caracterizados no caso em exame. (...)Frisa que a alteração das cláusulas econômicas do contrato de concessão depende de prévias discussão e anuência das partes, destacando que o desequilíbrio contratual perdurará se o Concedente mantiver a recusa em autorizar os reajustes tarifários previstos no instrumento

pretensa declaração de caducidade e intervenção pelo Poder Concedente, motivada pela má conservação dos terminais de passageiros no trecho São Joaquim/Bom Despacho/São Joaquim.

Segundo a concessionária, os problemas decorreriam do fato de que durante a execução do contrato, surgiram diversos desequilíbrios contratuais, oriundos de inovações e alterações das cláusulas de serviço, realizadas pelo Poder Concedente, motivo pelo qual, na época de revisão ordinária do contrato, devidamente prevista no instrumento contratual, protocolizou diversos pedidos de instauração de procedimentos para revisão do ajuste, relatando que tais fatos ocasionaram o desequilíbrio econômico-financeiro.

Relatou que o último reajuste das tarifas dos serviços prestados aos usuários foi autorizado em dezembro de 2009, enfatizando que houve proposta de revisão contratual por parte do Poder Concedente, que não previa o correto índice de reajuste.

Frisa que foi proposta a celebração de um aditivo contratual, tratando da alteração das cláusulas econômicas do contrato de concessão, sendo que estas dependeriam de prévia discussão e anuência das partes, destacando que o

negocial originário. (...)Requer a concessão de liminar, a fim de “determinar aos Impetrados que se abstenham de decretar intervenção da concessionária no Contrato de Concessão SEINFRA nº 006/2006 sob qualquer fundamento considerado no relatório da AGE” e de “autorizar a Impetrante a aplicar imediatamente o reajuste tarifário represado ilegalmente pelo Poder Concedente, considerando-se para tanto o percentual do IGPM/FGV do período de reajuste não adimplido (anos de 2010, 2011 e 2012), nos termos da Cláusula 7.1 do contrato de concessão SEINFRA 06/06;” (...)No caso em análise, do exame perfunctório do writ, próprio do momento, verifico que a fundamentação apresentada pela Agravante não tem a relevância exigida pelo dispositivo legal para a concessão da liminar. (...)Sendo assim, a pretensão liminar de impedir futura intervenção do Poder Concedente na concessão em exame conflita, em princípio, com as regras insertas nos caputs dos artigos 32 e 33 da Lei nº 8.987/1995, que conferem à Administração o poder-dever de fiscalizar, via intervenção, a prestação do serviço concedido (...)Enfatize-se, ademais, que o pleito de reajuste imediato das tarifas do mencionado contrato de concessão também não pode ser liminarmente deferido, vez que esgotaria o objeto da ação e violaria a regra inserta no parágrafo 3º do artigo 1º da Lei 8.437/1992, in verbis: “Art. 1º ... § 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.” Por tais razões, e evidenciadas, em princípio, a ausência de relevância na fundamentação apresentada pela Concessionária Agravante e a impossibilidade de conceder medida que esgote parte do objeto da ação, impositiva é a confirmação da decisão que indeferiu a liminar mandamental. Nestes termos, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL.” (BAHIA. Tribunal de Justiça de Bahia. AGR: 03119162620128050000 BA 0311916-26.2012.8.05.0000, Relator: Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, Data de Julgamento: 05/09/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 16/11/2012)

desequilíbrio contratual perdurará se o Concedente mantiver a recusa em autorizar os reajustes tarifários previstos no instrumento negocial originário, sendo a ameaça de decretação da caducidade do contrato uma forma de coação para que aceitasse a alteração da equação econômico-financeira inicial.

Indeferida a liminar pretendida no Mandado de Segurança⁵⁵, a fim determinar a imediata implementação dos reajustes tarifários ajustados, através do Decreto nº 14.135, de 19 de setembro de 2012, determinou a intervenção no contrato de concessão, após o que, em 14 de março de 2013, final do prazo da intervenção, o Poder Concedente editou o Decreto nº 14.349, declarando a extinção do contrato e autorizando a contratação emergencial de outro particular para a prestação do serviço concedido.

Então, entendeu o Pleno do Tribunal de Justiça Baiano que o decreto de extinção ensejou a perda do objeto do *mandamus*, posto que a sua finalidade era impedir a intervenção estatal no contrato, entendimento que já fora consignado em precedente de caso análogo, julgado pelo mesmo órgão daquele Tribunal.

Concluído julgamento do aludido processo, após pesquisa no sistema de informações processuais do Tribunal de Justiça da Bahia⁵⁶, não obtivemos a confirmação do eventual ajuizamento de qualquer ação pela concessionária, objetivando a reparação pelos alegados prejuízos.

Ainda assim, importa o destaque do julgamento relatado, dada a riqueza de detalhes sobre os fundamentos daquela demanda, pertinentes ao instituto objeto do presente estudo.

5.2 Rio de Janeiro

Conforme bem destacado por Bruna Cavalcante Drubi Burger⁵⁷, o sistema de concessões para o transporte aquaviário de passageiros no estado do Rio de Janeiro se sustenta sobre a Lei Estadual 2.804, de 08 de outubro de 1997 – que dispõe sobre o regime de prestação do serviço público e transporte

⁵⁵ Mandado de Segurança nº 0311916-26.2012.8.05.0000, Des. Rel. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, Pleno do Tribunal de Justiça da Bahia

⁵⁶ <http://www5.tjba.jus.br/>

⁵⁷ Veja artigo, nesta obra, intitulado “*A Exploração do Transporte Aquaviário por Linhas Seletivas no Estado do Rio de Janeiro*”, de Bruna Cavalcante Drubi Burger.

aquaviário de passageiros, cargas e veículos no Estado do Rio de Janeiro - regulamentada pelo Decreto Estadual 23.925/97.

Originariamente, a Lei Estadual 2.804/97 tratava da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão respectivos, sob a seguinte perspectiva.

A referida lei instituiu dois tipos de linha, conforme já tratado por André Saddy⁵⁸, as chamadas (i) linhas sociais e (ii) linhas seletivas.

Com relação às primeiras – (i) sociais – segundo o art. 7º da Lei Estadual 2.804/97, restaria preservado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato mediante a cobrança das tarifas constantes dos respectivos instrumentos, consideradas suficientes para tanto, na data da assinatura dos mesmos, bem como, para viabilizar a adequada prestação dos serviços e o retorno dos investimentos do concessionário, devendo a estrutura tarifária, segundo seu art. 9º, conter os limites que poderão ser praticados pela concessionária ou permissionária na categoria social e respectivas classes de serviços, restando claramente indicada no contrato de concessão.

No que toca às (ii) linhas seletivas, o art. 8º da mesma lei estabeleceu que as tarifas cobradas seriam livres, devendo ser calculadas e projetadas apenas na fase dos estudos relacionados com o procedimento licitatório para outorga das respectivas concessões, cabendo à então Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP/RJ, hoje Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro - AGETRANSP⁵⁹, fiscalizar o eventual exercício abusivo na fixação destas tarifas.

Ainda, alude o diploma estadual, em seu art. 9º, à Lei Federal 8.987/95, quando informa dos mecanismos para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão – revisão e reajuste – estabelecendo que

⁵⁸ André Saddy, em artigo, nesta obra, intitulado “*Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*” afirma: “Foi a opção realizada, por exemplo, pelo legislador ordinário do Estado do Rio de Janeiro ao prevê na Lei n.º 2.804/1997, que dispõe sobre o transporte aquaviário no âmbito estadual, que o serviço público de transporte aquaviário de passageiros poderá ser prestado em duas categorias de linhas: (i) social, para o transporte de massa, respeitada uma configuração mínima de exigências a seu oferecimento; e (ii) seletiva, com melhorias em relação aos requisitos mínimos ordenados para a configuração social (...)”

⁵⁹ Vide Lei Nº 4.555, de 06 de junho de 2005

será possível o reajuste no prazo que a lei federal permite, de acordo com os critérios contratuais respectivos, sem prejuízo de eventuais procedimentos de revisão, desde que seja aprovado pela Agência Reguladora competente.

Sobre o instituto da revisão, conforme disposto no artigo 11 da Lei Estadual, previu-se a sua aplicação ordinariamente a cada 05 (cinco) anos, tendo por base os custos dos serviços, aí incluída a remuneração do capital, podendo as tarifas serem reajustadas para mais ou para menos, na ocorrência de fato econômico que altere o equilíbrio inicialmente estabelecido, bem como, por conta da criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, à exceção dos tributos e eventuais encargos sobre a renda, levando em conta a necessidade de estímulo ao aumento da eficiência operacional através da composição de custos e da produtividade da concessionária ou permissionária.

O regulamento do Decreto Estadual 23.925/97 nada dispôs sobre os mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão sob exame, limitando-se a tratar da competência da Agência Reguladora para manifestação acerca de eventuais impactos no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão existentes no momento da criação, alteração ou extinção de novas linhas – vide parágrafo 4º do art. 3º, silenciando quanto às metodologias aplicáveis.

Dispondo desse arcabouço normativo, o serviço de transporte aquaviário de passageiros, cargas e veículos no Estado do Rio de Janeiro teve sua exploração concedida em 1998, por meio de licitação, à Concessionária CCR Barcas.

Importa destacar que segundo o Relatório Conclusivo para a referida licitação – de setembro de 1997 - disponibilizado pela AGETRANSP⁶⁰, em seu item VII foi tratada a Sistemática Tarifária, informando que as tarifas praticadas seriam fixadas pelo Poder Concedente e revisadas conforme as regras do contrato de concessão respectivo, ressaltando a liberdade para fixação de tarifas no que toca os serviços de transporte de passageiros em linhas não regulares (turismo).

60

Disponível

em:

<http://www.agetransp.rj.gov.br/documents/10181/54893/Relat%C3%B3rio+Conclusivo+01_09_1997+BARCAS+SA.pdf/9544eaea-5725-4301-8cb2-5b54734f17a5>. Acessado em 09/02/2016

Ainda, frisa o relatório que foram realizados vários estudos de avaliação econômico-financeira, para determinar a relação entre a tarifa cobrada nas linhas que estavam em operação à época, a tarifa adequada ao equilíbrio econômico das linhas em operação e das novas linhas, considerando as condições de investimento e demanda projetadas, bem como, a tarifa mais adequada para atrair o interesse de investidores, sendo cotejadas com a renda média e a demanda de usuários para cada modalidade de serviço, recomendando valores iniciais para cada uma das linhas a serem concedidas.

Por fim, ressaltou o documento que as tarifas não consideraram a possível incidência de ICMS nas linhas intermunicipais e da Taxa de Regulação das mesmas, de modo que os valores poderiam sofrer alterações antes mesmo da concessão, prevendo a possibilidade de reajuste, de periodicidade anual, a contar da assinatura do contrato de concessão, e revisadas conforme a sistemática proposta pelos pretendentes concessionários.

Entretanto, por ocasião da publicação do Edital de Venda PED/ERJN. 03/97⁶¹, foram realizadas alterações pontuais com relação aos termos do Relatório Conclusivo, especificando, no que toca o reajuste, que o mesmo será efetuado com base na fórmula paramétrica de reajuste estabelecida no contrato de concessão, mantido o marco temporal da assinatura do contrato para que sejam efetuados, bem como, que as tarifas serão revisadas conforme estabelecido no instrumento contratual, quando da ocorrência de fatos que alterem o equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

Acresceu também ao trazer os “Aspectos Econômico-Financeiros” utilizados – item VIII - indicando a avaliação do ativo, passivo e demonstrativos de resultados, tudo no caráter evolutivo, compreendendo o período de 1994 a 1997.

Disso resultou a celebração do Contrato de Concessão de Serviços Públicos de Transporte Aquaviário de Passageiros, Cargas e Veículos no Estado do Rio de Janeiro⁶², vigorando por 25 (vinte e cinco) anos – renovável

⁶¹ Disponível em: <http://www.agertransp.rj.gov.br/documents/10181/54893/Edital+de+Venda+Memorando+Informativo+29_12_1997+BARCAS+SA.pdf/dc16a718-4834-44c5-92c3-a2e0b3096d5a>. Acessado em 09/02/2016

⁶² Disponível em: <<http://www.agertransp.rj.gov.br/documents/10181/37795/Contrato+de+Concess%C3%A3o+com+reda%C3%A7%C3%A3o+dada+pelos+Termos+Aditivos+I+e+II+de+12+de+fevereiro+de+1998/b9d09dbf-3eaf-4f32-a6cf-83177bff6175>>. Acessado em 09/02/2016

por igual período – a partir de sua assinatura, ocorrida em 12 (doze) de fevereiro de 1998.

Entretanto, entre o final de 2011 e o início de 2012, foram promovidas modificações relevantes na Política Tarifária do Transporte Aquaviário de Passageiros, pela Lei 6.138/11, bem como, pelo Decreto Estadual 43.441/12, que foram objeto de judicialização, por meio da Ação Popular n. 0120322-27.2012.8.19.0001 – hoje em grau de apelação - e da Ação Civil Pública 0082365-89.2012.8.19.0001 – ainda não sentenciado.

Na Ação Popular⁶³, pretende o autor impugnar tanto o Decreto 43.441/12, que regulamentou a nova política tarifária estabelecida pela Lei 6.138/11, quanto o ato de autorização de transferência de controle societário da empresa concessionária, importando para o presente estudo apenas o que toca o ataque ao aludido decreto.

Nesse sentido, aduz a parte autora que o Decreto teria promovido um reajuste abusivo, reconhecendo que existe defasagem que deve ser repassada à tarifa, mas aludindo que o suposto reajuste – na ordem de 61% - seria lesivo à cidadania, comparando esse índice ao de aumento de salários e demais reajustes de serviços públicos concedidos, informando ainda que o juízo de conveniência e oportunidade da administração para promover o reajuste encontra limites na razoabilidade, o que não teria sido observado.

Informa que os cidadãos seriam lesados pela cobrança do valor autorizado para a nova tarifa, questionando suposta ausência de especificação da fonte de custeio de subsídio a ser pago pelo Poder Público, limitando-se a indicar a Lei Estadual 5.628/09, em ofensa ao art. 37 da Constituição Federal.

Liminarmente, pretende a suspensão liminar do aumento de tarifas, mantido o antigo valor da tarifa, em função de suposta lesividade, até a decisão final no feito⁶⁴.

⁶³ Figuram no polo passivo, o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, SERGIO DE OLIVEIRA CABRAL SANTOS FILHO, JULIO LUIZ BAPTISTA LOPES, LUIZ ANTONIO LARANJEIRAS BARBOSA, CCR S/A, COMPANHIA DE PARTICIPAÇÕES EM CONCESSÕES e BARCAS S A. Entretanto, a análise cingiu-se àquelas manifestações mais adequadas ao objeto do presente estudo, motivo pelo qual deixamos de comentar toda a argumentação dos autos.

⁶⁴ A liminar foi indeferida, pelos seguintes fundamentos: “(...) *Indefiro por ora a liminar pretendida. No caso em tela há de se pesar que os atos administrativos são dotados de presunção de legalidade e legitimidade, não tendo este Juízo vislumbrado a “prima facie” a presença de elementos suficientes para desconstituição sumária, “inaudita altera pars”, de tal*

Em sua defesa, esclarece a BARCAS S/A que a Lei 6.138/11 teria vedado a cobrança de valores diferenciados para os percursos de categoria social, estabelecendo uma “tarifa de equilíbrio única”, bem como, que determinou a realização de estudos pela AGETRANSP para a fixação dessa tarifa, que por meio da Deliberação AGETRANSP n. 323/11, recomendou a aplicação de valor superior ao efetivamente autorizado, determinando que o Poder Concedente definisse a melhor forma de subsídio da diferença entre aquela efetivamente homologada e a então recomendada.

Aduz ainda que a o decreto impugnado foi fundamentado na legislação e nos estudos técnicos discutidos em processos administrativos, frisando que não houve concessão de qualquer benefício à concessionária, pois haveria, em verdade, prejuízos contratuais acumulados desde 1998, devidamente constatados pela AGETRANSP por meio da Deliberação n. 163/08, fundada em estudos realizados pela Fundação Getúlio Vargas e pela Fundação Universitária José Bonifácio, referentes ao quinquênio 1998-2003, que não teriam sido objeto de reequilíbrio pelo Estado, pelo que fora instaurado novo processo de revisão tarifária quinquenal, culminando na edição da Deliberação AGETRANSP n. 323/11.

Esse processo teria tratado do período de 2003 a 2008, subsidiado por estudo realizado pela Fundação de Amparo à Pesquisa e Extensão Universitária – FAPEU, que apurou desequilíbrio econômico-financeiro no valor de mais de R\$106.000.000,00 (cento e seis milhões de reais).

Informa que a fim de não repassar o custo integral da tarifa ideal apurada, o Estado optou por subsidiar o usuário da tarifa aquaviária social temporária, enquanto medida para diminuir os impactos do aumento real da tarifa, necessária para reestabelecer o EEF.

Esse subsídio teria esteio na Lei 5.628/09, que instituiu o Bilhete Único nos serviços de transporte coletivo intermunicipal de passageiros na região metropolitana do Rio de Janeiro, revelando sua legítima fonte de custeio.

Por fim, aduz que a eventual concessão de liminar, comprometeria a execução e a continuidade do serviço público.

Na mesma linha de fundamentação, a CCR S/A, controladora da empresa concessionária, remonta seus fundamentos às deliberações AGETRANSP 163/08 e 323/11, que foram precedidas de estudos realizados

presunção. Ademais entendo que a questão não prescinde de um juízo exauriente com ampla possibilidade de contraditório, motivos pelos quais se nega por ora a Liminar pretendida. (...)”

por renomadas instituições, e reconheceram a existência de desequilíbrio contratual, indicando o valor do prejuízo a ser compensado à concessionária.

Esclarece também que além do aumento da tarifa, o Estado haveria se comprometido em realizar investimentos para o aumento da frota utilizada no serviço, adquirindo 09 (nove) novas embarcações, como forma de compensação indireta.

Aduz que o Estado se preocupou em tutelar a modicidade tarifária, implementando alternativas para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato sem onerar demasiadamente os usuários do serviço, frisando que entre 70% (setenta por cento) e 85% (oitenta e cinco por cento) dos usuários do serviço utilizam o Bilhete Único, e que a diferença entre a Tarifa de Equilíbrio Única e a Tarifa Social seria compensada pelo Fundo Estadual de Transportes.

Ainda, informa que o Poder Concedente buscou atender o Interesse Público Primário ao decidir investir no aumento da frota, em atendimento ao que dispõe a cláusula 14 do Contrato de Concessão, ressaltando, por fim, que o Decreto 43.441/12 representou o resultado de um longo processo para reequilibrar um contrato administrativo defasado há mais de uma década, visando a melhoria e o incremento do serviço prestado, com a preservação da modicidade tarifária.

Ainda quanto às fundamentações de defesa dos atos impugnados, o Estado do Rio de Janeiro repisa os mesmos argumentos, reconhecendo que não procedeu o reequilíbrio do contrato no primeiro quinquênio, pois a AGETRANSP não teria indicado o valor da tarifa de equilíbrio.

Que seria legítimo o aumento de tarifa, para reequilibrar os 02 (dois) primeiros quinquênios, ressaltando que em 16 (dezesseis) de fevereiro de 2012 fora assinado um quarto aditivo contratual com as BARCAS S/A, consignando as obrigações de compensação indireta, na forma da aquisição de 09 (nove) novas embarcações e modernização de 02 (dois) terminais.

Sobre o caso, opinou o parquet estadual no sentido de reconhecer a importância do instituto do EEF, atrelando a revisão contratual à verificação de circunstância imprevisível, nos moldes supostamente considerados pelo Tribunal de Contas da União, destacando que o Superior Tribunal de Justiça consideraria ainda o fato do príncipe, como fundamento legitimador do instituto da revisão.

Em todo o caso, ressalta que não sendo verificado um evento específico que implique em onerosidade imprevisível ou que seja atribuível à

Administração, deve o particular suportar os ônus da pactuação negligente do contrato.

Conclui, afirmando que não restou provado nos autos a ocorrência de circunstância especial que autorizasse o aumento “acima da inflação”, de modo que não poderia a concessionária alegar surpresa e pretender nova composição tarifária, sugerindo ilegalidade no ressarcimento de algumas gratuidades consideradas nos estudos submetidos à AGETRANSP.

Em sua sentença, o magistrado reconhece a importância do EEF e a sua tutela em sede constitucional, tratando da intangibilidade das cláusulas econômicas do contrato de concessão, enquanto forma de evitar o enriquecimento sem causa das partes, distinguindo-as das cláusulas regulamentares, que poderiam ser alteradas unilateralmente pelo Poder Concedente.

Condiciona a configuração do desequilíbrio à ocorrência de fato imprevisível e posterior à apresentação da proposta, desde que não imputável ao solicitante, informando que as flutuações econômicas e de mercado não devem configurar motivo habitual para invocar a regra de alteração do contrato.

Por esses fundamentos, assim decidiu o i. juízo da 8ª Vara de Fazenda Pública do TJRJ:

Por todo o exposto JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A PRETENSÃO AUTORAL, para declarar nulos decretos estaduais 43.441/2012 e 42.897/2012, mantidos os reajustes para reposições inflacionárias verificadas entre o aumento anterior e o ora impugnado, (...) bem como declarar nulos os atos de ressarcimento das gratuidades já previstas na data de celebração do contrato, quais sejam, maiores de 65 anos, detentores de passe especial, portadores de doenças crônicas que exijam tratamento continuado, sem interrupção sob risco de morte, deficientes com dificuldade de locomoção e acompanhantes. Condeno a ré BARCAS S/A a ressarcir aos cofres do ERJ (...) o montante recebido a título de custeio das gratuidades supra indicadas, que já eram previstas na época da celebração do

contrato, tudo a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

Em grau de apelação, mediante recurso oferecido em 15 (quinze) de setembro de 2015, o Estado do Rio de Janeiro suscita que, ao contrário do que entendeu o i. magistrado a quo, a Lei n. 6.138/11 teria modificado os termos contratuais, legitimando a revisão efetuada.

Aduz que as situações econômicas e de mercado previsíveis não podem ensejar a revisão da tarifa, apenas o reajuste, conforme as regras pactuadas contratualmente, enquanto os fatos imprevisíveis ou previsíveis mais de consequências incalculáveis que afetem o EEF, implicam em necessária revisão.

Lembra que tanto o contrato de concessão quanto a Lei Estadual 2.804/97 preveem o procedimento ordinário de revisão tarifária quinquenal, que poderia culminar na revisão da tarifa para mais ou para menos.

Que por ocasião da segunda revisão quinquenal, concluiu a AGETRANSP pela existência de modificações supervenientes à época da contratação, que geraram desequilíbrio em desfavor da contratada, após longo procedimento – duração de 15 (quinze) meses – contemplando a criação de um grupo de trabalho, a contratação de um estudo, sessão regulatória e audiência pública específica sobre o assunto.

Ressalva que no ano de 2012 a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro – ALERJ – contratou uma fundação para auditar o cálculo realizado, que confirmou o tecnicismo e a imparcialidade dos estudos anteriores, ratificando o valor da Tarifa Única de Equilíbrio, nos termos estabelecidos no Decreto 43.441/12, motivo pelo qual requer ao Tribunal Fluminense a reforma da sentença apelada, para extinguir o feito sem resolução de mérito ou reconhecer a improcedência dos pedidos.

No que toca à Ação Civil Pública 0082365-89.2012.8.19.0001, esta foi ajuizada por uma associação civil de defesa do consumidor e trabalhador, em face da concessionária Barcas S/A, do Estado do Rio de Janeiro e da AGENTRANSP, sob o argumento de que o aumento da tarifa seria abusivo e teria decorrido de reajuste autorizado pelo Decreto Estadual 43.441/12, prestigiando serviço inadequado às necessidades da população.

Menciona os estudos realizados pela FAPEU, chancelado pela Universidade Federal de Santa Catarina, que teriam indicado desequilíbrio

econômico-financeiro, sugerindo a aplicação de nova metodologia para resolver a questão.

Suscita que o percentual de reajuste autorizado revela afronta à modicidade tarifária e que outras fontes de receita, como a de publicidade, não foram consideradas nos estudos apresentados para comprovar o desequilíbrio e que não contabilizaram o valor das tarifas das linhas seletivas.

Destaca que a Tarifa Aquaviária Social” fixada é temporária, com vigência inicialmente prevista para terminar em 2016⁶⁵, a partir de quando os usuários passariam a arcar integralmente com o valor da nova tarifa.

Por tais motivos, pede a concessão de liminar para suspender o aumento de tarifa, praticando-se aquela anterior, ou, que fosse aplicado o valor reajustado, segundo critérios de reajuste aplicado ao salário mínimo, supostamente correspondente à alíquota de 6% (seis por cento).

No mérito, pede a confirmação das tutelas ou provimento equivalente.

Em sua defesa, a concessionária informa que a Lei 6.138/11 foi aprovada após intenso debate na ALERJ, com a participação de vários setores da sociedade, reconhecendo o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato respectivo.

Aduz que a nova Política Tarifária inaugurada pela legislação seria fato superveniente ao contrato administrativo, levando à necessidade de aumento da tarifa praticada, para que não houvesse inviabilidade econômica do serviço.

Distingue os institutos da revisão e do reajuste, informando que o aumento decorreu do segundo, para afastar a pretensão limitatória da ação à aplicação da alíquota correspondente à atualização do salário mínimo, questão afeta ao reajuste, que ainda assim, supostamente promoveria aumento real maior que o praticado, suscitando divergência na alíquota indicada na exordial.

Informa, por fim, que a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro existe para a tutela do interesse público e da continuidade do serviço público, não os interesses do concessionário, prestigiando as decisões do Poder Concedente em favor da modicidade tarifária, como os investimentos e subsídios aos usuários.

Por sua vez, o Estado do Rio de Janeiro suscita que a definição da expressão “modicidade” é classificada como um conceito jurídico indeterminado, esclarecendo que se deve considerar, para a sua apuração, não

⁶⁵ Com a edição da Lei Estadual 6.640/13 esse prazo foi prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2018

apenas o desembolso praticado pelo usuário, mas também a remuneração do concessionário e a sua legítima obtenção de lucro.

Remete ao estudo da FAPEU, que admite como incontroversa a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro na concessão, autorizando a revisão ordinária da tarifa e legitimando as opções estatais adotadas, suscitando, ao final, a incapacidade institucional do Poder Judiciário para apreciar a questão técnica subjacente.

Essa ação ainda não foi sentenciada, de modo que não nos cumpre projetar o seu resultado e eventuais desdobramentos, encerrando aqui o seu relato.

Tecidos todos os esclarecimentos pertinentes, importa uma breve análise do “Comunicado ao Mercado”⁶⁶ expedido em 14 (catorze) de outubro de 2015 pela CCR S.A., controladora do “Consórcio CCR Barcas”, tratando das notícias maciçamente noticiadas, que ensejaram a atenção do presente estudo ao caso concreto, senão vejamos:

(...) Nas últimas revisões quinquenais relativas ao 3º. e ao 4º. quinquênios, a AGETRANSP detectou desequilíbrios contratuais, que têm sido acompanhados e analisados pela Secretaria dos Transportes do Estado do Rio de Janeiro (“Secretaria dos Transportes”), mas ainda se encontram pendentes de reequilíbrio. Adicionalmente, a tarifa de equilíbrio contratual definida pela AGETRANSP para o quinquênio 2013/2018, conforme Deliberação nº. 660, de 28 de maio de 2015, publicada em 1º de junho de 2015, ainda não teve a sua cobrança autorizada, o que acarreta incremento do desequilíbrio contratual do atual quinquênio. Nesse contexto, a AGETRANSP e a Secretaria de Transportes têm analisado, em conjunto com a BARCAS, as possíveis formas de equacionamento do Contrato de Concessão. Dentre as

66

Disponível

em

<http://ri.ccr.com.br/grupoccr/web/download_arquivos.asp?id_arquivo=818D6D2D-5756-422E-90BD-C1FD419E7046>. Acessado em 09/02/2016

possibilidades discutidas, além do reequilíbrio contratual ou da reformulação do atual Contrato, encontra-se sob análise a possibilidade do distrato consensual do Contrato de Concessão, para permitir uma nova estruturação jurídica para a concessão, visando manter a prestação de serviço público de qualidade sem a recorrência de desequilíbrios contratuais. (...) (Grifamos)

Então, considerando os fundamentos das aludidas ações, bem como, as informações teóricas sobre o EEF, segue abaixo um quadro esquemático com os principais acontecimentos afetos ao instituto, bem como, meios de acesso aos documentos respectivos, para posterior aprofundamento pelos eventuais interessados.

Data	Acontecimentos Relevantes
12/02/1998	Celebração do Contrato de Concessão com a BARCAS S.A.
22/11/2004	Celebração do 1º Aditivo Contratual ⁶⁷
16/05/2007	Celebração do 2º Aditivo Contratual ⁶⁸
28/05/2008	Deliberação AGETRANSP No. 163 – Primeira Revisão Quinquenal ⁶⁹
11/03/2011	Celebração do 3º Aditivo Contratual ⁷⁰

⁶⁷Disponível em
<<http://www.agetransp.rj.gov.br/documents/10181/54893/1%C2%BA+Termo+Aditivo+ao+Contrato+Concess%C3%A3o+BARCAS+SA.pdf/5bad2338-7425-4922-8304-580f8024d823>>.

⁶⁸Disponível em
<<http://www.agetransp.rj.gov.br/documents/10181/54893/2%C2%BA+Termo+Aditivo+ao+Contrato+Concess%C3%A3o+BARCAS+SA.pdf/c8ef7d67-aaf1-49ab-8086-a99061229265>>.

⁶⁹Disponível em
<http://www.agetransp.rj.gov.br/documents/10181/24133/20080528_deliberacao_agetransp_163.pdf/1a11de2d-5a91-42e9-a85d-8e37b4ddf41c>.

⁷⁰Disponível em
<<http://www.agetransp.rj.gov.br/documents/10181/54893/3%C2%BA+Termo+Aditivo+ao+Contrato+Concess%C3%A3o+BARCAS+SA.pdf/cfa8af9c-f12a-449d-830b-ae666bad2ef2>>.

29/09/2011	Deliberação AGETRANSP N° 323 – Segunda Revisão Quinquenal ⁷¹
31/12/2011	Vigência da Lei Estadual 6.138/11
31/01/2012	Vigência do Decreto Estadual 43.441/12 ⁷²
16/02/2012	Celebração do 4º Aditivo Contratual ⁷³
10/12/2012	Celebração do 5º Aditivo Contratual ⁷⁴
31/01/2013	Celebração do 6º Aditivo Contratual ⁷⁵
28/05/2015	Deiberação AGETRANSP N.º 660 – Terceira Revisão Quinquenal ⁷⁶
12/08/2015	Celebração do 7º Aditivo Contratual ⁷⁷
14/10/2015	Comunicado ao Mercado

Parece-nos à plena evidência as dificuldades encontradas pelo concessionário e Poder Concedente para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do aludido contrato, apesar dos estudos encomendados e das providências adotadas pelo Poder Concedente, dentro das suas competências institucionais, motivo pelo qual concluímos a seguir.

⁷¹<http://www.agetransp.rj.gov.br/documents/10181/24205/Delibera%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+323-2011+de+29+de+setembro+de+2011.pdf/40aae5a9-dbea-4f55-8c7f-0bed79ba63cf>.

⁷²Disponível em < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=237659>>.

⁷³Disponível em <<http://www.agetransp.rj.gov.br/documents/10181/54893/4%C2%BA+Termo+Aditivo+ao+Contrato+Concess%C3%A3o+BARCAS+SA.pdf/9682e788-2f52-43c6-a4ca-992c902d421c>>.

⁷⁴Disponível em <<http://www.agetransp.rj.gov.br/documents/10181/54893/5%C2%BA+Termo+Aditivo+ao+Contrato+Concess%C3%A3o+BARCAS+SA.pdf/5535dc2f-33fe-4bb9-991b-deb47d9c0b18>>.

⁷⁵Disponível em <<http://www.agetransp.rj.gov.br/documents/10181/54893/6%C2%BA+Termo+Aditivo+ao+Contrato+Concess%C3%A3o+BARCAS+SA.pdf/39900101-34bd-4d20-b371-288684b0ec92>>.

⁷⁶Disponível em <<http://www.agetransp.rj.gov.br/documents/10181/23378/Delibera%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+660+de+28+de+maio+de+2015.pdf/85074512-d7af-4e79-a89d-8d8d27f7e848>>.

⁷⁷Disponível em <<http://www.agetransp.rj.gov.br/documents/10181/37795/7%C2%BA+Termo+Aditivo+ao+contrato+de+concess%C3%A3o/6fbb2af7-7ab8-48ee-b866-babd1a3d736d>>.

Conclusão

Apesar da existência de suporte legal e doutrinário para a manutenção do EEF, é evidente que a sua aplicação prática enfrenta diversos obstáculos, tanto em sede administrativa quanto judicial.

Considerando que o país passou por um período de relativa estabilidade econômica desde a edição da Lei 8.987/97, no passado recente obtiveram êxito os procedimentos licitatórios para a concessão de serviços públicos para o transporte aquaviário de passageiros, que hoje vigoram por longos períodos.

Entretanto, dada a atual e evidente crise política no país, que levou ao esvaziamento dos cofres públicos, à desestabilização orçamentária e a inúmeros desvios de planejamento estatal, temos observado constantes inadimplementos pelo Poder Público, que hoje afetam não só os concessionários, mas também os servidores públicos e diversos setores da Administração.

As dificuldades enfrentadas pelos concessionários decorrem, em nosso sentir, da especial circunstância de que os contratos de concessão são remunerados por tarifa, preço público custeado diretamente pelo usuário, que somado às limitações do planejamento estatal, inviabiliza a utilização de metodologias de reequilíbrio econômico-financeiro envolvendo o aporte de recursos públicos, fazendo com que eventuais revisões ou reajustes sejam integralmente repassados ao particular que se utiliza do serviço público, o que motiva manifestações políticas e judiciais, muitas vezes desprovidas de fundamento, mas que encontram respaldo em segmentos expressivos da população.

Nesse cenário de crise e instabilidade, tem sido submetidas ao Judiciário questões afetas ao Equilíbrio Econômico-Financeiro dos contratos de concessão, que deverão orientar a aplicação do instituto no sistema de concessões.

Inobstante a legitimidade ou assertividade de tais decisões, entendemos que estas contribuirão como paradigmas para determinar o sucesso ou o fracasso para as próximas concessões de Serviços Públicos de Transporte Aquaviário de Passageiros em todo o país, conforme confirma maior ou menor estabilidade aos ajustes celebrados entre os Poderes Concedentes e os particulares, concessionários e usuários.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

_____. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BAHIA. Tribunal de Justiça de Bahia. AGR: 03119162620128050000 BA 0311916-26.2012.8.05.0000, Relator: Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, Data de Julgamento: 05/09/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 16/11/2012.

BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de Rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico financeiro. Revista de Direito da Procuradoria Geral. Rio de Janeiro, (edição Especial), 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma - REsp nº 730.568/SP. Rel. Eliana Calmin. Julg.6.9.2007, DJ 26/09/2007, p.202. Consultado no 05/02/2016.

_____. _____. Segunda Turma - REsp nº 837.790/SP. Rel. Eliana Calmon, Julg. 2.08.2007, DJ de 13/08/2007. Consultado no 04/02/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 64.152/GB, Rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO, DJ de 23/08/68; RE 64.231/SP, Rel. Min. ADAUCTO CARDOSO, DJ DE 26/09/69.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1563-40/04. Processo 001.912/2004-8. Plenário. Rel. Augusto Sherman. 06.10.2004. Acessado em 03/02/2016.

_____. _____. Decisão 040137/95P - Processo 500.125/929, Plenário. Rel. Bento José Bugarin. 16/08/1995.

_____. Tribunal Regional Federal 4º Região. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO APELREEX 7000 PR 0032025-25.2007.404.7000 (TRF-4) Data de publicação: 17/03/2010.

_____. _____. Agravo de Instrumento nº 5009433-37.2013.404.0000/RS. Relator: Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. Data do julgamento: 25 jun. 2013. Consultado em 06/02/16.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. A Constituição Federal Comentada. 3 ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editora, 1958, vol. III.

COUTINHO, M. A. Validade jurídica do modelo regulatório para aferição equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessões de serviços públicos de eletricidade no Brasil. In: AAVV. Regulação de serviços públicos e controle externo, Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

DI PIETRO, Maria Silvia. Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE e o contrato administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 224, p. 318-319, jul./set., 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, tomo V.

_____. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, tomo VI.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OLIVEIRA, Roberto Guena de (coordenador). Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. São Paulo: FIPE/USP, 2001.

SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quarta Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 2013.013809-3. Relator: Desembargador Júlio César Knoll. Data do julgamento: 23 out. 2014. Consultado no dia 06/02/2016.

WALD, Arnold. O equilíbrio econômico e financeiro no Direito brasileiro. Rio de Janeiro: JC, 2014.