

Regulação econômica e modicidade tarifária no transporte público urbano

Fernando Murta Ferreira Duca

Orientador: Daniel de Andrade Oliveira Barral

Coletânea de Pós-Graduação
Controle da Desestatização e da Regulação



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

Bruno Dantas (Presidente)
Vital do Rêgo (Vice-Presidente)
Walton Alencar Rodrigues
Benjamin Zymler
Augusto Nardes
Aroldo Cedraz
Jorge Oliveira
Antonio Anastasia
Johnathan de Jesus

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti
Marcos Bemquerer Costa
Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)
Lucas Rocha Furtado (Subprocurador-Geral)
Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-Geral)
Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)
Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)
Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)
Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)



DIRETOR-GERAL

Adriano Cesar Ferreira Amorim

**DIRETORA DE ALTOS ESTUDOS
E COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO
DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Clémens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Morais

COORDENADOR ACADÊMICO

Leonardo Lopes Garcia

COORDENADORES PEDAGÓGICOS

Ana Carolina Dytz Fagundes de Moraes

Flávio Sposto Pompêo

Georges Marcel de Azeredo Silva

Marta Eliane Silveira da Costa Bissacot

COORDENADORA EXECUTIVA

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

PROJETO GRÁFICO E CAPA
Núcleo de Comunicação – NCOM/ISC

Regulação econômica e modicidade tarifária no transporte público urbano

Fernando Murta Ferreira Duca

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista.

Orientador(a):

Prof. Daniel Andrade de Oliveira Barral

Banca examinadora:

Marina Soares Marinho

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

DUCA, Fernando. **Regulação econômica e modicidade tarifária no transporte público urbano**. 2023. Monografia (Especialização em Avaliação de Políticas Públicas) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF. 58 fl.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO AUTOR: Fernando Murta Ferreira Duca
TÍTULO: Regulação econômica e modicidade tarifária no transporte público urbano
GRAU/ANO: Especialista/2023

É concedido ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste Trabalho de Conclusão de Curso e emprestar ou vender tais cópias somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo dessas cópias e proibido o acesso a partes isoladas desse conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

Nome: Fernando Murta Ferreira Duca
Email: fernando.duca@tce.mg.gov.br

FICHA CATALOGRÁFICA

L131a Duca, Fernando

Regulação econômica e modicidade tarifária no
transporte público urbano / Fernando Duca – Brasília: ISC/TCU,
2023.

58 fl. (Monografia de Especialização)

1. Regulação. 2. Serviços públicos. 3. Modicidade tarifária. I. Título.

CDU 02
CDD 020

Regulação econômica e modicidade tarifária no transporte público urbano:

Fernando Murta Ferreira Duca

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação lato sensu em Controle da Regulação e da Desestatização realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista.

Brasília, 27 de março de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Daniel Andrade de Oliveira Barral
Orientador

Procuradoria Federal Junto à Agência Nacional de Transportes Terrestres

Prof.^a Marina Soares Marinho
Avaliadora
Universidade Federal de Minas Gerais

Dedico esse trabalho a todos que se dedicam a estudar Constituição Federal e buscam atuar sempre no sentido de fazer valer os direitos e princípios inscritos na Constituição Cidadã.

Agradecimentos

Todo trabalho acadêmico é um trabalho coletivo, ainda que somente o(s) nome(s) de seu(s) autore(s) apareçam nas referências bibliográficas. Nenhuma pesquisadora atua sozinha, mas se apoia nos ensinamentos de suas mestras, nas discussões com colegas, nos trabalhos de outras pesquisadoras e depende do importante trabalho administrativo que sustenta as instituições de ensino e pesquisa. Isso sem falar na rede de apoio de familiares e amigos, tão importante quanto. Este trabalho não é exceção a essa regra: sem esses valorosos apoios, jamais seria elaborado.

Dessa forma, começo agradecendo à minha noiva companheira Ana Clara pela paciência e carinho ao longo dos anos de realização dessa pós-graduação e elaboração deste trabalho. Aos meus pais que sempre me encorajaram a estudar e manter o pensamento crítico. Agradeço também aos amigos, de ontem e de hoje, que trazem alegria e leveza à vida.

Fundamental destacar também o trabalho atencioso e diligente do Instituto Serzedello Corrêa, a quem cumprimento na pessoa da querida Graça, que possibilita a realização de uma Pós-Graduação de altíssima qualidade, fundamental para a qualificação da Administração Pública brasileira. Todos os professores e professoras que dedicaram horas de seu tempo para nos qualificar também são de valor inestimável.

Por último, agradeço ao meu orientador e à revisora deste trabalho. Daniel Barral por sua atenção, paciência e apurada formação técnica, sem o qual este trabalho seria apenas uma sombra do que é. Marina Marinho com leitura aguçada e grande capacidade de análise e abstração trouxe questionamentos e comentários de enorme relevância para este trabalho e para o avanço da agenda de pesquisa.

Resumo

O presente trabalho discute o princípio da modicidade tarifária e sua relevância da prestação do serviço de transporte público urbano. Partindo de uma leitura sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, propõe que a interpretação jurídica dos serviços públicos dentro da ordem jurídico-constitucional brasileira é tema de Direito Econômico Constitucional, e não de Direito Administrativo. A partir disso, trata dos desdobramentos dessa interpretação e sobre a importância de se conformar uma conceituação de Direito Regulatório que atenda aos ditames constitucionais. Ao final, conclui que os contratos de concessão de transporte público urbano devem adotar alguns mecanismos e ferramentas que privilegiem a modicidade tarifária, de forma a se adequar à Constituição.

Palavras-chave: Regulação; Serviços públicos; Modicidade tarifária; Transporte público urbano

Abstract

This paper discusses the principle of fare affordability in the Brazilian public service doctrine and its relevance to the provision of urban public transport. Starting with a systematic reading of the Brazilian Constitution of 1988, it proposes that the legal interpretation of public services within the Brazilian legal-constitutional order is a subject of Constitutional Economics, and not of Administrative Law. From then, it assesses the consequences of this interpretation and the importance of conforming a conceptualization of Regulatory Law that is in accordance to the constitution. At the end, it concludes that urban public transport concession contracts should adopt some mechanisms and tools that privilege the fare affordability, in order to comply with the Constitution.

Keywords: Regulation; Public services; Fare affordability; Urban public transport

Lista de figuras

Figura 1: Ciclo vicioso do aumento do nível da tarifa de ônibus urbano	47
--	----

Lista de abreviaturas e siglas

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

GEIPO - Grupo Executivo de Integração da Política de Transportes

TPU - Transporte Público Urbano

Sumário

1. Introdução	14
2. Os serviços públicos na Constituição Econômica.....	17
2.1. A Constituição Econômica dentro da Constituição de 1988	17
2.2. Os serviços públicos na Constituição Federal	27
3. Atuação regulatória do Estado na prestação de serviços públicos	34
4. Regulação econômica na promoção da modicidade tarifária no transporte público urbano.....	44
4.1. Mecanismos contratuais para a modicidade tarifária.....	47
Conclusão	54
Referências bibliográficas.....	56

1. Introdução

O estudo da prestação de serviços públicos é tema da maior importância para a discussão de como criar e manter uma sociedade próspera e democrática. Serviços públicos de qualidade e acessíveis não são apenas amenidades ou oferta de conforto para membros de uma sociedade, mas são parte do que faz com que “membros da sociedade” sejam cidadãos. Serviços públicos são vetores para conformação de direitos e dessa forma são pedra angular de sociedades democráticas. Direitos que diversas constituições definem como fundamentais em boa medida somente de fato serão usufruídos pelos cidadãos se houver serviços públicos que façam com que estes direitos se materializem, que façam com que o direito à saúde tome forma como rede assistencial, profissionais qualificados, serviço de atendimento móvel e afins.

Uma dimensão fundamental destes serviços, contudo, não é objeto de larga tradição teórica: a acessibilidade. Muito se escreveu sobre como financiá-los, mas nem tanto sobre quais os impactos das formas de financiamento sobre o preço dos serviços e, por conseguinte, à capacidade de a população acessá-los. Ainda que a Constituição Brasileira em seu artigo 175 defina que “a lei disporá sobre a obrigação de manter serviço adequado” e que a Lei 8.987/1995 no seu artigo 6º tenha definido que a modicidade é condição para a prestação do serviço seja considerado adequado, há pouca produção bibliográfica sobre o tema. Em contraste, as outras condições que o serviço público adequado deve atender são bem definidas, bem como é colocado em primeiro plano a questão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ou seja, diversos institutos de grande relevância recebem atenção adequada, enquanto a modicidade tarifária ainda é pouco estudada e possui relevância secundária dentro das estruturas de concessões.

Na estrutura de concessões de serviços públicos, as tarifas usualmente são um resultado do modelo econômico-financeiro, a variável dependente do modelo¹. Ou seja, depois de definidos todos os parâmetros e incluídas as informações referentes às variáveis (como demanda, custos, impostos, investimentos), o modelo define qual a tarifa que deve ser cobrada por aquele serviço. Ou seja, a tarifa é definida de forma a financiar a concessão, seus custos, mais a remuneração do capital aplicado, usualmente ela não é definida como uma questão de política pública, ela é o resultado de um modelo matemático.

A dicotomia entre modicidade tarifária e equilíbrio econômico-financeiro do contrato é outra questão relevante. Usualmente, contratos têm seções sobre equilíbrio econômico-financeiro, regras de reajuste, revisão periódica e extraordinária, matriz de risco detalhando em que circunstâncias se dá o desequilíbrio do contrato, a obrigação

¹ Esse é o caso da chamada Planilha GEIPOT, elaborada pela Associação Nacional de Transportes Públicos, largamente utilizada nas estruturas de concessão de transportes públicos urbanos no Brasil, faz exatamente isso. A tarifa é uma variável dependente calculada automaticamente pelo modelo uma vez definidas variáveis independentes do modelo.

do reequilíbrio do contrato bem como previsão de mediação e arbitragem para se discutir eventuais divergências em caso de desequilíbrio contratual. O mesmo não ocorre com a modicidade tarifária: no máximo existem alguns mecanismos voltados para promoção da eficiência na prestação do serviço por parte da concessionária e regras de como a redução de custos oriunda da melhora na eficiência será partilhada com os usuários, i.e., impactará na redução da tarifa.

Esse estado de coisas foi a motivação fundamental. Se há longa tradição doutrinária no direito administrativo que discute o instituto, previsão legal de que os serviços públicos devem ter tarifas módicas, lei setoriais (como a Lei que Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana) que tratam da questão, surpreende o fato de que há poucas pesquisas que se dedicaram ao assunto. De um lado, a questão é compreensível, visto ser difícil definir o que seria uma “tarifa módica”, um conceito fechado de modicidade capaz de ser amplamente aplicado. Usualmente, a modicidade é entendida como uma questão individual, cada pessoa teria uma medida do que seria módico para si. Essa compreensão é claramente indevida para a definição de políticas públicas, pois estaria atrelada à renda individual daquele que avalia o valor da tarifa. Contudo, também é difícil definir a partir de qual patamar uma tarifa deixa de ser módica e se torna dispendiosa, haveria demasiada arbitrariedade para se definir níveis tarifários módicos para os serviços públicos. Por isso se buscou outra forma de se pensar a questão: a acessibilidade.

Como ressaltado logo no primeiro parágrafo dessa introdução, serviços públicos são vetores para a conformação de direitos. Desta forma, o acesso da população a tais serviços deve ser preocupação essencial do desenho da prestação desses serviços. Como existe uma cancela para se acessar tais serviços, um autêntico pedágio chamado tarifa, o debate da sua definição deve estar no centro da discussão sobre serviços públicos. Se em termos abstratos essa afirmação faz sentido, quando a avaliamos dentro do arranjo jurídico-constitucional brasileiro, ela faz tanto mais.

A Constituição Federal de 1988 é fruto do chamado constitucionalismo social do século XX. Para além de definir a forma do estado, as limitações aos seus poderes e os direitos e liberdades individuais, a Constituição brasileira também se preocupa também com os chamados direitos sociais. Além do mais, ela também prevê papéis eminentemente econômicos para o Estado, ainda que limitado e sujeito a amarras, o Estado possui prerrogativas para atuar no âmbito econômico. Dentre essas prerrogativas, está a oferta de serviços públicos. A Constituição é taxativa ao definir que a titularidade de tais serviços é do Estado em suas diversas esferas (federal, estadual e municipal).

Partindo desta constatação, o ponto de partida desse estudo não poderia deixar de ser o Estudo da própria Constituição, em especial no tocante às suas prerrogativas de atuação na ordem econômica. Por tal motivo, que o primeiro capítulo desse trabalho está voltado justamente para este tópico: o econômico dentro da Constituição de 1988. Os serviços públicos não estão situados dentro do Título dedicado à Ordem

Econômica e Social de maneira casuística, há uma lógica por detrás dessa definição. Para compreender os serviços públicos dentro do arranjo jurídico constitucional brasileiro, portanto, é preciso entender por que eles estão positivados onde estão.

De posse dessa discussão, discute-se o papel da chamada regulação e sua importância para a prestação dos serviços públicos. A Constituição define prerrogativas, fundamentos e princípios, mas não cabe a ela mais do que isso. A forma como serão prestados os serviços estão em um nível normativo menos abstrato, papel do Direito Administrativo. Como o segundo capítulo discute, contudo não é qualquer forma de Direito Administrativo que conforma o melhor regramento para tais serviços, o Direito Regulatório é a forma mais adequada, que dará o regramento que os serviços públicos devem seguir para atender aos desígnios constitucionais.

Dessa forma, o terceiro capítulo trata dos serviços públicos em nível ainda menos abstrato, discutindo como o princípio da modicidade tarifária deve ser tratado a nível dos editais e contratos de concessão de serviços públicos. Longe de vigor a plena discricionariedade do poder público na definição dos termos contratuais e editalícios da concessão de serviços públicos, eles devem atender os desígnios constitucionais balizados pela atuação regulatória do Estado. No caso do transporte públicos, eles devem ainda seguir o que preceitua a legislação atinente ao setor, que dará a medida em que os diversos atributos do serviço públicos adequado devem ser sopesados.

2. Os serviços públicos na Constituição Econômica

Estudar a forma como se organiza a prestação de serviços públicos, pressupõe, inicialmente, um estudo das disposições constitucionais sobre o tema. Além do fato óbvio de que a Constituição dedica diversos artigos ao tema, tratando desde a distribuição de competências entre os entes da federação até sobre as diretrizes que a lei geral de regulamentação da prestação de serviços públicos deve seguir, é importante analisar como se situam os serviços públicos dentro do edifício constitucional. Uma adequada abordagem sobre a forma como deve se dar a prestação dos serviços públicos se inicia com a compreensão de como a Constituição trata do tema.

A importância do estudo do direito constitucional para tratar do tema não deriva somente do fato de que a Constituição constitui juridicamente o Estado, e, portanto, versa também sobre suas obrigações, mas do fato de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) possui características que tornam seu estudo ainda mais fundamental. Demonstrar essas características é justamente o objetivo principal desse capítulo. Como se argumenta na próxima seção, os assuntos econômicos tornaram-se por demais importantes dentro do arcabouço constitucional trazido pela CF/88. A norma constitucional que até outrora era reservada a direitos fundamentais e institucionalização do poder político, passa a abrigar temas próprios da atribuição, uso e abuso do poder econômico (MOREIRA, 2019, p. 10). Mais ainda, a normatividade econômica que daí adveio se espalhou pelo texto constitucional: temas típicos do Direito Econômico tornaram-se “fundamento” e “objetivos fundamentais” da República, chegando ao ponto de se dedicar um capítulo somente a tratar dos “Princípios Gerais da Atividade Econômica”, dentre os quais estão os serviços públicos (MOREIRA, 2019, pp. 10-11).

2.1. A Constituição Econômica dentro da Constituição de 1988

O ponto de partida para se compreender o instituto dos serviços públicos dentro da ordem jurídica brasileira é a própria Constituição. É necessário compreender como a Constituição trata tais serviços, visto que a lei magna traz definições importantes sobre o assunto. Para tanto, é preciso atribuir racionalidade à normatividade econômica trazida pela CF/88, o que somente é possível se compreende-se que:

[t]ais normas jurídicas, de nível formal constitucional e conteúdo material de Direito Econômico, explicam-se umas às outras, em níveis crescentes de densidade aplicativa. Essa unidade interpretativa demanda que o assunto do art. 175 – serviços públicos – seja compreendido a partir da Constituição, em harmonia com suas demais normas. Pois é exatamente nesse cenário, constitucional-econômico, que se pretende analisar o art. 175, que inaugura e define a “incumbência” da “prestação de serviços públicos” atribuída ao “Poder Público (MOREIRA, p. 11).

Ou seja, a matéria-prima fundamental para se tratar do tema dos serviços públicos é a Constituição. Apesar de parte relevante da doutrina ter uma abordagem centrada no Direito Administrativo, aqui se defende que, dentro do arcabouço brasileiro, o tema é fundamentalmente constitucional. Como ressalta Moreira (2019, p. 10) a abordagem do tema dos serviços públicos através do Direito Administrativo na maior parte das vezes se foca em construções teóricas estrangeiras e na teorização infraconstitucional, de tal forma que tende a criar uma interpretação da Constituição a partir do Direito Administrativo. “Todavia, fato é que, no Brasil, o tema é de Direito Econômico, mais propriamente de Direito Constitucional Econômico. Isso já há algum tempo” (MOREIRA, 2019, p. 10).

Desta forma, cabe tratar em maior detalhe sobre o teor econômico da CF/88, ou seja, de Direito Constitucional Econômico e buscar uma conceituação de “Constituição Econômica”, seguindo a célebre definição de Moreira (1979, p. 35). O propósito aqui é ir além da questão acerca do caráter dirigente da CF/88: importa mais adentrar no papel que esta atribui ao Estado no âmbito econômico, e, mais ainda, em entender quais os preceitos e instituições jurídicas que garantem e determinam os elementos definidores do sistema econômico e de seu funcionamento. Para tanto, é importante inicialmente fazer uma breve digressão teórica sobre a ideia de concepções dominantes sobre o papel do Estado na economia – como define Oliveira (2009, p. 26) – e como essas concepções se refletem em instituições jurídicas, no que Moreira (2017, p. 155) chama de formas de atuação do Estado Administrativo. A CF/88 não está desvinculada da história que a precede e da sociedade que a cerca e, dessa forma, é importante que seja desenhado um quadro de fundo que será utilizado para situar a forma como se compreende a Constituição Econômica dentro da CF/88.

Ambos os autores (OLIVEIRA, 2009 e MOREIRA, 2017) separam as mutações do Estado (e das concepções dominantes acerca do seu papel na economia) em quatro fases, apesar de tais fases possuírem importantes pontos de contato e serem elaborados a partir de um esquema analítico semelhante, Oliveira (2009) foca sua análise em fases do capitalismo, enquanto Moreira (2017) trata de formas do Estado Administrativo.

Oliveira (2009) separa a evolução do capitalismo em quatro grandes fases estilizadas – mercantilismo, capitalismo concorrencial, monopolista e globalizado – que marcaram grandes rupturas na concepção social do Estado. Oliveira (2009) destaca que o Estado responde à dinâmica da acumulação de capital, ou seja, parte de uma concepção materialista para entender a evolução histórica do Estado. Seu objetivo é dar sentido aos grandes movimentos que marcam as concepções dominantes acerca do papel do Estado na economia a partir da história econômica.

Moreira (2017), por sua vez, separa a evolução do Estado Administrativo em quatro formas principais: Estado de bem estar, Estado empresário, Estado regulador/estado de garantia e Estado ambiental. Para além dessas formas estilizadas, o autor trata do

que chama de “Alvorecer do Estado Administrativo”, que não seria uma fase em si, mas se trata do próprio surgimento do Direito Administrativo.

Moreira (2017) não busca um mesmo fio condutor para explicar a sucessão das formas, como Oliveira (2009) faz, até porque seu objetivo é descrever as características de cada forma de Estado Administrativo em sua relação com a economia. Cabe notar, contudo, que há grande correspondência na forma como ambos compreendem a evolução histórica do Estado. Em grande medida, a sucessão de fases se dá em função da concepção social dominante sobre o papel do Estado na Economia. Inicialmente, o principal fato histórico que marca o capitalismo concorrencial (OLIVEIRA, 2009) e o Alvorecer do Estado Administrativo (MOREIRA, 2017) são as revoluções burguesas, que criam condições para a criação de barreiras e limites para a atuação do Estado. Já a Grande Depressão da década de 1930 marca a fase do capitalismo monopolista, de um lado, e o surgimento do Estado de bem estar, de outro². Já a fase do capitalismo globalizado engloba as formas do Estado regulador/de garantia e ambiental. Ou seja, a historicidade é destaque em ambas as análises.

A convergência na análise dos autores se destaca também na explicação do surgimento da última fase tratada no parágrafo anterior (capitalismo globalizado/Estado regulador). Parte significativas das críticas ressaltados por Oliveira (2009, pp. 41-42) feitas por economistas para deslegitimar a atuação do Estado na Economia são destacas por Moreira (2017, pp. 166-168) para explicar o surgimento do Estado regulador. Contudo, as percepções sobre as características deste Estado Regulador diferem significativamente entre os autores. Enquanto primeiro defende que a principal característica é a retração do papel do Estado enquanto legítimo autor dentro da ordem econômica, de tal modo que concepção sobre o papel econômico do Estado volta a se assemelhar àquela vigente no capitalismo concorrencial, o segundo defende que o que ocorre é fundamentalmente uma readequação da atuação estatal na economia: “Estado-Regulador não é sinônimo de Estado Mínimo, mas persiste sendo um grande Estado que se retrai em algumas áreas (execução direta) e, simultaneamente, se expande em outras tantas (regulação e garantia da prestação)” (MOREIRA, 2017, p. 169).

Ou seja, Moreira (2017) defende que não há retração da atuação, mas uma mudança de forma: reduz-se a relevância da prestação direta de serviços públicos e ganha espaço a atuação do Estado como ente regulador. Tal argumentação, principalmente se analisada a partir do caso concreto do Estado brasileiro, se encaixa com as transformações ocorridas na atuação econômica estatal recente, sobretudo com as transformações experimentadas pelo Estado brasileiro na década de 1990 com a

² Moreira (2017, pp. 162-166) limita sua análise do Estado empresário ao Brasil, o que tornar limitada a correspondência entre as duas obras, contudo, o Estado empresário é uma forma assumida dentro da fase do capitalismo monopolista.

realização de um amplo programa de privatizações e uma ampla reforma do Estado³. Essas transformações realçam o argumento da mudança de atuação, e não de sua retração, visto que, se de um lado foi reduzida a participação direta do Estado em diversas áreas da economia, de outro foram criados órgãos estatais com novas atribuições: as agências reguladoras. A mutação da atuação do Estado, por si só, não é suficiente para definir seu tamanho ou o nível de sua atuação. O Estado mudou, resultado da correlação de forças políticas que refletem mutações ocorridas na sociedade, mas não deixou de atuar e de ser um agente fundamental no sistema econômico.

Como destaca Majone (2013, p.12) “[o] que precedeu o Estado regulador contemporâneo não foi algum regime *laissez-faire* puro, mas outro Estado regulador. O que mudou foi o modo, o escopo e/ou o nível de regulação, bem como a importância relativa de políticas reguladoras em relação a outras funções governamentais [...]”. Pensar a atuação do Estado de forma binária (separando atuação direta através de empresas estatais de atuação indireta via regulação) coloca em uma mesma caixa forma de atuação díspares: como já ressaltado, atuação regulatória não é sinônimo de atuação mínima.

A compreensão destas questões é fundamental para entender como se conformou o arranjo constitucional da atuação econômica do Estado brasileiro, cujo formato atual, longe de ser fruto de contingências aleatórias ou conjunturais, decorre da formação histórica do Estado. Afinal, o tema da atuação do Estado na economia não é uma questão constitucional recente, surgida somente em 1988. A evolução do constitucionalismo econômico no Brasil demonstra como, em movimentos de marcha e contramarcha, o papel do Estado foi sendo definido, até alcançar o arranjo da CF/88 (MOREIRA, 2017). Desde ao menos desde a Constituição de 1934 há uma sucessão de atribuições econômicas repassadas ao Estado, seja de maneira exclusiva ou compartilhada.

Como já ressaltado, essa conformação do papel que cabe ao Estado surge da correlação de forças políticas oriundas de mudanças nas relações sociais, que fazem com que certas matérias se integrem à Constituição. Sua relevância faz com que sejam retiradas do cotidiano ordinário da normatividade para serem base objetiva do

³ O início da década de 1990 no Brasil foi marcado por, entre outras questões, uma grande redução do Estado na atuação econômica direta, ou seja, foram realizadas privatizações de diversas empresas estatais. Logo em 1990 foi aprovada a lei do Programa Nacional de Desestatização que visava, entre outros pontos, reordenar a posição estratégica do Estado na economia, através da transferência à iniciativa privada de atividades consideradas como indevidamente exploradas pelo setor público e permitir que a administração pública concentrasse seus esforços nas atividades em que a presença do Estado era entendida como fundamental para se alcançar as prioridades nacionais. Anos mais tarde foi aprovado o Plano Diretor da Reforma do Estado, que visava reorganizar e reorientar a administração pública para se adequar essa nova fase. Buscava-se tanto reduzir o escopo de atuação do Estado na economia, como redirecioná-lo para o papel precípua de regulador/fiscalizador, com a criação de agências reguladoras, descentralização da prestação de serviços públicos e a criação da figura das organizações sociais. Para maiores detalhes sobre o processo consultar Cavalcante (2020) e Costa e Peci (1999).

ordenamento jurídico. “Desde o início do século XX a economia é significativa demais, politicamente muito forte, para ser relegada ao plano normativo infraconstitucional” (MOREIRA, 2019, p. 11). A conformação do constitucionalismo econômico brasileiro não foi diferente e se relacionou com as transformações do Estado administrativo como demonstra (MOREIRA, 2017) e se resume nos parágrafos abaixo.

Como ressaltado, a Constituição de 1934 marca o surgimento das atribuições e prerrogativas estatais na ordem econômica. Desde então, houve uma sucessão cumulativa de dispositivos acerca da convivência do Estado na ordem jurídica da economia. Essa sucessão cumulativa, contudo, não quer dizer uma expansão contínua e ilimitada do Estado, mas que o papel reservado ao Estado foi sendo definido a partir das experiências anteriores: cada Constituição definiu juridicamente a ordem econômica levando em consideração o que havia anteriormente.

Especificamente, a Constituição de 1934 inaugura a criação de uma definição estrutural das atribuições estatais na economia, de forma a integrarem a base objetiva do ordenamento jurídico brasileiro. A primeira positivação de tais atribuições se encontra no capítulo Da Ordem Econômica e Social. Inicialmente define que a liberdade econômica existe dentro dos limites do espectro jurídico-normativo da ordem econômica, que deve seguir os princípios da justiça e necessidade da vida nacional, cuja finalidade é possibilitar a todos existência digna. Trata ainda de monopólios, fomento da economia, bens públicos, direito do trabalho, concessão de serviços públicos e temas assistenciais (educação, saúde, cultura).

A Constituição de 1937, traz base normativa semelhante no seu capítulo Da Ordem Econômica. Continua a limitar a liberdade de iniciativa (desta vez limitada pelo bem público) e define que a atuação do Estado na economia deve ser subsidiária, sendo legítima somente para suprir as deficiências da iniciativa individual, coordenar os fatores de produção e garantir os interesses da Nação (representados pelo Estado) na dinâmica econômica.

A Constituição de 1946 segue com sem maiores alterações nas questões fundamentais, mas expande as atribuições estatais no seu capítulo Da Ordem Econômica e Social. Duas diferenças, contudo, chamam atenção. Primeiro, a atuação econômica do Estado passou a ser condicionada à aprovação legal, além da previsão que diversas atribuições estatais dependem de regulamentação legal, o artigo 146 explicita que intervenção do Estado depende de aprovação de lei especial. Segundo, a marcante a redução do caráter nacionalista do texto. Ademais, importante destacar a volta do princípio da justiça social que, juntamente com a valorização do trabalho humano, limitam a liberdade de iniciativa junto com justiça social. A importância do trabalho como existência digna também retorna ao texto. A intervenção estatal na economia, monopolização de setores e desapropriações ganham novas limitações, já prevista no própria Constituição. Pela primeira vez aparece explicitamente a repressão ao abuso de poder econômico (defesa da concorrência) como atribuição positivada. Por último, cabe destacar que o planejamento econômico se torna regra e acontece

relevante aumento da participação do Estado na infraestrutura e na sua atuação como empresário através de conformação de empresas estatais.

O arcabouço Constitucional de 1967, ainda que mantenha princípios semelhantes à de 1946, e ressalte com maior ênfase a atuação direta do Estado em atividade econômica somente como subsidiário, forneceu as bases para um extraordinário avanço da presença do Estado na economia. Isto porque o imperativo da segurança nacional (conceito que permeia praticamente todo o texto) abria a possibilidade de o Estado atuar em qualquer área entendida como relevante para se alcançar este objetivo. Constitucionalmente, foi atribuído ao Estado o dever de planejar o desenvolvimento e a segurança nacional, abrindo diversas possibilidades de atuação, visto a falta de normatização dos conceitos. Dessa forma, além de sua atuação como empresário, o poder público atuou de diversas formas, como: congelamento de aluguéis, expropriação, monopolização, controle de produção, tabelamento de preços e controle de abastecimento.

Como pôde ser visto nestes breves parágrafos sobre as definições da ordem econômica presentes nas constituições anteriores à CF/88, a constituição jurídica da ordem econômica no Brasil foi um processo, como ressaltado, histórico cumulativo. Ainda que a CF/88 tenha suas próprias disposições sobre a ordem econômica, elas derivam, em boa medida, das disposições das cartas magnas anteriores. A formação da Constituição Econômica de 1988, e as interpretações sobre suas disposições, é resultado de processos marcados pelas concepções sobre o papel do Estado na economia, que se refletem em demandas políticas acerca das instituições jurídicas que constituem e regulam a ordem econômica.

Este último ponto, inclusive, é fundamental para se compreender o alvorecer das chamadas Constituições Econômicas, conceito fundamental para se compreender a própria CF/88. Essas Constituições são típicas dos processos constitucionais do século XX, que em grande medida são marcados pela conformação de Estados que foram além do que era o Estado liberal clássico. As Constituições derivadas desse período

[...] não pretenderam ser apenas ordens político-estatais, mas ordens sociais e econômicas. Elas persistem a ser o lócus das normas superiores de organização do poder político, dos direitos e das liberdades. Disciplinam o Estado enquanto pessoa política soberana. Ao lado desse conteúdo tradicional, lhes são acrescidas as normas mais importantes da Ordem Econômica (e respectivas competências estatais; direitos e deveres fundamentais, individuais e coletivos). Tais preceitos atribuem tarefas positivas ao Estado, de caráter social e econômico. De igual modo, incidem nas relações intersubjetivas privadas, parametrizando e funcionalizando o exercício do poder econômico (e das liberdades que lhe dão sustentação) (MOREIRA, 2022, p. 18.).

Importa destacar ainda que se alterou o papel reservado às Constituições, com maior ênfase à aplicabilidade das suas normas, sendo deixado de lado a interpretação meramente programática. Ao mesmo tempo em que as “Constituições tornaram-se a

fonte normativa primária das condutas estatais em termos de atendimento proativo a direitos sociais e, também, na condição de omissões não interventivas quanto a liberdades individuais” o papel do Estado foi reformulado pela compreensão de que as Constituições “permitiram (senão obrigaram) que o Estado regulasse e/ou agisse na economia” (MOREIRA, 2022, p. 18). A convivência de múltiplos direitos fundamentais (civis, políticos e socioeconômicos) no texto constitucional torna a sua interpretação reflexiva: “o significado preciso dos direitos civis e políticos é determinado pelos socioeconômicos (e vice-versa)” (MOREIRA, 2022, p. 18).

Em resumo, a própria ideia de Constituição Econômica extrapola o âmbito puramente econômico, visto que o texto constitucional não propriamente econômico não pode ser lido de maneira desassociada das previsões constitucionais econômicas. Ainda que a Constituição Econômica em si, pensada de maneira estrita, se refira à constituição, definição, delimitação, ordenação do que se entende por ordem econômica, esta ordem econômica está inserida de maneira integral no texto, é parte fundamental do edifício constitucional. Disposições administrativas, políticas, sociais não podem ser desassociadas das econômicas.

Superado este ponto, cabe adentrar na especificidade da normatização jurídica da economia, ou seja, na ideia de Constituição Econômica em si. Nas palavras de Moreira (2022, p. 27), Constituição Econômica é:

[...] o conjunto das normas fundamentais que sistematiza e qualifica a organização jurídica da economia. Por meio dela, se estabelece a propriedade dos meios de produção; as relações de produção e as modalidades de administração desses recursos e distribuição da riqueza por eles gerada. De igual modo, é a Constituição Econômica quem delimita a área de competência administrativo-econômica do Estado.

Ou seja, é o arcabouço fundamental que estatui juridicamente as relações econômicas. Nesse sentido mais restrito, todo Estado possui uma Constituição Econômica, por mais que o papel atribuído ao Estado seja o liberal clássico (garantia de contratos, proteção da propriedade individual, administração da justiça) há elementos que compõe o que se entende por Constituição Econômica⁴. Esta não precisa necessariamente prever regulamentos sofisticados ou grande participação do Estado, mas traz ao menos os alicerces básicos da organização do sistema econômicos e seus institutos jurídicos⁵.

⁴ Bercovici (2022, pp.51-52) defende esta ideia, de que a Constituição Econômica está presente em toda Constituição, inclusive as liberais dos séculos XVIII e XIX. Ou seja, a Constituição Econômica não é uma invenção do que o autor denomina de “constitucionalismo social” do século XX. Por tal motivo, neste trabalho se está utilizando a ideia de Constituição Econômica em sentido amplo, ou seja, a ideia do “constitucionalismo social” do século XX tal como defendido por Moreira (2022), e Constituição Econômica em sentido estrito, que se refere simplesmente ao conjunto de normas e princípios da ordem econômica presente no texto constitucional.

⁵ Bercovici (2022, p. 52) pontua que até mesmo a Constituição norte-americana de 1787 trata de temas de natureza estritamente econômica como, por exemplo, a garantia de liberdade contratual.

Como compreender, então, a Constituição brasileira, e o papel que nela desempenham os serviços públicos? A Constituição brasileira sem dúvida é uma Constituição Econômica, no sentido que ultrapassa a constituição da ordem política do Estado nacional brasileiro, mas se ocupa também da ordem social e econômica. No âmbito econômico, inclusive, a CF/88 trata, de modo mais ou menos sistematizado, de

[...] quase todos os aspectos da economia, definindo o estatuto da propriedade dos meios de produção; dos agentes econômicos; o papel dos poderes públicos; da forma de coordenação da economia e das organizações econômico-profissionais. Além disso, agrega dispositivos que fixam diretrizes de política econômica com a orientação da economia a valores sociopolíticos (MOREIRA, 2022, p. 27)

Esse extenso rol de definições trazidas não é trazido ao texto constitucional à toa. A CF/88 busca não somente constituir juridicamente a ordem econômica e fixar-lhe seus princípios e normas fundamentais, mas objetiva transformar a estrutura econômica vigente, alterar o estado de coisas, por isso traz os fundamentos e princípios que regem a ordem econômica e reserva papéis importantes ao Estado na sua organização. Ou seja, “uma coisa é certa: a Constituição Econômica brasileira não se preocupa em manter o *status quo*, mas sim em tentar transformar a economia mediante ações privadas e estatais” (MOREIRA, 2022, p. 27)

Neste mesmo sentido, argumenta Bercovici (2022, p. 57) ao afirmar que a “Constituição de 1988 tem expressamente uma constituição voltada para a transformação das estruturas sociais”. O autor, contudo, não se utiliza do termo Constituição Econômica da forma como é empregado neste trabalho. Bercovici (2022, p. 53) defende que tal termo se refere às disposições econômicas do texto constitucional, e não a um conceito, no sentido que é atribuído por Moreira (2022). Para se referir a este conceito, Bercovici (2022, p. 53) se utiliza do termo “Constituição Dirigente”. Questão é que, independentemente do termo que se utiliza, a ideia dos dois autores é bastante semelhante e possui diversos pontos de contato, como fica claro na passagem abaixo:

A diferença essencial, que surge a partir do “constitucionalismo social” do século XX, e vai marcar o debate sobre a Constituição Econômica, é o fato de que as Constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la. As Constituições positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos. A ordem econômica destas Constituições é “programática”, hoje diríamos, “dirigente”. A Constituição Econômica que conhecemos surge quando a estrutura econômica se revela problemática, quando cai a crença na harmonia pré-estabelecida do mercado. [...] As Constituições Econômicas do século XX buscam a configuração política do econômico pelo Estado. Deste modo, a característica essencial da atual Constituição Econômica, dado que as disposições econômicas sempre existiram nas Constituições, é a previsão de uma ordem econômica programática, estabelecendo uma Constituição Econômica diretiva, no bojo de uma Constituição Dirigente (BERCOVICI, 2022, p. 53)

Ou seja, independente do termo específico, ambos autores defendem que a Constituição Econômica (ou Dirigente) rejeita a estrutura socioeconômica do Estado que ela constitui e determina fundamentos, princípios e objetivos que devem guiar a conformação da estrutura econômica, atribuindo formas de atuação do Estado (sejam diretas ou não) na economia de forma a alcançar os objetivos da Constituição. “No fundo, a concepção de Canotilho⁶ está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito. O sentido, o objetivo da Constituição Dirigente é o de dar força e substrato jurídico para a mudança social. A Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade” (BERCOVICI, 2022, p. 55). Dessa forma, sob o ponto de vista dos autores, bem como da interpretação que este trabalho adota, a CF/88 é uma constituição dirigente, no sentido que está voltada para alterar a realidade herdada por ela. Novamente, Bercovici (2022, p. 55): “[n]este sentido, a Constituição de 1988 é, claramente, uma Constituição Dirigente, como podemos perceber da fixação dos objetivos da República no seu artigo 3º [...]”. A Constituição é a base sob a qual o Estado deve organizar sua atuação para que os próprios objetivos inscritos nesta Constituição sejam alcançados.

Cabe então, analisar a CF/88, desvelar o sentido da sua Constituição Econômica, para situar como ela trata do tema dos serviços públicos, um tema intimamente ligado à estrutura econômica, e à concretização de direitos inscritos no seu texto. Cabe destacar, de início, que a CF/88 em muito incrementou a relação do Estado com a economia,

[a]final, no plano jurídico em sentido estrito, reiterou, acumulou, ampliou e reforçou as competências econômicas do Estado brasileiro (normativas, de planejamento, de fomento, de prestação e de gestão), que vinham se desenvolvendo desde a década de 1930, ampliando-as quantitativa e qualitativamente (MOREIRA, 2019, p. 20)

Em termos de sua estrutura, a CF/88 possui um título completo (Da Ordem Econômica e Financeira) sobre a normatização das relações econômicas do Estado com as pessoas privadas, bem como destas entre si, onde inclusive se situa o artigo principal relacionado à prestação de serviços públicos. Ademais, como bem ressalta Moreira (2019, p. 13) a Constituição Econômica brasileira não se restringe somente a este Título, mas possui também um caráter espraçado:

[...] a atual Constituição Econômica brasileira possui dois modos de positivação: o primeiro, espalhado por todo o texto constitucional, a que chamo de Constituição Econômica espraçada; o segundo, que se concentra e assim revela a quintessência do tema, que denomino de Constituição Econômica concentrada.

⁶ Para ver mais sobre essa concepção: BERCOVICI (2022, pp. 53-55) e CANOTILHO (1983). Em resumo, a concepção do autor é de que a Constituição Dirigente busca racionalizar a política, estabelecendo um fundamento constitucional para a política. O núcleo da ideia é a legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no próprio texto constitucional.

Ou seja, é grande a relevância dada pela Constituição às relações econômicas e ao papel do Estado nelas. Ademais, a CF/88 também traz os requisitos fundamentais e os princípios que devem reger a ordem econômica. A leitura do art. 170 é fundamental para compreender como a Constituição positiva a finalidade da ordem econômica: “assegurar a todos existência digna”. Ou seja, compreender o regime constitucional-econômico é compreender passa por compreender que este somente possui sentido quando atrelado à dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, o artigo 170 deve ser lido em conjunto com artigo 1º (que traz os fundamentos da República). Ou seja, a ordem econômica não está dissociada dos objetivos da República, e sua positivação deve guardar relação com estes. Como destaca Moreira (2019, p. 22) é o estudo da principiologia contida no Título “Da Ordem Econômica e Financeira” que permite a compreensão e confere harmonia e unidade à Constituição Econômica brasileira.

Ainda tratando do art. 170, o caput traz também os fundamentos da ordem econômica, entre eles a “valorização do trabalho humano”. Assim como no caso analisado no parágrafo anterior (a finalidade da ordem econômica) o caso presente deve ser lido juntamente com o art. 1º, que evidencia o “valor social do trabalho” como fundamento da República (art. 1º, inc. IV). Ou seja, a CF/88 prioriza o trabalho humano sobre os demais componentes da economia de mercado, a ordem econômica deve reconhecê-lo, protegê-lo e promovê-lo (MOREIRA, 2019, p. 22).

Por último, ainda no art. 170 está a livre iniciativa como o outro fundamento da ordem econômica. Assim como para os dois casos acima, é fundamento erigido simultaneamente à condição de base da ordem econômica e de princípio constitucional fundamental. Essa tríade da finalidade e dos fundamentos da ordem econômica é a pedra angular da Constituição Econômica, e, portanto, fundamental para a leitura da Constituição. Na sequência, o art. 170 traz os princípios que regem a ordem econômica, ainda que extrapole o propósito deste trabalho tratar de cada um deles individualmente, cabe enumerá-los:

1. soberania nacional;
2. propriedade privada;
3. função social da propriedade;
4. livre concorrência;
5. defesa do consumidor;
6. defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
7. redução das desigualdades regionais e sociais;
8. busca do pleno emprego;
9. tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Do exposto, se vê a relevância da dimensão constitucional dada ao tema. Ter presente esta dimensão é fundamental para analisar como se situam os serviços públicos no

sistema jurídico brasileiro. Como bem ressalta Moreira (2019, p. 10) o estudo dos serviços públicos costumeiramente parte do Direito Administrativo e se preocupa com teorização infraconstitucional. Disso decorre que normalmente leva-se consigo a interpretação da Constituição pelo Direito Administrativo. Todavia, como se destacou acima e se argumenta na próxima seção, no Brasil deve se buscar inspiração para interpretar a prestação dos serviços públicos a partir do estudo do Direito Constitucional Econômico.

2.2. Os serviços públicos na Constituição Federal

A conceituação jurídica do termo serviço público “foi e é objeto de vários trabalhos doutrinários e científicos, com escopo específico de esmiuçar todos os aspectos que ele envolve” (SOUZA, 2016, p. 26). Esses trabalhos, via de regra baseados em uma formulação abstrata de requisitos para se configurar o que seria serviço público, trazem teorizações pouco vinculadas ao regime jurídico-constitucional específico onde estão situados tais serviços públicos⁷. Busca-se uma formulação genérica de forma a categorizar determinada atividade como serviço público ou não. Usualmente, três critérios são utilizados como parâmetro: subjetivo (quem provê o serviço), material (qual seu objetivo) e formal (a qual regime de direito está submetido).

Silva (2016, pp. 25-32) faz uma excelente análise de importantes doutrinadores, brasileiros e estrangeiros, que buscam definir o conceito de serviço público que giram em torno de, fundamentalmente, dar diferentes níveis de importância a cada um dos três parâmetros citados acima. Ora se reforça a relevância de ser o Estado o prestador do serviço (ou ao menos seu titular); em outro momento relevância maior é dada à sua característica de atender interesses coletivos, direitos fundamentais ou demandas sociais; por último, há aqueles que trazem maior relevância para a importância de que o serviço seja submetido ao regime de direito público (ao menos parcialmente) ou de direito administrativo.

Bercovici (2022, pp. 61-65) traz análise semelhante, fazendo distinção entre o que classifica como concepção material (atividade de elevada relevância social em dado momento histórico, fundamental para a coesão e interdependência social) e formal (atividade material atribuída legal ou constitucionalmente ao Estado, geralmente ligado à ideia de que sua prestação deve ser feita em regime de direito público) do serviço público. Ademais, ressalta que “[a] concepção formal de serviço público dominante na maior parte da doutrina brasileira é a concepção formal, inspirada em Jèze⁸ (BERCOVICI, 2022, p. 63).

⁷ No Brasil, como ressalta Bercovici (2022, p. 61) a doutrina é fortemente influenciada pelo pensamento francês

⁸ Gaston Jèze, acadêmico e doutrinador francês que, adotou uma concepção essencialmente jurídico-formal para conceituar serviço público, que deve estar necessariamente ligado a um regime jurídico especial, cuja base é a supremacia do interesse geral sobre o particular.

Tais definições de serviço público, como ressaltado parágrafos acima, “[...] tende[m] a levar consigo a interpretação da Constituição pelo Direito Administrativo (de baixo para cima), sobretudo com lastro em antigas premissas acadêmicas (nem todas detectáveis na Lei Fundamental brasileira)” (MOREIRA, 2019, p.10). Ademais, as concepções sobre a forma de atuação do Estado no domínio econômico, as formas que o Estado Administrativo tomou ao longo do tempo, fez com que diversas doutrinas sobre direito administrativo se tornassem obsoletas, fazendo com que as concepções sobre serviço público sofressem inúmeras transformações. Tornando a tarefa de defini-lo de maneira estática e universal pouco frutífera.

Como ressalta Souza (2016, pp. 32) a “[...] doutrina de direito administrativo aponta a existência de duas grandes crises envolvendo os serviços públicos, embora não descarte a ocorrência de outras.” A primeira se deveu ao da atuação do Estado na economia, na resposta à Grande Depressão da década de 1930, quando esse ampliou significativamente seu raio de ação, sobretudo através da atuação como empresário. A atuação do Estado em atividades econômicas “strictu sensu”, se utilizando de instrumentos de direito privado, dificultou a caracterização formal de serviço público. A segunda ocorreu quando, por volta da década de 1980, cresceu a participação da iniciativa privada, em substituição ao Estado, na prestação de serviços públicos “típicos” (iluminação pública, saneamento, transporte público, aviação), o que fez com que essas atividades fossem prestadas, ao menos parcialmente, em um regime de direito privado.

Estas duas crises que impactaram a doutrina do direito administrativo demonstram a dificuldade de se criar uma definição estática e universal de serviços públicos, visto que, a compreensão deste instituto varia temporal e geograficamente. Muitas são, e foram, as formas de prestação de serviços de interesse público, bem como houveram diversas maneiras que a relação Estado/setor privado tomou forma, por isso a dificuldade de se criar um conceito que seja suficientemente maleável para dar conta das diversas formas em que essa relação ocorre. Sobre isso, Câmara (2009, p. 15, *apud* Souza 2016, p. 38) afirma que:

[...] parece possível afirmar que não só no presente momento, mas nas já superadas crises imputadas ao conceito de serviço público, o problema residia e reside, fundamentalmente, na subsunção de uma nova realidade (econômica, social e política) às abstratas construções doutrinárias empregadas para explicar o conceito. Nos casos até então vislumbrados, apesar das mudanças, a noção de serviço público acaba por permanecer no sistema jurídico. A mudança no ordenamento jurídico exigiu apenas a adaptação de algumas lições doutrinárias construídas sob a influência de uma fenomenologia distinta.

Pois bem, por tais motivos se entende mais adequado buscar uma compreensão do instituto do serviço público dentro da realidade jurídico-constitucional brasileira, ao invés de buscar um conceito abstrato para então buscar encaixá-lo no arcabouço pátrio. Desta forma, o objetivo aqui é situar os serviços públicos dentro da Constituição Econômica da CF/88 seguindo a elaboração proposta por Moreira (2019), ou seja,

delimitar a lógica jurídico-econômica dos serviços públicos a partir das disposições constitucionais que definem seus contornos e lhe atribuem racionalidade própria. Afinal, “[m]uito se fala de serviços públicos brasileiros e respectivos modos de prestação, mas nem sempre se atenta para sua dimensão constitucional – e o que isso significa em termos jurídicos” (MOREIRA, 2019, p. 10)

O artigo da CF/88 que trata direta e exclusivamente de serviços públicos é o 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”. Isoladamente, contudo, tal artigo diz muito pouco sobre como a CF/88 trata os serviços públicos, só define a quem cabe sua prestação e limita as formas como tal prestação deve ocorrer. Contudo, como vem sendo defendido nesse trabalho, é necessário interpretar este situando-o dentro da Constituição Econômica, afinal, tal artigo se encontra dentro do Título “Da Ordem Econômica e Social”. Ou seja, se trata precipuamente de um tema de direito econômico. Nas palavras de Moreira (2019, p. 29): “[...] a compreensão do art. 175 exige ser desenvolvida à luz da Ordem Econômica constitucional, onde está positivado. Ele não está no território constitucional dos bens públicos nem no da Administração Pública, mas sim no centro da Constituição Econômica”. Ou seja, sua interpretação deve se valer da Constituição Econômica da CF/88, mas não pode se encerrar na Constituição Econômica Concentrada, mas necessita das disposições típicas de Direito Econômico espalhadas pela CF/88, visto ser é a fonte normativa primária do assunto e que somente “[...] por meio da compreensão coesa do sistema constitucional-econômico que se pode compreender, interpretar e aplicar o art. 175 da Constituição.” (MOREIRA, 2019, p.13).

Inicialmente, é importante destacar que o artigo 175, ao prever a possibilidade da prestação de serviços públicos se dar por concessão ou permissão, já coloca de início que tal instituto comporta a convivência com a iniciativa privada. Tal convivência, contudo, se dá regida por lei que trará os parâmetros gerais da prestação, como prevê seu parágrafo único, obrigando que o regime jurídico seja obediente aos ditames de tal lei, que deverá definir, ao menos:

- 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

Ou seja, a asseguaração ao livre exercício de qualquer atividade econômica previsto no parágrafo único do artigo 170 aqui recebe restrição: a prestação de serviço público depende previamente de lei geral que determine seus contornos. Se o artigo 173 confere limitações para o setor público se adentrar no âmbito da economia privada, aqui o artigo 175 que confere limitações para o setor privado se adentrar na economia

pública, visto que, a incumbência de prestação dos serviços públicos é do poder público. No limite a lei poderia, inclusive, afastar completamente a participação do setor privado, bastando prever que determinado serviço seja prestado exclusivamente de maneira direta, dado que “[...] o setor é constitucionalmente cometido à União, Estados, Distrito Federal e Municípios – e a eles pertence o domínio da economia pública, a ser exercitado nos termos da lei” (MOREIRA, 2022, p. 30).

Com esse ponto esclarecido, cabe então avaliar como se determina que tal ou qual atividade é serviço público ou não. A CF/88 traz um rol de serviços cuja exploração compete à União (artigo 21, incisos X, XI e XII) bem como atividades que são de monopólio da União (artigo 177) e bens de propriedade de União (artigo 176). Da mesma forma atribui ao Estados o serviço de gás canalizado, e outros cuja competência não lhe seja vedada (art. 25 incisos §§ 1º e 2º) e aos municípios os “serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo” (art. 30, inciso V). Seriam todas estas atividades, então, serviços públicos? Cabe notar que, à exceção do artigo 30, em momento algum a Constituição qualifica tais atividades como serviço público. Fundamental, desta forma, levar esse ponto em consideração: não é possível

[...] carregar a qualificação jurídico-normativa das atividades disciplinadas pelo art. 175 (que só se refere a concessões e permissões) como “natural” a todas aquelas prescritas no art. 21 (ou em qualquer outro dispositivo constitucional), em todos os seus momentos de execução. A Lei Fundamental afastou tal qualificação. Excluiu a noção de serviço público das normas que não se submetam à(s) lei(s) especial(is) demandada(s) pelo art. 175 (MOREIRA, 2019, p. 32).

Para se qualificar como público, a primeira regra que determinado serviço deve atender se refere à forma como ele é prestado, o instituto do serviço público se restringe à prestação direta, concessionária ou permissionária.

Apenas e tão somente estas três modalidades, ao serem especificadas em lei. O que qualificará a atividade nessa condição será a norma infraconstitucional, eis que a Constituição Econômica atribui a escolha ao legislador ordinário [...]. O critério “orgânico” (quem) é o definido pela Constituição; o “formal-material” (como, quando e onde), pela legislação ordinária (MOREIRA, 2019, p. 32).

Do exposto acima, vê-se que a Constituição atribui à legislação ordinária a definição dos contornos da prestação do serviço público, definido também dessa forma quais as características que qualificam determinada atividade como serviço público. Ou seja, se uma legislação específica, que trate de determinado setor definir que este se trata de serviços públicos, então tal setor estará submetido ao artigo 175. Caso contrário, não há que se falar em sua incidência, nem em prestação de serviços públicos. Tal atribuição, contudo, não é restrita à União, sendo passível aos estados e municípios determinarem em legislação ordinária determinados setores que se submetem ao regime de serviços públicos, contanto que tal setor não seja atribuição de outro ente.

Importante ainda notar que “[...]em momento algum a Constituição preceitua que o regime jurídico dos serviços públicos deverá ser o de Direito Público. A competência para a estatuição do regime jurídico foi constitucionalmente atribuída ao legislador ordinário [...]” (MOREIRA, 2019, p. 33). Ou seja, a Constituição não prevê, ao menos para o instituto do serviço público, a *summa divisio*⁹. Há uma real integração entre direito público e direito privado no instituto, não há um regime exclusivo e excludente, “mas sim a integração acolhedora e inclusiva de princípios e regras, a permitir o desenvolvimento eficiente das atividades constitucionalmente cometidas aos Poderes Públicos” no que Moreira (2019, p. 30) chama de Direito Privado Administrativo.

Dessa forma, dentro do arcabouço da Constituição Econômica pátria, o que se tem é uma sucessão de requisitos para a prestação privada de serviços públicos. Além da previsão constitucional, têm-se um encadeamento normativo: lei, processo administrativo e contrato.

Logo, a lei é condição necessária, mas não suficiente, à transposição das respectivas fronteiras [fronteiras entre o público e o privado]: o ingresso só pode ocorrer se houver, em seguida à lei, o atendimento a outros requisitos. [...] Três níveis de densidade normativa, em sucessão lógica: Constituição (define os setores e titularidades, estabelece as barreiras condicionantes); legislação (define as técnicas e processos de transposição, outorga competência decisória) e contratos (atos jurídicos plurilaterais) (MOREIRA, 2022, p. 30)

Dessa forma, é correto afirmar que o artigo 175 possui peculiaridades que necessitam de análise própria. Não há dúvidas que possui sentido eminentemente econômico (no caso específico, produção e distribuição de serviços) e de integração público-privada. A CF/88 não comporta uma visão estanque de separação entre público e privado neste ponto, mas antes o contrário: o artigo 175 destina-se a promover a integração econômica de ambos, o que se dá por meio de contratos e parcerias. “Por isso que, a bem da verdade, seus traços particulares começam e terminam para além do texto nele positivado, advindos que são dos demais artigos da Constituição Econômica (espraiada e concentrada)” (MOREIRA, 2022, p. 31).

Como já argumentado, a prestação de serviços públicos deve se dar na forma da lei, ou seja, atendendo os preceitos constitucionais, a prestação se dará segundo as características definidas legalmente. Isso não quer dizer, contudo, que tais características deve ser um bloco monolítico imutável para todos os serviços públicos. É prerrogativa do Poder Legislativo instalar múltiplas configurações que serão operacionalizadas caso a caso pela administração pública. A “Lei geral” deve estabelecer padrões normativos, que serão detalhados em cada uma das leis setoriais, regulamentos, editais e contratos. Apesar de todas as atividades sujeitas a tal normatividade, é fato que cada setor possui suas especificidades e deve balancear os preceitos constitucionais mais relevantes a cada caso. Ademais, um excesso

⁹ Expressão latina que expressa a divisão existente dentro de determinada jurisdição entre o direito público e o direito privado como regimes jurídicos com regras próprias e não passíveis de convivência simultânea.

normativo inviabilizaria a possibilidade de a administração pública buscar arranjos contratuais que melhor atendam a cada caso específico, arranjos estes naturalmente complexos tendo em vista o fato de os contratos de concessão serem, por sua própria natureza, incompletos¹⁰.

Esse ponto é de fundamental atenção, visto que a própria CF/88 trata que os contratos de prestação de serviços públicos possuem caráter especial. A Constituição os distingue de todos os demais firmados pelo Poder Público.

São negócios jurídico-administrativos que dizem respeito só uma ordem de contratações, exclusivos para determinado grupo. Constituem regime especial em relação, por exemplo, aos de compra e venda e empreitada de obras e/ou serviços. Quem define essa especialidade é a Lei nº 8.987/1995 (em termos gerais) e cada uma das leis setoriais (em termos duplamente especiais) (MOREIRA, 2022, p. 38)

Esse regime especial de contratação deve, ainda, ser matizado pelas características econômicas próprias das atividades albergadas por tais contratos. Tais contratos são essencialmente econômicos, seu sentido é de organizar como se dará a gestão de recursos para provisão de necessidades sociais, ou seja, como serão prestados os serviços. A titularidade de tais serviços é pública, como define a Constituição e regulamenta a legislação ordinária, mas isso não altera sua natureza econômica. Ademais, ao possibilitar a exploração pelo setor privado, a Constituição deixa claro que de tais contratos advirá lucro para o parceiro privado, contato que atinente aos seus preceitos, isto é, aos fundamentos e finalidades da Ordem Econômica.

Desta forma, o privado atua aportando recursos em investimentos que usualmente são de longo prazo e que dependem de dispêndios significativos nos primeiros anos que somente serão devidamente remunerados ao longo de diversos anos. Portanto, tais contratos necessitam de ser compreendidos como pactos blindados no tempo. Tal pacto, contudo, deve atentar sempre para o lado público da relação, aos preceitos constitucionais. Ou seja, a segurança jurídica depende da compreensão da lógica econômica público-privada de tais contratos, da forma como “[...] o fez a Constituição brasileira – ao localizar seu regramento no capítulo da Ordem Econômica” (MOREIRA, 2022, p. 40).

Ou seja, a delegação das atividades de interesse público (assim definida constitucional e legalmente), a ser desempenhada sob a gestão – autônoma, mas regulada – da pessoa privada deve obrigatoriamente atender à função pública que é

¹⁰ Contratos de concessão tipicamente tratam de arranjos complexos pois envolvem diversos riscos (político, ambiental, regulatório, contratual, econômico, engenharia), bem como possuem longos prazos de vigência e usualmente envolvem valores elevados. Por isso, via de regra demandam um arranjo econômico-financeiro e uma arquitetura jurídica complexa, além de uma atuação regulatória especializada. Por conta dessa característica de complexidade, eles são acordos incompletos: não é possível clausular todas as situações possíveis que podem ocorrer durante a sua execução. Por isso, eles precisam de mecanismos de adaptação e gestão que garantam a estabilidade e a flexibilidade necessárias para lidar com as incertezas e os conflitos que possam surgir.

normativamente atribuída ao Estado. Tal função é contratualmente transferida à sociedade empresarial que executará o contrato, cujo cumprimento deve ser acompanhado pelo seu titular, i.e, o Estado. Dessa forma, “[t]al gestão obedecerá a específico regime estatutário (Constituição, lei geral, lei especial, regulamentos administrativos, edital e contrato – em graus crescentes de densidade normativa), será regulada pela agência setorial e supervisionada pelo poder concedente” (MOREIRA, 2022, p. 41).

A lógica público-privada de tais contratos é sua pedra de toque. Os regimes, meios e técnicas que regulam essa prestação de serviços públicos por meio investimentos privados devem se submeter a tal lógica, que se manifesta como:

[...] a imprescindibilidade da convivência pública com a lógica econômica privada – e respectivos esforços de integração. Com isso, não se defende a submissão de uma racionalidade à outra, como se os serviços públicos pudessem se submeter a um *laissez-fairism* pós-moderno – ou, vice-versa, como se a liberdade econômica devesse ser sufocada (acolher para extinguir). Nada disso. A pauta é a de conhecer e celebrar a igualdade assimétrica entre as partes nos contratos de concessão e permissão, organizando a liberdade econômica segundo a função que se pretenda atribuir a cada concessão ou permissão de serviços públicos (MOREIRA, 2019, p. 42).

Tais contratos, então, necessitam de um tratamento jurídico que leve em conta todas as características descritas neste capítulo. Como será desenvolvido em maior detalhe no capítulo seguinte, tais contratos devem seguir o que Moreira (2022, p. 30) chama de níveis de densidade normativa para que alcance tais características. A Constituição é a base normativa fundamental, como discutido aqui, e deve orientar não somente a legislação, como também os próprios contratos, ainda que existam normas específicas para orientar a elaboração dos contratos e a prestação dos serviços, os princípios da Constituição Econômica brasileira são fonte normativa fundamental. Inclusive quando tais serviços são prestados em regime de concessão, ou seja, por empresas privadas, que têm como objetivo fundamental o retorno econômico sobre seus investimentos, i.e., o lucro, tais princípios continuam de máxima relevância. Ou seja, mesmo com a prestação privada, os serviços públicos devem se voltar para a consecução dos direitos que a Constituição traz.

Discutir como adequar esses princípios constitucionais e a prestação concessória (privada) de serviços públicos é o tema do próximo capítulo. Essa adequação possui dificuldades importantes, pois a lógica privada não tem como norte materializar os direitos constitucionais e, em boa medida, não se coaduna com a intervenção do Estado em temas econômicos. Ademais, serviços públicos de alta qualidade e tarifas módicas na visão privada significam custos altos e receitas baixas, o que traz empecilhos para a lucratividade. A forma de buscar conciliar estes dois mundos é tema de Direito Regulatório.

3. Atuação regulatória do Estado na prestação de serviços públicos

No capítulo anterior tratou-se de realizar uma longa digressão sobre o significado do conceito de Constituição Econômica e como esse conceito se adequa à Constituição pátria. O objetivo desta análise foi situar o instituto do serviço público dentro do edifício constitucional brasileiro. Como defendido, no nosso sistema constitucional, o serviço público deve ser analisado a partir do direito econômico inscrito na CF/88, e não em elaborações teóricas influenciadas por doutrinas estrangeiras.

Esse é um ponto fundamental desse trabalho, pois é a partir dessa compreensão do serviço público que se desenvolve as demais concepções de como ele deve ser prestado e as definições legais que o cercam. A concepção de serviço público, que se situa dentro do capítulo da Ordem Econômica, e a forma concreta como ele deve ser tratado, deve partir da leitura da CF/88, pois como ressalta Moreira (2019, p. 14):

[...] as relações econômicas – das pessoas privadas entre si e do Estado para com elas – tornaram-se muito mais relevantes no sistema constitucional brasileiro, de modo objetivo (base da normatividade), subjetivo (direitos e garantias) e teleológico (o fim a que se destina o sistema normativo constitucional). Essa constatação, advinda inicialmente do Preâmbulo e dos arts. 1º e 3º, é reforçada nos demais dispositivos constitucionais.

Aqui cabe avançar na ideia colocada no capítulo anterior que a conformação dos princípios constitucionais depende de densidade normativa, de uma verdadeira sequência de aplicação de disposições normativas para se concretizar. A definição dos termos da prestação do serviço público em cada caso específico não se encontra na CF/88, mas nos documentos que compõem o processo licitatório (com maior destaque para edital e contrato). Dessa forma é necessária uma mediação entre os princípios constitucionais e as cláusulas editalícias e contratuais. Essa mediação é função do Direito Administrativo, que dará forma concreta aos princípios constitucionais discutidos. Só que para o tema deste trabalho (concessão do serviço de transporte público urbano) não se trata de qualquer forma de Direito Administrativo, mas do Direito Regulatório.

Aqui se entende Direito Regulatório fundamentalmente como um ramo do direito voltado para a atuação do Estado no domínio econômico que deriva do reconhecimento da insuficiência dos cânones do Direito Administrativo para fundamentar e legitimar tal atuação. Se trata da normatização da atuação do Estado Regulador. O Direito Regulatório, dessa forma, entende a atuação econômica do Estado para além das bases tradicionais do Direito Administrativo: ao divergir de suas bases calcadas no poder extravagante do Estado na relação com o particular, o Direito da Regulação estabelece suas bases em um contexto de busca do consenso e atuação técnica especializada (MARQUES NETO, 2009, p. 86).

Ou seja, atuação reguladora do Estado pressupõe uma alteração da própria forma de se enxergar a legitimidade e a função da sua atuação no âmbito das relações econômicas. Não há uma noção abstrata de supremacia da coletividade, materializada no ato administrativo. O “ato administrativo regulatório” deriva sua legitimidade da importância de se buscar uma atuação calcada no consenso, na legitimidade dos interesses do regulado, e na primazia da técnica (MARQUES NETO, 2009, p. 88-89), cuja atuação está voltada para alcançar determinados objetivos a partir de práticas reconhecidas e testadas. Quem executa a regulação, contudo, são órgãos do aparato estatal sujeitos a supervisão ministerial. Ainda que se busque que esses órgãos tenham certo distanciamento dos agentes políticos, de forma a que sua atuação se prime pela técnica, é esperado que exista articulação entre a definição de políticas públicas no âmbito dos órgãos dirigidos por representantes eleitos, e na atuação regulatória que, em certa medida, executa as diretrizes definidas para as políticas públicas (COUTINHO, 2019, p. 60).

Antes de seguir é importante definir o que se entende aqui por atuação regulatória do Estado. Como bem define Coutinho (2019, p. 53) se trata da aplicação formal e informal de criação de procedimentos burocráticos de criação de normas, seu posterior monitoramento e aplicação, distinguindo-se da discricionariedade da prestação de serviços públicos diretos, bem como da tributação e do gasto público. Ou seja, a regulação não é qualquer tipo de atuação do Estado no domínio econômico, nem uma política pública como qualquer outra. Regulação está fortemente relacionada com a ideia de regras de atuação de agentes privados. A regulação busca forçar, ou incentivar, a atuação de tais agentes em certo sentido, esse é o ponto central da atuação regulatória, ela está menos ligada à atuação direta do Estado, pressupõe que sua atuação no âmbito econômico não se dá de maneira indireta, estando mais voltada à normatização e supervisão.

Em sentido semelhantes, Baptista (2015, p. 60) defende que regular

[...] é muito mais do que apenas disciplinar por meio de normas (regulamentar), é também fiscalizar, ordenar, sancionar, incentivar. Enfim, é um conjunto de ações tipicamente estatais que devem ser coordenadas de modo que se permita o exercício de uma dada atividade econômica – seja ela essencialmente privada ou um serviço público – em consonância com os interesses da coletividade

O primado da atuação técnica deriva da complexidade e especificidade dos temas que a regulação atua, a necessidade de se conciliar objetivos frequentemente conflitantes (como desenhar regras para garantir a universalidade de serviços que não inviabilizem a atuação privada) e à importância de conciliar interesses do Estado, usuários e empresas. Tais características, contudo, não pode redundar em insulamento burocrático. Se de um lado se espera que a atuação reguladora seja permeada pela ideia de melhores práticas, regras estáveis, e conhecimento aprofundado do setor econômico regulado, não se pode olvidar que regulação envolve a prestação de serviços públicos, que são fundamentais para a conformação de direitos

constitucionais. Deve haver permeabilidade, e não hermeticidade à sociedade; seja de maneira direta ou via seus representantes eleitos.

Nesse sentido, argumenta Marques Neto (2003, p. 76), a regulação incidirá em maior ou menor grau a depender do interesse público a atrair a atuação estatal. A atuação regulatória, dessa forma, não se limita à ideia de agência reguladora: tanto a atuação da autoridade de trânsito ou da ambiental está dentro do guarda-chuva da atuação regulatória do Estado, inclusive sua atuação como poder de polícia. Ou seja, são vários os matizes da atuação estatal enquanto agente regulador, que:

[V]ariará conforme a combinação dos vetores de regulação setorial (quando houver) com a regulação geral (sempre incidente, em maior ou menor grau, conforme a relevância econômica do setor e os interesses envolvidos). Variará de abrangência e de intensidade, conforme, se houver, respectivamente, o legislador (a quem compete prever a incidência de uma determinada carga regulatória específica) e o agente regulador (a quem competirá manejar os instrumentos regulatórios colocados à sua disposição pelo legislador, sopesando em cada momento, o grau de incidência regulatória necessário à situação e aos objetivos da regulação).

Do exposto, vê-se que a forma de atuação do Estado, a intensidade da utilização de ferramentas regulatórias, variará conforme os objetivos da regulação (definidos, a cada caso, pela Constituição, Lei Geral e Lei Setorial, seguindo a ideia de densidade normativa já exposta) e a situação fática (a atuação privada que se busca regular), que será manejada pelo ente regulador. No caso deste estudo, a preocupação reside na regulação de serviços públicos, de maneira geral, e na regulação do transporte público urbano, de maneira específica. Antes de entrar, contudo, na atuação regulatória no transporte, é importante desenvolver melhor a relevância da regulação na prestação de serviços públicos, sobretudo sua relevância para a concretização dos princípios exarados na Constituição Econômica brasileira bem como para se alcançar o que a Lei 8.987/1995 define como prestação adequada.

A regulação da prestação de serviços públicos é um fenômeno derivado do aumento da participação do setor privado na sua prestação. Esse aumento ocorreu em diferentes momentos nos diversos países, em alguns, como nos Estados Unidos, nunca houve participação relevante de empresas públicas nos serviços públicos, sendo sua prestação feita por companhias privadas desde o surgimento da atividade. Em outros, como nos países europeus, a abertura para a prestação privada se iniciou ainda na década de 1970, com especificidades em cada país. Na América do Sul, o fenômeno é mais recente, com início na década de 1990.

O desenvolvimento dos setores econômicos considerados como serviços públicos “típicos”, bem como a progressiva expansão do setor privado em tais setores, demandou atenção especial para a forma como se prestava tais serviços. Se o padrão de intervenção estatal inicial ocorreu, de um lado, com foco na questão concorrencial (como nos Estados Unidos) ou de outro, através da utilização de empresas públicas (como na Europa) – como destaca Majone (2013, p. 12) – é certo que era necessário

buscar novos meios de atuação devido ao avanço das forças produtivas nos setores dos serviços públicos. Essa mudança na atuação é o que Majone (2013, p. 12) chama de Estado regulador contemporâneo, que, como o termo “contemporâneo” transparece, é só uma nova forma de atuação do Estado¹¹, que é o que foi conceituado aqui como Estado Regulador.

A preocupação com o maior controle de tais setores surgiu, inicialmente, devido ao fato de que esses setores, via de regra, são sujeitos a monopólios naturais e suas características de essencialidade permite às companhias que neles operam possuem elevado poder de mercado frente ao consumidor. A solução, então, foi buscar políticas antitruste (Estados Unidos) ou prestação a partir de empresas públicas, o que para Majone (2013, p.11) seria esse Estado regulador “primordial”. Dessa forma, o surgimento do Estado regulador, na acepção que se emprega neste trabalho, é uma resposta às insuficiências de ambas as formas de atuação¹². A preocupação com a necessidade de se intervir em tais setores, dado suas características, se mantinha, bem como se mantinha a ideia de que tal abordagem demandava uma atuação para além da utilização do poder coercitivo do Estado como representação do interesse público.

Dessa forma, passaram a surgir novas formas de intervenção, o que neste trabalho se chama de atuação regulatória. Essa atuação, marcada pelos princípios destacados no início desse capítulo, tem de início preocupação centrada basicamente em questões econômicas, até por isso é comum a utilização do termo regulação econômica para tratar da regulação de serviços públicos. O objetivo fundamental era buscar soluções para a redução dos problemas decorrentes das falhas de mercado¹³ a que a prestação de serviços estava sujeita para, dessa forma, fazer com que se alcançasse resultados, em termos de bem-estar, mais próximos daqueles que ocorrem em setores não sujeitos a falhas de mercado, ao menos não na mesma intensidade. Frente a isto, como destaca Baptista (2015, p. 62):

[...] sob a ótica da teoria econômica da regulação, a regulação estatal sobre a economia deveria limitar-se às normas para defesa da concorrência, àquelas destinadas a reduzir assimetrias de informação (v.g., o direito do consumidor) e às que tenham como finalidade reduzir as externalidades negativas (v.g., as normas de direito ambiental). Todo o tipo de intervenção estatal que daí ultrapassar mostra-se, à luz dessa teoria, indevida e excessiva

¹¹ O autor utiliza o termo regulação de maneira muito mais ampla do que a utilizada neste trabalho e do que se utiliza na doutrina jurídica brasileira e até no pensamento econômico, ele utiliza o termo como sinônimo para atuação econômica do Estado.

¹² Majone (2013, pp. 13-16) traz um rápido panorama de tais insuficiências.

¹³ Não há um rol terminativo e amplamente aceitas de todas as diferentes formas de falhas de mercado, mas a ideia fundamental do conceito é que em situações onde tais falhas estão presentes as trocas não são eficientes (ou mais precisamente, não são pareto-eficientes). Dessa forma, as trocas geram uma perda de bem-estar líquido e alocação ineficiente de recursos, o que não ocorreria em situações de troca onde não há falhas de mercado. Os setores econômicos provedores de serviços públicos “típicos”, pelas suas características, estão sujeitos a uma série de falhas de mercado, o que enseja a necessidade de atuação do Estado para corrigir tais falhas. Para uma visão geral sobre o tema, consultar Ledyard (2018, pp. 8246-8251)

Essa foi a preocupação que moldou as primeiras teorias econômicas voltadas a tratar da regulação de serviços públicos e da possibilidade de intervenção estatal na economia. A ideia era manter o Estado ator subsidiário no processo, atuando somente na medida em que a estrutura de mercado dos setores não permitisse uma alocação eficiente de recursos. Ou seja, a ideia era que a atuação regulatória, de certa forma, servisse para emular os efeitos da livre concorrência em mercados não sujeitos a falhas. Dessa forma se pode entender o foco excessivo da atuação regulatória em tratar de questões relacionadas à competição, pois se deve à utilização de uma “[...] teoria normativa de regulação, de acordo com a qual a regulação é empreendida para corrigir vários tipos de falha de competição, externalidades negativas, falhas de informação, provisão insuficiente de bens e serviços públicos — como a defesa nacional — e a existência de ‘mercados incompletos’”. (MAJONE, 2013, pp. 18-19)

Esse mesmo tipo de compreensão também é adotado por Bercovici (2022, pp. 33-44), mas a partir de uma perspectiva crítica. O autor defende que o “tema da regulação” (ou, como ele denomina, “novo direito público da economia”) veio como forma de substituir o direito econômico “clássico”, oriundo das Constituições Econômicas. Para o autor, a regulação passa pela “absorção da racionalidade microeconômica pelo direito” (BERCOVICI, 2022, p. 37) a partir de uma análise de como as instituições afetam o desenvolvimento econômico dos países, instituições estas que têm que estar voltadas para a redução de incertezas e de custos de transação para ampliar a eficiência do mercado.

Dessa forma, segundo o autor, o “[...] discurso regulatório vai organizar, a partir da racionalidade dos investimentos privados, setores importantes da economia, produzindo um ambiente de negócios seguro e apto à valorização do capital investido”. (BERCOVICI, 2022, p. 43). Ou seja, nessa perspectiva o direito regulatório serve somente como uma ferramenta voltada para a acumulação de capital, uma forma de limitar a atuação estatal no domínio econômico.

Ainda que, em certa medida, assiste razão o autor, é importante, como busca-se demonstrar nos próximos parágrafos, que o direito regulatório vai muito além da ideia de se promover limitações à atuação estatal, ambiente de negócios propício à acumulação de capital, liberalização do mercado e à promoção de instituições de mercado de corte liberal. O direito regulatório, de fato abandona a ideia canônica do direito administrativo de que a atuação estatal manifesta o interesse público, eleva de patamar os interesses do regulado e busca uma atuação calcada na técnica. Como o próprio Bercovici (2022, p. 41) destaca há uma “dupla instrumentalidade” no direito econômico, visto que este:

ao mesmo tempo em que oferece instrumentos para a organização do processo econômico capitalista de mercado, o direito econômico pode ser utilizado pelo Estado como um instrumento de influência, manipulação e transformação da economia, vinculado a objetivos sociais ou coletivos, incorporando, assim, os conflitos entre a política e a economia.

Esta dualidade que deve ser explorada na atuação regulatória: se de um lado é importante buscar regras e marcos regulatórios estáveis para buscar formas de atrair investimentos privados, de outro a atuação deve também focar na importância da prestação dos serviços públicos para a conformação de direitos constitucionais. Não há porque buscar investimentos privados e a prestação privada de serviços públicos se isso não se reverte em benefícios para a sociedade e a população usuária de tais serviços. A promoção de um ambiente regulatório estável e eficiente para investimentos privados não pode ser um fim em si mesmo, isso somente se justifica na medida em que promova os princípios constitucionais da ordem econômica. A dificuldade reside em equilibrar a atuação regulatória entre, de um lado, criar regras que incentivem a atuação privada, i.e., que sinalizem ao capital privado a possibilidade da extração de lucro da atividade, e, de outro lado, que promovam os princípios constitucionais da Ordem Econômica. Em resumo, o que a questão fundamental é:

Como, num sentido mais amplo, conciliar a lógica privada do lucro com políticas públicas de conteúdo social, que permitam a inclusão de cidadãos em mercado regulados? Pode, enfim, a regulação ser um fator de indução do crescimento econômico e também de aumento do bem-estar social? (COUTINHO, 2002, p. 65)

Para muitos economistas esse debate sequer existe, visto que com a promoção de um ambiente de negócios propício aos investimentos e solução das falhas de mercado, a expansão dos investimentos e o ambiente de trocas livre se encarregará de promover serviços públicos eficientes e universais. Contudo, existe uma tradição teórica que entende que a regulação, mesmo possuindo características próprias que a diferencia de outras políticas públicas, não deixa de ser uma. Ou seja, é legítimo que o Estado enquanto ente regulador busque objetivos que não se limitem à eficiência de mercado, lançando mão de ferramentas para buscar objetivos de cunho social, como universalização dos serviços e preços baixos. Parafraseando Ogus (1994), Coutinho (2014, p. 100) destaca que:

[...] existem “razões econômicas” e “razões não econômicas” para regular os mercados. Entre as justificativas econômicas estão, para ele [Ogus], as conhecidas falhas de mercado: monopólios, bens públicos, externalidades, assimetrias de informação, racionalidade limitada dos agentes econômicos e diferentes problemas de coordenação. Essas falhas justificam a disciplina reguladora do Estado em determinados mercados a partir da suposição de ser mais eficiente que a alternativa de permitir ao mercado apresentar soluções próprias. Entre as razões ditas “não econômicas” para a regulação figuram, para Ogus, preocupações que transcendem aspectos de eficiência pura [universalização, qualidade, proteção a consumidores vulneráveis, política tarifária social, participação social].

A regulação não precisa se resumir à correção de falhas de mercado, ainda que tal ponto seja fundamental. Há outros objetivos que podem ser buscados pela atuação regulatória, que irão variar a depender do setor econômico a ser regulado. Como destaca Coutinho (2014, p. 100) nem sempre o resultado da alocação pelo mercado, mesmo na ausência de falhas, será satisfatório sob a ótica da igualdade e da

conformação de direitos. Soluções de mercado, que invariavelmente são focadas em eficiência e maximização, nem sempre atendem aos legítimos interesses da coletividade, que podem estar voltados para questões afeitas à distribuição e igualdade. Ademais, como destacam Gomide e Carvalho (2016, p. 10), para além dos argumentos de ordem técnica,

fato é que a intervenção na atividade se dá também por decisões políticas legitimamente tomadas em resposta às demandas da sociedade. Ou seja, em uma democracia, a sociedade deve participar das escolhas políticas, e não apenas os técnicos. Por isso, a ação do Estado em determinados mercados pode ocorrer independentemente da existência de falhas de mercado.

Já em relação à forma concreta como deve se dar a regulação, e o balanço entre as “razões econômicas” e as “razões não econômicas”, isso depende das especificidades de cada setor. Como já ressaltado diversas vezes acima, a densidade normativa, juntamente com a realidade concreta de onde será prestado o serviço público, que guiará esse balanço. Se de um lado é certo que os serviços públicos devem atender aos princípios constitucionais e a objetivos de política social, também é certo que a empresa que presta os serviços não se preocupa com tais objetivos, mas sim com a possibilidade de extrair lucro da prestação de tais serviços. Considerando que estes dois polos são antagônicos, i.e., que o reforço de um necessariamente acarreta o enfraquecimento do outro. Se a empresa prestadora de determinado serviço tiver que atender a diversos objetivos de política social, isso irá impactar em seu lucro. Daí que se tem uma exclusão simultânea (*trade-off*) entre eficiência e equidade na regulação de serviços públicos.

Qual caminho seguir, então, para se desenhar regras regulatórias para o caso brasileiro? Inicialmente, que a perspectiva puramente focada nos aspectos ligados à eficiência de mercado dificilmente se adequa à realidade jurídica brasileira, visto que

[...] é discutível se essa perspectiva regulatória limitada à correção de falhas de mercado mostra-se suficiente e adequada à realidade jurídico-econômica brasileira. Na verdade, parece haver dificuldades em trasladar-se acriticamente para o cenário brasileiro teoria regulatórias concebidas para países desenvolvidos, onde os problemas econômicos são substancialmente de natureza alocativa, enquanto que, no Brasil, importam tanto ou mais as questões de ordem redistributiva para a determinação do papel do Estado na economia (BAPTISTA, 2015, p. 62)

Coutinho (2002, p. 72) vai no mesmo sentido:

Supondo verdadeira a premissa de que não há uma fórmula econômica universal ou uma teoria jurídica geral para a regulação, isto é, que esta pode ser, dentro de certos limites, moldada conforme se dê mais ou menos importância a determinados princípios jurídicos, formulações econômicas e concepções políticas, conclui-se que o peso do conteúdo redistributivo da regulação pode variar de país para país, em função de traços próprios. Com base nesse raciocínio, pretende-se desenvolver a ideia segundo a qual o Brasil, como país com características marcantes de subdesenvolvimento *deve* (conteúdo jurídico) e *pode* (conteúdo econômico) valer-se da regulação dentro de seus limites próprios, e sem prejuízo de mecanismos de mercado,

para promover a universalização do serviço público por meio da execução de políticas de conteúdo redistributivo.

Nessa passagem o autor traz um ponto de grande relevância: para além da questão jurídica enfatizada por Baptista (2015), Coutinho (2002) enfatiza a questão socioeconômica. O Brasil é um país subdesenvolvido, e isso é uma importante marca de diferenciação com os países do capitalismo central onde grande parte do debate teórico sobre regulação foi, e é, desenvolvido. Se questões de equidade e acesso aos serviços são relevantes em qualquer parte, tanto mais em um país marcado pela desigualdade. Se os serviços públicos são um importante promotor de direitos de cidadania, se sua prestação deve estar de acordo com a Constituição Econômica brasileira, é fundamental que os instrumentos regulatórios considerem a realidade socioeconômica do país em sua atuação. Nas palavras de Coutinho (2014, p. 17):

[...] o argumento central da obra sugere a importância de que a regulação em condições de subdesenvolvimento seja moldada ao contexto, história e circunstâncias locais, e possa, dentro de certas possibilidades, provocar e induzir ganhos de equidade – isto é, servir como canal de fomento de metas de justiça distributiva. Isso implica, em outras palavras, sustentar que a promoção de medidas redistributivas não seria, como sugerem economistas liberais, estranha a uma regulação eficiente. Ao contrário, procuro demonstrar que elas podem ser vistas como elementos constitutivos da própria ação reguladora.

Ou seja, a regulação não comporta uma noção unívoca e ontologicamente definível, não há só um caminho regulatório a ser seguido em todo tempo e em todo lugar. Não há somente um conjunto fechado e universal de políticas regulatórias boas (ou corretas) a ser aplicado a todo lugar. Claro que há conjunto de boas práticas, importância da adoção de critérios técnicos no desenho de políticas regulatórias e que ação regulatória tem que pesar sempre seus custos, mas a regulação não pode ser entendida de maneira hermética e isolada do seu entorno socioeconômico. A política regulatória dificilmente alcançará bons resultados se desde sua concepção seja definido que deve ser privilegiada a liberalização ou a atuação mais restritiva.

Uma boa análise de política pública não é sobre a escolha entre o livre mercado e a regulamentação governamental. Também não é simplesmente decidir o que a lei deve proibir. Se aceitarmos que uma análise política pública sólida tem a ver com a compreensão da regulação privada¹⁴ – por associação industrial, por empresas, por pares e por consciências individuais – e como ela é interdependente da regulação estatal, abrem-se possibilidades

¹⁴ Regulação privada se refere à adoção de padrões, códigos de conduta, acordos voluntários e demais formas semelhantes que as empresas adotam por livre e espontânea vontade, seja para se destacar como uma empresa comprometida com determinada causa, seja para sinalizar que seus processos seguem determinados níveis de respeito a questões sociais ou ambientais ou mesmo para certificar que a empresa segue determinados critérios de qualidade. Essas certificações geralmente são feitas e acreditadas por Organizações Não Governamentais ou Institutos (como a *Rain Forest Alliance* ou a Organização Internacional para Padronização, responsável pelas certificações ISO). Esse tipo de regulação foge ao escopo e aos objetivos deste trabalho, e, portanto, não é tratada.

interessantes para orientar a mistura de regulamentações públicas e privadas (AYRES, BRAITHWAITE, 1992, p. 3)¹⁵.

Ou seja, é importante não se predefinir como a forma de atuar sem considerar o caso concreto. Ademais, o próprio direito regulatório varia entre as diferentes organizações jurídico-constitucionais dos países. Majone (2013, pp. 12-15) demonstra como nos Estados Unidos sempre houve maior preocupação com a legislação antitruste, o que alicerçou o modelo regulatório do país, enquanto o modelo Europeu surgiu com que o autor define como “propriedade pública”, ou seja, a atuação direta do Estado na prestação de serviços públicos como forma de proteger os consumidores da exploração privada desses serviços tipicamente monopolistas. Em ambos os casos, contudo, a regulação evoluiu seguindo a ideia de que mercados funcionam bem em circunstâncias normais, de forma que a interferência estatal deveria estar limitada a casos claros de falha de mercado.

Para o caso brasileiro, o Direito Regulatório ainda é conceituação em construção, não há um arcabouço normativo bem definido. Dessa forma, o que se defende aqui é que a atuação regulatória, levando em conta nosso arcabouço jurídico-constitucional e nossa realidade socioeconômica, não pode ser limitada a atuação em falhas de mercado. Não se trata de afastar a prestação privada de serviços públicos ou que a organização via mercados não se coaduna com a Constituição, mas que o Direito Regulatório tem espectro de atuação diversa dentro do arcabouço constitucional pátrio. Enxergar a atuação regulatória do Estado somente pela ótica da eficiência, como é feito pelos economistas da Escola de Chicago (MAJONE, 2013, p. 35) aliena da análise outros pontos importantes, além de trazer um excesso de foco em questões econômicas *strictu sensu* (como limitação da concorrência) em detrimento de outras questões (como os princípios e fundamentos da ordem econômica). Direito Regulatório dentro do arcabouço constitucional pátrio não deve ser um instrumento voltado unicamente para promoção da concorrência, até porque mesmo em situação de concorrência sem falhas de mercado é possível alcançar objetivos fundamentais, como a universalidade da prestação de serviços públicos.

Isso não muda o fato de que setores econômicos dos serviços públicos “típicos” precisam de estabilidade, regras e garantias para que o investimento seja atrativo (dado o longo prazo de maturação e os riscos envolvidos) e que desperte o interesse do capital privado. Isso também não muda o fato de que a regulação necessita de traçar regras e travas à lógica capitalista de produção de mercadorias para que ele se preocupe com outros objetivos que não o lucro. Ao fim e ao cabo a prestação regulada de serviços públicos é uma mistura de busca de garantias de direitos fundamentais com produção capitalista de mercadorias voltada para o lucro, a regulação tem de se

¹⁵ Do original em inglês: “Good policy analysis is not about choosing between free market and government regulation. Nor it is simply deciding what the law should proscribe. If we accept that sound policy analysis is about understanding private regulation – by industry association, by firms, by peers, and by individual consciences – and how it is interdependent with State regulation, their interesting possibilities open up to steer the mix of public and private regulations.”

equilibrar nessa linha tênue de fazer com que a o capital privado atenda aos desígnios sociais.

Como ressaltado no primeiro capítulo, na citação de Moreira (2019, p. 42) a natureza público-privada dos contratos de concessão de serviços públicos faz com que seja necessário coordenar esses dois mundos: organizar a liberdade econômica segundo a função que se pretenda atribuir à concessão. Como visto, quem faz essa coordenação é a regulação, que deve ser calibrada a cada caso. Para o caso deste trabalho (concessões de transporte público urbano – TPU), neste caso:

A questão central está em estabelecer um balanço entre proteger o usuário de potenciais abusos de monopólios, mas garantindo que as empresas privadas possam obter retorno adequado dos investimentos. Neste caso, ganha importância a regulação, que assume o papel crucial de garantir, por meio de mecanismos administrativos (licitação, atualização de tarifas, contratos de concessão etc.), a eficiência do empreendimento e o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Ademais, busca disciplinar a apropriação da renda de monopólio em prol do concessionário e dos usuários (SOARES, 2009, p. 187)¹⁶

O próximo capítulo trata justamente dessa questão, como lançar mão de mecanismos administrativos que se rejam pelos princípios do direito regulatório discutidos nesse capítulo de forma que as concessões de TPU tenham tarifas módicas. A modicidade tarifária é preocupação central, pois é ela a garantia da universalidade do serviço, que não custa lembrar é um direito fundamental insculpido no art. 6º da CF/88.

¹⁶ Essa citação, especificamente, trata de concessões rodoviárias, mas se aplica perfeitamente ao TPU.

4. Regulação econômica na promoção da modicidade tarifária no transporte público urbano

O debate sobre concessões em de serviços públicos – seja acadêmico, doutrinário ou técnico – dá pouca atenção para questões de universalidade de acesso, financiamento e modicidade tarifária. Como ressalta Soares (2009, p. 194) não há um conceito operacional desenhado para a modicidade das tarifária, usualmente não sei vai muito além da ideia de tarifas acessíveis (sem uma definição clara do que seria essa acessibilidade). De outro lado, há longa discussão técnica e doutrinária sobre o instituto do equilíbrio econômico-financeiro, por exemplo. Mesmo sendo uma exigência da atual Lei das Concessões, a tarifa módica não parece ter um tratamento equivalente ao das garantias oferecidas às concessionárias de serviços públicos. No mesmo sentido argumentam Neto e Soares (2007), que a ausência da discussão do conceito de modicidade tarifária na doutrina, jurisprudência e nas agências reguladores.

Como já destacado, o principal desafio doutrinário e regulatório é buscar um conceito de modicidade tarifária que atenda ao que se denominou de densidade normativa. O conceito a ser desenhado deve atender aos princípios da Constituição Econômica brasileira, à Lei de Concessões Públicas (Lei 8.987/1997) e à Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana (12.587/2012), adequando-se também às melhores práticas regulatórios. Ou seja, os editais e contratos de concessão, ao definirem a política tarifária devem se atentar a este edifício normativo.

Inicialmente, é importante destacar que o conceito central para a definição de uma política tarifária que atenda a estes preceitos é a universalidade. A tarifa do TPU deve se guiar pelo objetivo de atender toda a população, visto que o acesso ao transporte, além de, como já ressaltado ser um direito constitucional, é meio de acesso a outros serviços, tanto públicos quanto privados. Como a própria Lei 12.587/2012 coloca como objetivo da Política Nacional de Mobilidade Urbana contribuir para o acesso universal à cidade. Dessa forma, a modicidade tarifária tem como objetivo principal garantir o acesso ao serviço.

No caso do TPU, surge já um primeiro problema para a promoção da universalidade, já que ela possui duas formas principais: econômica e geográfica. De um lado, a tarifa tem que ser baixa o suficiente para que não acarrete ônus excessivo para o usuário, de outro, a tarifa tem que gerar receita o suficiente para custear o serviço para que se alcance área afastadas e de difícil acesso, ou seja, que têm maior custo para atendimento.

Retomando o argumento do capítulo anterior, a regulação, sobretudo no contexto de um país subdesenvolvido, deve adotar objetivos distintos da regulação econômica “convencional”. Um destes objetivos é justamente a acessibilidade, que, segundo a corrente convencional da economia, não deveria ser um objetivo regulatório pelas

ineficiências que cria. Contudo, em virtude de tudo já discutido nesse trabalho, esse deve ser um objetivo na regulação dentro da ordem jurídico-constitucional brasileira. Dessa forma, o objetivo da regulação é dosar objetivos que criam ônus para os contratos (como a universalidade) de forma a não comprometer sua racionalidade econômica. Uma forma de se enxergar a questão é que o direito à cobrança de tarifa por parte do particular depende da sua capacidade de atender aos objetivos regulatórios referentes à consecução de direitos.

Ou seja, a regulação no setor de TPU deve ser orientada pela universalização, cujo atendimento é uma forma de pedágio a ser pago pelo privado para a obtenção de lucro. Dessa forma, o desenho contratual deve ter mecanismos para incentivar a livre-iniciativa a promover a universalização. Ao invés de buscar somente uma regulação do tipo comando e controle, é importante também aproveitar o que a flexibilidade da atuação privada traz de benefícios para o contrato, sobretudo em termos de maior eficiência. Desta forma, a regulação também deve se preocupar em criar regras estáveis e que promovam maior eficiência na prestação do serviço, regulem falhas de mercado e garantam que ganhos de eficiência sejam repartidos com os usuários. Gomide e Carvalho (2016, p. 304) detalham como essa regulação econômica é fundamental para o TPU e os benefícios que ela traz. Como ressaltam os autores, existem dois principais motivos para regulação econômica do TPU: *economias de rede e externalidades*.

Economias de rede ocorrem em atividades em quanto maior a oferta do serviço, maior o ganho de utilidade. O conceito serve para atividades que funcionam como redes, em que o aumento da oferta do serviço se traduz em novos pontos de conexão na rede, ou seja, cada nova oferta amplia a rede aumentando seu alcance e gerando ganhos de utilidade para seus usuários. Ou seja, é um tipo de atividade em que os ganhos de escala dependem do tamanho da rede, e não do tamanho empresa. Uma atividade tipicamente sujeita a economias de rede é o TPU, pois “[...] quanto mais densa for a rede, melhor será a frequência dos serviços – portanto, sua oferta – e menor o custo médio por passageiro transportado” (GOMIDE E CARVALHO, 2016, p. 304). A presença das economias de rede no TPU aumenta a relevância da regulação estatal para se incentivar a integração dos serviços, pois isso implica redução do custo de oferta e de uso, incentivando também o maior uso do serviço.

Se os custos de uma linha de uma origem para determinado destino são altos em relação à demanda, a operação integrada, por sua vez, resulta em custos mais baixos para o sistema como um todo e melhores condições de acesso da população aos diferentes locais de uma área urbana. Operados livremente, os serviços tenderiam a produzir excesso de oferta, uma vez que cada empresa teria o incentivo a aumentar sua oferta ao máximo possível, no intuito de aumentar sua fatia no mercado, o que impactaria negativamente os custos dos serviços, os preços cobrados e as próprias condições de trânsito e mobilidade da população (GOMIDE; CARVALHO, 2016, p. 304)

Externalidades se referem a atividades cuja oferta causa efeitos negativos ou positivos para terceiros, mas cujos custos ou os benefícios não são internalizados. Por não

serem internalizadas, as externalidades não impactam nos preços e, portanto, estes não refletem os custos ou os benefícios sociais, fazendo com que sua produção ocorra em quantidades ineficientes. No caso específico do TPU, a atividade possui externalidades positivas, ou seja, produz benefícios sociais (redução de poluição, congestionamentos, acidentes), o que justifica que o setor seja regulado e que sua oferta seja incentivada pelo poder público.

Ou seja, há argumentos de ordem técnica que justificam que a regulação econômica incentiva o aumento da oferta de TPU, não somente via atração de capital, mas também com regras que promovam maior oferta do serviço. Um ponto de grande relevância é sua característica de possuir economias de rede, ou seja, o incentivo à oferta do serviço tem o condão de gerar maior eficiência, o que possibilita que o sistema possa operar com tarifas mais baixas, privilegiando a sua universalidade. Além do mais, ao minimizar o ônus da utilização do serviço para os usuários, espera-se que aumente a demanda pelo serviço ao torná-lo, possibilitando um ciclo virtuoso, visto que com maior demanda, reduz-se o custo médio do passageiro transportado, tornando o sistema mais eficiente.

Para se alcançar a tal ciclo uma importante ferramenta regulatória é a definição de regras tarifárias, ao desenho do modelo de cobrança e remuneração do serviço. Tal modelagem, por óbvio, interfere diretamente no valor da tarifa e é uma importante ferramenta para geração de incentivos para o prestador do serviço.

A definição de modelos tarifários que geram incentivos corretos, no sentido de que o serviço seja prestado com tarifas baixas e de maneira adequada, é fundamental para que seja possível romper com o ciclo vicioso de aumento tarifário e redução de demanda que o TPU se encontra atualmente em diversas cidades. Como ressaltam Gomide e Carvalho (2016), quase a totalidade das cidades brasileiras tem o financiamento do seu sistema de TPU feito exclusivamente pela tarifa¹⁷, o que gera um ciclo vicioso de aumento do valor das tarifas, como se explica abaixo.

A fórmula básica de definição de valor de tarifa nas cidades é feita para que a arrecadação iguale o somatório de custos do serviço. Dessa forma, o custo de se prestar o serviço é repartido entre os usuários pagantes. Como ressalta Carvalho (2016, p. 13):

Esse método [de remuneração] é baseado na fórmula de custo médio, no qual o custo quilométrico do sistema é dividido pelo Índice de Passageiros por Quilômetro (IPK). Em última análise, significa que os custos de produção do transporte são repartidos entre os usuários pagantes (equivalentes), conforme demonstrado na equação.

$$Tar = C_{km} / IPK_e = (CT / Km) / (Pe / Km) = CT / Pe$$

¹⁷ Essa é uma situação que ocorria até a Pandemia de Covid-19. Com a pandemia e a queda brusca na demanda do serviço, prefeituras se viram obrigadas a criar subsídios sob o risco de colapso dos sistemas de transporte. Tais subsídios, contudo, não foram instituídos de forma a alterar a política tarifária ou resolver problemas corriqueiros do serviço, simplesmente salvá-lo do colapso. Portanto, não gera impactos para as conclusões deste trabalho.

Sendo:

Tar o valor da tarifa

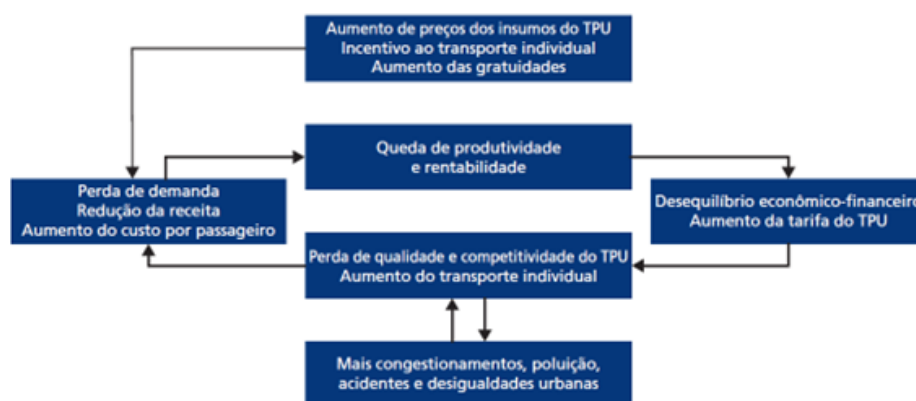
C_{km} o custo do quilômetro rodado

CT o custo total do sistema

Pe o número de passageiros pagantes equivalentes do sistema.

A fórmula descrita acima resume a dinâmica problemática dessa forma de financiamento do TPU. Visto que o serviço é enxergado como de má qualidade, as pessoas buscam formas alternativas de se deslocar: principalmente transporte motorizado individual – carro ou moto próprios – ou transporte por aplicativo – Uber, 99 e afins. Dessa forma, nos últimos anos houve uma tendência de redução do número de passageiros equivalentes (denominador da fórmula). Por outro lado, houve também uma tendência de aumentos dos custos do transporte em virtude do aumento dos insumos acima da inflação (aumento do numerador). Isso leva a um ciclo vicioso de aumentos tarifários, conforme esquematizado na figura abaixo:

Figura 1: Ciclo vicioso do aumento do nível da tarifa de ônibus urbano



Fonte: Carvalho (2016, p. 13)

Compreender essa dinâmica é fundamental para se desenhar uma modelagem tarifária que busque incentivar o uso do TPU, i.e., que aumente a base de usuários, e que privilegie o controle de custos do serviço. A modelagem tarifária deve gerar incentivos para que o prestador do serviço melhore a produtividade (eficiência) da prestação do serviço, sem se descuidar de sua qualidade. O último nível da densidade normativa para os serviços de TPU, os contratos de concessão, devem adotar um desenho de regulação tarifária que tenha como norte a modicidade tarifária, de forma não somente a romper este ciclo, mas que busque a universalidade do serviço. Na próxima seção, se trata de algumas regras principais de regulação tarifária para que os contratos de TPU possam cumprir com a normatização que lhes precede.

4.1. Mecanismos contratuais para a modicidade tarifária

A forma como se cobra o usuário pelo serviço (instituição de tarifas públicas) e como se remunera o prestador do serviço (definição de regras de remuneração) estão no cerne dos contratos de concessão do serviço de TPU. Por tal motivo, antes de aprofundar como diferentes regras e modelos de cobrança/remuneração pelo serviço

possuem diferentes impactos e incentivos, é importante explicar os principais tipos de cobrança/remuneração e sua lógica geral de funcionamento.

Como ressaltado acima, a maior parte dos serviços de TPU no Brasil são financiados quase que exclusivamente a partir das tarifas públicas pagas pelos usuários, sem outras fontes relevantes de receita. Esse modelo de remuneração, onde a soma da receita tarifária equivale à remuneração da concessionária, é chamada de remuneração direta, visto que a remuneração é gerida pela própria concessionária, de maneira direta, sem intermediários responsáveis pela arrecadação dos valores.

Este é o modelo mais simples de arrecadação e que gera o menor ônus, em termos de gestão e controle, para o poder público. A própria concessionária costumeiramente é responsável pelo sistema de arrecadação (bilhetagem) e a tarifa é cobrada por usuário. O cálculo do valor da tarifa, como ressaltado acima, é feito a partir da divisão dos custos totais do sistema pela quantidade de passageiros.

Outro modelo de remuneração é o chamado indireto, ou seja, existe um intermediário (tipicamente o poder público) responsável pela arrecadação das tarifas, que posteriormente faz o repasse à concessionária. Ou seja, existe uma diferença entre a tarifa pública (cobrança) e a tarifa de remuneração (arrecadação). Esse modelo possui a vantagem de permitir maior controle do sistema por parte do poder público (o que também acarreta maiores despesas), que tem acesso direto a todas as informações concernentes à arrecadação. Outra vantagem, se refere à possibilidade de instituir critérios diversos para remuneração das empresas, como quilometragem rodada, não sendo necessário utilizar o critério de passageiro transportado.

Ou seja, fundamentalmente a diferença entre a remuneração direta e a indireta se refere ao nível de controle e gestão que o poder público possui sobre a prestação do serviço. A remuneração indireta tem como principal vantagem instituir critérios diversos para remunerar as empresas, que podem combinar métricas de produção (quilometragem) com métricas de qualidade (pontualidade, passageiros por m², presença de ar-condicionado) o que dá ao poder público a capacidade de melhor direcionar a prestação do serviço e por vezes gerar impactos positivos sobre sua qualidade (GOMIDE; CARVALHO, 2016, p. 14).

Contudo, remunerar as empresas por produção, gera incentivos para aumento da oferta independente da demanda a fim de aumentar sua remuneração, o que compromete a eficiência da prestação do serviço e pode acarretar desequilíbrio econômico-financeiro da prestação do serviço, onerando o poder público. Se o nível de oferta fica cronicamente acima da demanda, a tarifa pública não será suficiente para arcar com os custos do sistema, ou seja, a tarifa de remuneração será cronicamente superior à tarifa pública. Dessa forma, o Poder Público necessitará de, na ausência de receitas alternativas suficientes para equilibrar o contrato, complementar a remuneração da concessionária com recursos próprios.

Dessa forma, uma solução é a remuneração, mesmo dentro do modelo indireto, por passageiro transportado. Contudo, esse modelo, também possui problemas de incentivo, no caso, de maneira diametralmente oposta à remuneração por produção: a redução ao máximo da oferta, comprometendo a qualidade do serviço, visto que as empresas têm incentivos para reduzirem os custos ao máximo, aumentando a lotação dos ônibus.

Ou seja, como visto, a remuneração indireta para o bom funcionamento depende de uma boa capacidade de organização da gestão pública para ter capacidade de controlar e fiscalizar a prestação do serviço e contornar os problemas apontados. Sua gestão, ainda que mais complexa, aumenta o controle do poder público sobre o serviço, tornando mais fácil que se institua menores tarifas através do controle das informações do sistema.

Além da forma de remuneração, é necessário definir também o valor da tarifa e a forma de reajustá-la ao longo do tempo. A definição da tarifa costumeiramente é feita a partir de dois modelos principais: a chamada planilha GEIPOT¹⁸ ou fluxo de caixa descontado. O primeiro modelo calcula o custo total da produção dos serviços, incluindo-se a remuneração da concessionária, decompondo o valor em custos variáveis e fixos, e realiza esse cálculo periodicamente para redefinir o valor da tarifa. O segundo método faz uma projeção dos valores de investimento, operação e manutenção do serviço, além das receitas e desconta tais valores para a data de início da operação. A taxa de desconto equivale ao custo de capital, ou seja, a remuneração da concessionária. No primeiro caso a tarifa é definida a partir da divisão dos custos totais pela quantidade de passageiros, no segundo caso, a tarifa é calculada de forma a zerar o valor presente do fluxo de caixa.

O método GEIPOT, como destacado por Gomide e Carvalho (2016) tem a desvantagem de dificultar para o poder público a aferição do real custo de operação dos serviços, pois os gastos acontecem no ambiente da empresa, ou seja, há uma assimetria de informações que incentiva a empresa a manipular dados com o objetivo de se apropriar de lucros extraordinários. Além do mais, a metodologia utiliza valores de mercado como referência para o cálculo da remuneração do capital imobilizado, ao invés dos preços históricos, aumentando assim a base de remuneração¹⁹. Esta

¹⁸A planilha GEIPOT é um método de cálculo de tarifas de ônibus urbanos desenvolvido pelo então Grupo Executivo de Integração da Política de Transportes (GEIPOT), posteriormente renomeado para Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes. Ela foi usada como um verdadeiro manual para técnicos, gestores e administradores da maioria das prefeituras do país. A planilha GEIPOT, contudo, tende a produzir tarifas altas em alguns casos. Isso pode acontecer pelo fato de a planilha não considerar mudanças tecnológicas, o que torna suas premissas desatualizadas ou pela inclusão de dados imprecisos ou incompletos ou. Além disso, sua lógica é definir tarifas que reflitam a cobertura total dos custos do projeto, sem incentivos à produtividade.

¹⁹ Preços de mercado se referem aos preços de um bem ou serviço no tempo presente, refletindo qual seria seu preço em decorrência de uma transação de compra e venda, ou seja, é influenciado pelas condições de mercado (como oferta e demanda). Já preços históricos são os preços registrados em um determinado momento do tempo passado, e atualizado para tempo presente por algum método, como amortização, depreciação ou inflação. No caso do TPU, se calculado a preços de mercado, o capital imobilizado tem maior valor do que se calculado a preços históricos, por não incidir depreciação.

deficiência ainda gera a desvantagem de incentivar sobreinvestimento em capital imobilizado, pois é sobre esta base que se calcula a remuneração. Já o fluxo de caixa tem a desvantagem de ser um método de maior complexidade, e que demanda maior qualificação por parte das prefeituras. Por este motivo o método GEIPOT atualmente é utilizado principalmente em municípios menores, enquanto os maiores, em sua maioria, se valem do método do fluxo de caixa descontado.

Uma vez definido o método de cálculo da tarifa, é necessário definir como será seu reajuste ao longo do tempo. Como ressaltam Zaban, Pompermayer e Carvalho (2021, p. 8) ainda é comum encontrar contratos que se utilizam da regulação tarifária do tipo *cost-plus*, que se fundamenta na ideia de cobertura assegurada de custos. Neste tipo de regulação a tarifa é definida a cada ano em um patamar que pague todas as despesas do serviço e ainda remunere a concessionária. Ou seja, à concessionária não cabe qualquer risco em termos de custo (e, usualmente, de demanda), e, desta forma, não há incentivos para a melhoria da eficiência na prestação do serviço. O método GEIPOT, tratado acima, é regulação tarifária do tipo *cost-plus*.

Outra possibilidade é a utilização do método preço-teto (também conhecido como *price-cap*). Neste método, uma vez definida a tarifa, seu valor é reajustado anualmente a partir de um índice (como o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA) ou uma fórmula paramétrica (uma fórmula de reajuste que atribui pesos específicos aos principais itens de custo da prestação do serviço). Esse tipo de regulação tem a vantagem de partilhar riscos dos custos da operação com o prestador do serviço e gerar incentivos para melhoria de eficiência, visto que qualquer ganho de eficiência gera benefícios para a concessionária. Como ressaltam Zaban, Pompermayer e Carvalho (2021, p. 8) o preço-teto apresentou resultados positivos em termos de eficiência em algumas cidades onde foi implantado.

Há que se levar em consideração, que esses ganhos de eficiência gerados pelo método do preço-teto devem ser partilhados com a população. Ou seja, é necessário desenho de mecanismos para que a maior eficiência na prestação do serviço redunde em tarifas mais baixas, e não em lucros extraordinários. Isso pode ser feito a partir da definição de uma porcentagem fixa do aumento de eficiência a ser repassado anualmente para a tarifa ou a partir do repasse completo do aumento da eficiência em períodos mais largos de tempo. Ou seja, é importante que a regra preveja que a concessionária poderá usufruir de parcela desta eficiência para que ela tenha incentivos para se tornar mais eficiente.

Outra opção para incentivos a ganhos de eficiência é a criação do chamado Fator-X, muito utilizado na regulação tarifária dos serviços de energia elétrica e telecomunicações, mas sem exemplos práticos que geraram benefícios tarifários no caso do TPU. Em resumo, o Fator X é um valor percentual que será descontado do valor de reajuste a fim de gerar tarifas mais baixas. A ideia por detrás é que a empresa tem que ter um nível de eficiência mínimo que caso ela não alcance ela é automaticamente penalizada.

Como ressaltam Bragança e Camacho (2012, p.10) existem quatro metodologias principais para o cálculo do Fator-X: “fixação de valor arbitrário (ad hoc), fluxo de caixa descontado (FCD), índices históricos (IH) e comparação (benchmarking)”. Cada uma dessas metodologias tem vantagens e desvantagens, e não cabe aqui analisá-las em detalhe, visto que a definição depende da realidade dos municípios. Independentemente da metodologia escolhida, cabe destacar que a adoção do Fator-X nos contratos de concessão é um valioso instrumento para o incentivo à melhoria de eficiência de prestação do serviço. Contudo, é importante que o contrato preveja de maneira transparente as regras de cálculo do Fator-X e que elas não estejam atreladas somente à prestação do serviço por parte da concessionária que executa o contrato, ou seja, o Fator-X não deve ser calculado a partir de informações históricas da empresa, mas a partir de uma das metodologias citadas.

Uma vez definidos todos os critérios pontuados acima, é necessário definir o critério de leilão da licitação da concessão. Em geral, um de dois critérios é utilizado: menor valor da tarifa ou maior valor de pagamento pela outorga da concessão, com a tarifa fixada em edital. Como esperado, o primeiro critério tende a gerar menores tarifas para o usuário, já que o vencedor é aquele que ofertar a menor tarifa. Há que se considerar, contudo, que esse critério possui algumas limitações. Dificilmente ele será adotado em caso de remuneração direta, visto que o isso poderia ensejar diferentes tarifas dentro de um mesmo sistema²⁰, sendo mais bem aplicado no caso de remuneração indireta. Neste caso a concorrência entre as empresas tende a gerar tarifas mais baixas.

A adoção de um dos dois critérios (ou um critério híbrido entre ambos) depende das especificidades de cada concessão. A competição entre os licitantes pode ser utilizada para rebaixar a tarifa, contudo também traz riscos potenciais à viabilidade da concessão, pois reduz a arrecadação do sistema, o que pode gerar problemas para a concessionária conseguir operar o sistema (no caso de remuneração direta) ou subsídios (no caso de remuneração indireta por produção).

Importa destacar, que não existe uma receita pronta e regra geral a ser utilizada para todos os sistemas, cidades de diferentes tamanhos populacionais e geográficos, com níveis diferentes de renda e capacidades diversas de regulação por parte da administração pública demandam abordagens próprias para gerar os maiores benefícios possíveis para seus cidadãos. Não obstante, como destacado ao longo do texto, existem regras que atualmente são amplamente consideradas como de baixa qualidade e que para maioria dos sistemas de TPU não são adequadas, sobretudo para cidades de maior porte. A adoção de tais regras usualmente redundam em maiores valores de tarifa, prejudicando a universalidade do sistema.

²⁰ Isso ocorre, pois geralmente as concessões de transporte público são separadas em bacias e o objeto da licitação é a bacia, e não o sistema como um todo. Dessa forma, caso poderia ocorrer de dois licitantes darem lances diferentes para bacias diferentes, fazendo com que o sistema convivesse com mais de um valor de tarifa. Tal situação pode ser compensada pela criação de uma caixa de compensação no sistema, contudo cria-se maior complexidade para a gestão.

Para além de regras tarifárias propriamente ditas, também é fundamental a adoção de outras fontes de financiamento para o TPU, como receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados. Como, inclusive, destaca a Lei de Concessões, tais receitas devem obrigatoriamente ser consideradas para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ou seja, é uma imposição legal o uso de tais receitas, caso existam, para a modicidade tarifária.

Referidas receitas consistem no conjunto de valores cujo recebimento decorre da exploração de atividades econômicas relacionadas tangencialmente à execução de um contrato de concessão. Além da existência de uma atividade principal desenvolvida pelo contratado, que delimita o objeto ou o escopo central do contrato e gera as receitas principais: tarifas, contraprestações, subvenções ou subsídios, podem existir atividades acessórias, paralelas ou ligadas ao escopo do contrato. São ganhos que o operador auferi por meio da venda de outros serviços, atividades secundárias ao objeto principal da concessão, não identificadas com esta.

Existem fonte diversas de tais rendas, como a exploração comercial pelo concessionário de publicidade nos ônibus ou a venda de rotas adicionais. Registre-se, ainda, a possível exploração decorrente de projetos mais complexos, de maior autonomia, mas também relacionados ao objeto da concessão, e que, para sua efetivação, importam na realização de investimentos específicos pelo concessionário. Os projetos associados podem ser relacionados à criação de espaços comerciais em terminais e estações, por exemplo. Em regra, deve-se admitir e incentivar que o concessionário explore as fontes geradoras dessas receitas com de forma que elas se tornem relevantes dentro da remuneração da concessionária, de forma a reduzir o ônus do financiamento do sistema pelas tarifas.

Os maiores contratos atualmente em vigor no Brasil, possuem três tipos de cláusulas sobre a repartição de receitas acessórias. O primeiro, mais frequente em projetos mais simples, é aquele que já identifica todas as fontes de receitas acessórias e já incorpora todo seu impacto econômico-financeiro no valor da tarifa, na contraprestação pecuniária, ou nos demais valores da concessão. O segundo, mais adequado para projetos mais complexos ou inovadores, cuja influência das receitas acessórias não pode ser completamente determinada nos estudos prévios, é aquele em que se identificam as fontes de receita, mas diante da impossibilidade de medir com precisão sua repercussão econômico-financeira futura, fixa-se uma fórmula de repartição dessas receitas entre o poder concedente e o concessionário. O terceiro modelo, também bastante utilizado em projetos complexos ou inovadores, remete a exploração de receitas acessórias à futura apresentação pelo concessionário de um plano de exploração dessas fontes de receita. O plano, nesses casos, deve estimar as receitas e justificar a repartição entre concessionário e poder concedente do resultado dessa atividade.

Há casos também em que o contrato opta por um misto das alternativas acima identificadas, justamente porque há fontes de receitas acessórias que podem ser

precisamente identificadas, inclusive com relação aos montantes resultantes de sua futura exploração e outras em relação às quais não há certeza ou, ainda que haja certeza, não há possibilidade de se estimar com precisão adequada os efeitos econômico-financeiros de sua exploração.

De todo o exposto nas últimas páginas, fica claro que o modelo de remuneração adotado para o serviço de TPU constitui ponto fundamental para que os contratos de concessão cumpram com os princípios constitucionais e legais que os regulam. No Brasil, a maioria dos sistemas determina a tarifa mediante o rateio do custo global estimado de operação dos serviços pelo número de passageiros pagantes. Possuindo os operadores a garantia de cobertura integral dos seus custos, o cálculo tarifário acaba por prever uma receita que absorva todos os custos do serviço, adicionado da remuneração do capital empregado. Sendo assim, o modelo não provoca qualquer incentivo a redução de custos, bem como a criação ou aumento de receitas alternativas, de forma a não haver por parte das concessionárias preocupação com os aumentos de tarifa, pois o seu lucro estará, de alguma forma, assegurado.

Tais questões são postas em prática somente através do edital e contrato da concessão, o que dá materialidade aos princípios e determinações constitucionais e legais são estes documentos. Ou seja, o último grau da densidade normativa (edital e contrato) são tão importantes quanto os demais. Se de um lado seu propósito não é inovar na ordem jurídica nem trazer princípios, ele que traduz os princípios em serviços públicos prestados ao cidadão. A materialização do que foi discutido nos capítulos 1 e 2 só ocorre quando esta discussão resulta em cláusulas contratuais. Por isso a relevância deste terceiro capítulo, que trata justamente de discutir quais as regras contratuais que seguem o que propõe a constituição e a lei. Apesar de não haver somente um pequeno kit de regras que são válidas sob essa ótica de edital e contratos sem o último grau da densidade normativa, é importante destacar que adotar regras que privilegiem a universalidade do serviço não é uma decisão discricionária do poder público, mas uma obrigação.

Conclusão

O presente trabalho buscou discutir a relevância do princípio da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos a partir de uma compreensão sistêmica do ordenamento jurídico-constitucional brasileira. Inicialmente rejeitou-se o ponto de partida que boa parte da doutrina brasileira se utiliza para discutir o instituto: o Direito Administrativo. Argumentou-se que os serviços públicos devem ser avaliados a partir de uma perspectiva primordialmente constitucional, sobretudo de direito constitucional econômico. A Assembleia Constitucional ao situar os serviços públicos dentro do Título voltado para a Ordem Econômica e Social não o fez de maneira casuística ou desprovida de sentido, dessa forma, é a partir daí que se deve analisar o instituto, a partir dos princípios e fundamentos que a Constituição lhe atribui.

A Constituição, contudo, não define, e nem deveria, os contornos específicos da prestação dos serviços públicos, nem das diferenças de prestação que existem entre os diferentes serviços. Dessa forma, é necessário ter presente que cada serviço específico tem características próprias e a partir destas que se deve sopesar os preceitos constitucionais que mais se adequam a cada caso. Dessa forma, definir os contornos da prestação dos serviços de TPU deve levar em consideração a legislação que trata do setor (Lei 12.587/202). Esta legislação, enfatiza sobremaneira a importância da modicidade tarifária, o que mostra que a estruturação de projetos de concessão de TPU devem ter a modicidade como ponto central. A tarifa não pode simplesmente ser definida como uma variável que torna a exploração econômica do serviço viável, mas deve se lembrar que ela é o pedágio que o cidadão arca para acessar o serviço. Dessa forma, a política tarifária deve ser parte central de todo o modelo, seja de um lado incentivando ganhos de produtividade no sistema para baratear os custos de operação do serviço, seja aumentando o controle do poder público sobre sua prestação de forma a não onerar excessivamente o cidadão que utiliza o serviço.

Como enfatizado diversas vezes neste trabalho, serviços públicos não podem ser enxergados como comodidade ou amenidades, mas verdadeiros vetores de conformação de direitos. No caso do TPU, tal afirmação é ainda mais relevante. O TPU não somente está relacionado a um direito constitucional (o direito ao transporte) mas ao possibilitar o deslocamento das pessoas pela cidade ele também está intrinsecamente ligado à possibilidade de fruição de outros direitos pela população. Desta forma, a acessibilidade a este serviço é central, e a tarifa é a principal barreira à acessibilidade plena. Por mais que a definição objetiva e bem limitada do que é modicidade tarifária para o TPU seja algo de difícil definição, visto que definir a partir de qual valor a tarifa deixa de ser módica seria um tanto quanto arbitrário, é certo que a política tarifária é fundamental para a possibilidade de o TPU realmente cumprir com os princípios constitucionais definidos para os serviços públicos.

A relevância da tarifa para a acessibilidade do serviço, contudo, se choca com a questão da sustentabilidade da sua prestação dentro de um regime de livre iniciativa. A Constituição Federal institui um Estado capitalista, que existe e atua dentro de um modo de produção em que a atividade econômica privada tem como objetivo a aferir lucro. Dessa forma, a prestação concessória de serviços públicos é feita, sob a ótica privada, com o objetivo de remunerar o capital aplicado. Ou seja, tais contratos a característica público-privada destes definem a sua especificidade: de um lado devem conformar direitos constitucionais e de outro possibilitar a aferição de lucro ao seu prestador. A mediação dessa tensão entre estes dois polos, a forma de buscar meios que para a prestação concessória atenda a estes dois objetivos, se dá através da atuação regulatória do Estado. O Estado deve ser o árbitro desse serviço, a terceira parte de um contrato concessório.

Portanto, a regulação possui caráter central para as concessões. Mas a regulação não deve se preocupar somente com as correções de falhas de mercado e proporcionar um ambiente de negócios propício à atividade privada. Se de um lado é certo que tratar destes pontos privilegia a prestação eficiente, e, portanto, mais barata dos serviços públicos, de outro ela não se importa com a garantia da acessibilidade. A correção de falhas de mercado e proporção de ambiente de negócios propício devem ser vistos como meios que favoreçam a universalidade dos serviços para a população. A universalidade deve ser vista como um tipo de pedágio a ser pago para se aferir lucro, ou seja, a prestação concessória dos serviços públicos deve colocar a possibilidade de lucro como um incentivo à prestação universal do serviço.

Tendo isso em mente que a modelagem de concessões, e a definição dos contornos editalícios e contratuais deve ser feita. A modelagem é tão somente o último nível de densidade normativa e que, portanto, deve seguir os princípios e normas que a antecedem. No caso do TPU, como defendido, a modelagem deve colocar a tarifa não como a variável dependente do modelo que o torna rentável, mas deve estar no centro da sua construção, juntamente com outros princípios. A política tarifária, por sua vez, deve ter como objetivo principal criar mecanismos que garantam a acessibilidade do serviço à população. Essas questões, cabe ressaltar, devem ser seguidas pelo poder público quando da concessão do TPU.

Esse último ponto é fundamental importância, a universalidade não é mera questão discricionária do poder público, ela deve ser uma meta a ser seguida. Por isso se ressalta que arranjos contratuais e editalícios concessórios de TPU devem ter presente a centralidade da universalidade como princípio a ser buscado. Isso não quer dizer que há somente um conjunto de cláusulas que são válidas e que atendam a este princípio, mesmo sendo um serviço relativamente homogêneo, as realidades locais sempre se impõem como importantes balizadores das normas a serem definidas para a concessão. Contudo, essas normas devem ser elaboradas para atender aos princípios constitucionais e legais do TPU.

Referências bibliográficas

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BAPTISTA, P. A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, v. 15, n. 175, set. 2015.

BERCOVICI, G. **Constituição Econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022

BRAGANÇA, G.; CAMACHO, F. Uma nota sobre o repasse de ganhos de produtividade em setores de infraestrutura no Brasil. **Radar IPEA**. Brasília, n. 22, nov/2012. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5424>. Acesso em: 13/02/2023

CÂMARA, J. **Tarifa nas Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009

CARVALHO, C. **Aspectos regulatórios e conceituais das políticas tarifárias dos sistemas de transporte público urbano no Brasil**. Brasília: IPEA, 2016. (Texto para discussão, n. 2192). Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6635/1/td_2192.pdf. Acesso em: 14/02/2023

CARVALHO, C.; PEREIRA, R. **Efeitos da variação da tarifa e da renda da população sobre a demanda de transporte público coletivo urbano no Brasil**. Brasília: IPEA, 2011. (Texto para discussão, n. 1595). Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9767. Acesso em: 13/02/2023

CANOTILHO, J. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAVALCANTE, P. O plano diretor da reforma do aparelho do estado (PDRAE) à luz da literatura brasileira. In: CAVALCANTE, P.; SILVA, M. **Reformas do estado no Brasil: trajetórias, inovações e desafios**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2020.

COSTA, F.; PECCI, A. Desestatização como estratégia de reforma do Estado: análise preliminar da privatização no Brasil da Nova República. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 3, p. 191-205, mai/jun 1999.

COUTINHO, D. A Constituição de 1988 e o Estado regulador brasileiro. In: NUSDEO, F. (org.). **A ordem econômica constitucional**: estudos em celebração

ao 1º centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

COUTINHO, R. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, C. (coord.) **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 65-86

COUTINHO, R. Regulação de serviços públicos e justiça distributiva; o desafio de universalização. **Revista de Estudos Universitários**, Sorocaba, v. 34, n. 1, p.85-109, jun/dez. 2008

COUTINHO, R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GÓMEZ-LOBO, A.; FOSTER, V.; HALPERN, J. Better household surveys for better desing of infrastructure subsidies. **Public policy for the private sector**, n. 213, Washington: World Bank, jun. 2000

GOMIDE, A.; CARVALHO, C. A regulação dos serviços de mobilidade urbana por ônibus no brasil. In: BALBIM, R.; KRAUSE, C.; LINKE, C. **Cidade e movimento: mobilidades e interações no desenvolvimento urbano**. Brasília: Ipea, ITDP, 2016.

LEDYARD, J. Market failure. In: DURLAUF, S.; BLUME, L. **The new Palgrave dictionary of economics**. London: Palgrave Macmillan London, 2018.

MAJONE, G. As transformações do Estado regulador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 11-43, jan/abr 2013

MARQUES NETO, F. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, p. 85-93, jun. 2009

MARQUES NETO, F. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v.1 , n. 1, p. 69-93, jan/mar 2003.

MOREIRA, E. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out/dez 2013

MOREIRA, E. Notas sobre o estado administrativo: de omissivo a hiperativo. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, p 153-179, jan/jun 2017

MOREIRA, E. Os serviços públicos brasileiros e sua lógica jurídico-econômica: reflexões a partir do artigo 175 da Constituição. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 17, n. 68, p. 9-43, out/dez 2019

MOREIRA, E. A Constituição Econômica renovada: origens, efeitos e análise prática de um conceito. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, V. 20, n. 77, p. 9-29, jan/mar 2022

MOREIRA, V. **Economia e Constituição**: para o Conceito de Constituição Económica. 2. ed. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra, 1979

NETO, C; SOARES, R. *A eficiência do Estado e as concessões rodoviárias no Brasil*: preocupação com o valor do pedágio e sugestões para operacionalizar a modicidade das tarifas. Brasília: IPEA, 2007 (Texto para discussão 1.286).

Disponível em:

https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5144

. Acesso em: 20/01/2023

OGUS, A. **Regulation**: legal form and economic theory. Oxford: Oxford University Press, 1994

OLIVEIRA, F. **Economia e política das finanças públicas no Brasil**: um guia de leitura. São Paulo: Hucitec, 2009

SOARES, R. *et al.* A CF/88 e a infraestrutura econômica brasileira. In: Cardoso Jr, J. *et al.* **A constituição brasileira de 1988 revisitada**: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social. Brasília: IPEA, 2009. v.1

SOUZA, A. **A modicidade tarifária nas concessões de serviços públicos**. Orientador: Thiago Marrara. 2016. 200 p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2016

ZABAN, B.; POMPERMAYER F.; CARVALHO, C. **Novo modelo de contrato de mobilidade urbana**: como gerar receita, aumentar o uso e reduzir custos de transporte público. Brasília: IPEA, 2021 (Nota técnica DIRUR, n. 23). Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=37754. Acesso em 10/02/2023

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável