

HUGO JESUS SOARES

**O SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO COMO DIREITO
SOCIAL FUNDAMENTAL: políticas públicas isonômicas e escassez de recursos**

CURITIBA
2015

HUGO JESUS SOARES

O SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL: políticas públicas isonômicas e escassez de recursos

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná na área de concentração de Direito econômico e Desenvolvimento e linha de pesquisa de Estado, Economia e Desenvolvimento.
Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

CURITIBA
2015

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

S676s
2015

Soares, Hugo Jesus
O serviço público de transporte coletivo urbano como direito social fundamental : políticas públicas isonômicas e escassez de recursos / Hugo Jesus Soares ; orientador, Emerson Gabardo. – 2015.
xii, 183 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2015
Inclui bibliografia

1. Direitos fundamentais. 2. Transporte urbano. 3. Políticas públicas.
4. Direitos sociais. 5. Direito. I. Gabardo, Emerson. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 340

TERMO DE APROVAÇÃO

O SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL: políticas públicas isonômicas e escassez de recursos

por

HUGO JESUS SOARES

Dissertação de conclusão de curso aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Professor de Direito econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet

Professor da Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior

Professor da Pós-graduação da Universidade Federal de Minas Gerais

Curitiba, 24 de março de 2015.

DEDICATÓRIA

O agradecimento é algo pensado, racional. A dedicatória não; ela se destina à primeira pessoa que vem à sua mente. É como *fazer um gol* e correr em direção às câmeras para dizer: “*Esse gol foi para você!*”

Se *Chronos* teimou em nos importunar, só pode ter sido a pedido de *Afrodite*. Eram tantos afazeres do escritório e do mestrado, mas ainda assim encontramos tempo para nos casar! O fruto de uma *Reviravolta* só poderia emergir com a força de *Hércules*.

Portanto, é a *você*, a primeira pessoa que me vem à mente todas as manhãs, que, carinhosamente, dedico este trabalho...

AGRADECIMENTOS

Era novembro de 2012, ainda comemorava a aprovação no Curso de Mestrado desta prestigiosa Instituição quando um amigo professor, logo após os devidos encômios, advertiu: “Aproveite bem as suas férias, pois serão dois anos de muito trabalho”. Não foram poucas as vezes em que o fim da jornada estava tão distante que desistir se tornou uma opção. O trabalho no escritório se avolumava com a mesma pujança que as tarefas acadêmicas: seminários, fichamentos, apresentações, artigos...

Em meio às novidades do casamento, da *divertida* reforma da casa, pinchavam os compromissos inadiáveis. Como bom advogado, os prazos foram cumpridos com rigor! Em que pese sempre na última volta do relógio... Também sobrevieram pequenos problemas de saúde, e outros tantos que, depois de superados, felizmente nem lembramos mais.

Estou cada vez mais convencido de que o segredo da vida é o equilíbrio. Creio que as lições de proporção e ponderação me serviram muito mais do que simples referência bibliográfica para o trabalho: foram uma *ilha de sanidade* em mares revoltos. Aprendi que o sofrimento é bem menor quando se concilia as *colisões* do dia a dia, principalmente quando se faz todas as coisas com – e por – amor.

Sem esquecer-se que a vida também é feita de opções e a cada escolha, reversamente, corresponderá uma renúncia. Em prol dos estudos, muitos momentos de lazer foram deixados de lado. Agora, no entanto, tudo o que poderia ter um aspecto negativo se convola em alegria e novos horizontes desbravados ou a desbravar.

O resultado final dessa verdadeira epopeia é apenas um dos atos dessa história. Como um jogo em equipe, um jogador fica responsável por marcar o *ponto* que garante a vitória de todos. A mim coube o protagonismo do último ato, escrevendo e apresentando o presente trabalho. Porém, nos bastidores da minha vida nada disso seria possível sem o apoio da minha família.

Ela é a responsável e a *verdadeira* merecedora por todos os elogios. Foram essenciais em todos os instantes, oferecendo todo o suporte necessário. Quanta paciência tiveram e quanta ajuda ofereceram. Qualquer falha do projeto é atribuível à minha fraqueza e às minhas limitações de toda natureza. Pai, mãe e “*mano*”: vocês devem ter apenas uma pequena ideia da admiração e carinho que sinto por vocês.

Agradeço também aos meus amigos. Eles foram imprescindíveis para essa conquista. Se não *jogaram* junto comigo, estiveram nas arquibancadas torcendo por mim. Oferecendo apoio moral e, por vezes, até mais do que isso: incentivos e *injeções*

de ânimo que apenas os amigos podem dar.

Amigos do escritório: sem essa contribuição, ainda mais noites teriam virado dia. *“Força e honra”!*

Amigos do mestrado: como os incomodei. Ficaram com créditos em amizade comigo que não expiram. Contem comigo sempre que precisar.

Amigos cujas amizades sobreviveram a esses dois anos de contatos diminuídos: amigos para a vida toda.

Ao Prof. Emerson Gabardo, agradeço pela paciência e educação que teve para com as falhas do projeto. Pelas orientações e pela segurança que passou desde o primeiro contato, quando sequer me conhecia pessoalmente. Por ser um *Democrata* com “D” (maiúsculo), respeitando todo posicionamento acadêmico... *“desde que fundamentado”*. Não estive à altura da orientação, mas *cresci*. Hoje enxergo muitas coisas que antes o *véu da ignorância* não me permitia. Reconheço a honra em ser orientado por tão brilhante mente intelectual.

Agradeço a Deus, todos os dias, por me proporcionar a paz de espírito que a vida humana tanto carece.

A todos, o meu muito obrigado.

SUMÁRIO

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| RESUMO | ix |
| ABSTRACT | x |
| PRÓLOGO | xi |
| INTRODUÇÃO | 1 |
| 1. Serviço público de transporte coletivo urbano | |
| 1.1. Natureza e regime jurídicos dos serviços públicos | 5 |
| 1.2. Serviço público adequado e a essencialidade do transporte coletivo urbano | 16 |
| 1.3. Estado social e o transporte coletivo como direito fundamental | 26 |
| 1.4. Princípio da dignidade da pessoa humana, fundamentalidade e o núcleo material dos serviços públicos | 39 |
| 1.5. Proporcionalidade e o princípio da continuidade do serviço público de transporte coletivo | 48 |
| 2. Transporte público e destarifação | |
| 2.1. A crise do transporte público brasileiro e os desafios para sua superação | 63 |
| 2.2. A regulamentação dos serviços gratuitos, módicos e soluções possíveis apresentadas | 72 |
| 2.3. Externalidades positivas decorrentes da gratuidade do serviço público de transporte | 83 |
| 2.4. O transporte coletivo público como direito social | 92 |
| 2.5. Para além dos interesses econômicos: interesse público, solidariedade e bem-estar social | 102 |
| 3. Custo do transporte coletivo | |
| 3.1. Noção de custo, a tarifa técnica e política tarifária | 117 |
| 3.2. Delegação de serviços públicos, riscos do negócio, política tarifária e políticas públicas | 131 |
| 3.3. Princípio da modicidade tarifária, receitas alternativas, tarifa ótima e isonomia | 140 |
| 3.4. Isenções legais, a equação econômico-financeira e mecanismos de reajuste e revisão | 151 |
| 3.5. A escassez de recursos, o princípio da reserva do possível, direitos fundamentais e o entendimento do Poder Judiciário | 164 |
| CONCLUSÃO | 180 |
| REFERÊNCIAS | |

RESUMO

Esta dissertação tem como temática o transporte coletivo urbano, o único serviço público que a Constituição de 1988 expressamente qualificou como essencial, em seu artigo 30, inciso V, também regulamentado pela Lei Federal n. 7.783/1989, em seu artigo 10, inciso V. Como direito social previsto no artigo 7º, inciso IV, da Constituição, compõe também o rol dos direitos fundamentais em razão do seu núcleo material essencial no atendimento das necessidades primárias dos cidadãos, ligando-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, pedra angular do serviço público em um Estado Social, preconizado pela Constituição de 1988 em seu artigo 1º, incisos III e IV. Sua fundamentalidade é percebida tanto pela sua própria atividade em si, quanto por ser um elo de realização com vários outros direitos fundamentais, como saúde e educação. Embora passível de delegação, conforme artigo 175, da Constituição, submete-se aos princípios da continuidade e da modicidade tarifária, o que obriga ao concessionário colocar à disposição um serviço público adequado (nos termos do artigo 6º, da Lei Federal n. 8.987/1995) e que objetive à universalização. Ao Estado compete estabelecer políticas públicas que concretizem os princípios fundamentais da República social do Brasil, o que inclui discriminar positivamente os usuários a partir do princípio da igualdade material. Em caso de omissão do Poder Público em criar tarifas isonômicas, sociais ou diferenciadas, especialmente destinadas aos reconhecidamente carentes, é assegurado ao cidadão o direito de reclamação à Administração Pública e o direito de petição ao Poder Judiciário, cabendo ao Estado demonstrar objetivamente a inexistência de recursos financeiros, observadas a razoabilidade e a proporcionalidade na aplicação dos recursos em serviços públicos. Em razão da crise de mobilidade urbana, bem como do esgotamento do modelo econômico capitalista, o texto propõe a valorização dos interesses públicos coletivos a partir do fortalecimento do “Welfare State”, em especial do serviço público de transporte coletivo urbano, a fim de maximizar os direitos fundamentais e incrementar o desenvolvimento.

Palavras-Chave: Estado social; direitos fundamentais; transporte coletivo urbano; políticas públicas; desenvolvimento.

ABSTRACT

This work has as its theme the urban public transport, the only public service that the Constitution expressly described as essential, in article 30, V, also regulated by Federal Law n. 7.783/1989, article 10, V. As a social right provided for in article 7, IV of the Constitution, also makes up the list of fundamental rights because of their essential core material in meeting the basic needs of citizens, linking up to the principle of human dignity as the cornerstone of public service in a Welfare State as recognized by the Constitution, Article 1, III and IV. His fundamentality is perceived both by its own activity itself, and because it is a realization link with several other fundamental rights such as health and education. Although capable of delegation, pursuant to article 175 of the Constitution, is subjected to the principles of continuity and reasonable tariffs, which requires the dealer to make available adequate public service (under article 6 of the Federal Law n. 8.987/1995) and that aims at universalizing. To the State to establish public policies which implement the fundamental principles of social Republic of Brazil, which includes positively discriminate users from the principle of equal material. In case of failure of the government to create isonomic, social or differentiated tariffs, especially for the poor known, is secured to the citizen the right to complain to the Public Administration and the right to petition the Judicial Power, and the State objectively demonstrate the absence of financial resources, subject to the reasonableness and proportionality in the application of public service resources. Because of the urban mobility crisis as well as the exhaustion of the capitalist economic model, the text proposes to increase the value of collective public interests from the strengthening of the "Welfare State", in particular urban public transport public service in order to maximize the fundamental rights and raising development.

Keywords: Welfare state; fundamental rights; urban transportation; public policy; development.

PRÓLOGO

O transporte público tem se revelado um tema altamente complexo, envolvendo diferentes análises: histórica, sociológica, política, jurídica, econômica etc. Desse paradigma multifacetado, que se entrelaça na realidade, propõe-se o presente trabalho a analisar os fatos e conjugá-los às normas, com o escopo final de superar visões maniqueístas que encerram o assunto. O reducionismo só funciona bem se o objetivo for projetar coisas (como carros e computadores). As visões dicotômicas, em regra, remetem à conclusões superficiais. Apenas o exercício dialético equilibrado das diversas fontes pode encontrar solução razoável aos problemas modernos.

Muitos trabalhos acadêmicos têm analisado as imbricações decorrentes das intersecções que ocorrem entre o Direito público e o privado, buscando responder em que medida se aplicam ou precisam ser revisitadas. O presente estudo também se dedica a relacionar a aspectos econômicos da prestação dos serviços com a posição jurídica dos usuários.

Contudo, ainda são poucos que se debruçaram sobre a temática de transportes coletivos urbanos. Ademais, a análise perpassará dois enfoques: sendo o primeiro, o direito ao serviço público e seus limites econômicos, mormente a relação entre serviço público e direitos fundamentais, e o limite imposto pela reserva do possível; e o segundo a fruição do serviço público pelo usuário, com ênfase na remuneração do serviço e seus reflexos, o que pode ser especificamente retratado em duas questões com suas problemáticas inerentes: (i) a relação entre transporte público e direitos sociais fundamentais; e (ii) a gratuidade do transporte e a escassez de recursos. Em outras palavras, se o transporte público for considerado direito social fundamental de aplicabilidade imediata, e havendo direito subjetivo ao transporte, em que medida a escassez dos recursos financeiros limita (se é que limita) a aplicação integral e universal da isenção tarifária.

Realizar-se-á uma incursão acerca dos regimes de Direito aplicados aos serviços públicos, seus conceitos aplicáveis aos serviços públicos, retratando a clássica distinção entre León Duguit e Gaston Jèze, até se chegar aos direitos constitucionais insculpidos nos arts. 5º ao 7º da Constituição da República e sua eficácia normativa. O destaque remete à importância nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana para a continuidade dos serviços públicos (em especial os essenciais, previstos no art. 9º, §1º, da Lei Federal n. 7.783/1989 – “Lei de Greve”), contribuindo para o fortalecimento do “Welfare State”.

Ato contínuo, analisar-se-á a crise do transporte coletivo, a partir de dados e números que demonstram a necessidade de medidas públicas urgentes. Conquanto seja muito comum a Administração Pública subsidiar – ao menos em parte – o transporte público coletivo, para que seja possível tarifas adequadas, os movimentos sociais passaram a defender a ideia de passe livre ou a completa destarificação. Pelo vértice econômico, deve-se revelar reflexos positivos e da sua comprovada viabilidade. Concomitante ao aspecto financeiro, busca-se ampliar os horizontes da solidariedade, princípio caro ao ordenamento jurídico, que por vezes sucumbe ao modelo econômico capitalista adotado pelo constituinte.

Em seguida, de posse dessas informações, demonstrar-se-á como o Estado deve estabelecer políticas públicas que concretizem tais direitos, o que inclui discriminar positivamente os usuários a partir do princípio da igualdade material. Sugere-se não apenas a isenção total dos mais carentes, mas também tarifas progressivamente isonômicas, que sejam sociais e diferenciadas.

Diante da escassez de recursos financeiros por parte da Administração Pública, será feito um cotejo com outros direitos sociais de conteúdo econômico, como o fornecimento de água e energia elétrica, em que há frequentes discussões sobre a continuidade diante do inadimplemento, e analisado o desfecho de casos práticos no Judiciário, observadas a razoabilidade e a proporcionalidade (o paradoxo do mínimo essencial e da reserva do possível).

Das intrincadas relações expostas, propugna-se uma releitura do transporte coletivo urbano sob três aspectos: (i) jurídico, reconhecendo-se a atividade administrativa partindo da inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana como conteúdo dos serviços públicos; (ii) econômico/financeiro, analisando-se pesquisas e dados técnicos atinentes aos custos da destarificação do transporte público; e (iii) político, fomentando a adoção de medidas que visem conferir eficácia aos direitos fundamentais.

Esses três elementos científicos são nucleares e deles devem se espriar conclusões que respeitem a Constituição da República, expressamente optante por conduzir-se economicamente pelo sistema capitalista, mas em um Estado de Bem-estar Social, em que os recursos auferidos sejam aplicados para reduzir as desigualdades sociais, em prol da construção de uma sociedade justa e solidária.

INTRODUÇÃO

Certa vez, Garabombo, o líder de uma tribo do altiplano peruano, foi acometido por uma estranha doença: sempre que saía de sua aldeia para representar pelos direitos da sua comunidade, ficava invisível. Pacificamente entrava nas repartições públicas competentes e buscava audiências com as respectivas autoridades, sem jamais ser visto ou ouvido. Aproveitando-se dessa capacidade, organizou uma rebelião e marchou com toda a tribo em direção aos centros políticos. Suas reivindicações tinham por base a terra. Os índios haviam sido despojados em detrimento das lavouras e criações de gado. Ao ser avistada a turba com seu líder à frente, Garabombo estranhamente se curou da misteriosa doença. Seus atos de rebeldia coletiva foram o antídoto para deixar de ser ignorado. Sua voz em protesto não apenas foi ouvida, mas todo seu corpo se tornou imediatamente visível, de modo que a guarda local o perseguiu violentamente até o prender como um “agitador e violador das leis”, acabando preso e morto.¹

Dos vilarejos às metrópoles, muitos direitos, individuais e coletivos, ainda hoje são invisíveis. Mas os povos têm direitos. Embora tenham trocado sua completa autodeterminação no exato momento em que a sociedade decidiu constituir-se em Estado, os direitos a um governo próprio, aos recursos naturais, ao território, à própria cultura, à liberdade, entre outros, são mantidos coletivamente com a soberania estatal. Apesar das omissões do Poder Público, as pessoas foram se organizando, ganharam representatividade e buscam se colocar pacificamente como elos intermediários entre o cidadão e o Estado, para que assim possam incorporar direitos coletivos.²

O sistema jurídico organizado pelo Estado visa ser universal e abstrato, para que possa regulamentar o máximo de situações possível. De uma grande cisão emergem duas grandes categorias: uma encerrando os direitos individuais e a outra os direitos de todos. Esse todo foi enquadrado como sendo direito próprio do Estado e foi chamado de Direito público. O Direito do Estado moderno tem sua base fincada na concepção dos direitos individuais, os quais nada mais eram que a possibilidade de cada homem livre adquirir direitos. Com efeito, o Estado organizado na modernidade deve garantir, individual e coletivamente, o exercício de direitos.

¹ SCORZA, Manuel. *História de Garabombo, o invisível: balada 2*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (Orgs.). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global*. 2. ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 2000, p. 307-310.

A atual conformação constitucional contempla um sistema economicamente capitalista e juridicamente influenciado por um viés social. No modelo liberal de economia repousa o princípio organizador de uma sociedade que busca criar um modelo de mercado, a partir de métodos não-burocráticos, com intervenção estatal mínima, acredita na sua auto-regulação. Em meio à animosidade política, eclodiu um paradoxo de “laissez-faire”, a ponta-de-lança legislativa do contramovimento que se opôs ao mercado auto-regulável propugnando maior presença do Estado. Esse duplo movimento, conflituoso e harmônico, ainda não foi superado. Se a auto-regulação é utópica, críticas não faltam ao (que consideram excessivo) protecionismo social. Resolver qual dessas duas perspectivas é a correta talvez seja o problema mais importante da história social recente.³

Aliás, não se acredita que seja um problema solucionável pela adoção de uma única perspectiva. O próprio ordenamento jurídico brasileiro estabelece como princípio fundamental da República “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (CF, art. 1º, IV). Qualquer reducionismo nessa seara poderá implicar não apenas em inconstitucionalidade normativa ou jurisdicional, mas em um colapso do sistema jurídico-econômico.

Recentemente, o espaço público avançou sobre o espaço privado, tornando ordem pública a que antes era privada. Assim, por exemplo, “o direito civil era quem definia o que era domínio público, enquanto no Estado do Bem-estar Social é o direito público que define como se exercita a propriedade para que ela cumpra uma função social”. Mas o problema da invisibilidade dos direitos coletivos permanece, e em grande medida ocorre porque, malgrado previstos em lei e pela Constituição da República, muitas vezes não encontram abrigo no Poder Judiciário, “ou pela própria dificuldade de acesso a ele por falta de organização e disposição ideológica ou mesmo porque não existem vias processuais adequadas, nem mesmo administrativas”.⁴

Tanto que, nas condições de vida atual, a realidade brasileira mostra que milhões de cidadãos têm sua mobilidade comprometida e encontram-se impossibilitados de usufruir do seu direito constitucional de ir e vir, em função do difícil acesso aos transportes públicos coletivos. Tal dificuldade “advém, sobretudo, dos altos

³ POLANYI, Karl. *A grande transformação*. São Paulo: Elsevier, 2012, p. 102-113.

⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis..., p. 307-310.

preços das tarifas, inadequações do sistema e falta de uma infra-estrutura urbana que possibilite o seu funcionamento adequado”.⁵

Em razão das manifestações que eclodiram por todo o Brasil a partir de junho de 2013, com o aumento dos preços das tarifas do transporte público, o Senador Randolfe Rodrigues apresentou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 37/2013, pela qual defende haver a necessidade de conceder ao direito ao transporte o mesmo status constitucional dispensado a aspectos essenciais como a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, dentre outros.⁶ Tida como proposta complementar à PEC 90/2011, de autoria da deputada Luíza Erundina, por renovar, em termos, o projeto que visa incluir o transporte no rol de direitos sociais do art. 6º, da Constituição da República,⁷ reconhece que o transporte é o vetor de desenvolvimento relacionado à produtividade e à qualidade de vida da população, sobretudo no contingente urbano, destacando-se na sociedade moderna pela relação com a mobilidade das pessoas, a oferta e o acesso aos bens e serviços, tornando-o determinante à própria emancipação social e o bem-estar daqueles segmentos que não possuem meios de locomoção.

Não obstante o reconhecimento da essencialidade do transporte no plano constitucional (CF, art. 30, V),⁸ a proposta de emenda visa alçar à literalidade o transporte como direito social fundamental, a partir das novas feições assumidas. O desenvolvimento de uma sociedade exige que novas soluções sejam reclamadas para as questões de exclusão social, para que se atinja o mínimo existencial para uma vida digna pelas largas parcelas da população brasileira. Outros direitos como moradia, saúde, educação, água, energia e assistência social, estão sendo discutidos há tempos. O transporte público ainda tem um longo caminho a trilhar, porém, poderá pegar carona com esses outros direitos fundamentais para atalhar o percurso e consolidar-se juntamente com os demais, diante da sua premência e importância.

⁵ PROJETO DE LEI n. 5.085/2005, proposto pelo Deputado Federal Jackson Barreto, o qual Institui o Vale-Transporte Social às unidades familiares enquadradas na Lei Federal n. 10.836/2004 (Lei do Bolsa Família). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=029E5AC67A4C2A8F2F4E799E68C44BCF.proposicoesWeb2?codteor=298004&filename=Tramitacao-PL+5085/2005>. Acessado em: 23/02/2015.

⁶ Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 37/2013. Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=133304&tp=1>. Acessado em 28/09/2014.

⁷ CF/88. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁸ CF/88. Art. 30. Compete aos Municípios: V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

O transporte é um dos serviços públicos mais complexos, cujo sistema incumbe ao Poder Público apoiar e gerir. As concessões não podem servir de escudo para aplacar a necessidade de investimentos urgentes para atender a todas as demandas da população. Os operadores do sistema reconhecem que o modelo atual de gestão do transporte público necessita de revisão imediata, haja vista que há muito tempo deixou de contemplar as expectativas do usuário. O cidadão, “cansado de esperar, foi às ruas brigar por um transporte verdadeiramente módico e eficiente”.⁹

⁹ CUNHA FILHO, Otavio Vieira da. *Transporte Público Urbano: como atender as demandas sociais?* Disponível em <http://www.ntu.org.br/novo/upload/Publicacao/Pub635449223395840593.pdf>. Acessado em: 23/02/2015.

1. SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO

“Não podemos caminhar sozinhos. E, enquanto caminhamos, precisamos fazer a promessa de que caminharemos para frente. Não podemos retroceder.”

Martin Luther King.

1.1. Natureza e regime jurídicos do transporte coletivo

A Constituição separa de um lado as atividades públicas, de titularidade do Estado; de outro, as atividades privadas. Essa separação garante a proteção do domínio privado contra interferências Estatais e, ao mesmo tempo, gera o direito dos indivíduos e o dever jurídico do Estado em buscar a realização das atividades contidas no campo próprio do Estado. A classificação das atividades em públicas e privadas tem grande importância jurídico-dogmática: ela é o critério que distingue a incidência das normas de Direito público das de Direito privado.¹

Ou seja, para se saber quando uma atividade é pública, deve ser verificado na Constituição e nas leis se a atividade foi ou não atribuída à titularidade do Poder Público. Se a atividade foi conferida ao Estado pela ordem jurídica, trata-se de atividade pública, sujeita ao Direito público (princípio de competência); se, no entanto, a atividade não foi conferida ao Estado, os particulares podem exercer sua titularidade, sendo aplicável o Direito privado (princípio de liberdade). Esse é o critério formal, eis que o próprio Direito positivo indicará quando irá incidir o Direito público e o Direito privado.²

León Duguit, fundador da “Escola do serviço público” ou “Escola de Bordeaux”, foi responsável pela Teoria Geral do Estado e do Direito em um momento que se vivia a transição de um Estado monoclasse para um pluriclasse. Para Duguit a noção de

¹ FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. Coleção Temas de Direito Administrativo 34. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 404.

² FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público ...*, p. 405.

serviço público substitui o conceito de soberania (“puissance”) como fundamento do Direito público.³

Destarte, a noção de serviço público não é nova: já no momento em que, por uma série de razões, se produziu a distinção entre governantes e governados, a noção do serviço público nasceu no espírito dos homens. Com efeito, a partir desse momento se compreendeu que “há certas obrigações dos governantes para com os governados e que a realização desses deveres é, ao mesmo tempo, a consequência e o fundamento da sua força superior”.⁴

Duguit sustentava que “o Estado, como órgão da vontade dos governantes, deve ser subordinado a uma ordem objetiva que não foi criada por ele próprio”, e que repousa sobre a ideia de “solidariedade social”.⁵ Ainda, entendia o serviço público como “toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção da força governante”.⁶

Dizer que um serviço é um serviço público significa que é organizado pelos governantes, funcionando sob a sua intervenção e devendo ter por eles assegurado o seu funcionamento sem interrupção, ainda que não seja gerido pelo Estado, mas por entidades descentralizadas da Administração Indireta ou delegatários privados, por meio de concessão.⁷

Cabe um recorte para expor a posição de Eros Roberto Grau, que utiliza o termo “atuação” de forma mais abrangente que “intervenção”, o que denota a atuação do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito. Já em sentido mais abrangente, ao considerar a globalidade da ação estatal, inclusive sobre a esfera do público, no campo da atividade econômica em sentido amplo, o uso da expressão “atuação estatal” é o mais adequado.⁸

³ DUGUIT, León. *Las Transformaciones Generales del Derecho* (público y privado). Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2001, p. 27.

⁴ DUGUIT, León. *Las Transformaciones ...*, p. 28.

⁵ A solidariedade pode ser visualizada ao mesmo tempo como valor ético e como princípio positivado nas Constituições. É, sobretudo, uma obrigação moral e um dever jurídico. Mas em virtude da correspondência entre deveres e direito, informa e vincula a liberdade e a justiça. In: TORRES, Ricardo Lobo. *A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Essencial*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, pp. 09-10, 2003.

⁶ DUGUIT, León. *Las Transformaciones ...*, p. 27.

⁷ DUGUIT, León. *Las Transformaciones ...*, p. 39-40.

⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica e a Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

Ao comentar essa posição, acolhida nos dias atuais, Emerson Gabardo explica que a diferença entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito (ambas espécies do gênero atividade econômica em sentido amplo), reside no fato que o serviço público incumbe preferencialmente ao Poder Público, ao passo que a atividade econômica em sentido estrito está reservada à iniciativa privada como regra e, em caráter excepcional à Administração Pública, como previsto no art. 173, “caput” e § 1º, e art. 175, ambos da Constituição.⁹ Ou seja, a Administração Pública, excepcionalmente, pode explorar diretamente atividade econômica em sentido estrito somente em casos de: (i) imperativo de segurança nacional; (ii) relevante interesse coletivo.¹⁰

A definição de Duguit, entretanto, é marcada por uma abrangência exagerada aos serviços públicos, equiparando-os a todas as atividades estatais: legislativas, jurisdicionais, administrativas etc., independentemente de serem exercidas em regime de Direito público ou Privado. Nesse sentido “lato”, o Estado seria um conjunto de serviços públicos, contudo, a simples caracterização como serviço público não implica em monopólio em favor do Estado, pois certas atividades, ainda que exercidas por particulares, são objeto de serviço público, quando prestadas pelo Estado.¹¹

Gaston Jèze também integrou a Escola de Bordeaux, mas buscou dar contornos jurídicos mais determinados (“stricto sensu”) ao serviço público, identificando-os como atividades prestadas pelo Estado, direta ou indiretamente, sob o regime jurídico de Direito público. Assim, defende que não é a essencialidade do bem ou do serviço que o torna um serviço público, visto que, alimentos e medicamentos, por exemplo, são fornecidos praticamente apenas por particulares e nem por isso são serviços públicos. Há ainda atividades de interesse geral que são assumidas pelo Estado com exclusividade, e outras que tanto podem ser prestadas pelo Estado como pela iniciativa privada por direito próprio.¹²

⁹ CF/88. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹⁰ GABARDO, Emerson. O regime jurídico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coords.). *Direito da Infraestrutura. Temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p 33.

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 85.

¹² JÈZE, Gaston Paul Amedée. *Principios Generale del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1948, p. 241.

Essa é diferença essencial entre a posição de Duguit e Jèze: enquanto para Jèze a invocação do serviço público (em sentido amplo, próprio das ideias da Escola do Serviço Público) justifica o regime especial dos contratos administrativos, para Duguit esse elemento não modifica a essência do contrato (não haveria que se falar em contrato de Direito privado e contrato de Direito público, mas apenas contratos celebrados pelo Estado e atos praticados pelo Estado que não são contratos) e as consequências daí decorrentes.¹³ Para Duguit o critério formal adotado por Jèze tornaria qualquer atividade passível de ser erigida à condição de serviço público mediante criação artificial do Legislador.¹⁴

A razão pela qual o tema da distinção entre serviços públicos e atividade econômica é relevante para o Direito econômico pode ser explicada pelos diversos regimes jurídicos aplicáveis a um e outro caso. É necessário identificar na Constituição os critérios existentes para se submeter as atividades econômicas a um destes regimes, apartando-se as atividades que devem ser precipuamente desempenhadas pelo Estado daquelas que em regra devem ser desenvolvidas pelos particulares. Se uma atividade econômica é serviço público, então ela somente pode ser desempenhada segundo regras aplicáveis ao serviço público e se uma atividade econômica não é serviço público, não se pode exigir que o particular que pretenda desempenhá-la esteja sujeito às restrições típicas dos serviços públicos.¹⁵

Esclareça-se que na ordem constitucional vigente, há uma divisão entre serviços públicos (regra do art. 175 da Constituição)¹⁶ e atividades econômicas em sentido estrito (art. 173).¹⁷ Assim, como o particular somente pode desempenhar serviços públicos por delegação estatal, mediante licitação pública, o Estado somente pode desempenhar atividade econômica por motivos de segurança nacional ou para satisfazer relevante interesse coletivo definidos em lei.¹⁸

A descentralização administrativa, uma técnica de organização administrativa, consiste na identificação do regime de Direito público na prestação de serviços

¹³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 188-189.

¹⁴ DUGUIT, León. *Las Transformaciones ...*, p. 67.

¹⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 123-124.

¹⁶ CF/88. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹⁷ CF/88. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

¹⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social ...*, p. 125.

públicos por pessoas de Direito privado. Diante da grande complexidade de tarefas constitucionais, a Constituição organizou a República Federativa política e administrativamente em uma Federação composta por Entes autônomos: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (CF, art. 18).¹⁹

Para o desempenho de suas autônomas funções políticas, cada Entidade Federativa poderá transferir sua competência para outras pessoas, naturais ou jurídicas, de Direito público ou privado, nos termos do art. 37, “caput”, da Constituição,²⁰ por meio de concessão, permissão (CF, art. 175)²¹ ou autorização (CF, art. 21, XII).²² A descentralização, portanto, é técnica de atribuição de competências públicas onde há transferência do dever de realizar uma tarefa – bem como das demais situações jurídicas ativas e passivas decorrentes – de uma pessoa pública para outra pessoa pública ou privada.²³

Mediante critérios jurídicos e econômicos o Estado estabeleceu quais serviços públicos deverão ser prestados diretamente pelo aparato estatal em razão de sua complexidade ou pela vinculação com a Administração Pública e quais poderão ser delegados a terceiros da iniciativa privada, como é o caso da concessão de transporte, considerado serviço de utilidade pública, devidamente reconhecida a sua conveniência para a coletividade, o que obriga o concessionário à continuidade na prestação do serviço.²⁴

Válido registrar que Egon Bockmann Moreira, no entanto, diferencia as relações concessionárias primárias (estabelecidas entre o poder concedente e a concessionária, sendo a “relação-mãe”) das relações concessionárias secundárias

¹⁹ CF/88. Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

²⁰ CF/88. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...).

²¹ Para o trabalho não se fará necessário distinguir concessão e permissão, porém, para fins de registro, acolhe-se a discriminação proposta por Celso Antonio Bandeira de Mello, o qual explica que a concessão tem natureza contratual e a permissão é ato unilateral, discricionário e precário, sendo, portanto, despida de qualquer contratualidade. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 273).

²² CF/88. Art. 21. Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...).

²³ FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público ...*, p. 117-121.

²⁴ Segundo Ana Mara Goffi Flaquer Scartezzini, a prestação do serviço é concedida por conta e risco do particular, que o executa investido das prerrogativas e obrigação em contrapartida, incluindo os efeitos trilaterais entre o Poder Público, concessionários e usuários, terceiros estranhos à relação jurídica contratual propriamente dita. Observa-se que esse tema será retomado adiante, no item 3.2 do trabalho. (In: SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 108-109).

(oriundas da multiplicidade de contratos de prestação de serviço entre o concessionário e os usuários, formal ou informalmente celebrados). Nesse sentido, reconhece que o serviço tem natureza jurídica pública, porém, afirma que é efetivamente prestado em regime jurídico de Direito privado administrativo. Isso porque, a realidade jurídica (e respectivo regime) do sistema estatutário do contrato de concessão e a respectiva relação que se põe entre concedente e concessionário é diversa da realidade e dos regimes jurídicos que caracterizam as relações entre concessionário, usuários e terceiros.²⁵

Por isso que ao interno do contrato estabelecido entre usuário e concessionário podem existir relações típicas de Direito público e outras tantas específicas de Direito privado, motivo pelo qual seria mais adequado falar em Direito privado administrativo.²⁶ Vitor Rhein Schirato também refuta a clássica dicotomia, alegando que a complexidade da organização econômica atual (tanto porque não mais haveria um regime jurídico único e certo definível a todos os serviços públicos, quanto porque não raro as atividades econômicas exploradas pelo Estado sujeitam-se a intensa regulação, muito próximo ao regime do serviço público) tornou difícil identificar com clareza a distinção entre casos que se tratam de serviço público e casos de atividade econômica explorada pelo Estado, colocando em xeque a existência de regime jurídico próprio, demarcador característico do serviço público.²⁷

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), contudo, por maioria, resolveu a questão no Conflito de Competência (CComp) n. 103.374/RS, em que foi relator para acórdão o Ministro Hamilton Carvalhido, tendo sido firmado o entendimento pelo regime jurídico público, por considerar que a relação jurídica subjacente à demanda, ainda que regida pelo Direito privado, não modifica o tema a ser decidido, que tem sede na natureza e no regime das concessões de serviço público, e não no contrato celebrado entre as partes.

Nota-se a importância da distinção do regime e seus limites quando, por exemplo, lembra-se que o próprio Gaston Jèze afirmava que não havia nenhum obstáculo jurídico para que a concessão de serviço público fosse empregada para outros serviços públicos, como polícia, justiça, cobrança de impostos etc., o que, no entanto, é insustentável diante dos princípios elementares do Direito público

²⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 303.

²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 304.

²⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 128-129.

brasileiro.²⁸ Tal assertiva decorre da própria noção de serviço público, ao ser definido por Luiz Alberto Blanchet como uma atividade como tal considerada pela Constituição da República ou pela lei, prestada de forma permanente (ou contínua) e submetida ao regime de Direito público. Ou seja, há que se submeter ao regime público todos os serviços públicos, não se aplicando o restante do conceito, o qual prevê pode a atividade ser executada concreta e diretamente pelo Estado, ou por aqueles a quem tal incumbência for delegada, visando à satisfação de necessidades ou à criação de utilidades, ambas de interesse coletivo.²⁹

Eros Roberto Grau, contudo, afirma que é inteiramente equivocada a tentativa de conceituar o serviço público como atividade sujeita a regime de serviço público, pois, além de privilegiar a forma em detrimento do conteúdo, esbarra em tautologia: “determinada atividade fica sujeita ao regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público”.³⁰

Para tratar do regime especial de Direito público, vários autores, assim como Gaston Jèze, enunciam que é necessário atender alguns princípios, como a supremacia do interesse público, universalidade, continuidade, impessoalidade etc., princípios bastante fluidos que, como reconhece Celso Antônio Bandeira de Mello, “este arrolamento, obviamente, não representa senão o realce dado a alguns princípios dentre os que compõem regime jurídico administrativo, tendo em vista que a sua ressonância evidente nos serviços públicos, ou por constituírem especificações deles perante tal temática”,³¹ ou, em outras palavras, “os tais princípios dos serviços públicos são, na verdade, os princípios da Administração Pública”.³² Contudo, adverte-se: “Se formos definir o serviço público por esses princípios, todo o Direito Administrativo será serviço público”.³³

Partir então para uma mera referência a um princípio também pode se revelar enganadora, a exemplo do princípio da legalidade, que está na matriz dos

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços ...*, p. 131.

²⁹ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos: Comentários à Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Lei 9.074, de 7 de julho de 1995 com as inovações da Lei 9.427 de 27 de dezembro de 1996*. 2. ed. Curitiba, Juruá, 1999, p. 33.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica ...*, p. 114.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil. In: Direito do Estado: novos rumos*, t. 2 (Direito Administrativo). São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 29.

³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços P...*, p. 147.

³³ BARRA, Rodolfo Carlos. *Los Principios Generales de la Intervención Pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público*, in: *Servicio Público, Policía y fomento (Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral)*, Buenos Aires: Ed. RAP, 2003, p. 53. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 131.

comportamentos público e privado.³⁴ Por isso, o simples fato da Administração Pública estar sujeita ao princípio da legalidade não a distingue, porquanto o mesmo princípio também permeia a atuação dos agentes privados, em regime de Direito privado. Se se pretende, portanto, relacionar o princípio da legalidade ao regime de Direito público, forçoso seria referi-lo, rigorosamente, como princípio da legalidade sob conteúdo de comprometimento positivo,³⁵ pois do contrário faz pairar dúvida acerca do regime aplicado.³⁶

Há diferentes níveis de incidência dos princípios jurídicos e, por consequência, diversos níveis de modelos de regimes jurídicos. Em relação ao regime das empresas estatais, por exemplo, é marcante a distinção entre os seus momentos estrutural e funcional. O regime funcional está relacionado com o desenvolvimento das atividades da empresa, podendo ser visualizadas da perspectiva dos particulares (suas relações com a estatal, também chamado regime jurídico funcional externo) ou do próprio Estado (sua relação com a estatal, também chamado regime jurídico funcional interno). No nível do regime jurídico funcional interno debate-se, por exemplo, o tipo e a extensão dos controles estatais a que está sujeita a empresa; no regime jurídico funcional externo debate-se, por exemplo, se o contrato celebrado entre a empresa e particulares é do tipo administrativo ou privado. Já o regime estrutural está relacionado com o formato institucional, em que se discute a caracterização da pessoa jurídica como sociedade de economia mista ou não, por exemplo.³⁷

Não é necessário que os regimes supracitados interpenetrem-se, motivo pelo qual não se pode lançar princípios sobre o âmbito dos demais regimes. A título de exemplificação, pelo princípio da supremacia do interesse público o Estado atua, no interior da sociedade de economia mista, sob privilégio, em posição assimétrica em relação aos acionistas privados. Contudo, caso o objeto da sociedade de economia mista não seja a exploração de atividade econômica em sentido estrito, seu regime jurídico funcional não estará submetido ao princípio da supremacia do interesse

³⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, 3. ed., Madrid: Civitas, 1988, p. 286.

³⁵ Pela consideração dos diversos conteúdos as doutrinas do comprometimento positivo (“positive Bindung”) e do comprometimento negativo (“negative Bindung”), no primeiro se pode fazer o que a lei permite e, no segundo, o que a lei não proíbe. In: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica ...*, p. 116.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica ...*, p. 117.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica ...*, p. 117-118.

público, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição da República.³⁸ Sob outro vértice, tratando-se de empresa estatal que o Estado não atue em situação de privilégio frente aos acionistas privados (posição simétrica, portanto), o princípio da supremacia do interesse público não contribuirá à conformação do regime jurídico estrutural da empresa. Diferentemente seria caso o objeto da atuação consubstanciar a prestação de serviço público, em que o regime jurídico funcional externo será informado pelo princípio da supremacia do interesse público. Ao se discernir o equacionamento de distintos regimes jurídicos, que em distintos níveis tem aplicação sobre as empresas estatais, extermina-se grande parte da dificuldade a superar não apenas no enfrentamento da tarefa de construção de seus modelos, mas também no que tange à compreensão da circunstância de entidades de Direito privado serem, porém, entes governamentais e atuarem ora no âmbito dos serviços públicos, ora no campo da atividade econômica em sentido estrito.³⁹

O Direito público é o regime característico das atividades públicas, sendo ele a base da atividade estatal, como ocorre no âmbito das funções legislativa, jurisdicional e de governo. Mesmo nas atividades públicas em que seja aplicado o Direito privado, é ele [o Direito público] que preside a sua lógica. André Luiz Freire anota exceções em que o Direito privado é aplicável às atividades públicas,⁴⁰ ressaltando que em hipótese alguma caberá a autonomia privada e a livre iniciativa. Tais hipóteses, no entanto, não permitem concluir que haja atividade administrativa regida pelo Direito privado.⁴¹

Tanto o Direito privado como o Direito público não se subordinam, nem se contrapõem, uma vez que são espécies do mesmo gênero (o Direito). Com o passar do tempo, o Direito público vai pouco a pouco se encontrando com o Direito privado e sobre este exercendo influência decisiva, ao ponto de, muitas vezes predominar.⁴²

O Supremo Tribunal Federal (STF) não utiliza um critério para definir serviço público em seus julgamentos. A definição de serviço público varia conforme posição de cada julgador e em cada caso analisado. Entretanto, André Luiz Freire verificou que

³⁸ CF/88. Ar. 173. §1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)

³⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica ...*, p. 117-118.

⁴⁰ Segundo o autor, a aplicação do Direito privado em determinadas atividades administrativas decorre (i) de determinação constitucional ou legal (por exemplo, a aplicação da Lei Federal n. 6.404/1976 às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público) ou (ii) de lacuna ou dúvida interpretativa, prevalecendo, no entanto, os princípios de Direito público (*In: FREIRE, André Luiz. O regime de Direito público ...*, p. 413).

⁴¹ FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público ...*, p. 413.

⁴² NICZ, Alvacir. *Estudos de Direito Administrativo*. Curitiba: JM Editora, 1995, p. 8.

o STF tem identificado o serviço público como uma atividade de titularidade do Estado, isto é, uma atividade estatal marcada pela isonomia, universalidade, adaptabilidade (ou atualidade), continuidade, dentre outros, sobre a qual não incidem os princípios da ordem econômica, como livre iniciativa e livre concorrência.⁴³

Grande parte dos conceitos existentes na doutrina abrange atividades estatais que, se possuem a mesma base axiológica ou teleológica (bem-estar da coletividade), têm regimes jurídicos pouco ou nada em comum: atividades indelegáveis/delegáveis à iniciativa privada; financiadas por impostos/por tarifas e taxas; exploráveis comercialmente/gratuitamente; exclusivas do Estado compartilhadas com a iniciativa privada; de uso obrigatório/facultativas; manifestações do “jus imperii” estatal ou não; atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais etc.⁴⁴

Necessário um recorte para consignar que o poder estatal subordinou o Estado às normas jurídicas para poder controlá-lo, posteriormente elas passaram a reconhecer a existência de direitos individuais aos particulares, deixando estes de serem vistos como súditos e passando a ser encarado como cidadãos e, portanto, sujeito de direitos. É essa nova relação jurídica entre Estado e indivíduo, que deve ser orientada por uma racionalidade e princípios próprios, que demanda uma nova regulação, donde emerge a necessidade do Direito administrativo.⁴⁵

Nesse sentido, embora não se esteja alheio às controvérsias, para esse momento inicial do trabalho adota-se o clássico conceito de serviço público de Luiz Alberto Blanchet, que o define como “atividade como tal considerada pela Constituição da República ou pela lei, prestada de forma permanente (ou contínua) submetida ao regime de Direito público, executada concreta e diretamente pelo Estado, ou por aqueles a quem tal incumbência for delegada, visando à satisfação de necessidades ou à criação de utilidades, ambas de interesse coletivo”.⁴⁶

Em complemento, citam-se os três elementos atualmente reconhecidos pela doutrina para que uma atividade seja entendida como serviço público: (i) material ou objetivo, que consiste em satisfazer as necessidades individuais ou transindividuais de cunho essencial; (ii) subjetivo, que consiste na atuação pelo Estado ou quem lhe faça

⁴³ FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público ...*, p. 413.

⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços ...*, p. 129.

⁴⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 90.

⁴⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 53.

as vezes; (iii) formal, que consiste na aplicação do regime jurídico de Direito público através da “publicatio” em sede constitucional ou legislativa.⁴⁷

O mero fundamento da atividade estatal (o bem-estar da coletividade), todavia, não distingue os serviços públicos de outras atividades, eis que a atividade estatal possui, direta ou indiretamente, esse fundamento ou finalidade. O foco, portanto, sempre parte do regime jurídico adotado, mas deve haver algo quantitativa e qualitativamente comum aos regimes jurídicos das diversas atividades (com regimes jurídicos em parte distintos) que justifique a classificação de todas essas atividades sob o mesmo conceito geral. De todas as atividades administrativas existentes, excluem-se desde logo do conceito de serviço público as atividades legislativas e jurisdicionais.⁴⁸

Adotar-se-á tais premissas jurídicas, mantendo-se distante das questões ideológicas, pois “a ideologização do estudo dos serviços públicos possui dois riscos opostos, a depender da ideologia do intérprete”: os liberais tendem a ver os serviços públicos, na melhor das hipóteses, como um mal necessário, sendo bem vindos todos os mecanismos que liberalizem o setor e/ou nele instaure a concorrência, que, por si só, como a “mão invisível do mercado”, traria benefícios para toda a coletividade; para os juristas de perfil mais social, os serviços públicos são precipuamente um mecanismo de garantia dos direitos fundamentais, incumbindo ao Estado assegurá-los a qualquer custo, devendo as preocupações com a racionalidade econômica das atividades serem deixadas em segundo plano diante de qualquer invocação de exigências da “dignidade da pessoa humana”.⁴⁹

Ao buscar um equilíbrio entre as posições apresentadas, parte-se do alerta feito por Onofre Batista Alves Júnior, para quem o capital não deve ser regido apenas por suas próprias regras e vontades, pois, do contrário, a busca do lucro máximo e da satisfação plena acarretaria na exploração de uns pelos outros (e conseqüente enriquecimento de uns em detrimento de outros). Seria ingenuidade acreditar que uma “mão invisível” possa garantir o bem comum e o automático equilíbrio dos egoísmos privados. Por isso, em uma sociedade capitalista e solidária, cumpre um agente bem

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 697.

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos ...*, p. 129-130.

⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos ...*, p. 17.

atuar: o Estado, regido pela máxima da indisponibilidade e supremacia do interesse público.⁵⁰

1.2. Serviço público adequado e a essencialidade do transporte coletivo urbano

Consoante Ruy Cirne Lima “A definição do que seja ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público terá de ser contrastada com a definição expressa ou suposta pela Constituição”.⁵¹ De qualquer modo, segundo a análise de Emerson Gabardo, o serviço público é uma atividade econômica em sentido estrito que teve seu regime jurídico alterado.⁵²

Para realizar a difícil diferenciação entre determinada parcela de atividade econômica em sentido amplo como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito, primeiramente é preciso distinguir os serviços públicos privativos dos serviços públicos não privativos. Segundo Eros Roberto Grau, revendo sua anterior posição, o que os distingue é a circunstância de os serviços públicos não privativos poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os serviços públicos privativos do Estado conquanto admita a prestação pelo setor privado sob qualquer desses mesmos regimes.⁵³

É o caso, por exemplo, de educação e saúde prestados pelo particular, ainda que a Constituição⁵⁴ expressamente permita que tais serviços sejam livres à iniciativa privada, não deixam de ser serviços públicos, não importando quem os preste – União, Estados, Municípios ou particulares.⁵⁵

O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao transporte público. O art. 30, V, da Constituição dispõe que “Compete aos Municípios organizar e prestar, diretamente ou

⁵⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; SILVA, Fernanda Alen Gonçalves da. A Função Social da Exploração Mineral no Estado de Minas Gerais. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 475-505, jan./jun. 2013, p. 480.

⁵¹ LIMA, Ruy Cirne. Pareceres [Direito público], Livraria Sulina, Porto Alegre, 1963, p. 122. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços ...*, p. 2.

⁵² GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 134-139.

⁵³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 120.

⁵⁴ CF/88. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada (...).

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica ...*, p. 121.

sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo (...). Decorre daí a identificação da atividade como sendo serviço público por definição constitucional. E o transporte é tratado como “essencial” no art. 30, V, da Constituição da República,⁵⁶ e no art. 10, V, da Lei Federal n. 7.783/1989 (Lei de Greve), que regulamenta o art. 9º, § 1º, da Constituição da República.⁵⁷

Cabe registrar que Antônio Carlos Cintra do Amaral aponta como equívoca a criação de classes de serviços públicos quanto à sua essencialidade ou não, ao considerar que se uma determinada atividade foi definida pelo ordenamento jurídico como serviço público, ela é essencial à comunidade, não havendo que se falar em serviços mais essenciais ou menos essenciais.⁵⁸

De todo modo, ao longo da Constituição há várias isenções que reforçam a essencialidade do transporte coletivo, como no art. 7º, IV (direito social dos trabalhadores);⁵⁹ 208, VII (direito a transporte aos estudantes);⁶⁰ art. 230, § 2º (gratuidade no transporte coletivo aos maiores de 65 anos);⁶¹ Lei Estadual nº 12.568/96-BA (concede gratuidade no transporte interurbano ao deficiente físico pobre);⁶² etc.

⁵⁶ CF/88. Art. 30. Compete aos Municípios: V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

⁵⁷ CF/88.. Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Lei 7.783/1989. Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: V - transporte coletivo;

⁵⁸ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 18.

⁵⁹ CF/88. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

⁶⁰ CF/88. Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

⁶¹ CF/88. Art. 230. § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

⁶² Lei Estadual n. 12.568/1996. Art. 1º Fica instituída a gratuidade, em ônibus de empresas permissionárias de serviço regular comum intermunicipal, às pessoas portadoras de deficiência física. Parágrafo único. Só terão direito ao benefício constante no Art. 1º desta Lei os deficientes físicos e pobres assim entendido pela Lei Federal n. 1.060/50 (Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados).

A Lei de Greve (7.783/1989), ao regulamentar o § 1º do art. 9º da Constituição,⁶³ trouxe em seu bojo um rol de serviços essenciais,⁶⁴ assim considerados as “necessidades inadiáveis da comunidade”,⁶⁵ ou seja aqueles que, acaso não atendidos, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população (parágrafo único do art. 11).⁶⁶ Contudo, por constituir “*numerus apertus*” o rol de serviços públicos essenciais, convencionou-se interpretar em seu sentido vulgar, significando que todo serviço público é essencial (incluindo os serviços públicos de utilidade).⁶⁷

Já o Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001), que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição⁶⁸ e estabelece diretrizes gerais da política urbana, estabelece em seu art. 2º, I e V,⁶⁹ que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade mediante diretrizes gerais que incluem a garantia do direito ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, e à oferta de transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais.

Dentre um catálogo de serviços essenciais, opta-se por valorar a essencialidade de cada serviço, em maior ou menor grau, principalmente por se considerar que há escassez de recursos, o que motiva que alguns serviços tidos por mais essenciais tenham preferência sobre outros sob esse critério. Dentre estes considerados mais essenciais, cuja fruição relaciona-se com a dignidade da pessoa

⁶³ CF/88. Art. 9º (...) § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

⁶⁴ Lei Federal n. 7.783/1989. Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: (...) V - transporte coletivo;

⁶⁵ Nesse sentido, vide a decisão do STJ no MS 15.339/DF, relator Ministro Humberto Martins, DJE 13/10/2010.

⁶⁶ Lei Federal n. 7.783/1989. Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

⁶⁷ BARRO, Raimundo Gomes de; FOLHA, Adoleide; TORRES, Maria Cleide. Serviços de telefonia fixa pré-pagos. Serviço público essencial. Descontinuidade. Ação civil pública. Abusividade. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 64, out./dez. 2007, p. 318.

⁶⁸ CF/88. Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

⁶⁹ Lei Federal n. 10.257/2001. Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

humana, certamente se encontra o transporte público, à vista da característica expressamente prevista pela Constituição da República. Em razão da preocupação do constituinte, a ponto de discriminar apenas o transporte, entre todos os outros serviços públicos, com o rótulo da essencialidade, de plano é possível afirmar que ambas as funções do princípio da modicidade tarifária (positiva e negativa), a serem analisadas oportunamente, revestem-se de um caráter de adicional imperatividade.⁷⁰

Não obstante, André Luiz Freire afirma que nem todas as atividades caracterizadas como essenciais ou destinadas ao atendimento das necessidades e dos interesses coletivos, ou ainda, relacionadas diretamente aos direitos fundamentais, são serviços públicos. O serviço público não o é “por sua natureza em si”, afirma. As atividades bancárias e o próprio sistema financeiro são serviços essenciais e atendem às necessidades coletivas, nem por isso se sujeitam ao regime de Direito público, tampouco são considerados serviços públicos, apesar de sua manifesta importância.⁷¹

Ainda que muitos serviços públicos se destinem a concretizar os direitos fundamentais (como saúde, educação e assistência social), os serviços lotéricos, por exemplo, que nada têm de fundamental, são considerados serviços públicos. Por outro lado, farmácias, por exemplo, são diretamente ligadas a um direito fundamental e nem por isso são consideradas como serviço público. Um exclusivo critério formal de serviço público pode trazer riscos à própria esfera privada, vez que atividades reputadas como privadas poderiam ser consideradas serviço público e ser submetida ao regime jurídico de Direito público. Além disso, a definição de serviço essencial ou de necessidade coletiva, fundada em uma concepção sociológica, política ou econômica, caberia à subjetividade do julgador. Por tais razões, apenas o critério formal não confere segurança jurídica no campo público e privado, pois tem como objeto o conjunto de normas jurídicas vigentes em um dado tempo e espaço.⁷²

Marçal Justen Filho, no entanto, apresenta um modelo que diferencia serviços públicos individuais essenciais e não essenciais para então defender que há possibilidade de interromper aqueles considerados não essenciais, como é o caso de telefonia. Por esse critério, são impossíveis de descontinuação os serviços públicos de fornecimento de água, energia elétrica, entre outros, considerados essenciais para a

⁷⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O regime tarifário na concessão de serviço público. *Revista de Direito público da Economia — RDPE*, ano 7, n. 27, jul./set. de 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 60.

⁷¹ FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. Coleção Temas de Direito Administrativo 34. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 239.

⁷² FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito ...*, p. 239-240.

dignidade da pessoa humana. Resta ao Poder Público realizar a cobrança dos inadimplentes ou simplesmente repassar tais perdas aos demais usuários, elevando o preço público.⁷³

Contudo, segundo Demócrito Reinaldo Filho, se a “essencialidade” do bem servisse de fundamento para obstacularizar a suspensão do fornecimento, então em nenhuma situação poderia haver a interrupção, já que o bem público é essencial para as necessidades básicas do usuário.⁷⁴ É de suma importância destacar que as “necessidades básicas” ao longo do tempo corresponderam a bens e serviços bastante diversos. Os serviços religiosos na Idade Média e os banhos públicos na antiga Atenas, por exemplo, eram considerados essenciais, enquanto que saneamento básico e educação, não.⁷⁵

Ciente das controvérsias e sem visar seu encerramento, opta-se por reconhecer a essencialidade do serviço público sob dois critérios: formal e material. O primeiro (formal), decorrente da própria norma jurídica, a Lei Federal n. 7.783/1989. Caso previsto no catálogo do art. 10, em observância ao princípio da legalidade (Lei Federal n. 9.784/1999, art. 2º),⁷⁶ deve ser reconhecido o caráter essencial da atividade ou serviço. O segundo (material), ainda que não previsto em lei, decorrente do núcleo material do serviço ou atividade, sempre que se vincular diretamente aos direitos e garantias fundamentais (CF/88, art. 5º). Em especial à dignidade da pessoa humana, o que torna o rol constitucional exemplificativo e possibilita ao exegeta acompanhar os movimentos evolutivos do Direito em seu tempo.

As pessoas não têm apenas necessidades, têm ideias sobre as suas necessidades, têm prioridades, graus de necessidade, e tais prioridades se referem não apenas à sua natureza humana, como também à sua história e cultura. Como os recursos são sempre escassos, é preciso tomar decisões difíceis, “decisões estas que só podem ser de natureza política”,⁷⁷ segundo Alexandre Santos de Aragão. E o agastamento do poder estatal foi agravado pela necessidade do Estado buscar no mercado os recursos necessários à sua manutenção e aperfeiçoamento, e à

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 310.

⁷⁴ REINALDO FILHO, Demócrito. Energia elétrica: a possibilidade de corte do fornecimento por débito pretérito (estimado em decorrência de fraude no consumo) – uma tentativa de reversão da jurisprudência. *Revista Magister de Direito Empresarial*, n. 32, abr./mai. 2010. p. 63.

⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços ...*, p. 2.

⁷⁶ Lei Federal n. 9.784/1999. Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços ...*, p. 2.

minoração do déficit público para a consecução dos serviços públicos. Por um lado essa estratégia do Estado propiciou uma nova fonte de recursos, contudo, por outro, lhe retirou grande parte do poder de comando sobre os serviços públicos, haja vista que os capitais privados buscam ancoradouro em arcabouços institucionais e normativos apropriados ao lucro e à segurança jurídica.⁷⁸

Nesse tocante, mister destacar que as concessionárias de serviços públicos firmam contratos tipicamente administrativos com o Poder Público, regidos, portanto, pelo Direito público. Em relação aos usuários, entretanto, estabelece-se nova relação jurídica por força da execução dos serviços contratados. E estas têm natureza privada. Relativamente ao poder concedente, portanto, há o dirigismo contratual limitando a plena autonomia privada. Perante o usuário, no entanto, há responsabilidade conjunta do Poder Público com o concessionário.⁷⁹

Sendo o transporte um serviço público de natureza essencial, recai sobre o Estado o exercício de sua titularidade, podendo, entretanto, exercê-lo por meio de descentralização a uma autarquia (situação em que o bem econômico envolvido é retirado do mercado haja vista a imposição jurídica de gratuidade) ou por meio de concessão (situação essa bastante distinta dos serviços públicos privativos, como o transporte, a não ser que tais atividades fossem totalmente subsidiadas pelo Poder Público).⁸⁰

Sendo o serviço público prestado diretamente pelo Estado, ou delegado ao particular por concessão ou permissão, é o § 1º, do art. 6º, da Lei Federal n. 8.987/1995 (Lei de Concessões)⁸¹ que irá dispor acerca das qualidades necessárias ao serviço ofertado. Referido dispositivo prevê que o “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Sobre a “eficiência” é necessário um recorte. Esta decorre do princípio constitucional da eficiência (CF, art. 37) e exige que o serviço cumpra com perfeição o estatuto da concessão e as obrigações contratuais, gerando com efetividade benefício social que dele se espera.⁸²

⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços ...*, p. 52.

⁷⁹ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109.

⁸⁰ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade ...*, p. 109.

⁸¹ Lei Federal n. 8.987/1995. Art. 6º. (...) § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

⁸² MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 252-259.

O princípio da eficiência está presente em diversos Estados, com variados modelos, sistemas, ideologias e formas, mas não é fundamento para nenhum em específico: nem em estados sociais, nem em estados de direito, tampouco em democracias avançadas. Segundo Onofre Alves Batista Júnior, ele pode existir em democracias pobres ou em grandes potências econômicas; em repúblicas ou em monarquias, mas sua função sempre é buscar aperfeiçoar o sistema administrativo. Refere-se à ideia moderna, que comumente exsurge após épocas de crises, às vezes por pressão popular, “para consolidar a proposta constitucional fulcral, como no caso italiano ou alemão, em que os direitos sociais buscam encontrar consagração e consolidação”. Também costuma aparecer em programas de modernização da Administração Pública, como ocorreu com o sistema administrativo norte-americano (“National Performance Review”), o britânico, o neozelandês e o brasileiro. O segmento comum a todos eles está no uso do princípio da eficiência administrativa como instrumental para atender a fins constitucionais maiores.⁸³

José Afonso da Silva considera a eficiência um conceito econômico, pois qualifica atividades. Não é um conceito jurídico, pois não qualifica normas. O princípio da eficiência tem por função orientar a Administração Pública a fim de obter os melhores resultados com meios escassos e a menor custo.⁸⁴ Para Alexandre de Moraes, o princípio está vinculado à prestação de serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum.⁸⁵

O princípio da eficiência é pluridimensional e não apenas jurídico ou econômico. Seu conteúdo relaciona-se com a dimensão da racionalidade e otimização dos recursos e a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública. Segundo Paulo Modesto, para que a ação seja eficiente, ambas as dimensões devem estar presentes concomitantemente, pois há um dever de otimização dos meios e do agir final.⁸⁶ Onofre Alves Batista Júnior afirma que é um princípio bipotencial de caráter pluricompreensivo, que exige a síntese equilibrada dos interesses públicos, em que tanto os meios quanto os resultados são vitais para a promoção do bem comum no tocante à atuação da Administração Pública. Em razão da eficiência exige-se o aproveitamento máximo das potencialidades, considerando-se

⁸³ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional ...*, p. 156.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 219.

⁸⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...*, p. 317.

⁸⁶ MODESTO, Paulo. *Notas para um Debate ...*, p. 9.

os escassos recursos existentes, a fim de realizar um resultado que seja quantitativa e qualitativamente otimizado, no que concerne ao atendimento das necessidades coletivas.⁸⁷

Na esfera jurídica, a eficiência pode significar eficácia jurídica (aptidão para produzir efeitos jurídicos relativos à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, em maior ou menor grau),⁸⁸ eficácia social (relativa ao fato da norma ser efetivamente aplicada e seguida nos casos concretos) ou efetividade (quando uma determinada conduta está de acordo com a prevista pela norma).⁸⁹

Não se pode conceber a eficiência como mera faceta do princípio da legalidade.⁹⁰ A partir do princípio da eficiência, o Direito deixa de se preocupar exclusivamente com o cumprimento da lei e passa a considerar a sua aplicação no sentido de suprir as necessidades sociais. A partir dos resultados, na finalidade da lei, mas visando a satisfação do cidadão, e daí emerge a ideia de justiça.⁹¹

Em uma Democracia não é possível admitir qualquer espécie de “eficiência de Estado” que não seja relacionada à proteção dos direitos fundamentais, mormente os sociais. Um conceito de Estado Social é indissociável do regime democrático material. Embora não sejam termos coincidentes, um Estado é social porque é democrático; é democrático porque é social; e ainda: é de direito porque é social e democrático. Elementos que convergem para a garantia dos direitos fundamentais, obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática. A ideologia socializadora do “Welfare State” implica uma defesa de direitos

⁸⁷ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional ...*, p. 177.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas ...*, p. 194.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional ...*, p. 78-79.

⁹⁰ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da eficiência decorre do princípio da legalidade, pois a busca de eficiência não se justifica; e mais do que o dever administrativo por excelência. Ademais, o princípio da eficiência, na sua concepção, é apenas uma faceta do princípio da “boa administração”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 125). Onofre Alves Batista Júnior, contudo, descreve a existência de procedimentos formalmente perfeitos que não garantem o atendimento do resultado ótimo determinado em lei pelo princípio da eficiência. Por isso, defende que os resultados devem ser globais de modo a socializar a prestação do bem comum, pois a eficiência jurídica busca a universalidade de resultados, cujos resultados são vetores do próprio princípio da eficiência no sentido lato. Logo, o princípio da legalidade, ainda que observado na íntegra, não é sempre suficiente para garantir situações jurídicas subjetivas de maior vantagem para o cidadão. A eficiência no sentido estrito relaciona-se com a melhor maneira pela qual as tarefas devem ser executadas a fim de otimizar os resultados, levando em consideração os meios escassos e as necessidades sociais, que precisam ser atendidas da forma mais célere possível. Na realização da atividade de modo eficiente devem ser observadas: produtividade, economicidade, qualidade, celeridade e presteza, continuidade e desburocratização. (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Pág. 280).

⁹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interpretação consequencialista ...*, p. 34.

econômicos-sociais e de participação efetiva do indivíduo que somente enriquece a própria ideia de cidadania. Entretanto, o neoliberalismo impôs um novo paradigma para o sistema jurídico-constitucional, não mais pautado no providencialismo, mas em uma “concepção efficientista”. A propalada crise da eficiência do Estado social está posta sob a pretensa discricionariedade do aparato burocrático, o que propicia discriminações e privilégios. A Constituição de 1988, no entanto, não admite uma república democrática ineficiente, pelo contrário, o cidadão tem direito a um governo eficiente. E, como conclui Emerson Gabardo, “É uma ilusão acreditar em uma política eficiente que ignore problemas sociais, ainda que sob a promessa de, “no futuro”, ocorrer a estabilização das condições sociais em níveis qualitativos superiores”. Aguardar soluções estimadas a longo prazo, que podem nunca vir a se concretizar, pode ter o nocivo efeito reverso de agravamento das situações atuais, com as quais o neoliberalismo não se preocupa.⁹²

Acerca do seu conteúdo, afirmam Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem que o princípio da eficiência pode ser traduzido como o dever constitucional imposto à Administração de (a) exercer a competência administrativa que lhe é conferida com a máxima celeridade, presteza, economicidade e produtividade; (b) agir de modo a concretizar com fidelidade a finalidade pública prevista em lei e de acordo com ela; (c) utilizar os meios mais adequados visando um alcance ótimo do interesse público, objetivo estatuído pelo Direito positivo; (d) conferir a máxima efetividade aos comandos dirigidos pelo ordenamento jurídico; (e) observar os direitos fundamentais e demais princípios e regras que orientam a atividade administrativa.⁹³

O atributo da “celeridade” é o cumprimento da obrigação dentro do prazo fixado em lei; a “presteza” é o atuar com agilidade, de forma simples, objetiva e sem formalidades exageradas; a “economicidade” é usar dos meios e recursos à disposição de forma otimizada, sem desperdícios, para cumprir suas obrigações; e, finalmente, a “produtividade” se relaciona aos resultados efetivos. Já o serviço “regular” é estável e submetido a determinados procedimentos, de conhecimento público, em sua execução. O atributo da “continuidade” implica a permanência no tempo, sem interrupções inesperadas, na justa medida da necessidade dos usuários, tal como estatutariamente definido, o que significa que pode haver interrupções programadas. O elemento “segurança” orienta a prestação do serviço sem a criação de novos perigos além dos convencionais decorrentes da própria atividade (por

⁹² GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Uma análise das estruturas simbólicas do Direito político. São Paulo: Manole, 2003, p. 158.

⁹³ GABARDO, Emerson. O regime jurídico da Empresa ..., p. 40.

exemplo, as tubulações para transporte de gás e cabos condutores de energia elétrica), além da responsabilização do concessionário em caso de omissão que resulte dano ao usuário ou terceiros.⁹⁴

A exigência da “atualidade”, também prevista no § 2º,⁹⁵ implica no constante aperfeiçoamento do serviço a ser prestado, tanto em termos tecnológicos, quanto no que concerne à ampliação do número de usuários (caráter qualitativo e quantitativo), desdobrando-se em: (i) modernidade, (ii) conservação, (iii) melhoria e (iv) expansão. O atributo da “generalidade” dirige-se à satisfação de todos os usuários compreendidos em sua área de prestação, devendo ser acessível, tanto em termos geográficos quanto socioeconômicos e personalíssimos. A “cortesia” na prestação do serviço público, decorrente dos princípios da dignidade da pessoa humana, moralidade, publicidade e impessoalidade, é o direito do usuário ser tratado condignamente e, em especial, de ter acesso aos dados que lhe digam respeito e a não enfrentar qualquer discriminação.⁹⁶

Por fim, o princípio da generalidade revela-se como manifestação do princípio da igualdade, tanto no que respeita à proibição de discriminações, quanto na adoção de condutas promotoras de igualdade material. A igualdade importa a sujeição de todos os usuários ao mesmo regime jurídico, aplicando-lhes de forma idêntica as condições fixadas. Claro, porém, que essa condição exige isonomia entre os usuários, justificando-se o tratamento desigual daqueles que se encontrem em situações desiguais, na medida dessa desigualdade (proporcionalidade).⁹⁷

A igualdade material, por sua vez, exige não apenas o tratamento isonômico dos usuários, mas o cumprimento de complementações derivadas da certeza da desigualdade. O problema é que, qualquer que seja a discriminação positiva, ela gera custos que, em um projeto autossustentável, devem ser arcados com receitas endógenas. Essa é uma das grandes preocupações contemporâneas com os deveres de universalização. A universalização é típica hipótese de regulação social em mercados liberalizados: corresponde ao dever de levar à toda sociedade a prestação do serviço definido como público. “Universalizar” significa prestar de forma adequada os respectivos serviços públicos a toda a população de potenciais usuários: a universalização, portanto, só será atingida quando a oferta atender à demanda

⁹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das ...* p. 252-259.

⁹⁵ Lei Federal n. 8.987/1995. Art. 6º (...) § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

⁹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 252-259.

⁹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 252-258.

absoluta, quando, toda a população for atendida. Além disso, há ao menos três justificativas econômicas para a universalização: (i) a existência de externalidades positivas; (ii) a relação positiva entre investimento em infraestrutura, crescimento e desenvolvimento econômico; e (iii) os efeitos redistributivos da universalização.⁹⁸

Com esse intento, quando o poder legislativo edita normas de isenção tarifária, por exemplo, por vezes se discute o aparente conflito de princípios constitucionais, eis que sempre há repercussão econômica. Como a maioria dos municípios prestam o serviço de transporte por meio de concessionárias privadas, a isenção repercute diretamente na receita, violando o equilíbrio negocial, a livre iniciativa, entre outros.

Diante da essencialidade de cada serviço público e das controvérsias que se instauram, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade (tema que será retomado adiante), tido como meta-princípio ou “princípio dos princípios”, que predica que deve haver uma ponderação entre os valores constitucionalmente assegurados a fim de preservá-los, almejando otimizar a eficácia dos direitos fundamentais,⁹⁹ a despeito de haver, no caso concreto, um princípio prevalecente.

1.3. Estado social e o transporte coletivo como direito fundamental

A grande transformação do Estado em relação à economia ocorreu a partir do sufrágio universal, com a concessão de poder político a todas as classes sociais, independente de sua renda. Com a participação popular o Direito passou a visar finalidades sociais concretas, o que gerou constituições finalísticas a partir dos interesses diversos do Parlamento. As normas jurídicas passaram a ser um produto do acordo político conjuntural e não mero resultado da razão iluminista oitocentista. Até o Estado Liberal as Constituições possuíam normas de conteúdo econômico, mas até então não se tratava de uma Constituição Econômica ou Ordem Constitucional Econômica, em que há um conjunto sistemático de normas constitucionais a definir a forma de economia do país de modo orgânico e finalístico.¹⁰⁰

A forma da economia é a maneira como ocorre o ajuste entre a oferta e a demanda, sendo “espontânea”, quando livremente ajustada pelo mercado;

⁹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 259.

⁹⁹ DIEHL, Maéve Rocha. Os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade frente à colisão de princípios constitucionais. In: DORNELLES, João Ricardo Wanderley; GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos (Orgs.). *Estado, Política e Direito. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. v. 2. Criciúma: Unesc, 2011, p. 314.

¹⁰⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 37-38.

“comandada”, quando até a quantidade de bens e preços etc., são ditados pelo Estado; e ainda pode ser “espontânea, mas corrigível”, em que o ajuste é comandado pelo próprio mercado e também pelo Estado, para corrigir distorções entre a oferta e a procura como cartéis, carência de bens, preços etc., a chamada “economia social de mercado”. Essa é a forma que prevalece no mundo contemporâneo, inclusive no Brasil, sendo os serviços públicos um importante mecanismo estatal para se corrigir as distorções efetivas ou potenciais na relação entre oferta e procura de bens e serviços essenciais para todos os cidadãos. Pelo fato dos serviços públicos terem como objeto bens escassos, via de regra condicionantes da dignidade da pessoa humana, caso estivessem apenas sob a gestão da livre iniciativa, não seriam eficientemente fornecidos a todas as regiões e classes sociais do país.¹⁰¹

As Constituições econômicas que adotam a economia social de mercado são regidas pelo sistema capitalista, em que vigora o princípio da livre iniciativa, porém, (i) com normas de ordem pública podendo incidir sobre a ação dos agentes privados; (ii) com a permissão de o Estado explorar atividades econômicas concomitantemente com a iniciativa privada, em casos excepcionais, expressamente previstos; e (iii) com a possibilidade de o Estado retirar determinadas atividades do âmbito da iniciativa privada, que passam a ser titularizadas pelo Estado, seja por razões fiscais ou estratégicas (atividades econômicas monopolizadas pelo Estado), seja por razões sociais (serviços públicos).¹⁰²

Todavia, o princípio da livre iniciativa não permite a realização de atividades econômicas em contraste com o interesse social ou de maneira a causar dano à segurança, à liberdade ou à dignidade humana. Em que pese a Constituição de 1988 consagrar um regime de economia de mercado capitalista, ao mesmo tempo garante um Estado Democrático de Direito de desiderato social. Com efeito, na medida em que estabelece princípios fundamentais, busca promover um Estado solidário da justiça social, que tem por dever garantir e proteger direitos sociais (como trabalho, moradia, educação, saúde, segurança, entre outros).¹⁰³

O “Estado Pluriclasse” formado pelo sufrágio universal não é homogêneo, tampouco pode predeterminar modelos estanques. Por essa razão, as constituições compromissórias fixam apenas os parâmetros e os valores fundamentais dentro dos

¹⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços ...*, p. 39.

¹⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços ...*, p. 39.

¹⁰³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; SILVA, Fernanda Alen Gonçalves da. A Função Social da Exploração Mineral no Estado de Minas Gerais. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 475-505, jan./jun. 2013, p. 479-480.

quais as forças políticas multifacetárias deverão se mover, a partir do momento histórico e geralmente por meio de acordo, para determinar a sua concreta formação. Uma das primeiras expressões do Estado Pluriclasse foi o Estado de Bem-Estar Social ou “Welfare State” (Estado Social ou Estado Intervencionista), em que se verificou um aumento expressivo no número de serviços públicos e atividades em geral exploradas pelo Estado.¹⁰⁴

A mentalidade neoliberal, no entanto, tem conquistado cada vez mais espaço, ainda que em nenhum local do mundo tenham sido aplicados integralmente os princípios defendidos por Friedrich Hayek e Milton Friedman. O discurso liberal sempre sustentou a impossibilidade de obtenção de melhoria do bem-estar social através da intervenção do Estado, contudo, contra essa doutrina se percebe notáveis avanços sociais conquistados pelo “Welfare State”. À vista dos resultados, não parece absurdo contraditar a hegemonia neoliberal com a “utopia” socializadora encontrada na Constituição dirigente (ainda que seja de natureza capitalista) e em seu caráter emancipatório.¹⁰⁵

No modelo anterior, de Estado Liberal de Direito, a classe dominante estava preocupada em afastar as arbitrariedades do Poder Público e controlar o poder político da Administração, de modo a garantir a liberdade e a igualdade formal entre os cidadãos. O modelo de Estado Social irrompe não mais impulsionado pela ideia de liberdade, mas pelo anseio de igualdade material e justiça social, pelo qual o Estado é instado a tomar ações concretas visando à redução das desigualdades a fim de promover a igualdade material entre todos os cidadãos. Para atingir esse objetivo, segundo Daniel Wunder Hachem, se torna necessária uma intervenção na esfera privada para impedir as injustiças que acometem os menos favorecidos.¹⁰⁶

Nas palavras de Manuel Aragón Reyes “o Estado Social não pode ser definido como uma forma de Estado, simplesmente porque não o é: apenas se trata de uma modalidade da forma de Estado Democrático de Direito”. Por isso o Estado Social não supõe qualquer modificação substancial em relação à organização do poder típica do Estado Constitucional Democrático de Direito. A Cláusula “social” acrescida a este Estado não afeta primordialmente a estrutura, mas sim os seus fins.¹⁰⁷

¹⁰⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços ...*, p. 40.

¹⁰⁵ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 75.

¹⁰⁶ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 77.

¹⁰⁷ REYES, Manuel Aragón. La Democracia Social y Económica. Los Conceptos Económicos y Sociales, *in*: *Economía y Derecho ante el Siglo XXI* (Coord. Ángel Marina García-Tunón), Ed. Lex Nova,

O Estado Social não significa a substituição da representação política pela representação corporativa, nem a substituição dos partidos pelos sindicatos. Ele significa a assunção pelo Estado de novas tarefas, que tampouco vêm para substituir as antigas (ordem pública, polícia, segurança, defesa etc.), mas sim para complementá-las. E estas novas tarefas são concernentes à busca maior de igualdade social e, assim, de maior proteção aos setores menos favorecidos. O Estado Social, em suma, “não é um modo específico de “ser” do Estado, mas sim uma determinada maneira de “atuar” por parte do Poder Público”.¹⁰⁸

Com o Estado Democrático de Direito, ressalva José Afonso da Silva, a Constituição de 1988 não estabelece a transição para o socialismo, “apenas abre as perspectiva de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”.¹⁰⁹

Por muito tempo o serviço público foi percebido como pertencente a um contexto monopolístico, em cujo âmbito devia ser prestado gratuitamente ou mediante uma tarifa uniforme e equânime por sua natureza e por força de lei, pressupondo-se que a Administração ou o concessionário prestaria o melhor serviço pelo melhor preço.¹¹⁰ Duas são as razões para esse estado de coisas: (a) o fato de os serviços públicos constituírem monopólios naturais, de modo que a presença de mais de um prestador fosse tecnicamente impossível e economicamente inviável; e (b) a concepção de que essas atividades não poderiam ser submetidas à “lógica do lucro” e do mercado,¹¹¹ ainda que possuíssem conteúdo econômico, em razão do estreito liame com os direitos fundamentais e com a solidariedade social.¹¹²

Valladolid, 2001, p. 18. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 41.

¹⁰⁸ REYES, Manuel Aragón. *La Democracia Social ...*, p. 41.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 120.

¹¹⁰ RANCI, Pippo. *Concorrenza e Servizi Pubblici nella Costituzione*, in: CANANEA, Giacinto dela; NAPOLITANO, Giulio (Org.). *Per Una Nuova Costituzione Economica*. Bologna: Ed. Il Mulino, 1998, p. 34. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 408.

¹¹¹ Jacintho Arruda Câmara esclarece que não há norma no ordenamento jurídico que proíba a busca de “resultados econômicos-financeiros” positivos nas atividades desenvolvidas pelo Estado-empresário, o que não impediria o Estado de auferir lucro na prestação do serviço público. Mas ressalva que, nesse sentido, “se confere à palavra “lucro” uma acepção mais ampla, coloquial”, e não a acepção técnica, contábil. Na acepção contábil, entretanto, o autor reconhece que não seria adequado falar em lucro como resultado de atividades tipicamente estatais, como as exercidas por órgão da Administração direta ou por autarquia, a exemplo da Receita Federal ou do INSS, que ao produzirem resultados

De outro vértice, a empresa privada, é fato, produz valores de troca com a finalidade de obter lucro, enquanto o Poder Público produz valores de uso com o objetivo de satisfazer necessidades sociais. Segundo Cristiane Derani, o lucro e a liberdade de dispor de capital enfrentam lógicas distintas: serviço público e atividade privada não estão em competição. Um existe para permitir a manutenção e a expansão do outro. A confrontação destas duas formas de produção leva necessariamente a um impasse, haja vista que a lógica do mercado é distinta da do serviço público. A “lógica do mercado se insere na preferência individual para produção e consumo e no poder econômico que detêm estes indivíduos para exercer com maior amplitude sua preferência. A lógica do serviço público é a de produção para solver necessidades sociais”.¹¹³

Consoante Marcia Carla Pereira Ribeiro, o liberalismo extremado está fadado ao insucesso, seja ao nível individual ou coletivo, pois o empresário sempre terá por objetivo a maior fatia do mercado possível, quiçá a sua totalidade. E, normalmente, à custa do exercício abusivo do poder de mercado e valendo-se de precificação impeditiva da concorrência. Portanto, condutas abusivas e desapegadas a qualquer outro ideal que não seja o lucro na seara econômica podem gerar maus resultados, embora a ação interventiva também não seja isenta de riscos e desvios, erros e acertos,¹¹⁴ no que concorda com Emerson Gabardo, ao afirmar que os vícios da organização estatal não decorrem da própria “natureza” do Estado, mas do ambiente sociocultural que determina agentes públicos e privados.¹¹⁵

A Constituição da República garante a liberdade para o exercício de atividades produtivas, entretanto, a função social subjacente à ordem econômica impõe a observância de “deveres para com a coletividade” até mesmo para os particulares que auferem lucros com o desempenho da atividade. Essa é uma visão de alteridade, pela qual a exploração econômica deve ser exercida na relação com o outro, de modo a contribuir para a construção de uma vida coletiva melhor. Portanto, o livre exercício da

financeiros positivos em suas atividades “não lucrariam, obteriam superávits” (in: CÂMARA, Jacintho Arruda. Entes Estatais: o lucro é incompatível com a missão social? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 257).

¹¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos ...*, p. 408.

¹¹³ DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos: as Ações do Estado na Produção Econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 74-75.

¹¹⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Prefácio da obra. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coords.). *Direito da Infraestrutura. Temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 9.

¹¹⁵ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 77.

atividade econômica é condicionado pela defesa da existência digna da pessoa humana, a redução das desigualdades regionais e sociais e a promoção da justiça social, necessários à persecução do bem comum e possibilitar a realização do desenvolvimento nacional. Em síntese, como afirma Onofre Alves Batista Júnior, “não se trata, por certo, de garantir apenas a acumulação de renda e capital pelos particulares, senão de transformar a estrutura social, em direção a uma sociedade mais justa e igualitária”. Isso porque, o desenvolvimento almejado pela Constituição não se limita ao acúmulo de capital que represente mero crescimento econômico, mas um “desenvolvimento socioeconômico”, que implica na ampliação das liberdades do povo, na possibilidade dele fazer-se por si.¹¹⁶

Retrocedendo-se no tempo, as bases dessa concepção de desenvolvimento social serão encontradas em 1948, quando se aproximava o fim da Segunda Guerra Mundial. Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos os direitos humanos emergiram para o cenário internacional como uma resposta aos atentados à humanidade. Com efeito, destaca Flávia Piovesan que “a Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais”. Desde seu o preâmbulo afirma-se a dignidade inerente a toda pessoa humana, a qual é titular de direitos, iguais e inalienáveis.¹¹⁷ Juntamente com a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, constituem-se no principal feito no desenvolvimento da ideia contemporânea de direitos fundamentais, sendo ambas consideradas os marcos inaugurais da nova fase histórica dos direitos humanos que se encontra em pleno desenvolvimento.¹¹⁸

Deste modo, influenciada por esse momento histórico, em 1949 a Lei Fundamental da Alemanha, mesmo não prevendo direitos sociais típicos, difundiu a discussão da garantia do mínimo indispensável para uma vida digna no âmbito do processo constituinte e no início da vigência da Lei Fundamental alemã.¹¹⁹ Foi nesse contexto que se reconheceu um direito fundamental à garantia das condições mínimas de vida digna, conceito que incluiu a assistência social àqueles que, em virtude de suas condições precárias, se encontravam limitados a prover sua própria subsistência,

¹¹⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; SILVA, Fernanda Alen Gonçalves da. A Função ..., p. 476-477.

¹¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 93.

¹¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 57.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 16, n. 61, (jan/mar 2007), p. 90-125, 2007, p. 101.

cabendo então à comunidade estatal envidar os esforços necessários para assegurar as condições mínimas de vida digna, o que veio a ser reconhecido como status constitucional da garantia estatal do mínimo existencial.¹²⁰

Atribui-se a Otto von Bachof a primeira sustentação em defesa de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna nos idos de 1950 ao afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, (1), da Lei Fundamental da Alemanha)¹²¹ não reclama apenas garantia de liberdade, mas também um mínimo de segurança social.¹²² No Brasil a discussão é mais recente, mas pela dinâmica dos serviços públicos e dos direitos sociais, há uma constante evolução de conceitos e tratamentos jurídicos. Exemplo disso é a formação da Comissão Especial destinada a discutir a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 479/2010, que torna o acesso à internet de banda larga um direito fundamental do cidadão, tal qual já fora feito na Finlândia.¹²³

Segundo Eros Roberto Grau, “sendo a Constituição do Brasil uma constituição programática, no sentido de que enuncia as diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade -, teremos que, quando ela se refere à ‘República Federativa do Brasil’, está de fato a mencionar ‘o Brasil’, a sociedade brasileira”. E, de acordo com os fundamentos constitucionais previstos no art. 1º e seus objetivos fundamentais indicados no art. 3º, “nesses preceitos opera-se a superação da dissociação entre a esfera política e a esfera social – aí caminham juntos, voltando-se à realização dos mesmos fins, o Estado e a sociedade”.¹²⁴ Alexandre Aragão também afirma que a Constituição Brasileira é compromissória, “no

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais...*, p. 101.

¹²¹ Lei Fundamental da Alemanha (“Deutscher Bundestag”) Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o Poder Público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. (DEUTSCHER BUNDESTAG. Parlamento Federal Alemão. Departamento de Relações Públicas, Berlin, 2011. Tradução de Aachen Assis Mendonça. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acessado em: 05/02/2015).

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords). TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 20.

¹²³ O relator da matéria é o deputado Amauri Teixeira e atualmente encontra-se em discussão em várias regiões do país, para que sejam averiguadas as diversas realidades existentes no país. Disponível em <<http://www.ptnacamara.org.br/index.php/noticias/item/16106-pec-que-torna-acesso-a-banda-larga-direito-fundamental-sera-discutida-em-mais-tres-regioes>>. Acesso em 03/12/2014.

¹²⁴ GRAU, Eros Roberto. *Constituição e serviço público*, in: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180 e 262.

sentido de que busca conciliar os diversos interesses públicos e privados e ideologias envolvidas em sua elaboração e na sua posterior aplicação”.¹²⁵

Como se denota, há grande importância para a implementação das políticas públicas que haja a regulamentação desses direitos, para que lhes sejam atribuídos maior eficácia. É comum no Brasil que as normas tenham – ou ao menos sejam relegadas como se tivessem – apenas natureza programática, que, na prática, equivale à sua inaplicabilidade. Não quer dizer, no entanto, que não sejam exigíveis. No que tange ao tema “moradia”, por exemplo, a inclusão deste direito no rol do art. 6º da Constituição da República (direitos sociais)¹²⁶ guindou-o à condição de direito fundamental e, com isso, o cidadão poderia, em tese, exigir a realização desse direito, para que o Estado lhe fornecesse uma residência.¹²⁷ Parece natural essa conclusão, notadamente porque não se consegue conceber que a dignidade da pessoa não englobe um imóvel para residir com sua família.

Nesse diapasão, a problemática que se estabelece é justamente a realização da norma. Em que medida os direitos sociais são exigíveis do Poder Público? Nos termos do § 1º do art. 5º da Constituição da República, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, limitada em sua completa aplicabilidade à elaboração de leis, quanto aos temas que o próprio constituinte originário previu necessidade de regulamentação específica (por exemplo, art. 5º, XIII, da CF/88).¹²⁸

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet há como sustentar a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, da CF/88) de todas as normas de direitos fundamentais constantes do catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Ainda segundo o autor, “não há como levar a sério os direitos fundamentais se não se levar a sério o disposto no art. 5º, § 1º, da nossa Lei Fundamental”.¹²⁹ Flávio Pansieri ainda lembra que tais normas são cláusulas pétreas, as quais têm por finalidade impedir a destruição dos elementos

¹²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços ...*, p. 131.

¹²⁶ CF/88. Art. 6º São direitos sociais (...) a moradia (...).

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 46, abr./jun. 2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 237.

¹²⁸ CF/88. Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. *Revista De Direito Do Consumidor*, n. 30, abr./jun. 1999, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97-124, p. 99.

essenciais à Constituição, que no Estado Brasileiro estão intimamente ligados aos Direitos Sociais, que tem seu maior referencial na dignidade da pessoa humana.¹³⁰

Já Clemerson Merlin Clève afirma que o art. 6º da CF/88 não substancia norma programática (no sentido de despida de eficácia imediata), “devendo ser considerada disposição de direito fundamental”.¹³¹ Com efeito, defende que a moradia, o transporte e os demais direitos sociais são exigíveis imediatamente do Estado, pela sua própria opção legislativa em atribuir a si o dever de prover determinadas necessidades humanas. Com o colapso do Estado Liberal ganhou força o modelo de Estado garantidor da proteção da dignidade da pessoa humana, que busca alcançar os valores fundamentais da sociedade através da ampliação dos direitos individuais e coletivos.¹³² No Estado Contemporâneo, portanto, este está obrigado a prestar os direitos sociais por meio de serviços aos cidadãos em determinadas áreas visando o bem-estar.¹³³

Os direitos sociais apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado Social de Direito “e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/88)”.¹³⁴ Todavia, os pressupostos de existência dos direitos sociais são os direitos econômicos, “pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos”.¹³⁵

¹³⁰ PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos Direitos sociais*. Reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150.

¹³¹ CLÉVE, Clemerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords). *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 100.

¹³² O já mencionado Estado do Bem-Estar Social ou Welfare State. In: SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. *Agências Reguladoras e Evolução Estatal – Uma análise do papel do Estado no setor econômico*. A&C - *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 13, n. 51, jan./mar. 2013, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 256.

¹³³ BONFIM, Alexandre Bley R. Breves Apontamentos sobre a Aplicabilidade Restrita do Código do Consumidor aos Contratos de Transporte Coletivo Municipal de Passageiros. A&C - *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 10, n. 39, jan./mar. 2010, Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 167.

¹³⁴ CF/88. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 183.

Para os trabalhadores o transporte consta como um direito social, eis que expressamente previsto no art. 7º, IV, da Constituição.¹³⁶ Este dispositivo consignou vários direitos outorgados aos trabalhadores, dentre os quais convém destacar o transporte como direito social que deve ser suportado pelas forças do salário mínimo. Esta norma não é programática “não apenas porque o “caput” do dispositivo refere-se expressamente a um direito assegurado, como também porque o preceito descreve a utilidade a ser fruída – salário capaz de satisfazer as necessidades vitais básicas de um trabalhador e sua família”. Segundo a prescrição normativa, não há dúvida: o salário mínimo deve ser suficiente para atender a todos os requisitos enunciados a fim de satisfazer as condições mínimas de dignidade. Logo, tem-se o primeiro grupo de pessoas que estão protegidas pelo comando normativo e para os quais este possui eficácia imediata: os trabalhadores.¹³⁷

Estando os Direitos Sociais inclusos dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, o art. 5º, “caput”, da Constituição de 1988, estabelece a igualdade sem distinção entre todos¹³⁸ os brasileiros e estrangeiros residentes no país e especifica os direitos e deveres individuais e coletivos em 78 incisos e parágrafos. Ainda assim, trata-se de um rol meramente exemplificativo,¹³⁹ na medida em que se somam a esses outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição, ou dos tratados que o Brasil ratificar (§ 2º do art. 5º).¹⁴⁰

Malgrado sua clara localização espacial dentro da estrutura da Constituição, o Senador Randolfe Rodrigues apresentou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 37/2013, pela qual busca dispensar ao transporte o mesmo “status” constitucional de serviços como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, dentre

¹³⁶ CF/88. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 152.

¹³⁸ CF/88. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹³⁹ GRAU, Eros Roberto. *Constituição e serviço público*. In: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁴⁰ CF/88. Art. 5º, §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

outros.¹⁴¹ Tida como proposta complementar à PEC 90/2011, de autoria da deputada Luíza Erundina, por renovar, em termos, o projeto que visa incluir o transporte no rol de direitos sociais do art. 6º, da Constituição da República,¹⁴² reconhece que o transporte é o vetor de desenvolvimento relacionado à produtividade e à qualidade de vida da população, sobretudo no contingente urbano, destacando-se na sociedade moderna pela relação com a mobilidade das pessoas, a oferta e o acesso aos bens e serviços, tornando-o determinante à própria emancipação social e o bem-estar daqueles segmentos que não possuem meios de locomoção.

Observa-se que os direitos sociais apresentam duas e decisivas características em comum: (i) o objeto de proteção refere-se ao acesso individual a bens de natureza econômica, social e cultural absolutamente indispensáveis a uma vida digna; e (ii) para sua realização é necessário o acesso a bens escassos, “custosos”, a que os indivíduos só alcançam se dispuserem dos recursos financeiros suficientes ou forem subsidiados pelo Estado.¹⁴³

Os direitos sociais ou econômicos, em sua dimensão positiva, têm por finalidade precípua assegurar a todos o bem-estar social, caracterizados, assim, por prestações estatais. Os direitos sociais, como direitos fundamentais em geral, abrangem tanto as prestações positivas, como a moradia, educação etc.; quanto negativas, que são as liberdades sociais, como o direito de greve.¹⁴⁴

Ao menos no sistema de Direito constitucional positivo nacional todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido expressa ou implicitamente positivados “estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional, ou se encontrem ainda (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil”.¹⁴⁵ Mormente porque os direitos sociais, através dos serviços públicos, garantem os direitos humanos, pois é uma técnica de (a) igualação de desfrute dos bens materiais e culturais produzidos numa sociedade para todos os indivíduos que a compõem; (b) igualdade de tratamento jurídico e político; e

¹⁴¹ PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO (PEC) n. 37/2013. Disponível em <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=133304&tp=1>>. Acessado em 28/09/2014.

¹⁴² CF/88. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁴³ BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A Reserva do Financeiramente Possível no Conteúdo Normativo dos Direitos Sociais e o Constitucionalismo de Cooperação. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 11, n. 45, jul./set. 2011, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 233.

¹⁴⁴ BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A Reserva do Financeiramente ..., p. 234.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais...*, p. 18.

(c) integração social.¹⁴⁶ E em seu conjunto, os direitos sociais podem ser considerados instrumentos de salvaguarda dos indefesos.¹⁴⁷

Em relação à água e energia elétrica, cujas discussões jurídicas estão mais sedimentadas, estabeleceu-se o entendimento no Superior Tribunal de Justiça (STJ) pelo qual “é ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando a inadimplência do consumidor decorrer de débitos pretéritos”.¹⁴⁸ Em consonância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu que o “inadimplemento pretérito não autoriza o corte do fornecimento no caso de prova da carência do usuário”.¹⁴⁹

Seguindo por essa mesma linha de raciocínio, decisão do Supremo Tribunal Federal admitiu a gratuidade desses serviços [água e energia elétrica] às entidades assistenciais e beneficentes, declaradas de utilidade pública. Nesse julgado tratou-se de relevante tema, qual seja, a igualdade (tema a ser abordado adiante). Com efeito, o princípio da igualdade deve ser entendido consoante as exigências da fórmula política do Estado Democrático de Direito, consagrada constitucionalmente.¹⁵⁰

Do aresto colhem-se argumentos no sentido de reconhecer os princípios do Estado Social, que se caracteriza por intervir socioeconomicamente para assegurar a dignidade da pessoa humana e compensar as reconhecidas dificuldades que determinados segmentos da sociedade enfrentam. No caso em espécie (analisado pelo Supremo Tribunal Federal) trata-se da integração social dos deficientes por meio de tratamento normativo diferenciado considerado legítimo, eis que preordenado à consecução de um fim perseguido pelo Direito.¹⁵¹

Nesse sentido, Alexandre Bley R. Bonfim afirma que os serviços públicos não podem ser interrompidos mesmo que por fatores graves ou outros internos à Administração, citando como exemplo a necessidade de o prestador de serviço público

¹⁴⁶ SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2004, p. 326-327.

¹⁴⁷ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais. Conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 168.

¹⁴⁸ Nesse sentido, vide o AgRg no AREsp 314197/RJ, Ministro Humberto Martins, publicado no DJE de 28/05/2013.

¹⁴⁹ Nesse sentido, vide o Agravo de instrumento n. 70016255960, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 27/09/2006.

¹⁵⁰ Nesse sentido, vide a Medida Cautelar na ADI n. 1104/DF no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

¹⁵¹ Nesse sentido, vide a Medida Cautelar na ADI n. 1104/DF no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

de transporte coletivo continuar a operar mesmo quando há um determinado aumento no preço do combustível, ainda que inesperado.¹⁵²

A interrupção do fornecimento é também rechaçada por ser um meio coercitivo de pagamento de tarifa em atraso, “equiparada ao exercício arbitrário das próprias razões”. Segundo defende Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini, “não há mais lugar, atualmente, para a ideologia jurídica liberal, que compreendia a isonomia em termos puramente formais e abstratos, desconsiderando as diferenças efetivamente existentes entre os homens, colocando no mesmo nível os desiguais”.¹⁵³

Digno também de nota o fato da Lei Federal n. 9.427/1996 (institui a ANEEL) estabelecer, em seu art. 17,¹⁵⁴ que em caso de suspensão por falta de pagamento do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo “será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual”.

Sobre a eficácia dos direitos sociais, Luís Roberto Barroso asseverou que estes são os que têm percorrido “trajetória mais ingrata”, sob o aspecto estritamente jurídico, pois uma das dificuldades que enfrentam é que, frequentemente, vêm eles “encambulhados” com as normas programáticas, sem que se possam discriminar prontamente as hipóteses em que existem prestações positivas exigíveis.¹⁵⁵ O que se tem visto é uma maciça desoneração do Estado demandada pela “onda liberalizante” despreocupada com a perda de conquistas jurídicas históricas, promovendo-se um sério risco ao princípio da universalidade e da continuidade dos serviços públicos. Com a tendência de valorização da subsidiariedade estão sendo colocados de lado os deveres instituídos pelo art. 3º, inc. I a IV, da Constituição da República,¹⁵⁶ quanto aos objetivos republicanos fundamentais.¹⁵⁷

É por isso que hodiernamente o transporte deve ser considerado como serviço público e direito social fundamental a ser garantido pelo Poder Público. Afinal,

¹⁵² BONFIM, Alexandre Bley R. Breves Apontamentos sobre ..., p. 169.

¹⁵³ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 112.

¹⁵⁴ Lei Federal n. 9.427/1996. Art. 17. A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional ...*, p. 148.

¹⁵⁶ CF/88. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁵⁷ GABARDO, Emerson. *Interesse Público ...*, p. 146.

praticamente todas as pessoas precisam de um meio de transporte para trabalhar (e, porque não, para exercer o seu lúdico lazer) e muitas vezes não o acessam em razão da tarifa.¹⁵⁸ Essas situações são garantidas constitucionalmente, portanto, conclui-se que os cidadãos brasileiros e os residentes têm direito de serem transportados por meios públicos como condição de implementação dos direitos fundamentais.

Com efeito, a Constituição atribui a titularidade de direitos sociais a toda e qualquer pessoa, relacionando-se com os princípios da universalidade e da dignidade da pessoa humana que, em primeira análise, refere-se à pessoa individualmente considerada, titular do direito por excelência, ainda mais se tratando de direito essencial. Essa titularidade individual, contudo, não exclui uma simultânea titularidade coletiva, já que os direitos sociais têm como meta imediata tutelar interesse individual.¹⁵⁹

Além de serem protegidos contra a supressão em reforma constitucional (CF, art. 60, § 4º, IV)¹⁶⁰ os direitos sociais encontram-se também sujeitos à norma de máxima eficácia e efetividade possível “no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto”, ou seja, às normas de direitos sociais prestacionais devem ter asseguradas eficácia plena.¹⁶¹

1.4. Princípio da dignidade da pessoa humana, fundamentalidade e o núcleo material dos serviços públicos

Após o fim do antigo regime, em que o elemento condutor da atuação estatal era a vontade do soberano, uma das discussões centrais para o Direito público é a busca de uma razão de ser para a atividade estatal. À luz dos textos constitucionais da segunda metade do século XX, quando a constituição passou a ocupar uma posição central no ordenamento jurídico, o elemento definidor das finalidades estatais – e via

¹⁵⁸ Em 2004, estimava-se que o alto custo das tarifas excluía cerca de 37 milhões de brasileiros da utilização do transporte público. *In*: Transporte público. Sem soluções operacionais, ou de acessibilidade para acompanhar o crescimento das cidades, o transporte público continua em crise. *Revista Cidades Brasil*, ed. 54, set./2004. Disponível em: <<http://cidadesdobrasil.com.br/cgi-cn/news.cgi?cl=099105100097100101098114&arecod=7&newcod=807>>. Acessado em: 06/02/2015.

¹⁵⁹ GLOECKNER, Joseane Lederbrum. A Reserva do Possível Como Limite à Efetividade do Direito Fundamental à Saúde. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 13, n. 51, (jan./mar. 2013), Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 239.

¹⁶⁰ CF/88. Art. 60. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

¹⁶¹ GLOECKNER, Joseane Lederbrum. A Reserva do Possível ..., p. 240.

de consequência, da Administração Pública – passa a ser o conjunto de direitos fundamentais, dos quais são extraídos os direitos dos indivíduos e as obrigações do Estado. Desde a promulgação da Constituição Alemã de Weimar, em 1919, gradativamente passou-se a defender que qualquer atuação estatal deve ser analisada a partir dos direitos fundamentais, uma vez que são definidores das prerrogativas criadas em favor dos indivíduos, ocupantes do centro da ordem jurídica, e, em contrapartida, das obrigações impostas ao Estado, aí incluídos os serviços públicos.¹⁶²

Para Vitor Rhein Schirato os institutos clássicos do Direito administrativo foram construídos ao largo dos direitos fundamentais, quase sempre ao entorno da noção de autoridade, o que não se coaduna com a posição suprema que o texto constitucional tem na estrutura teleológica do Estado. E é por essa razão que se faz necessária uma revisão das construções clássicas do Direito administrativo, a fim de conjugá-las aos direitos fundamentais.¹⁶³

Emerson Gabardo, entretanto, desconstrói a ideia de uma gênese autoritária do Direito administrativo. Ao imergir em uma análise histórica, o autor afirma que as ideias típicas do Direito administrativo do final do século XVIII e início do século XIX, mesmo aquelas inerentes ao proclamado “autoritário” interesse público governamental, produziram um efeito libertador, e não o contrário. Portanto, querer igualar o momento pré-revolucionário com o pós-revolucionário a partir de uma mesma origem autoritária do Direito administrativo é, ao mesmo tempo, simplista e anacrônico. O reconhecimento formal de um novo Direito administrativo, que se submete à lei e não ao soberano, o torna um instrumento de libertação, mas esse novo Direito administrativo (formal) emergente após a Revolução Francesa não surge, do dia para a noite, em uma realidade totalmente transformada. O avanço dos institutos do Direito administrativo não é linear e direta (como um todo não o é a história), mas acompanha a paulatina incorporação de garantias forjadas pelos condicionantes do seu tempo. Seria como analisar a Constituição do Brasil de 1824 e considerá-la autoritária. Comparativamente ao atual modelo jurídico-constitucional, sem dúvida; porém, se considerado o tempo histórico de seu reconhecimento, certamente não. Do mesmo modo, a história do constitucionalismo inglês e americano: malgrado suas experiências arbitrárias e não-democráticas topicamente consideradas, não se olvidam dos avanços que sua teoria constitucional ocasionou para a orientação ideológica ocidental para a

¹⁶² SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 98-99.

¹⁶³ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos ...*, p. 99-100.

construção dos atuais direitos humanos.¹⁶⁴ Alinhado a esse posicionamento, Fernando Dias Menezes de Almeida afirma que o modelo de Estado autoritário, fruto da Revolução Francesa, logo sofre uma “evolução liberalizante, com atenção à garantia dos direitos dos cidadãos”, seguida posteriormente por uma “evolução socializante, rumo ao Estado social”.¹⁶⁵

A Constituição de 1988 não é absenteísta, no sentido de não ser neutra diante das necessidades de desenvolvimento econômico e social da coletividade, pressuposto que lhe obriga, diretamente ou através da iniciativa privada, a garantir determinadas prestações necessárias à realização da dignidade da pessoa humana e redução das desigualdades sociais (CF, arts. 1º e 3º).¹⁶⁶

O pensamento cristão e a concepção jusnaturalista consideram os serviços públicos como as principais fontes de inspiração das declarações de direitos, porém José Afonso da Silva defende a ampliação das fontes, destacando importantes momentos históricos da evolução social, nos quais houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos nelas consubstanciados, como o Manifesto Comunista, a Encíclica “Rerum Novarum” e o intervencionismo estatal.¹⁶⁷

Assim que outros direitos fundamentais – os direitos econômicos e sociais – surgiram da conjunção de condições materiais, objetivas e subjetivas.¹⁶⁸ A encíclica “Rerum novarum”, aliás, refutou o comunismo, o qual chamou de “princípio de empobrecimento” e o acusou de iludir o povo com uma igualdade na indigência; mas também refutou o liberalismo, ao deduzir dos princípios de “justiça distributiva” um conjunto de direitos da classe operária oponíveis ao empregador capitalista, reclamando atuação do Estado para efetivar a sua proteção por meio de uma legislação social.¹⁶⁹

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação do Estado, a fim de impedir que o Poder Público venha a violar a dignidade pessoal, mas também objetivando (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou

¹⁶⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 254-261.

¹⁶⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 33.

¹⁶⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 132.

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 173.

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito ...*, p. 174-175.

¹⁶⁹ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais*. Conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 110.

impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado tenha como meta permanente a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.¹⁷⁰

Às Constituições de Estados democráticos de Direito, além da contenção do poder administrativo e em alguns aspectos de proteção de direitos individuais de liberdade, somam-se dispositivos cuja missão é a persecução do bem-estar da coletividade para garantir, além da inviolabilidade da liberdade individual, o fornecimento e a prestação de certos bens essenciais à dignidade das pessoas. O reconhecimento, a promoção e a tutela constitucional conferidos a uma série crescente de direitos sociais e as expectativas de prestações são o reflexo da organização e das funções positivas atribuídas aos aparatos administrativos da modernidade.¹⁷¹

Essa nova fisionomia constitucional visa superar o marco mínimo da disciplina geral das garantias formais relativas às prerrogativas, das relações dos órgãos constitucionais e das liberdades fundamentais dos cidadãos. É o crescimento da sociedade civil (das suas necessidades enfaticamente exigidas) que determina a constitucionalização dos “valores”, de novos valores além daqueles tradicionalmente reconhecidos pelo Estado de Direito de estrutura “monoclasse”. É, “sobretudo, a atividade de prestação (“leistende Verwaltung”) o núcleo conceitual que caracteriza o Estado social de Direito de estrutura “pluriclasse” (...). Aos aparatos político-administrativos é conferida a missão de implementar de forma efetiva os valores tal como canonizados na Constituição”.¹⁷²

A concessão do serviço público, de toda forma, não pode ser impeditivo às causas de diferenciação entre as diversas classes sociais, tampouco ser empecilho à concretização da dignidade e da solidariedade, principalmente para a parcela da população que não reúne condições econômicas para o custeio.¹⁷³ A declaração universal dos direitos humanos de 1948 registra que todos têm direito aos “serviços sociais indispensáveis” (arts. XXI (2) e XXV (1)),¹⁷⁴ além de também consignar, em seu

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 3. ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004, p. 110.

¹⁷¹ FERRARA, Rosário. *Introduzione al Diritto Amministrativo*. Editori Laterza, 2002, p. 50. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 312.

¹⁷² FERRARA, Rosário. *Introduzione al Diritto...*, p. 312.

¹⁷³ WALD, Arnold; GAENSLY, Marina. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista dos Tribunais*, v. 877, NOV/2008, p 11-26. p. 18.

¹⁷⁴ Declaração Universal dos direitos humanos (1948). Artigo XXI. 2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. Artigo XXV. 1. Todo ser humano tem direito a um

art. XXIX (1), que “o indivíduo tem deveres para com a comunidade”, reforçando a ideia de que deve haver cooperação entre as pessoas, para que todas possam desenvolver-se livre e dignamente. Ao buscar promover o interesse da coletividade, o Direito público deve delimitar o interesse público à Administração em razão das suas fundamentalidades.

Os direitos fundamentais constantes da Constituição da República foram classificados como de “fundamentalidade formal”, estando, portanto, associados à constitucionalização de tais direitos, colocados em grau superior a todo ordenamento jurídico e possuindo natureza supralegal; e de “fundamentalidade material” que, por sua vez, relaciona-se ao próprio conteúdo dos direitos fundamentais e constitui a estrutura básica do Estado e da sociedade.¹⁷⁵

A fundamentalidade material não está associada à ideia de constitucionalização, porém, “é por meio do direito constitucional positivo que a fundamentalidade material autoriza a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não incluídos em seu texto (apenas materialmente formais), assim como àqueles direitos situados fora do catálogo, mas dentro da Constituição Federal”.¹⁷⁶ Com efeito, é a fundamentalidade material que define os direitos fundamentais, contemplados ou não no art. 5º, da Constituição da República, ou seja, independente de constar no catálogo do mencionado dispositivo, o que o torna um direito fundamental é seu núcleo material de fundamentalidade.¹⁷⁷

Diante da dimensão fundamental do serviço público e do interesse público de que todos acessem as prestações, é reconhecida a existência do direito fundamental de acesso ao serviço público de transporte, em consonância com o art. 175 da Constituição da República.¹⁷⁸ Tal direito possui eficácia plena e imediata e, segundo os ditames estritamente jurídicos a todos é assegurado o direito de requerer ao Estado que lhe seja prestado o serviço público de transporte. Nesse sentido, Marçal Justen

padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

¹⁷⁵ GLOECKNER, Joseane Lederbrum. A Reserva Do Possível Como Limite à Efetividade do Direito Fundamental à Saúde. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 13, n. 51, jan./mar. 2013, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 235.

¹⁷⁶ GLOECKNER, Joseane Lederbrum. A Reserva Do Possível ..., p. 235.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 63.

¹⁷⁸ BOURGES, Fernanda Schuhli. Serviços Públicos Concedidos: perspectivas remuneratórias para a ampliação do acesso. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003, p. 197-223. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 203.

Filho assevera que a solidariedade é um ônus da sociedade e não de alguns operadores econômicos, devendo todos prestar auxílio aos carentes de recursos, para atender ao princípio da solidariedade em consonância com a alteridade e a isonomia.¹⁷⁹

Interessante ressaltar que não apenas as prestações positivas, mas também as prestações negativas podem ser impostas pelo poder Público a fim de viabilizar os interesses coletivos, justamente pelo dever de solidariedade que deve nortear as relações sociais. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que são constitucionais as cobranças de tarifa especial ou sobretarifa sobre o consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas, decorrentes da implementação de plano de racionamento em momento de escassez da oferta de serviço. Segundo entendimento prevalente na Corte, tais medidas administrativas estão em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, à vista da preocupação com os direitos dos consumidores em geral, permitindo que todos continuem a utilizar, moderadamente, do serviço (no caso em espécie, energia elétrica) que se apresenta escasso. Inclusive com a possibilidade de se impor medidas de suspensão do fornecimento àqueles que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima.¹⁸⁰

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, a consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil tem o condão de elevar tal princípio ao patamar de norma embasadora e informativa “de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição formal e material”.¹⁸¹ Acrescenta, ainda, que “a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão no texto constitucional vigente mesmo em outros capítulos da nossa Lei Fundamental, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, caput)”.¹⁸²

¹⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria das Concessões dos Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 91.

¹⁸⁰ Nesse sentido, vide a ADC 9, Relator Ministro Néri da Silveira, Relatora para acórdão Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2001, DJ 23/04/2004.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 64.

¹⁸² CF/88. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

A Constituição da República erigiu a dignidade da pessoa humana ao “status” de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e, ademais, inseriu dentre os princípios setoriais que devem reger toda a ordem econômica. Por isso André Luiz Freire afirma que “perante o direito constitucional brasileiro, nosso Estado é um prestador de serviços públicos”. Cabe ao Estado promover – direta ou indiretamente – prestações aos administrados, a afim de garantir a igualdade material e dar condições para uma vida digna.¹⁸³

Relembre-se que o serviço público não se confunde com a atividade econômica, cuja titularidade é do ente privado e apenas em razão de segurança nacional ou razões de interesse público (CF, art. 173) podem ser desempenhadas pelo Estado. Resta claro, portanto, que o serviço público, típico do Estado Social e visando o bem-estar dos cidadãos, não se confunde com atividade econômica e sua natureza privada.¹⁸⁴

Esse é um ponto de suma importância, pois ainda que se reconheça o conteúdo econômico do serviço público de transporte, não se pode nunca dizer que se trata de atividade econômica pelo fato de ser concedido, muitas vezes, ao particular. Tampouco se poderia falar em “serviço público-econômico”, pois se estaria “a associar duas expressões que, em nosso Direito Constitucional, designam antinomias jurídicas, necessariamente submetidas, então, a regimes normativos antagônicos”.¹⁸⁵

Além disso, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são fundamentos do Estado brasileiro (CF, art. 1º, III e IV),¹⁸⁶ entre vários outros dispositivos, dos quais resta evidente a caracterização do Brasil como um Estado Social ou Estado Providência.¹⁸⁷

Saliente-se que, em que pese o Estado Social rejeite o liberalismo (sobretudo o liberalismo econômico), fundado na lógica do “laissez-faire”, não o faz regido por qualquer espécie de socialismo.¹⁸⁸

¹⁸³ FREIRE, André Luiz. A Crise Financeira e o Papel do Estado: uma análise jurídica a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 10, n. 39, (jan/mar. 2010), Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 158.

¹⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p 789.

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito ...*, p 789.

¹⁸⁶ CF/88. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

¹⁸⁷ FREIRE, André Luiz. *A Crise Financeira ...*, p. 156.

¹⁸⁸ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais*. Conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 111.

Em diversas oportunidades a Constituição outorgou a determinados indivíduos direitos subjetivos que decorrem da dignidade da pessoa humana, a fim de assegurar bens e serviços que, de outra forma, lhes seriam inacessíveis. É o caso do art. 203, e incisos, da Constituição,¹⁸⁹ por exemplo, que estabelece uma série de benefícios assistenciais. Em relação aos transportes não é diferente, havendo diversas previsões legais de isenção tarifária decorrentes de políticas públicas, sociais etc.¹⁹⁰ o que reforça a ideia de que este serviço público vem tendo o devido reconhecimento do ordenamento.

Tornou-se imprescindível, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, um alargamento da Administração Pública protetora no exercício das atividades administrativas para promoção e efetivação dos direitos fundamentais, em especial dos direitos a prestações, que reclamam ações positivas para a sua efetivação. À Administração incumbe a tarefa de proporcionar aos cidadãos condições materiais que lhes possibilitem o efetivo exercício das liberdades.¹⁹¹

Também decorre do ordenamento constitucional o dispositivo que, ao tratar de educação, estabelece como um dos seus objetivos o “preparo para o exercício da cidadania” (CF, art. 205).¹⁹² Nesse sentido, Geraldo Spagno Guimarães crê que “é justo reconhecer que o transporte público eficiente é um meio inegavelmente essencial de permitir à grande massa cidadã a efetividade desse ‘status’”, o que leva a admitir que os transportes também prepararam para o exercício da cidadania, conquanto seja ainda melhor concluir que, tanto o acesso à educação quanto à utilização transporte, são em si práticas de cidadania, consideradas em seu aspecto sociológico, para além

¹⁸⁹ CF/88. Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

¹⁹⁰ Como por exemplo, os deficientes físicos (Lei Federal n. 8.899/1994), idosos (§ 2º do art. 230, e art. 39, ambos da Constituição da República), alguns serventuários da justiça, como agentes de inspeção do Ministério do Trabalho (§ 5º do art. 630 da Consolidação das Leis do Trabalho), carteiros e mensageiros da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (do art. 9º do Decreto-Lei n. 3.326/1941 e do art. 51 do Decreto-Lei n. 5.405/1943), oficiais da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (art. 16 da Lei Federal n. 4.192/1962 e art. 43 da Lei Federal n. 5.010/1966, respectivamente).

¹⁹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, garantia dos direitos fundamentais, direito civil, direitos humanos e tratados internacionais. *In*: Fabrício Motta. (Org.). *Direito público Atual*: estudos em homenagem ao Professor Néelson Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 318.

¹⁹² CF/88. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

da restrita ótica jurídico-constitucional, que tem por dever cuidar da universalidade de participação e legitimidade subjetiva de expressão política.¹⁹³

A própria regulação da gratuidade nos transportes públicos, afirma, é um assunto que configura a inclusão cidadã. Porém, sequer estão positivados percentuais mínimos obrigatórios de gastos com transportes públicos. Enquanto “o ônibus não chegar no alto da favela, de lá não saem os enfermos crônicos ou terminais e nem os mortos, muitas vezes conduzidos morro abaixo em carrinho de mão”; da mesma, se o transporte público não for eficiente para os quilombolas, não terão acesso às escolas e, por conseguinte, faltar-lhe-ás preparo para a cidadania.¹⁹⁴

Eis porque o Estado não pode deixar de atuar para proteger os direitos fundamentais, inclusive normativamente (dever de proteção), e deve implantar as políticas públicas necessárias para realizar os direitos que não exijam mais do que a iniciativa do seu titular, além de promovê-los. No caso do constitucional direito de livre locomoção, por exemplo, nos grandes centros urbanos pressupõe-se a existência de uma rede de transporte coletivo com acesso democratizado.¹⁹⁵

Malgrado exista certa rejeição quanto ao transporte ser classificado como direito fundamental, a obra de Geraldo Spagno Guimarães cita autores que assim o consideram em suas respectivas obras.¹⁹⁶ E conclui que boa parte da atual doutrina tem classificado o direito à locomoção ou deslocamento, a pé ou por qualquer dos modais de transporte, como corolário do direito à liberdade.¹⁹⁷

Ainda, como um direito de satisfazer necessidades materiais, dentre estes o direito ao transporte e o direito a satisfazer as necessidades sócio-políticas, como o direito de se locomover, ligando-se a essencialidade com o princípio da continuidade, o qual, inclusive, foi fundamento para o Supremo Tribunal Federal (STF) suspender decisão judicial anterior que determinava o bloqueio de vultosa quantia nas contas da Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRO), por considerar que o interesse

¹⁹³ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à lei de Mobilidade Urbana – Lei 12.587/12. Essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 84.

¹⁹⁴ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à lei de ...*, p. 84.

¹⁹⁵ CLÉVE, Clemerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords). *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 96.

¹⁹⁶ São mencionados José Afonso da Silva (Comentário contextual à Constituição, p. 111), Kildare Gonçalves Carvalho (Direito constitucional, p. 731-732) e André Ramos Tavares (Curso de Direito Constitucional, p. 627).

¹⁹⁷ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à lei ...*, p. 86.

creditício não se sobrepõe à essencialidade do transporte coletivo (AC n. 669, Rel. Ministro Carlos Britto, julgado em 06/10/2005 e publicado em 26/05/2006).¹⁹⁸

Destaca-se, por fim, que o transporte individual de passageiros, como o táxi, não recebeu o mesmo tratamento do legislador constituinte, embora também promova a locomoção de pessoas, não o faz com a mesma fluidez da coletividade. Com efeito, infere-se que a essencialidade não é exatamente do meio de transporte, mas sim da efetiva circulação e no fácil deslocamento que o transporte público oferece à coletividade.¹⁹⁹

1.5. Proporcionalidade, essencialidade e o princípio da continuidade do serviço público de transporte coletivo

Segundo Calixto Salomão Filho “nos dias atuais o Estado e a esfera política são cada vez menos capazes de influenciar a esfera econômica – pelo contrário, são cada vez mais por ela influenciados e pressionados. Democracia política, portanto, cada vez menos é capaz de se traduzir em transformação econômica”.²⁰⁰

A maioria das atividades não depende da interferência estatal, seja porque não possuem maior relevância econômica para as necessidades coletivas, seja porque estão sendo supridas satisfatoriamente pela iniciativa privada, sujeitando-se apenas ao poder de polícia. Diferentemente, no entanto, ocorre com os serviços públicos que, ontologicamente, poderiam pertencer tanto à esfera pública quanto privada, mas que o Constituinte ou o Legislador, em função de uma avaliação do interesse da coletividade em determinado momento histórico, entendeu que o Estado deveria tomar a atividade para si, para cumprir as funções constitucionais de proteção aos liames sociais.²⁰¹

Para Alexandre Santos de Aragão “O atual momento do Estado e da sociedade é marcado por essa atenuação das fronteiras entre o público e o privado na realização das necessidades humanas, acreditando-se que mecanismos privados possam, em alguns casos, ser tão ou mais eficazes que os sócios-estatais”. Esse fenômeno também foi observado por meio das parcerias entre o setor público e a sociedade civil,

¹⁹⁸ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à lei de Mobilidade Urbana – Lei 12.587/12. Essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 87.

¹⁹⁹ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à lei ...*, p. 87.

²⁰⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito como instrumento de transformação social e econômica*. *Revista de Direito público de Economia – RDPE*. v.1, 2003, p. 16-17.

²⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 131-132.

com a delegação de atividades que continuaram sendo de titularidade do Estado e mesmo com atividades que passaram a ser titularizadas pela iniciativa privada, sujeitas à regulação.²⁰²

É a árdua tarefa de equilibrar a intervenção estatal na economia, especialmente no que se refere aos setores mais sensíveis e próximos da vida do cidadão e da vida econômica. Nas palavras de Marcia Carla Pereira Ribeiro, “Feliz da sociedade que consiga encontrar o ponto ideal de conciliação da ação privada e a intervenção estatal no domínio econômico”.²⁰³

Os serviços públicos são especialmente atingidos por essa crise conceitual, porque sempre integraram a esfera pública, porém, com a constante mitigação de fronteiras entre público e privado, a crise conceitual permanece, em que pese, paradoxalmente, revele a força da noção de serviço público, que sobrevive a essa crise constante.²⁰⁴ Com efeito, “a prestação do serviço público, em si mesma, deve configurar o fim a ser colimado e não a perspectiva de lucro ou de bom investimento por parte do Estado; essa perspectiva só pode ser o objeto almejado pelo particular”.²⁰⁵ A continuidade do serviço público, nesse cenário de interesses antagônicos, mostra-se o palco de acirradas discussões.

Como princípio a ser observado pela Administração Pública, configura um dever a ser implementado na prestação do serviço, seja pela própria Administração, seja pelo concessionário ou permissionário e a gestão desse interesse impõe-se como objetivo a ser perseguido na obtenção do serviço público adequado. No entanto, “não se trata de interesse exclusivo da Administração e excludente dos demais membros da sociedade; usuário e o próprio concessionário (formando uma relação “trilateral”) podem exigir determinado comportamento a fim de que sejam atendidos os interesses públicos primários, expressos na segurança, saúde, educação, transporte e tantos outros como tais erigidos. A Administração não pode se esquivar de agir ou decidir, sob a invocação de que a ela cabe precipuamente curar da continuidade do serviço”.²⁰⁶

²⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços ...*, p. 9.

²⁰³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Prefácio da obra. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coords.). *Direito da Infraestrutura. Temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 9.

²⁰⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços ...*, p. 13.

²⁰⁵ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

²⁰⁶ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade ...*, p. 117.

Quando se trata de defender a continuidade da prestação dos serviços públicos independentemente da contraprestação recorre-se preferencialmente ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, cuja relevância social e a necessidade individual impingem a perpetuação do serviço, sobrepondo-se ao pagamento pela sua utilização, mesmo porque não está vedado que haja a sua regular cobrança.²⁰⁷ Sob essa matriz, o serviço público deve ser contínuo, o que significa que deve estar disponível sempre que o usuário precisar e deve funcionar sem interrupção, o que não deve ser confundido com o serviço regular, que mantém o ritmo desde o seu início.

Celso Antonio Bandeira de Mello defende a impossibilidade de interrupção imediata por inadimplência dos serviços públicos essenciais (como a água) ou daqueles de grande importância para a vida atual (como a energia elétrica) no caso do usuário demonstrar insuficiência de recursos, cabendo ao prestador do serviço reclamar perante o Judiciário, ao qual caberá decidir pela manutenção ou pela interrupção do serviço.²⁰⁸

Para Luiz Antônio Rizzatto Nunes, contudo, o serviço público, essencial em razão de sua própria natureza, não pode ser interrompido, por se tratar de garantia de dignidade e, mais, por ser imprescindível para uma vida sadia, meio ambiente equilibrado, sendo direito inextinguível do cidadão-consumidor. Além disso, considera que, se as isenções tributárias são dadas a vários contribuintes sem que se implique na descontinuidade dos serviços, por analogia, defende que seja aplicado aos serviços públicos, eis que a dignidade e a vida são valores que se sobrepõem ao direito de crédito.²⁰⁹

O art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê que “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.²¹⁰ Há que se consignar que,

²⁰⁷ LAZARI, Rafael José Nadim. O inadimplemento do usuário e o princípio da continuidade na prestação dos serviços públicos. *Revista Bonijuris*, v. 23, n. 566, JAN/2011. p. 20-21.

²⁰⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 764.

²⁰⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 320.

²¹⁰ O parágrafo único, IV, do art. 175, da Constituição da República, também prevê a obrigação do Estado prover o serviço público de modo adequado, nesse sentido: Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: IV - a obrigação de manter serviço adequado.

à ausência de um estatuto do usuário,²¹¹ o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que se aplica a legislação consumerista aos serviços prestados pelas concessionárias de serviços públicos.²¹²

Nesse momento, cabe distinguir a figura do consumidor e do usuário. O conceito de consumidor pressupõe sua hipossuficiência diante das relações contratuais massificadas, bem como ser o destinatário final do produto ou serviço. Já a relação do usuário com o serviço público é total ou predominantemente estatutária. Além disso, o usuário não precisa ser hipossuficiente, nem o destinatário final do serviço, tampouco este (serviço) precisa ser oneroso. Outrossim, o usuário tem direito ao serviço público e o Estado tem o dever de prestar, diferentemente do consumidor, que não tem o direito de constranger o fornecedor a empreender a atividade econômica.²¹³

Ainda, o cidadão-usuário, independentemente de utilizar ou não o serviço público, tem o direito de participar da sua administração, o que não ocorre com o consumidor, que somente pode reclamar para consumir com qualidade. O cidadão-usuário pode até mesmo interferir no processo da produção material do serviço público, por ter direito ao acesso aos registros administrativos e às informações sobre atos do governo (CF, art. 37, § 3º).²¹⁴ Pode também reclamar perante os órgãos e entes públicos, inclusive representar contra o exercício negligente ou abusivo de agente no âmbito da prestação de um serviço público, sem precisar carregar consigo recibo de compra ou nota fiscal, bastando portar documento que comprove seu status de cidadão.²¹⁵

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.343/DF reconheceu diferenças entre a figura do consumidor e do usuário e, segundo voto vencedor do Ministro Luiz Fux, a relação

²¹¹ Inclusive, o art. 26 da EC 19/1998 foi objeto da ADO n. 24 do Supremo Tribunal Federal ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil.

²¹² Nesse sentido, decisão do STJ, no AgRg no AREsp 238.538/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 04/02/2013.

²¹³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e Universalização dos Serviços Públicos: Análise Crítica da Regulação da Energia Elétrica e das Telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 163.

²¹⁴ CF/88. Art. 37 (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta (...).

²¹⁵ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e Universalização dos Serviços Públicos: Análise Crítica da Regulação da Energia Elétrica e das Telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 163.

entre o prestador do serviço público e o usuário possui natureza específica, informada por princípios próprios, como o princípio da solidariedade social (CF, art. 3º, I).²¹⁶

Cabe igualmente distinguir entre o chamado serviço público “facultativo” e o “obrigatório”, para o qual seria ilegal a interrupção, por ser considerado essencial. Nesse sentido, mesmo diante dos serviços suprimíveis há que se notificar previamente o usuário inadimplente antes do corte de fornecimento, permitindo-se não apenas a derradeira oportunidade de regularização do débito, como também a preservação da dignidade, ao se evitar surpresas e constrangimentos.²¹⁷

Em contraposição a esses fundamentos, registra-se o entendimento de Luiz Alberto Blanchet, para quem o princípio da permanência do serviço público atende apenas aqueles que se encontram em situação juridicamente protegida, o que não seria o caso do inadimplente, inclusive devido ao princípio da igualdade dos usuários perante o prestador do serviço público. E até mesmo por força da natureza material – e não apenas jurídica – do inadimplemento, que inviabilizaria a continuidade na prestação do serviço não apenas em relação ao inadimplente, mas perante aqueles que adimpliram sua contraprestação.²¹⁸

Nesse sentido, a continuidade do serviço público está atrelada ao projeto autossustentável do concessionário e o parceiro público, sendo imprescindível o pagamento da tarifa por parte de todos os usuários. Por isso, Egon Bockmann Moreira adverte que é inviável se cogitar de “pular a catraca” para ingresso no transporte metroviário ou o direito de “fazer um gato” para consumir energia elétrica, porém, em sentido contrário, admite que há controvérsias quanto a alguns serviços tidos por “mais essenciais”, como água, energia, telecomunicações e alguns transportes públicos. Nada que justifique desprezar a qualificação atribuída por lei a todos e a cada um dos serviços públicos, pelo fato de que o serviço deve ser sempre prestado em vista dos benefícios coletivos que produz (diretos e indiretos) e não apenas para suprir “o interesse egoístico deste ou daquele indivíduo”.²¹⁹

É, segundo o autor, “justamente porque o serviço é essencial que não se pode prestá-lo ao inadimplente”, sob pena de inviabilizar toda a atividade. Também não se pode conceber a interrupção do serviço como modo indireto de cobrança, porquanto a

²¹⁶ CF/88. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

²¹⁷ Nesse sentido, vide a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.343/DF, relator Luiz Fux.

²¹⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessões de serviços públicos*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 52.

²¹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 266-268.

dívida já existe e a supressão do serviço apenas estaria impedindo o seu aumento, nem mesmo se falar em violação à cidadania ou à dignidade da pessoa humana. A premissa lançada pela Lei Geral de Concessões é a de que os serviços prestados em regime de concessão não são gratuitos, sendo que, na mesma medida em que o concessionário não pode deixar de fornecer o serviço, o usuário não pode deixar de cumprir sua obrigação de pagar pelo serviço, sob pena de prejudicar todo o sistema, pois há direitos e deveres recíprocos.²²⁰

Sob esses argumentos, o dever de continuidade na prestação do serviço público só é exigível por aquele que se encontra adimplente com sua contraprestação. Concorde com esta conclusão Jacintho Arruda Câmara, para quem também não há que se falar em dever de continuidade como um direito do inadimplente. Segundo apregoa, “o dever de prestar o serviço somente se torna exigível se as condições para a sua fruição estiverem presentes”. Havendo a obrigação de pagar a tarifa, o usuário que não atenda esta obrigação poderá ter o serviço interrompido sem que isso configure rompimento ao dever de continuidade.²²¹

Já Ruth Helena Pimentel de Oliveira adota uma posição que considera “mista”, pois reconhece que o usuário tem direito aos serviços públicos sempre que deles precisar (sejam necessidades interruptas ou não e sem qualquer distinção de natureza pessoal), porém, desde que o usuário cumpra sua contraprestação ou esteja protegido por alguma isenção prevista em lei.²²² Segundo a autora, esse argumento (previsão de gratuidade em lei) combate a analogia que se faz às isenções tributárias,²²³ as quais decorrem da lei, diferentemente da tese de manutenção do serviço público apenas por submissão ao princípio da continuidade.²²⁴

Não há nenhuma inovação na posição (mista) defendida pela autora. De fato, discutir a continuidade do serviço público (essencial ou não) ao inadimplente gera muitas controvérsias. Mas, nenhuma delas pode pretender se sobrepor ao comando normativo positivado. Em relação às isenções previstas em lei, não seria nenhum favor

²²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 269.

²²¹ CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 107.

²²² OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 93.

²²³ Por exemplo, a isenção do pagamento de taxas em situações específicas, como a gratuidade na emissão de certidões para pessoas de comprovada baixa renda.

²²⁴ OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras ...*, p. 95.

da Administração Pública ao usuário, mas mera obediência ao princípio da legalidade, principal supedâneo administrativo (art. 2º da Lei Federal n. 9.784/1990).²²⁵

A norma jurídica contida no art. 6º, § 3º, II, da Lei Federal n. 8.987/1995 fundamenta este posicionamento ao prever a possibilidade de interrupção do serviço público em situação de emergência ou após prévio aviso, quando houver razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e, frise-se, por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.²²⁶

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para o qual “Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei Federal n. 8.987/95. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito”.²²⁷

Mais recentemente, entretanto, o entendimento do STJ evoluiu e vem se consolidando no sentido de inadmitir cortes de fornecimento em razão de “débitos pretéritos”, assim considerados aqueles decorrentes de inadimplemento de conta regular, relativa ao mês de consumo.²²⁸ Ainda, “Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, é ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando a inadimplência do consumidor decorrer de débitos pretéritos”.²²⁹

Um valioso recorte nesse ponto deve esclarecer que as “normas” são o gênero do qual “regras” e “princípios” são espécies.²³⁰ As regras seguem o esquema simples

²²⁵ Lei Federal n. 9.784/1999. Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

²²⁶ Lei Federal n. 8.987/1995. Art. 6º. § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

²²⁷ Nesse sentido, vide a decisão do STJ no REsp 1062975 RS, relator Ministra Eliana Calmon, DJe 29/10/2008.

²²⁸ Nesse sentido, vide a decisão do STJ no AgRg no AREsp 101.624/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe 22/03/2012, segundo a qual “A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que é ilegítimo o corte no fornecimento de energia elétrica se o débito decorrer de suposta fraude no medidor de consumo de energia elétrica, apurada unilateralmente pela concessionária de serviço público, uma vez que a suspensão pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês de consumo, devendo a concessionária utilizar-se dos meios ordinários de cobrança”.

²²⁹ Nesse sentido, vide a decisão do STJ no AgRg no AREsp 314197 / RJ, relator Ministro Humberto Martins, DJe 28/05/2013.

²³⁰ Ana Paula de Barcellos estabelece sete critérios comumente propostos pela doutrina para distinguir regras e princípios: conteúdo; origem e validade; compromisso histórico; função no ordenamento; estrutura linguística; esforço interpretativo exigido e aplicação. (BARCELLOS, Ana Paula

de “preceito-sanção” que, apesar de genéricas e abstratas, dizem respeito a situações hipotéticas específicas, e que se concretizando na prática, acarretam determinadas consequências jurídicas. Os princípios, por sua vez, são muito mais complexos, pois não preveem situações determinadas e, muito menos, efeitos jurídicos específicos que decorrem de situações práticas.²³¹

Eles possuem um papel estruturante da ordem jurídica e da organização estatal como um todo, estabelecendo os pensamentos diretores do ordenamento das instituições, inclusive do próprio Estado, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico. A sua grande riqueza está exatamente na “maleabilidade” que propicia em relação às demais normas do ordenamento jurídico e diante das complexas situações da vida, insuscetíveis de serem resolvidas pela singela aplicação de regras lógico-presuntivas.²³²

Nesse particular, discorda-se daqueles que entendem pela descontinuidade pura e simples do serviço público essencial, fundamental pela própria natureza constitucional. Embora a continuidade do serviço não possa ser entendida em termos absolutos, sob pena de comprometer a atividade do concessionário, protegida pelo respeito à equação econômico-financeira, gerar a paralisação do sistema para todos e impor pesados ônus aos recursos públicos, entende-se que deve prevalecer a maleabilidade dos princípios (razoabilidade e a proporcionalidade) sobre a rigidez das regras.

O rompimento na prestação do serviço público, mesmo no caso de não pagamento da tarifa ao concessionário, compromete a população e não pode ser aceito como meio de cobrança. Por outro lado, esse comportamento inadimplente não pode ser reiterado sob pena de comprometer o exercício da atividade. É, portanto, “a razoabilidade, que se traduz no bom senso comum, que fornece elementos para a solução da controvérsia. Não é possível estabelecer “a priori”, sob pena de comprometer os interesses protegidos”.²³³

Logo, é necessário cautela. Não se olvida que, ao não adimplir sua contraprestação, o usuário do serviço público está se locupletando em detrimento da Administração Pública (ou do Concessionário) e da coletividade de usuários adimplentes, o que em regra vem a ferir a isonomia de tratamento entre os usuários do

de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 53-56).

²³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 2, n. 8, p. 69-112, 2002.

²³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade ..., 2002.

²³³ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade ...*, p. 113.

serviço (princípio da igualdade) e de política social (princípio da supremacia do interesse público).²³⁴ No entanto, é necessário que tal inadimplência beneficie àqueles que dela realmente necessitem, para não se traduzir em ato de impunidade ao se manter a prestação do serviço independente de contraprestação; tampouco estimular os adimplentes a deixarem de cumprir com sua obrigação.²³⁵

Nas hipóteses em que o consumidor seja pessoa jurídica de direito público, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que prevalece a tese de que o corte de energia é possível, desde que não aconteça de forma indiscriminada, preservando-se as unidades públicas essenciais. Logo, é considerado ilegítimo quando atinge necessidades inadiáveis da comunidade, assim consideradas as atividades que, se não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, como hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, escolas e creches. Mais uma vez a aplicação da legislação infraconstitucional é limitada pelos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana.²³⁶

A proposta defendida por Rafael José Nadin Lazari para os casos envolvendo pessoas naturais segue o critério de renda do indivíduo, aplicado no plano casuístico. Dessa forma, no caso de comprovada miserabilidade, não deve haver a suspensão da prestação do serviço; entretanto, se o usuário dispuser de recursos para adimplir a obrigação e não o fizer espontaneamente, por mera recusa injustificada, crível será a supressão da continuidade do serviço público. Essa é, na sua concepção, a forma mais justa de equacionar a situação.²³⁷

A continuidade na atuação administrativa consiste justamente na necessidade do desenvolvimento da ação administrativa sem solução de continuidade: uma vez direcionada à realização do bem comum, não se pode admitir atrasos, tampouco interrupções. A eficiência administrativa também exige que o bem comum seja buscado de forma permanente e contínua. De fato, a garantia da efetividade do bem-estar exige a observância desse aspecto da ideia maior de eficiência. Isso leva Onofre Alves Batista Júnior a concluir que “A interrupção da prestação dos serviços públicos, com toda certeza, traz uma lesão apreciável à satisfação das necessidades coletivas

²³⁴ Malgrado não seja o princípio da supremacia do interesse público de ordem absoluta, conforme já decidiu o STJ, no REsp 300.116, Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 25/02/2002.

²³⁵ LAZARI, Rafael José Nadim. O inadimplemento do usuário ..., p. 20.

²³⁶ Nesse sentido, vide a decisão proferida no EREsp: 845982/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 24/06/2009, Data de Publicação: DJe 03/08/2009).

²³⁷ LAZARI, Rafael José Nadim. O inadimplemento do usuário ..., p. 24.

de segurança e bem-estar a cargo da Administração, sendo, pois, a continuidade um pressuposto do Estado de desiderato social (eficiente)”.²³⁸

Deve-se lembrar que a manutenção dos serviços públicos de forma acessível e indistinta a todos, como expressão também do princípio da generalidade ou universalidade²³⁹ do serviço, “corresponde a um dever legal e não mero favor da Administração, razão pela qual confere ao particular o direito de exigir a prestação sem quaisquer privilégios, favorecimentos ou discriminações de qualquer espécie”.²⁴⁰ Se a Administração se omitir desse dever, o prejudicado, seja o particular ou o concessionário, está legitimado a invocar o Poder Judiciário para combater esta ilegalidade (tema a ser abordado adiante).

Nessa mesma trilha, o entendimento de Osvaldo Anselmo Reginato ao tratar do serviço público de fornecimento de água, propugnando que os usuários de baixa renda, que não consigam pagar nem mesmo a “tarifa social”,²⁴¹ sejam assistidos pelo Poder Público. Em relação à energia elétrica já existe norma jurídica prevendo benefícios para parcelas mais pobres da sociedade, conforme discriminado na Lei Federal n. 12.212/2010.²⁴²

Em que pese haja diferentes níveis de essencialidade (e é crível afirmar que água está em um patamar acima, comparativamente a transporte), essa seria uma solução juridicamente possível e economicamente viável para minimizar a problemática. Mas, frise-se, não há dúvida que o Estado deve atuar sobre e na economia para assegurar valores que não podem ser satisfeitos e, às vezes, até mesmo agredidos pela liberdade dos agentes do mercado.²⁴³

²³⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 198-199.

²³⁹ Embora Ana Maria Goffi Flaquer Scaterzzini trate generalidade e universalidade como sinônimos, é possível distinguir os conceitos. O uso que a autora faz de “generalidade” se aproxima do conceito apresentado por Egon Bockmann Moreira (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 257) e do que André Luiz Freire define como “universalidade formal”, ligando-o ao princípio da igualdade, o que garante ao usuário tratamento isonômico. A “universalidade material”, por sua vez, preconiza o objetivo pela ampliação máxima do serviço, para que todos possam dele usufruir (FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. Coleção Temas de Direito Administrativo 34. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 298).

²⁴⁰ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade ...*, p. 118.

²⁴¹ A tarifa social para o fornecimento de água foi implantada em diversos Estados, concedendo benefícios de pagamentos com descontos aos comprovadamente carentes, tal qual o caso de energia elétrica.

²⁴² Lei que dispõe sobre a Tarifa Social de Energia Elétrica, prevendo em seu art. 1º descontos de até 65% (sessenta e cinco por cento) incidentes sobre a tarifa.

²⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 2, n. 8, p. 69-112, 2002, p. 82.

A questão é determinar qual é o limite para a ingerência (abrangência e intensidade) da atuação estatal sobre e na economia. A resposta certamente passa pelo princípio da proporcionalidade, a partir da aplicação de três elementos ao Direito Econômico: (i) o Estado deve impor a menor restrição possível ao mercado dentre as que estiverem disponíveis para assegurar a finalidade pública; (ii) essa restrição à liberdade de mercado deve ser apropriada à realização dos objetivos sociais perquiridos (adequação dos meios aos fins); e (iii) a restrição imposta ao mercado deve ser equilibradamente compatível com o benefício social visado (proporcionalidade em sentido estrito), ou seja, a finalidade pública almejada deve “valer a pena”.²⁴⁴

Sobre o sopesamento de bens e direitos, através da proporcionalidade, Willis Santiago Guerra Filho explica que, para resolver o dilema da interpretação constitucional quando há conflito entre princípios constitucionais, se preconiza pelo princípio da proporcionalidade, “que determina a busca de uma solução de compromisso, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo aos outros, e jamais lhes faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu núcleo essencial”.²⁴⁵

Diante da hierarquização de valores no caso concreto, prepondera indubitavelmente o princípio da proteção aos mais carentes jurídica e/ou economicamente. Os desfavores sociais de que tais pessoas são vítimas demandam resposta jurídica prioritária. Não se pode deixar a problemática da integração social em segundo plano. Os interesses sociais mais relevantes devem prevalecer sobre os interesses econômicos menos significativos. Enquanto fim colimado pela sociedade, aos administrados deve ser propiciado um ambiente de estabilidade social e tranquilidade, “ensejando no seio da comunidade o desfrute de uma sensação de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos de determinadas condutas” e das suas próprias ações, para poder regrar seu comportamento.²⁴⁶

Quanto à alegação de desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, verifica-se que, de fato, se trata de princípio acolhido em âmbito constitucional (CF/88, art. 37, XXI)²⁴⁷ e jurisdicional.²⁴⁸ Da norma jurídica se

²⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade ..., p. 83.

²⁴⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 59.

²⁴⁶ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade* ..., p. 90.

²⁴⁷ CF/88. Art. 37. XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas

extrai que é lícito ao poder concedente alterar unilateralmente os encargos do concessionário (ainda que com prejuízo deste), “desde que reajuste a remuneração estipulada, evitando a quebra do equilíbrio econômico financeiro do contrato”.²⁴⁹

Havendo a quebra desse equilíbrio contratual, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo pode vir à tona, uma vez que é plenamente possível que os prejudicados interponham ações contra o Estado exigindo o restabelecimento da equação do contrato.²⁵⁰ Frise-se, todavia, que conquanto o ingresso do particular no mercado vise o lucro, o Estado colima atender a determinada necessidade coletiva. O lucro, portanto, é um componente irrelevante na prestação do serviço de forma direta ou indireta pelo Estado.²⁵¹

Aliás, decorre do regime jurídico-administrativo a característica essencial do sistema de fundar-se em um equilíbrio entre prerrogativas e sujeições que são impostas à Administração Pública pelo ordenamento jurídico, como forma de garantir a satisfação do interesse público. É o interesse público que legitima a instituição de privilégios e poderes especiais ao Poder Público, através da afirmação de sua supremacia, e é também o interesse público que limita o âmbito de atuação do Estado, impondo-lhe o dever de promover o interesse geral guiado pelo princípio da indisponibilidade. Em outras palavras, como assevera Daniel Wunder Hachem, “por desfrutar de supremacia, o interesse público autoriza a criação de prerrogativas de

as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica.

²⁴⁸ Nesse sentido, vide o seguinte acórdão: “(...) Desta forma, visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos entre as Concessionárias do Serviço Público de transporte estadual (...) exige a existência de previsão legal de recursos para a aplicação de benefícios tarifários como o é a gratuidade do transporte aos idosos (...) não havendo previsão de recursos, conforme se observa na hipótese, o prejuízo a ser suportado por um único setor da sociedade - qual seja, o das empresas prestadoras de serviço de transporte estadual” (STJ, AgRg no Recurso Especial n. 1.153.114/MG, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Data de Julgamento: 15/04/2010).

²⁴⁹ Nesse sentido, vide a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no REsp n. 998779, Relator Ministro Luiz Fux, Data de Publicação: DJe 23/09/2009.

²⁵⁰ Nesse sentido, vide o seguinte acórdão: “Concessão de serviço público. Empresas de ônibus. Gratuidade nos transportes coletivos assegurada a determinadas classes de usuários pela Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro. Inexigibilidade de regulamentação do dispositivo. Hipótese de imunidade. Tem a Administração o poder de modificar o contrato de concessão unilateralmente para atender ao interesse público. Se alterado o equilíbrio econômico e financeiro com o agravamento dos encargos do concessionário, cabe a este reclamar a revisão das tarifas ou promover a rescisão do contrato. (DP) Declaração de voto do Des. Peçueiro do Amaral.” (TJRJ - Apelação Cível n. 1991.001.591 - 2ª Câmara Cível - Rel. Des. Murillo Fábregas, j. 24.09.91, votação unânime).

²⁵¹ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade ...*, p. 98.

autoridade, e por ser indisponível, ele justifica a imposição de restrições especiais ao Estado”.²⁵²

Nesse sentido, diversas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecendo a constitucionalidade de leis estaduais que isentam usuários, como, por exemplo, no Amazonas, em que se concedeu isenção tarifária para usuários deficientes, idosos, policiais em serviço e estudantes da rede oficial durante o período letivo;²⁵³ ou em São Paulo, em que se atacou a isenção aos passageiros com idade acima de sessenta e cinco anos;²⁵⁴ ou seja, política pública não é o problema para a destarificação, pois tem se reconhecido a possibilidade de a Administração unilateralmente fazê-lo.

É que, tais direitos decorrem de um dever maior do Estado de assegurar um dos preceitos constitucionais pertinentes aos direitos e garantias fundamentais, positivado no inciso XV, do artigo 5º da Constituição.²⁵⁵ É insuficiente assegurar o direito de locomoção dentro de um país de dimensões continentais se não lhe for concedido meios efetivos de deslocar-se e realizar o transporte de seus bens.

Pode-se invocar, ainda, a função social da propriedade, prevista no art. 5º, XXIII da Constituição (“a propriedade atenderá a sua função social”), expressamente prevista dentre os direitos sociais que devem reger a ordem econômica (CF/88, art. 170, III),²⁵⁶ o qual fundamenta a imposição de isenções que atinjam o patrimônio em prol da concretização de outros direitos fundamentais, que se entenda necessário priorizar em nome da solidariedade social.

É também do princípio da continuidade que decorrem as prerrogativas para a Administração exercer sua atividade (i) de intervenção na empresa concessionária se o serviço não estiver adequado; (ii) de intervenção ou rescisão do contrato, em casos de inadimplência contratual ou ilegalidade, com a possibilidade, inclusive, de fixação de rigorosos prazos ao setor privado.²⁵⁷

²⁵² HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 129.

²⁵³ Nesse sentido, vide a decisão do STF proferida pelo Ministro Célio Borja, em MC na ADI n. 107/AM.

²⁵⁴ Nesse sentido, vide a decisão do STF proferida pela Ministra Carmem Lúcia, no RE 589918/SP.

²⁵⁵ CF/88. Art. 5º (...) XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

²⁵⁶ CF/88. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade;

²⁵⁷ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade ...*, p. 99.

E a relevância da satisfação envolvida nos serviços públicos torna-os um instrumento para a realização de direitos fundamentais, bem como essenciais para alcançar a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, motivo pelo qual tais prestações positivas, assim consideradas utilidades ou comodidades materiais necessárias, são consideradas imprescindíveis, gerando o direito de se exigir do Estado-Administração o seu cumprimento.²⁵⁸

Aliás, os direitos sociais não têm a finalidade de dar apenas o mínimo. O “mínimo” reclama um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, a depender do comprometimento da sociedade e do governo, bem como da riqueza produzida pelo país. Isso implicaria, ao revés, em dar o máximo, mas o máximo possível (problema de possibilidade).²⁵⁹

Há outras normas que asseguram, de plano, o exercício de direito subjetivo, como o art. 5º, LXXVI, o qual prevê a gratuidade dos atos de registro civil necessários para o pleno exercício da cidadania aos “reconhecidamente pobres”. A Lei Federal n. 9.534/1997, que alterou o art. 30 da Lei Federal n. 6.015/1973, incluiu dentre os direitos dos usuários a isenção de emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito, bem como pelas demais certidões extraídas pelo cartório de registro civil aos reconhecidamente pobres.²⁶⁰

Ao assegurar a gratuidade desses serviços aos reconhecidamente pobres a Constituição da República estabeleceu a garantia mínima, não sendo vedado à lei ordinária ampliá-la. Outro importante ponto destacado refere-se ao fato dos oficiais exercerem um serviço público prestado mediante delegação, o que não lhes concede o direito aos emolumentos por todos os atos praticados, mas por aqueles que tenham sido fixados, equivale dizer que receitas podem ser estirpadas em razão de política pública.²⁶¹

Não se verifica qualquer diferença substancial que pudesse justificar tratamento diverso para o transporte público. Até por causa da eficácia irradiante dos

²⁵⁸ BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira*. Interesse Público, Porto Alegre, n. 16, p. 13-22, out/dez, 2002, p. 15-16.

²⁵⁹ CLÉVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords). *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 106.

²⁶⁰ Nesse sentido, destaca-se que a constitucionalidade desta norma foi reconhecida no julgamento da Medida Cautelar na ADC n. 5/DF (acórdão lavrado pelo Ministro Nelson Jobim, DJ 19/09/2003).

²⁶¹ LAZARI, Rafael José Nadim. O inadimplemento do usuário ..., p. 29.

direitos fundamentais, pela qual deve se prolongar o máximo possível seus efeitos sobre a sociedade, ainda que se trate de serviço público permeado por grande conteúdo econômico, desenvolvido normalmente por concessionárias privadas.

2. TRANSPORTE PÚBLICO E DESTARIFICAÇÃO

“Para o pobre, os lugares são mais longe”.

Guimarães Rosa

2.1. A crise do transporte público brasileiro e os desafios para sua superação

Desde a década de 1930, quando se implementou o processo de industrialização no país, houve um grande crescimento das áreas urbanas, o que provocou violentas modificações nas relações entre o meio rural e o meio urbano. Até 1950, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apenas São Paulo e Rio de Janeiro possuíam mais de um milhão de habitantes. A partir da década de 1970, já existiam nove novos centros urbanos que precisaram até ser segmentados por regiões metropolitanas.¹ Atualmente, o Brasil possui trinta e três metrópoles que abrigam cerca de 38,79% da população. A escalada de crescimento da população urbana no Brasil é evidenciada pelos números: 32% em 1940; 45% em 1960; 50% em 1970; atingindo 70% em 1980; 81,25% em 2000; e 90% em 2010.²

Através de dados de 2011 e 2012, estima-se que 107 mil veículos compõem a frota de ônibus que servem o transporte coletivo urbano no país em 1.800 empresas operadoras, transportando 40 milhões de passageiros por dia, gerando aproximadamente 537 mil empregos diretos.³

Reversamente, de encontro com esses dados numéricos, no período entre 1996 a 2011, estima-se que houve queda de 30% da quantidade de usuários pagantes transportados, acompanhada de crescimento das tarifas dos sistemas de ônibus urbanos em cerca de 60% acima do nível da inflação medida pelo índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC no período.⁴ Aponta-se que a queda na demanda passou a ter ligeira estabilização a partir de 2005, possivelmente em razão do

¹ Metrôpoles segmentadas por regiões metropolitanas: Belém, Belo Horizonte, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, Salvador e São Paulo.

² MUKAI. Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil: história teoria, prática*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 43.

³ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS (NTU). *Dados do transporte público por ônibus*. Disponível em: <<http://www.ntu.org.br/novo/AreasInternas.aspx?idArea=7>>. Acessado em: 27/12/2014.

⁴ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *A mobilidade urbana no Brasil*. Brasília: IPEA, 2011, p. 10.

crescimento da renda familiar média, porém a tendência de aumento das tarifas acima do nível da inflação e, mais recentemente, os problemas econômicos enfrentados (inflação, recessão técnica, diminuição do “superávit” primário, escalada do dólar, aumento de despesas públicas etc.), bem como os problemas daí decorrentes, persistem.

São os contingentes menos favorecidos da população, reais dependentes desse sistema de deslocamento, que mais sofrem os impactos do valor tarifário, resultando em exclusão social apontada como sendo mais de 37 milhões de brasileiros não podem utilizar o transporte público de forma regular, por absoluta impossibilidade de pagar a tarifa.⁵

Além dos problemas sociais, reflexos econômicos da política de mobilidade ineficiente resultaram, segundo apurado pela Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (Firjan), em perdas de até 98 bilhões em 2013 somente nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo devido aos constantes congestionamentos, o que equivale a 2% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional.⁶

A crise de mobilidade urbana não é exclusiva do Brasil. A União Europeia, por exemplo, também passa por problemas decorrentes dos congestionamentos que afetam os transportes, resultando em atrasos, desconfortos, poluição, custos gerais de preços mais elevados, menor qualidade dos serviços, com conseqüente perda de competitividade da economia. E uma das soluções propostas é justamente encorajar os cidadãos a trocarem os transportes particulares pelos transportes públicos, sendo necessário que estes ofereçam serviços rápidos, confortáveis e de baixos custos.⁷

Essa grave conjuntura do sistema faz emergir questões relacionadas às funções sociais da cidade, que se ampliam diante dessas situações a ser enfrentadas pelo Poder Público para dar às cidades uma ampla funcionalidade promovida por uma nova visão sobre o espaço urbano. Para tanto, os cuidados se voltam apenas para o espaço estrutural (ruas, edifícios, praças, fábricas, escolas, comércio, igrejas, meios

⁵ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Apud* ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EMPRESAS DE TRANSPORTE URBANO - NTU. *Desoneração dos custos das tarifas do transporte público urbano de característica urbana*. Brasília: NTU, 2009, p. 1.

⁶ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE PÚBLICO (NTU). Como atender as demandas sociais referentes ao transporte público. *Revista NTU Urbano*, ano II, n. 10, jul./ago. 2010, p. 32. Disponível em: <<http://www.ntu.org.br/novo/upload/Publicacao/Pub635445781987865435.pdf>>. Acessado em: 01/02/2015.

⁷ FARIA, Ana Cristina de; FERRARO, Clovis Jos’r Ramos. Custos e Benefícios na Implantação do Sistema de Bilhetagem Eletrônica em Diadema (SP). *XVII Congresso Brasileiro de Custos*, Belo Horizonte, 03 a 05 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/viewFile/698/698>>. Acessado em: 01/02/2015.

de transporte etc.), exigindo a aplicação de instrumentos legais que buscam adequar o comportamento humano aos espaços habitáveis. Essa nova fonte de preocupação do Direito é denominada Direito urbanístico, cujo enfoque jurídico-constitucional e também social, é "um conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos sistematizados em torno da busca de uma melhor funcionalidade e adequação do comportamento humano aos espaços habitáveis".⁸

Através das condutas urbanísticas o Poder Público busca realizar um meio de vida melhor à coletividade, assegurando aos cidadãos das cidades condições melhores de desenvolvimento, lazer, trabalho e, de modo geral, melhores e maiores funcionalidades no cotidiano. À vista dos grandes antagonismos e muitas vezes incontornáveis conflitos de interesses, mostra-se um grande desafio alcançar tais condições somente pela auto-organização dos indivíduos. Por esse motivo, com a intervenção do Estado, maior viabilidade se terá para alcançar aqueles objetivos e somente desse modo é que se poderá falar realmente em urbanismo.⁹

De qualquer forma e a despeito de todas as decisões econômicas serem previamente planejadas, o risco se incrementa não só porque o prazo da consecução do serviço é muito extenso e o aporte de capital elevado, mas também devido ao componente ético ínsito a serviços essenciais. É inevitável encarar a relação entre os setores público e privado, cujos projetos podem vigorar por 15, 20 ou 30 anos, sem que haja supervisão mútua, reajustamentos, reforços de garantias, revisão de expectativas ou índices de realização, e eventualmente até renegociação da base contratual.¹⁰

As concessões são negócios "incompletos", pois têm a essência qualificada por elementos naturalmente variáveis: os fatos a serem enfrentados quando de sua execução, as relações multilaterais, a dependência de fatores exógenos, o longo prazo, as variações mercadológicas etc. Apesar de que, a economia brasileira atualmente mostra-se mais estável, com maiores níveis de informação, possibilitando a melhor coordenação pública dos processos econômicos.¹¹

⁸ MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística ...*, p. 57.

⁹ DINIZ, Luciano dos Santos. O processo de urbanização e a regulamentação da mobilidade urbana no Brasil. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte, ano 7, n. 40, jul./ago. 2008. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=54704>>. Acessado em: 21/01/2015.

¹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114.

¹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 115.

Todavia, ainda persistem duas grandes dificuldades, salienta Egon Bockmann Moreira: (i) a tradicional, que é a falta de cultura nacional relativa a projetos de longo prazo, emergentes apenas como respostas populistas governamentais após pressões populares (como água, energia e transporte); e (ii) a contemporânea, que são os problemas de convivência entre os muitos atores públicos e privados (ambientais, reguladores, executivos, controladores etc.) vinculados às três esferas autônomas de poder político (federal, estadual e municipal).¹²

O tema abrange não apenas a proteção “ex post” da equação econômico-financeira do contrato de concessão, mas se instala num momento bastante anterior. Trata-se da prevenção de danos que porventura possam inviabilizar a prestação de um serviço público. O exemplo extremo da diminuição substancial do valor da tarifa por ato político do concedente revela que pouco ou nada adianta ao concessionário obter sentença judicial que reconheça o desequilíbrio depois de lento processo. A futura e eventual indenização pelos danos sofridos não soluciona o “agora” da concessão; serviços que são indispensáveis precisam de elementos e garantias que permitam a definição “ex-ante” de sua estabilidade.¹³

Por tais razões, Egon Bockmann Moreira pretende a releitura do texto legal (“por sua conta e risco”), que envolva tanto a dificuldade na definição dos riscos como a necessidade da eficaz, nítida e prévia distribuição da sua titularidade e respectivos efeitos, para que a nova construção dessa expressão legal torne-se apta a dividir (e garantir e/ou recompor) com eficiência as eventuais incertezas constatadas depois da assinatura do contrato.¹⁴

Em que pese a relativa estabilidade, é inegável a crise fiscal do Estado brasileiro. A sua capacidade arrecadatória recente tem se mostrado insuficiente em face de seus gastos, gerando aumento de preços em tempos de inflação e alta dos juros em tempos de estabilidade. O Estado brasileiro tem se mostrado extremamente ineficiente na administração de recursos públicos “e os resultados podem ser aquilatados pelo nível generalizado de insatisfação popular em relação aos representantes do governo e do parlamento”.¹⁵

A eficiência deve bem administrar os meios escassos disponíveis a fim de maximizar os resultados no caso concreto. Conforme Onofre Alves Batista Júnior, por

¹² MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 116.

¹³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 116-118.

¹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 114-118.

¹⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 24.

vezes, boas ideias são inviabilizadas por falta de pessoal qualificado no quadro do serviço público, que não conseguem conduzir o plano de forma correta ou erram na escolha da melhor alternativa. Pela maximização da eficiência (estrita), o elemento da economicidade pode contribuir sobremaneira para os fins desejados, favorecendo a adequação da relação “custo/benefício”¹⁶ e buscando otimizar a articulação dos meios financeiros, minimizando os custos financeiros e combatendo o desperdício. Sob um enfoque mais global, a economicidade exige a eficiência da gestão financeira e da execução orçamentária, objetivando a diminuição dos custos e a maximização das receitas e da arrecadação. Diga-se que a maximização da receita não significa necessariamente garantir a maior carga tributária possível, mas almeja dar maior efetividade entre a tributação juridicamente devida (prevista em lei) e o valor real de recursos tributários que convergem aos cofres públicos. Maximizados os resultados, volem-se esforços para que as atividades da Administração Pública sejam adequadamente equilibradas entre o seu custo econômico e o benefício social que proporcionam.¹⁷

Um corpo comunitário organizado como Estado deve possibilitar a integração de todos os moradores do território e, para isso, deve assegurar o direito mínimo de cada pessoa de ter acesso aos canais de conexão que permitem a vida em comunidade. Nesse sentido, os serviços públicos recaem sobre atividades essenciais, indispensáveis à coesão social.¹⁸

Um esforço político louvável foi a edição da Lei Federal n. 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da “Política Nacional de Mobilidade Urbana”, destacando-se logo em seu art. 1º, que “A Política Nacional de Mobilidade Urbana é instrumento da política de desenvolvimento urbano de que tratam o inciso XX do art. 21 e o art. 182 da Constituição Federal,¹⁹ objetivando a integração entre os diferentes modos de transporte e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas e cargas no

¹⁶ Segundo o autor, deve-se acrescentar a celeridade como uma terceira variável à relação “custo/benefício”, representada pelo tempo gasto com a atividade. Assim, a relação seria “tempo x custo x benefício”, significando que a Administração Pública deve buscar a satisfação de seus objetivos com o mínimo de meios e no menor prazo possível. (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 218).

¹⁷ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da ..., p. 217- 220.

¹⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 101 e 106.

¹⁹ CF/88. Art. 21. Compete à União: XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

território do Município". Ainda consoante o texto legal, a Política Nacional de Mobilidade Urbana apresenta uma série de objetivos sociais a serem efetivados por meio do planejamento e da gestão do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana (art. 2º),²⁰ sendo este sistema "o conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do Município" (art. 3º, "caput").²¹

Claramente o objetivo da Lei Nacional de Mobilidade Urbana é disciplinar todos os meios de locomoção inseridos nas cidades em uma perspectiva ampla, envolvendo noções de desenvolvimento sustentável, de gestão democrática, eficiência, entre outras.

A nova lei de mobilidade também traz instrumentos fundamentais para garantir sustentabilidade e eficiência nos deslocamentos nas cidades, dentre os quais se destacam: (a) prioridade do transporte público coletivo sobre o individual motorizado; (b) estímulo ao proprietário do automóvel a migrar para o transporte público e reduzir custos ambientais, sociais e econômicos; (c) política tarifária com contribuição dos beneficiários diretos e indiretos dos serviços; (d) fontes alternativas e acessórias de custeio para somar-se à tarifa de remuneração cobrada do usuário; (e) reajustes das tarifas e as revisões dos parâmetros utilizados no cálculo previstos no edital e no contrato concessório; (f) previsão do subsídio tarifário, em especial receitas extratarifárias, receitas alternativas, subsídios orçamentários ou subsídios cruzados intrasetoriais e intersetoriais; (g) obrigatoriedade do Poder Público divulgar de forma sistemática e periódica os impactos das gratuidades no valor da tarifa paga pelo usuário; (h) obrigação do Poder Público de combater o transporte ilegal de passageiros; (i) possibilidade do Poder Público estabelecer restrição, controle de acesso e circulação, temporária ou permanente, de veículos motorizados em determinados locais; (j) definição de espaços exclusivos nas vias públicas para o transporte público coletivo de passageiros; (k) possibilidade de as concessionárias

²⁰ Lei Federal n. 12.587/2012. Art. 2º. A Política Nacional de Mobilidade Urbana tem por objetivo contribuir para o acesso universal à cidade, o fomento e a concretização das condições que contribuam para a efetivação dos princípios, objetivos e diretrizes da Política de desenvolvimento urbano, por meio do planejamento e da gestão democrática do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana."

²¹ Lei Federal n. 12.587/2012. Art. 3º O Sistema Nacional de Mobilidade Urbana é o conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do Município.

poderem realizar descontos nas tarifas, inclusive de caráter sazonal; (l) cada Município tem até 2015 para elaborar o seu plano de mobilidade.²²

Merece destaque o fato de terem sido ratificados os princípios da universalização dos serviços (art. 5º, I; e art. 21, IV),²³ da modicidade tarifária (art. 8º, VI; art. 9º, § 10º, I; e art. 10, V),²⁴ da eficiência (art. 5º, IV e IX)²⁵ e do equilíbrio econômico-financeiro (art. 9, §§ 9º e 10º).²⁶ Verifica-se que a nova legislação dispensou merecida atenção aos institutos de reajuste e revisão das tarifas de remuneração, importantes mecanismos para se manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato concessório, inclusive possibilitando prever antecipadamente tais ajustes de modo ordinário (periodicidade mínima estabelecida contratualmente) e extraordinário.

Acerca da tarifa, o art. 8º, V,²⁷ prescreve que a sua estrutura deve ser transparente e de simples compreensão pelos usuários, conformando-se ao princípio da publicidade dos atos públicos, previsto no art. 37, da Constituição. E vai adiante, no art. 8º, § 2º, ao estabelecer que "os municípios deverão divulgar, de forma sistemática

²² ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS (NTU). *Dados do transporte público por ônibus*. Disponível em: <<http://www.ntu.org.br/novo/AreasInternas.aspx?idArea=7&idSegundoNivel=18>>. Acesso em: 27/12/2014.

²³ Lei Federal n. 12.587/2012. Art. 5º A Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos seguintes princípios: I - acessibilidade universal; Art. 21. O planejamento, a gestão e a avaliação dos sistemas de mobilidade deverão contemplar: IV - a definição das metas de atendimento e universalização da oferta de transporte público coletivo, monitorados por indicadores preestabelecidos.

²⁴ Lei Federal n. 12.587/2012. Art. 8º A política tarifária do serviço de transporte público coletivo é orientada pelas seguintes diretrizes: VI - modicidade da tarifa para o usuário; Art. 9º, § 10. As revisões ordinárias das tarifas de remuneração terão periodicidade mínima estabelecida pelo Poder Público delegante no edital e no contrato administrativo e deverão: I - incorporar parcela das receitas alternativas em favor da modicidade da tarifa ao usuário; Art. 10. A contratação dos serviços de transporte público coletivo será precedida de licitação e deverá observar as seguintes diretrizes: V - identificação de eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, bem como da parcela destinada à modicidade tarifária.

²⁵ Lei Federal n. 12.587/2012. Art. 5º A Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos seguintes princípios: IV - eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano; IX - eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana.

²⁶ Lei Federal n. 12.587/2012. Art. 9º § 9º Os reajustes das tarifas de remuneração da prestação do serviço observarão a periodicidade mínima estabelecida pelo poder público delegante no edital e no contrato administrativo e incluirão a transferência de parcela dos ganhos de eficiência e produtividade das empresas aos usuários. § 10. As revisões ordinárias das tarifas de remuneração terão periodicidade mínima estabelecida pelo poder público delegante no edital e no contrato administrativo e deverão: (...).

²⁷ Lei Federal n. 12.587/2012. Art. 8º A política tarifária do serviço de transporte público coletivo é orientada pelas seguintes diretrizes: V - simplicidade na compreensão, transparência da estrutura tarifária para o usuário e publicidade do processo de revisão;

e periódica, os impactos dos benefícios tarifários concedidos no valor das tarifas dos serviços de transporte público coletivo".

Em prol da modicidade tarifária, o art. 8º, IV, estabelece expressamente que a política tarifária deve se orientar na "contribuição dos beneficiários diretos e indiretos para custeio da operação dos serviços". É interessante notar que o dispositivo legal, ao estabelecer a tomada de recursos de não usuários, reconhece que o problema de mobilidade urbana é geral, ou seja, a preocupação com o transporte coletivo não deve se limitar aos efetivos usuários do sistema. É ilusório acreditar que os proprietários de veículos particulares estão imunes aos problemas advindos do transporte. A busca por um trânsito mais humanizado é resultado do esforço comum, para o qual todos podem – e agora devem – contribuir.

Como afirma Geraldo Spagno Guimarães, em que pese a Constituição ter se referido unicamente à saúde como “serviço de relevância pública” (CF, art. 197),²⁸ em contrapartida apenas o transporte foi qualificado como de “caráter essencial” (CF, art. 30, V). E, se a saúde é importante porque está atrelada a um bem maior, que é a vida, o transporte público é um elo imanente aos demais serviços públicos e, que, em certa medida, os torna interdependentes. Sem o transporte, pode-se dizer em certa medida, não haverá saúde, educação, saneamento ou outros préstimos relevantes sem o atendimento característico do transporte coletivo no contexto urbano.²⁹

Outro ponto que cabe destacar é a referência legal à utilização de subsídios orçamentários no financiamento do serviço, previsto no art. 9º, § 5º, quando a tarifa de remuneração (valor previsto no contrato concessório) é maior do que a tarifa pública (valor cobrado do usuário), quadro denominado de déficit tarifário pelo art. 9º, § 3º.³⁰

Como o serviço público é uma atividade titularizada precipuamente pela Administração Pública, todos os princípios que orientam esta devem ser seguidos na prestação dos serviços. Com efeito, como titular do serviço, o Estado não busca os

²⁸ CF/88. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de Direito privado.

²⁹ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à lei de Mobilidade Urbana – Lei 12.587/12. Essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 83.

³⁰ Lei Federal n. 12.587/2012. Art. 9º (...) § 3o A existência de diferença a menor entre o valor monetário da tarifa de remuneração da prestação do serviço de transporte público de passageiros e a tarifa pública cobrada do usuário denomina-se deficit ou subsídio tarifário. Art. 9º (...) § 5o Caso o poder público opte pela adoção de subsídio tarifário, o deficit originado deverá ser coberto por receitas extratarifárias, receitas alternativas, subsídios orçamentários, subsídios cruzados intrasetoriais e intersetoriais provenientes de outras categorias de beneficiários dos serviços de transporte, dentre outras fontes, instituídos pelo poder público delegante.

fins do governo e sim os interesses dos governados. Mormente na contemporaneidade, em que se vislumbra o “direito à cidade” como um direito fundamental. E essa urbe evoca o ideal de uma dimensão coletiva sobreposta ao privado e à harmonia da convivência preponderante sobre outros de valores individuais, o que justifica o Estado proteger o direito à cidade como uma faceta da cidadania maior do que o cidadão (uma cidadania coletiva).³¹

Segundo Lucio Gregori, um contribuinte que deve ser compulsório para custeio do chamado “passe livre” é o usuário do automóvel poluidor, consumidor de “comodities” exportáveis como óleo e gasolina etc., que é beneficiado pelo custoso sistema viário e a infraestrutura de trânsito de cada cidade. Ao optar por se deslocar por via própria e contribuir negativamente para a complexa situação de mobilidade, deve arcar com os custos de transporte coletivo a fim de incentivar àqueles que, por necessidade ou opção, utilizam o sistema coletivo.³²

Ainda, é incompatível com o objetivo de melhoria na mobilidade urbana as repetidas desonerações fiscais em favor da indústria automobilística, principalmente porque, em contrapartida, não há nenhuma compensação àqueles que deixam de utilizá-los em benefício da coletividade. A seguir o exemplo de Londres, esse contribuinte deveria ser taxado desde o momento da aquisição e a cada vez que optar por colocá-lo nas ruas através do pedágio urbano.³³ Para que tais exigências fossem justificáveis, entretanto, o transporte público teria que melhorar sensivelmente.

Apesar de que, um estudo de Carlos Henrique Ribeiro de Carvalho, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), revelou que à medida que a renda da população aumenta, os gastos com o transporte privado se elevam em uma proporção ainda maior. As metrópoles do Sul e do Sudeste, por exemplo, apresentam os maiores percentuais de famílias com gastos ligados ao uso do espaço urbano pelos veículos privados, demonstrando a relação do uso do transporte privado com o maior nível de renda da população. Esses dados mostram que há uma iniquidade no uso do espaço urbano, pois os veículos particulares, que ocupam maior espaço nas ruas, são propriedade de minoritárias classes abastadas. Quando se onera ainda mais o uso do automóvel, como o pedágio urbano, tais medidas significam a privatização do espaço público e beneficia apenas as camadas de maior renda da população. Assim, pelo

³¹ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à lei de ...*, p. 37 e 42.

³² PORTAL LUIS NASSIF. *TARIFA ZERO NÃO É UTOPIA: é viável e será indispensável nas metrópoles*. Portal Luis Nassif. Disponível em: http://www.luisnassif.com/forum/topics/tarifa-zero-n-o-utopia-vi-vel-e-ser-indispens-vel-nas-metr-oles?commentId=2189391%3AComment%3A1081655&yg_source=activity. Acessado em: 29/01/2015.

³³ PORTAL LUIS NASSIF. *TARIFA ZERO NÃO É ...*, 2015.

ângulo da equidade social, a melhor alternativa para se regular o mercado de deslocamentos urbanos seria a adoção de medidas que equilibrassem o uso do espaço entre o transporte público e o individual (e, também, entre o transporte motorizado e o não motorizado), levando em consideração o dimensionamento do fluxo de pessoas, e não o de veículos. Dessa forma, medidas como implantação e expansão da rede de corredores exclusivos de ônibus, supressão de estacionamentos para implementação de ciclovias, proibição de acessos de automóveis para implementação de ruas de pedestres nas áreas saturadas de comércio etc. teriam maior destaque nas políticas de mobilidade, o que, automaticamente, desestimularia a população a usar o transporte individual.³⁴

2.2. A regulamentação dos serviços gratuitos, módicos e soluções possíveis apresentadas

Por ser o Brasil um Estado Democrático, fundamentado em valores sociais e que busca erradicar a pobreza e a marginalização (CF, art. 1º, III e IV; art. 3º, I e III),³⁵ é de todo defensável que o transporte coletivo público seja destarifado ou, ao menos, sejam instituídas tarifas sociais aos cidadãos de baixa renda a fim de universalizar o acesso aos direitos e serviços públicos sociais fundamentais, bem como promover a igualdade material.

O estabelecimento de tarifas iguais entre todos os usuários fere a isonomia, vez que estabelece uma igualdade meramente formal e não substancial entre eles, o que não respeita os objetivos fundamentais da República. A cobrança da mesma tarifa para usuários de diferentes faixas de renda, ou mesmo daqueles que nada podem pagar, mostra-se juridicamente insustentável à luz do princípio da igualdade, e alija direitos fundamentais de pessoas carentes por determinados serviços públicos.³⁶

Por isso, a instituição de tarifas isonômicas, em observância às desigualdades materiais, deve promover uma compensação que propicie o acesso universal, de

³⁴ CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. *Elasticidade-renda dos gastos das famílias Metropolitanas brasileiras com transporte Urbano e aquisição de veículos privados*. Brasília: Ipea, 2013. (Texto para Discussão, n. 1.947). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1947.pdf>. Acessado em: 20/02/2015.

³⁵ CF/88. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

³⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso "Telefone Social". In: *Revista de Direito público da Economia*. Belo Horizonte, ano 4, n.14, p. 75-115, abr./jun., 2006, p. 78.

acordo com a situação concreta de cada um. Ao poder concedente cabe concretizar uma proposta político-social atinente à fórmula tarifária, como a “tarifa social”, variável de acordo com as possibilidades financeiras de cada usuário, sendo que aos cidadãos que não dispõem de riqueza não poderá ser negado acesso aos serviços públicos essenciais.³⁷

Ao Estado incumbe interferir nas relações entre os particulares, seja mediante a elaboração de normas jurídicas, seja através de ações materiais, mas sempre visando assegurar as condições de existência digna dos cidadãos, que serão promovidas através da efetivação dos direitos fundamentais. Não há dúvida que a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida sob um prisma solidário, que exige a adoção de medidas estatais que promovam o núcleo conceitual do interesse público e impeçam o individualismo exacerbado.³⁸

O conteúdo desse interesse público não é absoluto, encontrando limite na sua própria essência e sendo também delimitado pelo Direito positivo, em especial pela Constituição da República. Mas, como frisa Emerson Gabardo, é o próprio ordenamento jurídico que irá fixar balizas para demarcar quais interesses privados deverão ceder frente ao interesse público, vez que a própria concepção atual do Direito administrativo manifesta o interesse público não diretamente na vontade do povo ou na ontologia da solidariedade social, mas nos termos de um sistema constitucional positivo.³⁹

Há que se estar atento também - adverte Emerson Gabardo - às críticas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que confundem um regime jurídico estatal “típico da França do século XIX”, ou aquele dos primórdios do constitucionalismo brasileiro, ao retratar um cenário completamente anacrônico. Elas descrevem um modelo que não tinha caráter democrático, embasado em autores cuja construção teórica prende-se, ainda que parcialmente, a um modelo autoritário anterior à Constituição de 1988, e que “nada se assemelha à atual regulação jurídica”.⁴⁰

De fato, o Estado Social Brasileiro está consolidado juridicamente desde 1988 e, politicamente, ao menos nos últimos doze anos. Não há, portanto, qualquer fundamento de ordem jurídico-política que possa impedir o Poder Público de avançar em matéria de transporte.

³⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização..., p. 79.

³⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 86.

³⁹ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 285.

⁴⁰ GABARDO, Emerson. *Interesse público e ...*, p. 282-283.

Ana Paula de Barcellos analisa a eficácia jurídica das normas constitucionais e indaga qual a medida do auxílio que se deve destinar aos necessitados. Esclarece acerca da possibilidade de entregar um determinado numerário diretamente aos desprovidos de recursos ou na forma de vales, semelhante aos populares vale alimentação e vale transporte. Uma terceira forma de auxiliá-los, contudo, seria a disponibilidade “in natura” dos bens necessários, como oferecer abrigo, alimentação e vestuário em estabelecimentos mantidos pelo Poder Público, diretamente ou através de convênios ou qualquer outra forma de administração. A eficácia positiva ou simétrica das normas constitucionais permite exigir judicialmente do Estado ao menos os bens “in natura”.⁴¹ Essa, possivelmente, é a forma adequada ao transporte, a partir de discriminações positivas do ordenamento jurídico.

A “tarifa social” é um critério-político social que não implica violação ao princípio da igualdade, seja porque usuários de determinada classe pagarão a mesma tarifa entre eles, seja porque tais diferenciações devem ser plenamente justificadas e compatíveis com o princípio da razoabilidade. Na realidade “a ausência de critérios políticos-sociais na fixação de tarifas é que poderia ser ofensiva ao princípio da igualdade, na medida em que este princípio não prescreve o tratamento absolutamente uniforme ente os usuários, mas apenas veda desequiparações fortuitas ou sem justificativa compatível com a ordem jurídica”.⁴²

Segundo pesquisa realizada pela Associação Nacional dos Transportes (NTU), 39,6% dos especialistas consultados concluiu que uma tarifa social ou acessível é aquela que não pode comprometer a renda do trabalhador e precisa adequar o preço a um serviço ótimo, com subsídio público para não onerar o trabalhador. Ainda, 23,1% entende que a tarifa social deve ser subsidiada cem por cento pelo Poder Público, 18,7% que apenas pessoas realmente necessitadas devem ser beneficiadas, e 8,8% entendem que deve haver tarifa única para todas as classes sociais.⁴³ Aqui se denota, ainda que insitamente, a estreita vinculação entre o transporte e o trabalhador.

É possível afirmar que a tarifa social é uma modalidade do princípio da capacidade contributiva, em que os menos favorecidos recebem tratamento

⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 338-339.

⁴² SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 69.

⁴³ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EMPRESÁRIOS DO TRANSPORTE PÚBLICO (NTU). Como atender as demandas sociais referentes ao transporte público. *Revista NTU Urbano*, ano II, n. 10, jul./ago. 2010, p. 16-17. Disponível em: <http://www.ntu.org.br/novo/upload/Publicacao/Pub635445781987865435.pdf>. Acessado em: 01/02/2015.

diferenciado. Até mesmo porque, as tarifas uniformes tendem a estimular a prestação do serviço para usuários de maior capacidade de pagamento, aumentando a exclusão e havendo risco de tornar os serviços inviáveis.⁴⁴ E não apenas para beneficiar aqueles desprovidos de rendimentos. Dada a sua importância no contexto urbano, o transporte tanto deve ser disponibilizado aos carentes, como pode ser colocado à disposição de todos por meio de políticas públicas. Atualmente há vários modelos de subsídio público ao transporte.

Hasselt é uma cidade da Bélgica, distante 60 quilômetros de Bruxelas, reconhecida pelo pioneirismo ao implantar o modelo “tarifa zero” em 1997, quando o prefeito do Partido Socialista Flamengo decidiu subvencionar a tarifa do transporte coletivo, que custava o equivalente a R\$ 1,43. Na época do transporte tarifado havia uma média de 200 mil usuários ao ano; após a isenção, passaram a ser 4,5 milhões de pessoas transportadas ao ano. Depois de 16 anos de isenção tarifária, devido à crise na Europa, o município voltou a cobrar pelo transporte público, em razão da quadruplicação dos gastos com transporte, que passaram a atingir cerca de 2 milhões de euros ao erário local, ou o equivalente a 1% do orçamento da cidade de 74 mil habitantes.⁴⁵

Comparativamente, se for levado em consideração os reflexos econômicos causados pelos engarrafamentos, segundo apurado pela Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (Firjan), houve perdas de 98 bilhões em 2013 somente nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo, o que equivale a 2% do PIB.⁴⁶

No Brasil, em Agudos, no Estado de São Paulo, o transporte gratuito foi implantado em 2003, a partir de contenção de despesas, com telefone, redução de gasto com combustível, redução drástica no número de cargos em confiança. Atualmente conta com 16 ônibus, em 4 linhas, funcionando entre às 5h30 e 23h30, com intervalo de uma hora, em uma média de 9 mil passageiros por dia. Antes de zerar a tarifa, eram pagos R\$ 1,50 pela passagem, em 2003, o que representa 360

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 376.

⁴⁵ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTES PÚBLICOS (ANTP). *Exemplo para Passe Livre, cidade belga abandona tarifa zero*. Disponível em: <<http://www.antp.org.br/website/noticias/show.asp?npgCodigo=6F9FD273-58FC-4C22-A958-18494DE7A716>>. Acessado em: 12/09/2014.

⁴⁶ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS (NTU). *Como atender as demandas ...*, 2015.

reais ao mês para uma família média de 4 pessoas. No orçamento da cidade o impacto é de 2 milhões de reais ao ano, equivalente a 2,5% da receita pública.⁴⁷

Várias outras cidades têm “tarifa zero” no transporte, dentre outras: Bocaina, Piratininga e Potirendaba, em São Paulo; Ivaiporã, no Paraná; Porto Real, no Rio de Janeiro etc. A maior dessas cidades tem menos de 35 mil habitantes, mas, há também o exemplo de Maricá, no Rio de Janeiro, que mesmo com seus mais de 130 mil habitantes, tornou-se a primeira grande cidade brasileira a destarifar completamente o transporte público.⁴⁸ Outras cidades, como São Paulo, implantaram o “passe estudantil”, que equivale à gratuidade do transporte público aos alunos do ensino fundamental e médio da rede pública, de universidade pública com renda familiar per capita de até R\$ 1.182 e de universidade privada beneficiários do Prouni, Fies, Bolsa Universidade ou Cotas Sociais.⁴⁹ Em Ponta Grossa, no Paraná, está se discutindo o passe livre estudantil, que abrangeria os estudantes até o Ensino Médio da rede pública de ensino que morem a mais de um quilômetro da escola.⁵⁰

Segundo o idealizador do programa, Lucio Gregori, não é um problema implementar a destarifação em grandes centros urbanos. Outro ponto favorável é que investir em tecnologia e recursos humanos para controlar e fiscalizar a cobrança de

⁴⁷ TARIFA ZERO. *Tarifa zero em Agudos, SP*. Entrevista com José Carlos Otácviani, então prefeito de Agudos e posterior secretário de Obras. Disponível em: <<http://tarifazero.org/2011/11/23/tarifa-zero-em-agudos-sp/>>. Acessado em: 12/09/2014.

⁴⁸ PRAGMATISMO POLÍTICO. *Passe Livre: a cidade brasileira que adotou a tarifa zero*. Mobilidade urbana. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/02/passe-livre-cidade-brasileira-que-adotou-tarifa-zero.html>>. Acessado em: 05/02/2015. Observa-se que, em consulta realizada nesta data, não estão disponibilizados no “site” da Municipalidade (http://187.108.190.211:6080/ecidade_transparencia/despesas#) os custos para implantar e manter o programa em funcionamento.

⁴⁹ Nesse sentido, vide a Portaria n.º 003/2015, que regulamenta o artigo 15 da Lei Municipal nº 16.097/2014 e cria a isenção de pagamento aos estudantes que utilizam o serviço de transporte coletivo urbano de passageiros na cidade de São Paulo. Segundo seu art. 1º, “Serão concedidas cotas de passagens gratuitas para uso no sistema municipal de transporte por ônibus aos estudantes em instituições de ensino devidamente cadastradas junto à São Paulo Transporte S.A. - SPTrans, que atendam às seguintes condições: que estejam cursando o ensino fundamental e médio nas redes públicas de ensino municipal, estadual e ou federal; que estejam cursando o ensino superior das redes públicas estadual e ou federal, que possuam renda familiar per capita inferior a 1,5 salário mínimo nacional; que estejam cursando o ensino superior em estabelecimentos privados desde que sejam: bolsistas do programa PROUNI – Programa Universidade para Todos; financiados pelo FIES - Programa de Financiamento Estudantil; integrantes do Programa Bolsa Universidade (Programa Escola da Família), que possuam renda familiar per capita inferior a 1,5 salário mínimo nacional; abrangidos por programas governamentais de cotas sociais, que possuam renda familiar per capita inferior a 1,5 salário mínimo nacional. Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/5209>>. Acessado em: 18/02/2015.

⁵⁰ PREFEITURA DE PONTA GROSSA. TRANSPORTE PÚBLICO: Valor será de R\$ 2,85 com passe livre para estudantes até o Ensino Médio. Disponível em: <<http://www.pontagrossa.pr.gov.br/node/21214>>. Acessado em 06/02/2015.

tarifa normalmente toma 20% do valor arrecadado, sendo que a ausência de tarifa simplificaria a questão e tornaria tais recursos disponíveis para investimento no transporte em si.⁵¹

Na capital São Paulo, por exemplo, que tem uma frota com 14 mil ônibus, estima-se que seriam necessários 6 bilhões de investimentos em transporte público gratuito, o que representaria 15% do orçamento total da cidade.⁵² Em Curitiba, Paraná, o custo médio do sistema integrado de transporte coletivo na Região Metropolitana de Curitiba (RMC) tem o valor aproximado de 85 milhões de reais ao mês (aproximadamente 1 bilhão ao ano), que representa cerca de 1,64% do PIB da cidade.⁵³

Paralelamente à luta pelo não reajuste das passagens em todo o Brasil,⁵⁴ idealizadores do projeto de "Tarifa Zero" fazem com que o movimento ganhe força, defendendo bandeiras diversas, dentre as quais a criação de um Fundo de Transportes, que utilizaria recursos arrecadados em escala progressiva, em que pessoas com maior poder aquisitivo pagam mais, enquanto que aqueles com menor renda pagam menos. E usuários que não puderem pagar, não pagam.⁵⁵

Nesse sentido, é fundamental o papel dos movimentos sociais e do Terceiro Setor em geral. Embora seja contrário à setorização (divisão entre Estado, mercado e "terceiro setor"), Tarso Cabral Violin conclui que "tudo o que não é Estado em sentido estrito e que não faz parte do mercado com fins lucrativos é terceiro setor, inclusive os movimentos sociais", como movimento dos sem-terra (MST). Os movimentos sociais se mantêm como uma prática de reivindicação e, por vezes, de contestação do poder instituído, mas o mais importante é deixar claro que apenas pessoas jurídicas devidamente constituídas e que atendam alguns requisitos podem contratar com a Administração Pública, pois classificá-lo como terceiro, quarto ou quinto setor, não muda sua essência.⁵⁶

⁵¹ GREGORI, Lucio. *Idealizador do Tarifa Zero inspirou grupo de manifestantes contra aumento das passagens*. O Globo. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/idealizador-do-tarifa-zero-inspirou-grupo-de-manifestantes-contr-aumento-das-passagens-8688808>>. Acessado em: 29/01/2015.

⁵² GREGORI, Lucio. *Idealizador do Tarifa ...*, 2015.

⁵³ PESSUTI, Bruno. *Já imaginou catraca livre?* Disponível em: <<http://www.brunopessuti.com.br/noticia/419/ja-imaginou-catraca-livre>>. Acessado em: 31/01/2015.

⁵⁴ Diversas cidades, dentre estas, várias capitais, como João Pessoa/PB, Porto Alegre/RS, Goiânia/GO, Curitiba/PR, Manaus/AM, Natal/RN, Vitória/ES, São Paulo/SP e Rio de Janeiro/RJ, evitaram reajustes ou mesmo baixaram os preços das passagens de ônibus entre 2013 e 2014.

⁵⁵ GREGORI, Lucio. *Idealizador do Tarifa Zero ...*, 2015.

⁵⁶ VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública. Uma análise crítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.139-140.

Afora a sociedade civil organizada de finalidade social, a Associação Nacional dos Transportes também apontou a subvenção e a desoneração como medidas hábeis ao barateamento das passagens do transporte público. Para 92,3% dos especialistas entrevistados, deve-se cobrar pelos estacionamentos públicos; 85% concorda com a taxação da gasolina; 65,9% com a implantação do pedágio urbano; e 51,6% com o aumento do IPTU dos imóveis mais caros.⁵⁷

Segundo levantamento da Associação de Autoridades Metropolitanas de Transportes Europeus (EMTA), em cidades importantes da Europa, o usuário paga menos de 50% do custo da tarifa.⁵⁸ No Brasil, o município de São Paulo se destaca ao subsidiar, desde 1992, parte⁵⁹ do sistema de transporte urbano. Atualmente, o valor para manter o sistema é de aproximadamente dois bilhões de reais por ano. Outra solução apontada são as desonerações tributárias, a qual, no entanto, poucos acreditam que está perto de se concretizar, embora diversos Estados e alguns Municípios já concedam, respectivamente, redução do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incidente sobre o óleo diesel e também redução da alíquota do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre o transporte público.⁶⁰

A Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos (NTU) apresentou interessantes propostas visando solucionar ou, pelo menos, amenizar os problemas do transporte público, dentre os quais se pode destacar: (a1) desonerar os insumos, reduzir em 50% o preço do óleo diesel destinado ao transporte público urbano e de característica urbana, o que refletiria em uma redução aproximada de 10 a 12,50% do valor da tarifa; (a2) reduzir a zero os tributos diretos e indiretos, e encargos sociais, como taxas, ISS, ICMS, PIS e COFINS incidentes sobre os serviços de transporte público urbano, o que refletiria em uma redução de 7,85% no valor da

⁵⁷ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DO TRANSPORTE PÚBLICO (NTU). Como atender as demandas ..., 2015.

⁵⁸ Em Berlin (Alemanha) e em Barcelona (Espanha), o usuário paga 46% do custo da passagem; em Paris (França), 40%; em Turim (Itália), 32% e na cidade de Praga (República Tcheca), 26%.

⁵⁹ Em 2013, estimativas apontaram que o subsídio ao transporte coletivo urbano em São Paulo somou R\$ 1,25 bilhão, o que representa aproximadamente 25% pagos pela Prefeitura, sendo que outros 12% são pagos pelos empregadores, através do vale-transporte, e cerca de 2% vêm de outras fontes, como publicidade. Por esse cálculo, o passageiro paga R\$ 3,20, sendo que, sem o subsídio, a tarifa do transporte custaria R\$ 4,13. In: SÃO PAULO TRANSPORTE (SPTRANS). *Verificação independente do transporte público de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.sptrans.com.br/verifica/>>. Acessado em: 18/02/2015. ESTADÃO. SÃO PAULO. Porque o subsídio de ônibus é tão alto? Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,por-que-o-subsidio-de-onibus-e-tao-alto-na-cidade-imp-,1035060>. Acessado em: 18/02/2015.

⁶⁰ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE URBANO (NTU). Como atender as demandas ..., 2015.

tarifa; (b1) os custos de deslocamentos dos carteiros devem ser arcados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; (b2) revogação das leis que concedem gratuidades no transporte coletivo urbano de funcionários do Governo Federal ou suas Empresas; (c1) melhoria da eficiência e eficácia das redes de transporte público, fundamental para a redução dos custos operacionais, com a priorização do transporte coletivo no sistema viário e a implantação da bilhetagem eletrônica, com um reflexo na tarifa aproximada de 10%; (d) criar fontes complementares de recursos para investimentos em sistemas de transporte público, com prioridade à aplicação da CIDE em investimentos nos sistemas de transportes urbanos e de características urbanas; (e1) modificar a planilha Geipot, em que o aumento de insumo ou da quilometragem ou a diminuição do número de passageiros pagantes implica no aumento da tarifa, pois não desestimula o contínuo aumento de custo e ainda incentiva uma maior produtividade; (e2) ou substituir o modelo de remuneração por “price cap”, cuja revisão anual da tarifa, definida por licitação, deve ser feita por um índice de reajuste a ser definido previamente, definido um parâmetro mínimo de produtividade.⁶¹

Nota-se que há bastante viabilidade nas propostas, dependendo mais de esforço na implementação de políticas públicas legislativas e administrativas. Porém, ao envolver o erário público, as possíveis soluções para o problema do transporte público no Brasil também passam, necessariamente, por um controle maior dos gastos públicos, otimização e diminuição dos desperdícios com ineficiências e do combate à corrupção.

Com efeito, os dados sobre o desperdício no Brasil são alarmantes, pois dão conta que a “corrupção e a ineficiência administrativa consomem um terço da arrecadação”, ou seja, especula-se que são perdidos aproximadamente 234 bilhões de reais por ano, quantia suficiente para, por exemplo: a) cobrir o déficit da previdência social, por quase seis anos seguidos; b) construir 13 milhões de moradia populares ao custo unitário de 17 mil reais; c) abrir 19,5 milhões de novas salas de aula; d) ampliar para todas as cidades do país o sistema de água canalizada e esgoto tratado.⁶²

Apenas a corrupção, estima-se, seja responsável por perdas na ordem de 69,1 bilhões de reais anualmente, segundo a Fiesp (dados de 2008), o que poderia elevar a

⁶¹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS (NTU). *Desoneração dos custos das tarifas do transporte público urbano e de característica urbana*, abr./2009. Disponível em: <<http://tarifazero.org/wp-content/uploads/2010/08/DesoneracaoCustosTarifasAbr2009.pdf>>. Acessado em 02/02/2015.

⁶² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos horizontes para o direito administrativo pelo controle das políticas públicas: ecos de um congresso: a próxima missão*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado, Rio de Janeiro, v. 62, p. 56-63, 2007, p. 58-59.

renda “per capita” do brasileiro para 9 mil dólares americanos, ou seja, 15,5% mais elevada que o nível atual.⁶³ Já a informalidade gera, segundo projetado, prejuízos em torno de 700 bilhões de reais todos os anos, o que, somado a outros desperdícios e ineficiências com logística, água, energia, burocracia, corrupção, entre outros, especula-se 1 trilhão de reais.⁶⁴

Especificamente no setor de transporte público, até mesmo a introdução de novas tecnologias para controle de acessos, como a substituição das mídias físicas tradicionais para pagamento (dinheiro e passes) por mídias virtuais (créditos em cartões) através de um Sistema de Bilhetagem Eletrônica (SBE) permite a redução de custos, com a eliminação das operações de estocagem, contagem e transportes das mídias tradicionais, passíveis de roubos e fraudes. O uso de cartões inteligentes também poderá disponibilizar precisas informações sobre o sistema, como dimensionamento da frota, conhecimento da demanda, alocação da frota, reduções de custos e outros benefícios, aumentando a eficácia operacional e gerencial do sistema, expondo eventuais ineficiências.⁶⁵

A cidade de Diadema, São Paulo, por meio da Lei Municipal 2.508/2006,⁶⁶ iniciou o processo de implantação do sistema eletrônico por meio de licitação, tendo o custo mensal de R\$ 47.557,60, totalizando ao final de 48 meses R\$ 2.282.765,00, permitindo o estudo e a discussão da política tarifária aplicada na cidade. Dessa forma, a reflexão a partir da implantação do sistema deve contribuir para a construção de uma tarifa mais justa, aliada à maior qualidade da prestação de serviços, em conjunto com a melhoria das condições de mobilidade.⁶⁷

Como o tempo gasto em deslocamentos urbanos é apontado como uma das maiores reclamações no contexto da crise de mobilidade, o incentivo ao uso do

⁶³ FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FIESP). *Custo da corrupção no Brasil chega a R\$ 69 bi por ano*. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano/>>. Acessado em: 03/02/2015.

⁶⁴ MOVIMENTO BRASIL EFICIENTE. *Brasil joga R\$ 1 trilhão no lixo por ano com corrupção, descaso e incompetência*. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2013/08/25/internas_economia,439540/brasil-joga-r-1-trilhao-no-lixo-por-ano-com-corrupcao-descaso-e-incompetencia.shtml>. Acessado em: 03/02/2015.

⁶⁵ FARIA, Ana Cristina de; FERRARO, Clovis Jos’r Ramos. *Custos e Benefícios na Implantação do Sistema de Bilhetagem Eletrônica em Diadema (SP)*. XVII Congresso Brasileiro de Custos, Belo Horizonte, 03 a 05 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/viewFile/698/698>>. Acessado em: 01/02/2015.

⁶⁶ Lei Municipal n. 2.508/2006. Art. 1º - Fica instituído o Sistema de Bilhetagem Eletrônica nos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros, por ônibus, no Município de Diadema, para todos os usuários, inclusive os beneficiários de gratuidade, ficando obrigados a adotá-lo em todas as empresas concessionárias que operam esses serviços e a Empresa de Transporte Coletivo de Diadema - ETCO.

⁶⁷ FARIA, Ana Cristina de; FERRARO, Clovis Jos’r Ramos. *Custos e Benefícios ...*, 2015.

transporte público passa pela redução do tempo de viagem. Para tanto, a Associação Nacional dos Empresários dos Transportes Urbanos (NTU) encaminhou ao Ministério das Cidades, em novembro de 2013, uma proposta de qualificação das redes convencionais de ônibus, demonstrando a redução dos custos de operação do transporte coletivo por meio da implantação de quatro mil quilômetros de faixas exclusivas em 46 municípios com população superior a 500 mil habitantes, em 12 meses.⁶⁸

Os problemas decorrentes da crise de mobilidade urbana acarretam perdas econômicas que podem ser diferenciadas em dois tipos: a primeira refere-se ao tempo efetivamente perdido pelas pessoas no trânsito; e a segunda trata dos custos adicionais gerados pelos engarrafamentos, como o maior consumo de combustível, a maior emissão de gases poluentes na atmosfera e os atrasos no transporte de mercadorias. O custo de todo esse tempo perdido é um valor teórico que calcula o uso alternativo que se poderia dar às horas desperdiçadas nos congestionamentos. Um estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em parceria com a Associação Nacional de Transporte Público (ANTP), considerou todos esses aspectos, em especial: (i) o consumo de combustível e a emissão de poluentes relacionados à velocidade de circulação dos veículos quando engarrafados; (ii) O custo da poluição associado ao seu impacto sobre a saúde das pessoas e as despesas impostas à sociedade pelos efeitos nocivos dos poluentes, como doenças respiratórias, alergias, irritações de órgãos etc.; (iii) o custo relativo ao transporte de carga, obtido considerando o volume de mercadoria transportada na cidade de São Paulo. O estudo revelou que as despesas geradas pelos congestionamentos são crescentes ao longo do tempo e passaram de 7 bilhões de reais em 2002 para 10 bilhões de reais em 2012. Já os custos do que se considerou como “tempo perdido” saltaram de 10,3 bilhões para 30,2 bilhões de reais no mesmo período.⁶⁹

Mais pessoas nos transportes urbanos significa a mais espaço nas vias para a mobilidade do trânsito. Embora se estime que sejam percorridos 432 bilhões de quilômetros por ano por meio de motopropulsores, enquanto o uso do transporte coletivo é responsável por 57,2% das distâncias nas viagens habituais, os carros são usados em apenas 31% dessas distâncias. Os carros particulares realizam apenas 30% das viagens urbanas, porém, ocupam 70% das ruas públicas. Por isso, é preciso

⁶⁸ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DO TRANSPORTE PÚBLICO (NTU). Como atender as demandas ..., 2015.

⁶⁹ CINTRA, MARCOS. A crise do trânsito em São Paulo e seus custos. Espaços Urbanos. Fundação Getúlio Vargas. *GVExecutivo*, v. 12, n. 2, jul./dez. 2013, São Paulo: 2013, p. 60.

democratizar os espaços viários, reduzindo o número de veículos nas regiões centrais a partir do investimento em transporte público de qualidade e restringindo o uso do automóvel.⁷⁰

Acerca da restrição ao uso de automóveis ou mesmo uso de veículos alternativos, como bicicletas, válido registrar o posicionamento de Romeu Felipe Bacellar Filho que, invocando o procedimento de manifestação de interesse social previsto no art. 18 da Lei Federal n. 13.019/2014,⁷¹ expôs a ideia de criar a “taxa de mobilidade urbana”, no valor aproximado de 25 reais para residências domésticas e um valor superior, escalonado, para imóveis comerciais, a ser cobrada na conta de luz. Com essa receita extra seria possível destarifar o transporte público.⁷²

Muitas são as soluções apontadas, porém, enquanto a possibilidade de redução dos preços públicos pelo transporte coletivo é uma realidade, a gratuidade ampla e irrestrita para todos os usuários do serviço ainda enseja análises sociais, jurídicas e econômicas, as quais não serão objeto teleológico deste estudo, à vista, inclusive, de limitação espacial e quantitativa.

Em abstrato, contudo, não se pode olvidar que eventual acolhimento dessas pretensões que começam a ganhar força (nos legislativos municipais, estaduais, no terceiro setor e mesmo na iniciativa privada) pode significar precedente para outros setores da economia nacional, uma vez que a essencialidade do serviço público de transporte não é diferente daquela atinente ao fornecimento de outros bens públicos, como água, energia elétrica, quiçá telefonia e moradia.

Nada garante que posteriormente sejam exigidos subsídios para outros serviços públicos, concedidos ou não, de modo a onerar ainda mais o erário público. Afinal, a natureza social de tais serviços é similar e são bens públicos destinados a toda uma coletividade, mas por se tratarem de bens escassos, envolvem ampla racionalização de custo financeiro e econômico, e por essa razão, completa parcimônia em sua aplicação.

⁷⁰ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DO TRANSPORTE PÚBLICO (NTU). Como atender as demandas ..., 2015.

⁷¹ Lei Federal n. 13.019/2014. Art. 18. É instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.

⁷² XXVIII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Problemas Emergentes da Administração Pública Brasileira. *Painel de Debates – Problemas da mobilidade urbana, logística e serviços públicos de transporte no Brasil: tarifa, financiamento, eficiência dos diferentes modais e a questão da democratização do acesso*, Foz do Iguaçu, 2014.

2.3. Externalidades positivas decorrentes da gratuidade do serviço público de transporte

Toda atividade produtiva é riqueza social criada. Riqueza social é o resultado da atividade que envolve a participação de várias pessoas, em ações diferentes e mediante a utilização de meios obtidos socialmente (recursos naturais, educação, cultura, tecnologia etc.), e que terá uma repercussão social. Portanto, riqueza social é o fruto da reprodução da vida social de uma sociedade e engloba a produção de mercado e produção fora-de-mercado, podendo ser econômica ou social. A produção econômica faz parte da produção da vida social, e esta inclui a produção de produtos para o mercado, mas não se esgota nesta forma produtiva dominante. A produção da vida social é uma busca da satisfação da demanda social. Coletivamente, as associações entre pessoas implicam em gerenciamentos de recursos para satisfação de necessidades de mercado. O objetivo individual da produção econômica é o aumento do proveito final (isto é, o lucro). Os recursos são apropriados e gerenciados para que a formação da mercadoria gere lucro. O objetivo social coletivo da produção é o aumento geral da produção mercantil, medida pelo Produto Interno Bruto (PIB). Um maior grau de inserção no mercado, uma maior participação nas riquezas produzidas para o mercado, depende de uma regulação que garanta a distribuição da taxa de lucro, seja pela participação de investidores (concorrência), seja pela participação da força do trabalho (existência de emprego). A riqueza de uma nação está fundada no emprego racional da força de trabalho, que deve fazer frutificar.⁷³

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, repetindo o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao elencar os direitos sociais em seu art. 6º, tornaria anti-jurídica qualquer política salarial que conduzisse ao sacrifício das principais necessidades humanas. A partir daí conclui-se que uma política salarial de caráter recessivo, negaria a condição humana e conduziria à negação da própria cidadania, uma vez que só nominalmente se teria a participação da sociedade no exercício do poder. A promoção da integração social dos setores desfavorecidos e o combate às causas da pobreza e fatores de marginalização ligam-se ao trabalho enquanto direito.⁷⁴

⁷³ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos. As ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 188-189.

⁷⁴ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *“Custos dos direitos” e reforma do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 2008, p. 97-102.

De acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), entre 1995 e 2008, foi observado um aumento de 60% acima da inflação sobre o valor das tarifas dos sistemas de ônibus urbanos. Referido aumento foi justificado pela elevação dos preços dos principais componentes da estrutura de custos do transporte público (como o óleo diesel, cujo aumento real foi superior a 70% nos últimos 15 anos), além da queda de produtividade dos sistemas. O estudo aponta, ainda, que houve perda da capacidade de compra do salário mínimo relativamente ao transporte público, o que está relacionado com a diminuição do número de passageiros transportados que pagam pela viagem. Malgrado seja observável uma persistência na elevação das tarifas de coletivo urbano no Brasil no decorrer dos últimos 15 anos, os dados estão apontando para uma reversão da tendência de queda do volume de usuários transportados desde 2003. Tal inversão parece receber impulso da recuperação do poder de compra do salário mínimo e da renda “per capita” média da população. Finalmente, a pesquisa revela que as tarifas tiveram seu crescimento descolado da renda da população, o que culminou com uma perda superior a 30% da demanda pagante no período entre 1995 e 2003, o que sugere ser um reflexo da intensa política de incentivo ao uso dos automóveis e à falta de políticas promocionais da redução dos preços das tarifas de transporte coletivo. É um ciclo vicioso: o aumento de tarifa gera perda de demanda que, por sua vez, gera novo aumento na tentativa do sistema reequilibrar receitas e custos.⁷⁵

Se for considerado que o aumento real de salário no Brasil tem sido na ordem de 2% ao ano, a simples adoção do transporte público gratuito significa, de imediato, um aumento real de salários dos trabalhadores formais de 6%, valor descontado na folha conforme autorizado por lei.⁷⁶ E mais dinheiro líquido para o consumo que também gera novos empregos, tal como funcionam os programas de auxílio estatal. A prosperidade social é fundada sobre o trabalho, portanto, é indispensável, para o interesse da classe próspera, zelar pela conservação da classe laboriosa.⁷⁷ Nota-se que a massa salarial dos trabalhadores brasileiros em 2013 será de 2,4 trilhões de reais ou quase 50% do PIB brasileiro, sendo que apenas os 6% descontados para o

⁷⁵ CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de; PEREIRA, Rafael Henrique Moraes. 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. 1.595). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1595.pdf>. Acessado em: 23/02/2015.

⁷⁶ Lei Federal n. 7.418/1985, que institui o Vale-Transporte e prevê, no parágrafo único do art. 4º, que “O empregador participará dos gastos de deslocamento do trabalhador com a ajuda de custo equivalente à parcela que exceder a 6% (seis por cento) de seu salário básico”.

⁷⁷ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços ...*, p. 193.

transporte já representam a injeção de 140 bilhões ao ano na economia. A título comparativo, o programa Bolsa Família, reconhecido como grande alavanca de desenvolvimento, beneficia 40 milhões de brasileiros e custa 21 bilhões de reais por ano ao Estado. Portanto, adotar a política de gratuidade do transporte é questão de evolução natural do desenvolvimento social e econômico e garantias de direitos à cidadania. Será o Estado conferindo eficácia a dois princípios fundamentais da constituição: o direito de ir e vir e o direito a trabalho.⁷⁸

Um modo eficiente de distribuir renda consiste em uma estrutura tarifária que distinga os diferentes níveis de usuários, compondo diversos conjuntos de tarifas com preços diferentes segundo o tipo de consumidor, nível de consumo, zonas geográficas ou períodos de demanda, por exemplo. Essa discriminação pode ser subjetiva (se levar em consideração o usuário: de baixa renda, pessoa física, aposentado, desempregado etc.), objetiva (se levar em consideração aspectos objetivos da concessão, como determinada área de interesse de fomento econômico, um determinado momento na prestação, o nível de consumo etc.) ou a combinação de ambos (subjetiva e objetiva, como por exemplo, discriminar usuários de baixa renda em determinados níveis de consumo). Tais discriminações cumprem o princípio da isonomia sob o aspecto material, por distinguir os desiguais e conferir tratamento privilegiado àqueles que efetivamente necessitam, em observância à solidariedade social.⁷⁹

A distribuição de renda ocorre porque em situações isonômicas materiais (como a gratuidade aos idosos no transporte coletivo) há o subsídio cruzado, em que o menor custo para uns representa conversamente o maior custo para outros usuários. Para o sucesso desse modelo distributivo é imprescindível que sejam poucos os grupos-padrão discriminados, bem como que haja constante fiscalização, para efetivo desenvolvimento e superação da pobreza.⁸⁰ É a solidariedade social que justifica a existência das atividades fora-de-mercado exercidas pelo Estado. São elas que, embora sejam atividades produtivas econômicas, seu produto não está sujeito ao sistema de preços de mercado, pois sua aquisição deve ser generalizada e seu produto não deve estar sujeito às estratégias alocativas para maximização do lucro do

⁷⁸ PORTAL LUIS NASSIF. *Tarifa Zero não é Utopia: é viável e será indispensável nas metrópoles*. Disponível em <http://www.luisnassif.com/forum/topics/tarifa-zero-n-o-utopia-vi-vel-e-ser-indispensavel-nas-metr-poles?commentId=2189391%3AComment%3A1081655&xg_source=activity>. Acessado em: 29/01/2015.

⁷⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 345.

⁸⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 346.

investidor privado. Nas atividades econômicas de interesse coletivo, o que determina a produção é o produto, enquanto que nas atividades econômicas de mercado, o que determina a produção é o rendimento. O rendimento se rende à razão do produto, em uma inversão da lógica de reprodução do capital, por um fundamento não econômico, mas social e jurídico da solidariedade social, e de responsabilização do Estado, entidade não econômica, para produzir esta produção indispensável à coesão nacional.⁸¹

Este importante arquétipo encontra, inclusive, guarida no judiciário. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já pacificou o tema através da Súmula 407, ao reconhecer como legítima a cobrança de tarifa de água de acordo com categorias de usuários e os níveis de consumo. O fundamento nuclear do entendimento consolidado encontra-se precisamente no art. 13, da Lei Federal n. 8.987/1995,⁸² ao possibilitar as tarifas diferenciadas. Na decisão mencionada, invocou-se também o art. 4º, da Lei Federal n. 6.528/1978 (atualmente revogada pela Lei Federal n. 11.445/2007), que trata especificamente sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico.

É, no entanto, interessante notar que a fundamentação, embora positivada, demonstra inequívoco avanço para o qual se pretende lançar o transporte por meio de políticas públicas, que frutifiquem e se fortifiquem, futuramente vindo a estatuir diploma legal. Buscar uma política de justiça social implica o direito de integração, que considera os indivíduos como cidadãos ativos e não como assistidos a serem socorridos. Essa noção de integração, decorrente do Estado social, contribui para definir um direito da cidade democrática, articulando segurança econômica e participação social. No Estado prestacional, afirma-se não apenas o direito à vida, mas o direito a viver em sociedade.⁸³ Nesse sentido, o art. 4º da lei revogada dispunha que deveria haver “a preservação dos aspectos sociais dos serviços, de forma a assegurar o adequado atendimento dos usuários de menor consumo, com base em tarifa mínima”.

A lei que a revogou (Lei Federal n. 11.445/2007) e que atualmente estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, prevê expressamente a possibilidade⁸⁴ da política de subsídios

⁸¹ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços ...*, p. 196.

⁸² Lei Federal n. 8.987/1995. Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

⁸³ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços ...*, p. 71.

⁸⁴ Nesse caso, aplica-se a tese de “poder-dever”, de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual o poder público é outorgado pelo legislador a fim de cumprir o dever estabelecido pelo interesse

tarifários fixar tarifas progressivas, sendo que no art. 30, VI, é de obrigatória observância a “capacidade de pagamento dos consumidores”.⁸⁵ Não há como negar, assim, a legitimidade da fixação de tarifas por sistema progressivo, nem o dever público de estabelecer tarifas módicas para todos e isonômicas para os que comprovarem necessidade.

Não apenas no campo social, mas na esfera econômica há exemplos que a política pública de tarifas públicas diferenciadas ou completamente subsidiadas geram externalidades positivas. Ao discutir o tema da mobilidade urbana no XXVIII Congresso Nacional de Direito Administrativo, Ricardo Marcondes Martins exemplificou que em Talin, na Estônia, a destarifação do transporte público gerou incremento na economia local, a partir do aumento dos gastos nos fins de semana. Não apenas os valores economizados com o transporte se transformaram em receita do comércio, mas o incentivo gerado pela facilitação ao deslocamento fez com que mais pessoas consumissem.⁸⁶

Ao contrário, quando o sistema para, em razão de greve, por exemplo, projeta-se um prejuízo ao comércio de rua em torno de até 60%. Na cidade de Natal, Rio Grande do Norte, durante uma greve de 14 dias em 2014, a Câmara dos Dirigentes Lojistas (CDL) estimou que 520 mil comerciantes e empresários foram prejudicados. Na capital do Rio de Janeiro, onde ocorreu paralisação do setor em busca de aumentos salariais e melhorias nas condições de trabalho, apurou-se um prejuízo aproximado de 800 milhões de reais.⁸⁷

Em Curitiba, Paraná há uma proposta da Prefeitura chamada “Projeto Curitiba – um novo financiamento do transporte público”, pelo qual o transporte será custeado por meio de uma contribuição igual para todos os trabalhadores assalariados. Segundo essa solução, todos sairiam beneficiados: o concessionário, os trabalhadores, os empresários e toda a sociedade, em razão de reflexos da melhoria

público. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 119).

⁸⁵ Lei Federal n. 11.445/2007. Art. 30. Observado o disposto no art. 29 desta Lei, a estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico poderá levar em consideração os seguintes fatores: VI - capacidade de pagamento dos consumidores. Colaciona-se, também, o § 2º, do art. 29, o qual prevê a possibilidade de adoção de “subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços”.

⁸⁶ XXVIII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. *Problemas Emergentes ...*, 2014.

⁸⁷ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DO TRANSPORTE PÚBLICO (NTU). Como atender as demandas sociais referentes ao transporte público. *Revista NTU Urbano*, ano II, n. 10, jul/ago 2010, p. 24-25. Disponível em: <http://www.ntu.org.br/novo/upload/Publicacao/Pub635445781987865435.pdf>. Acessado em: 01/02/2015.

de mobilidade urbana e incremento na economia local. Ademais, estima-se que o custo do transporte em toda a Região Metropolitana de Curitiba (RMC) seja equivalente a 1,64% do Produto Interno Bruto (PIB) da cidade, sendo que os transtornos causados por congestionamentos, segundo o Instituto Movimento, podem causar prejuízos de até 3% do PIB.⁸⁸

No Estado de São Paulo, por sua vez, já se criou importante legislação prevendo a “compensação urbanística”, pela qual 5% do valor dos novos empreendimentos deve ser aplicado em obras públicas de mobilidade urbana, como condição “*sine qua non*” para a edificação de novos centros comerciais.⁸⁹ É uma forma de colocar o ser humano como “objetivo-fim”, sendo para isso valer-se dos “meios”, nesse caso, a mobilidade e o transporte, pedra fundamental no ordenamento jurídico.

A inserção política do indivíduo como um membro de uma coletividade levou o constituinte a regulamentar a política de desenvolvimento urbano, incumbindo ao Poder Público municipal ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CF/88, art. 182).⁹⁰ Exsurge a função social da cidade como um espaço urbano equilibrado, em que estejam harmonizados os diversos interesses conflitantes em matéria de utilização da propriedade, ocupação do solo, políticas de tráfego, medidas de proteção ao meio ambiente, etc. Essa ordenação foi instrumentalizada através da política urbana prevista pela Lei Federal n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) para alcançar esse fim.⁹¹

Nesse sentido, a referida lei previu, logo em seu art. 2º, I,⁹² que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, mediante a garantia do direito a cidades sustentáveis, assim entendido como o direito à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações. O inciso V complementa tais diretrizes ao

⁸⁸ PESSUTI, Bruno. *Já imaginou catraca livre?* Disponível em: <<http://www.brunopessuti.com.br/noticia/419/ja-imaginou-catraca-livre>>. Acessado em: 31/01/2015.

⁸⁹ XXVIII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. *Problemas Emergentes ...*, 2014.

⁹⁰ CF/88, Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

⁹¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 108.

⁹² Lei Federal n. 10.257/2001. Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

estabelecer a necessidade de se ofertar transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais.

Já a Constituição da República, em seu art. 225, “caput”,⁹³ atribuiu ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado. É nítido o desejo de chamar à responsabilidade não apenas o Estado, mas também os cidadãos, para criar o efeito pedagógico no sentido de fortalecimento da consciência ecológica do povo.

Há uma natural necessidade de se refletir sobre a posição do homem em face da natureza e demais ambientes que o circundam. Não se pode mais admitir que o homem se posicione como mero explorador das riquezas naturais que existem à sua disposição. Atualmente, o entendimento avançado é que o homem é apenas mais um dos elementos do meio ambiente e, tal como os demais, deve interagir entre si. E, sendo os recursos naturais escassos, devem ser corretamente utilizados, de forma a alterar o menos possível o equilíbrio natural. O art. 225, da Constituição, determinou que o meio ambiente é bem de uso comum do povo, portanto, ninguém, individualmente, tem direito subjetivo sobre ele (e seus componentes), o que exige permissividade do Poder Público para o exercício de determinadas atividades de interesse público.⁹⁴ Como afirma Vladimir Passos de Freitas: “Se é verdade que o ideal é que a coletividade tenha noção de seu relevante papel em tal atividade, verdade é também que nem todos possuem consciência da importância da questão”.⁹⁵

Dever destacar que o Brasil participou ativamente da “Agenda 21”, documento-compromisso firmado no Rio de Janeiro, em 1992, no marco da “Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento”, visando estabelecer um conceito de atividades sustentáveis a partir do comprometimento entre as gerações, tendo sido estabelecido três premissas fundamentais: (i) a integração dos conceitos de desenvolvimento, bem-estar social e qualidade de vida; (ii) a exigência de uma melhor distribuição da riqueza; e (iii) a proposição de uma efetiva utilização racional dos recursos naturais, com preferência para a democracia participativa ao invés de

⁹³ CF/88. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁹⁴ MUKAI, Toshio. *Temas atuais de Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, p. 166 e 173.

⁹⁵ FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 20.

representativa, transformando os cidadãos em “protagonistas” das decisões ao nível local.⁹⁶

A participação da comunidade na gestão da vida política é essencial para a perfectibilização da democracia. Embora tímida, essa participação vem se avolumando desde a Lei Federal n. 8.142/1990, que regulamenta a participação dos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde em grau de paridade em relação ao conjunto dos demais segmentos.

Avanço que se consolidou sobremaneira com a edição do Decreto Federal n. 8.243/2014, pelo qual restou instituída a Política Nacional de Participação Social (PNPS), “com o objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a Administração Pública federal e a sociedade civil” (art. 1º). Legislações como essa são de suma importância para o desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II),⁹⁷ pois exaltam a solidariedade, cooperação e respeito à diversidade (art. 3º, III).⁹⁸

De acordo com o sistema jurídico brasileiro de regulação ambiental a estratégia de responsabilidade compartilhada também se mostra mais coerente do que a subsidiariedade, eis que não se pode admitir que o Estado seja somente um partícipe secundário na consecução do desenvolvimento e da sustentabilidade, principalmente ao se destacar a necessária vinculação existente entre o Estado social contemporâneo e a proteção do meio ambiente como fator de desenvolvimento não apenas de questões relacionadas à natureza em si (como os problemas da poluição ou da água), mas também as questões próprias humanas, como a regulação da mobilidade urbana.⁹⁹

Entre as políticas de gestão e restrição ao trânsito de veículos privados, existem a adoção de faixas de uso exclusivo para serviços de urgência ou de corredores e faixas, inclusive reversíveis, para o transporte público, ciclovias e outros

⁹⁶ REIS, Luciano Elias; GABARDO, Emerson. O Terceiro Setor e a Sustentabilidade do Meio Ambiente sob a luz da Constituição de 1988. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord. geral). MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Direito Administrativo contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 167.

⁹⁷ CF/88. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II - garantir o desenvolvimento nacional;

⁹⁸ Decreto Federal n. 8.243/2014. Art. 3º São diretrizes gerais da PNPS: (...) III - solidariedade, cooperação e respeito à diversidade de etnia, raça, cultura, geração, origem, sexo, orientação sexual, religião e condição social, econômica ou de deficiência, para a construção de valores de cidadania e de inclusão social;

⁹⁹ REIS, Luciano Elias; GABARDO, Emerson. O Terceiro Setor ..., p. 168.

modos não motorizados; a cobrança pelo estacionamento rotativo nas vias públicas, sistema em razão do qual “se paga pela desafetação temporária e democrática da via para uso privado compartilhado”; o rodízio no qual, em dias, horários e locais determinados, os veículos particulares são impedidos de circular; o pedágio urbano, pelo qual se cobra pelo uso por veículos privados da via pública. O objetivo é a regulação do tráfego, não se confundindo com o “pedágio de financiamento” (cuja receita é utilizada para custear a construção e manutenção das vias), nem com a “restrição absoluta” (que pode ser a adoção de “quarteirões fechados” para uso exclusivo de pedestres e por meio da “proibição de circulação” em vias públicas em horários restritos). O autor cita, ainda, o exemplo de Milão, na Itália, em que os veículos altamente poluentes pagam, desde 2008, cinco euros para circular no centro da cidade (entre as 7h30 e 19h30). Na Inglaterra, o preço varia de oito a doze libras (entre às 7h e às 18h, durante a semana). Na capital Londres, além do pagamento realizado por veículos poluentes, foi criada a “taxa de congestionamento” (“congestion charge”), para situações e locais determinados, cujo custo é de doze libras.¹⁰⁰

Um modelo de desenvolvimento que respeite os limites da natureza, deve seguir alguns princípios básicos, dentre os quais (i) melhorar a qualidade da vida humana, pois o crescimento econômico faz parte do desenvolvimento, mas não pode ser um objetivo em si mesmo, nem pode progredir indefinidamente; (ii) reduzir ao mínimo o esgotamento de recursos não-renováveis, como minerais, gás, petróleo e carvão, por meio de reciclagem ou por substitutivos renováveis quando possível; (iii) permitir que as comunidades locais cuidem do próprio ambiente, constituindo os melhores canais dentre a diversidade local, com autoridade, poder e conhecimento para agir e criar bases sólidas para sociedades sustentáveis; (iv) gerar uma estrutura nacional para integração do desenvolvimento e da conservação, através de leis, instituições e de políticas econômicas e sociais para progredir de forma racional e preventiva; (v) começar modificando atitude e práticas pessoais para adotar uma vida ética e sustentável, promovendo valores de educação à vida saudável.¹⁰¹

Compete ao Estado realizar um conjunto de ações programáticas e preventivas com o fim de manter o bem-estar social e econômico, erradicar a pobreza e integrar toda a sociedade nos veios do desenvolvimento sustentável, por meio de políticas

¹⁰⁰ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana – Lei n. 12.587/2012. Essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁰¹ CARVALHO, Edson Ferreira. *Meio Ambiente & Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 420-421.

públicas que precedam os problemas. A expansão da infraestrutura viária tem sido a solução mais adequada pelos governos, mas esta não é uma solução sustentável, muito menos duradoura. Segundo o Banco Mundial, construir mais vias e expandir as cidades não é a solução para escapar dos problemas de mobilidade urbana. A lógica da mobilidade propõe uma reflexão mais ampla e ao mesmo tempo mais racional. Isso não significa que as obras devam cessar, mas é certo que elas devem ter foco imediato e absoluto em vias dedicadas à mobilidade (como, por exemplo, ciclovias, trólebus, BRT etc.), de forma a permitir a integração eficiente dos sistemas de baixa, média e alta capacidade, especialmente nos grandes centros urbanos, onde tudo deve fluir por meio de uma rede multimodal. E não é despidendo lembrar que todas essas políticas públicas devem vir acompanhadas de forte conscientização da população para a mobilidade.¹⁰²

Um sistema de valores universais e concretos foi erigido como direito fundamental e inarredável do ser humano. Atualmente, o bem estar social se tornou um natural corolário do ambiente saudável. O direito ao ambiente sadio evoluiu, superou a noção de um direito individual, ou de grupos de classes sociais, e se tornou uma extensão nuclear dos direitos humanos fundamentais. A situação conflituosa que estabelece os interesses gerais e fundamentais da coletividade contrapõe-se aos interesses individuais que, não raro, são a base da sustentação política do Estado.¹⁰³

Com efeito, a postulação de um direito coletivo pode confrontar estruturas de poder, negar-lhes autoridade social e em consequência buscar viabilizar novas formas de participação, forçando o alargamento dessa base participativa nas decisões que dizem respeito à coletividade. E é esse “processamento” democrático, horizontal e vertical, “atinge todas as esferas de Poder – tanto estatal, quanto privado. Desse modo, não deverão existir elementos estanques no meio social, para prevalecer soberano o interesse coletivo”.¹⁰⁴

2.4. O transporte coletivo público como direito social

A tese segundo a qual a esfera econômica funciona por si mesma, ao permitir que os indivíduos contratem livremente entre si, e que tem como pressuposto uma

¹⁰² GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à Lei de ...*, p. 227-228.

¹⁰³ CARVALHO, Carlos Gomes de. *Introdução ao Direito Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Letras & Letras, 2001, p. 47-49.

¹⁰⁴ CARVALHO, Carlos Gomes de. *Introdução ao Direito Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Letras & Letras, 2001, p. 47-49.

origem “natural” do mercado, pressupõe também uma ordem contratual política, em um Estado cuja missão é a preservação do indivíduo e de sua liberdade, que, para este fim, utilizará meios intervencionistas nas relações econômicas privadas.¹⁰⁵

A concessão de serviços públicos, advinda da necessidade de o Estado liberal-burguês regular as atividades econômicas com intensidade superior a que o simples poder de polícia lhe permitia, não apenas subsiste, como tem aumentado a sua importância em função da desestatização dos serviços públicos.¹⁰⁶

Foi a concessão dos serviços desestatizados (Lei Federal n. 9.491/1997, art. 4º, VI)¹⁰⁷ que fez com que o instituto readquirisse o seu caráter inicial, o que não significa uma intenção de reassumir a atividade para o Estado, mas apenas regulamentar com intensidade. Apesar de estar em declínio, subsiste e é muito difícil que o Estado se retire totalmente de todas as “atividades econômicas” que explora diretamente, cujo incremento se deu desde o surgimento do Estado Democrático de Direito no início do século XX.¹⁰⁸ Na construção do Estado mínimo, os neoliberais refutam a cidadania plena e coletiva para todos os segmentos nos âmbitos sociais, econômicos e culturais; e renegam conquistas do Estado Social, incorporadas pelo Estado democrático de Direito.¹⁰⁹

Ainda que alguns critiquem o que chamam de “retrocesso burocrático”, segundo Adriana da Costa Ricardo Schier é certo que a Constituição da República de 1988 trouxe importantes mecanismos que permitiram assegurar, no plano da estrutura e das funções administrativas, a emergência de uma sociedade democrática, pautada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais.¹¹⁰

O fato é que o Estado pilota a economia. É ele quem organiza uma correspondência entre objetivos econômicos, objetivos políticos e objetivos sociais. É ele também o meio que permite fluir a circularidade de uma regulação que pesa sobre a economia para promover o social. É, portanto, fundamental a sua presença gerindo

¹⁰⁵ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos. As ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 25.

¹⁰⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 2, n. 8, p. 69-112, 2002.

¹⁰⁷ Lei Federal n. 9.491/1997 (Programa Nacional de Desestatização – PND). Art. 4º As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais: (...) VI - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

¹⁰⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade ..., 2002.

¹⁰⁹ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *“Custos dos direitos” e reforma do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 2008, p. 16-20.

¹¹⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve de Servidores Públicos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords). *Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 377-405.

a demanda e a produção, enquanto as imposições do mercado, por sua vez, são introduzidas no Estado. O Estado se coloca em posição de utilizar a seus próprios fins a esfera econômica e as finanças públicas colocam-se como dependentes do (e agindo sobre) o grau de desenvolvimento econômico. E, por meio dos serviços públicos, atua politicamente para atingis os fins sociais.¹¹¹

Por evidente que o assistencialismo continuado também inspira cuidados, vez que pode desencadear a dependência existencial dos beneficiados que, ao invés de buscar seus próprios projetos de vida, tornam-se dependentes da ação estatal. Ainda, o assistencialismo continuado pode alimentar o clientelismo político ou outros problemas,¹¹² cujas soluções impõem desafios de superação dessas práticas por outras de maior eficácia, a médio e longo prazo, como a educação formal em todos os níveis de escolaridade.

A curto prazo (de imediato), a definição de quem pagará os custos do serviço implica dizer, segundo Floriano Azevedo Marques Neto, a quem a coletividade decide imputar (alocar) os custos de uma sociedade mais solidária (se pensada a lógica da universalização), mais coesa (se pensada a importância de acesso e da efetiva fruição dos serviços essenciais para a dignidade humana) e menos desigual (se cogitada a alocação dos ônus mediante critérios distributivos).¹¹³ Ao mesmo tempo em que se discute “quem” deve pagar também se discute “se” deve pagar.

Por exemplo, para promover a proteção do mercado de trabalho à mulher (CF, art. 7º, XX),¹¹⁴ o Estado pode agir de diversas maneiras: intensificando a fiscalização quanto ao cumprimento de normas que obriguem particulares à contratação de um percentual mínimo de mulheres; ou o Estado pode conceder incentivos fiscais para fomentar a contratação de mulheres; ou, ainda, através de políticas públicas, o Estado pode criar programas de treinamento profissional para auxiliar as mulheres a se inserirem no mercado de trabalho. Com efeito, o Estado pode obrigar os sujeitos privados a adotar um comportamento, limitando sua autonomia privada, com base em lei; mas, pode também incentivar a adoção de uma conduta específica, mediante retribuições (sanções positivas); ou pode, diretamente, fornecer utilidades às pessoas.

¹¹¹ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços ...*, p. 29.

¹¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 238.

¹¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Dalmo Abre Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 340.

¹¹⁴ CF/88. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Nessa linha, classificam-se as atividades administrativas em “ordenadoras” (Estado restringe e condiciona a autonomia privada), “promocionais” ou de “fomento” (Estado estimula a prática de comportamentos privados com o propósito de realizar fins públicos) e “prestacionais” (Estado oferece alguma utilidade ou comodidade aos jurisdicionados).¹¹⁵

Segundo André Luiz Freire, não há qualquer dúvida de que esta [atividade administrativa prestacional] é a mais difícil de ser configurada, “pois é a que reúne a maior quantidade de atividades com regimes jurídicos distintos”. Em todas as suas modalidades a Administração cumpre uma obrigação de dar ou de fazer, como por exemplo: fornecer mantimentos a desabrigados por enchentes, atividades de notários, iluminação pública, saneamento, entre outras. Dentre essas atividades, algumas têm natureza jurídica (caso dos notários) e outras material, que não têm como objeto a produção de atos administrativos, mas consistem na execução de prescrições jurídicas legais e administrativas que se voltam a oferecer uma utilidade ou comodidade às pessoas. Em todas essas atividades a Administração Pública proporciona uma vantagem aos administrados, como é o caso do transporte coletivo de passageiros.¹¹⁶

Explica Egon Bockmann Moreira, os serviços públicos são regidos pelos “princípios” contidos no art. 6º, da Lei Federal n. 8.987/1995,¹¹⁷ que remetem às quatro “Leis de Rolland” do serviço público: (i) vínculo estatal, em razão da obrigação importa aos governos de prover o bem comum; (ii) continuidade, relacionado ao conceito de regularidade; (iii) adaptabilidade, o que permite que as regras de organização e funcionamento sejam modificadas; e (iv) igualdade, relativo ao tratamento dispendido aos particulares.¹¹⁸

Além da tarifa social, que respeita o princípio da igualdade, para carentes, o transporte tem outras funções essenciais dotadas de fundamentalidade. Por exemplo, em uma audiência pública ocorrida em 2007 na Procuradoria da República em São Paulo, se discutiu os direitos fundamentais da Comunidade Quilombola, que vive há quatrocentos anos em terras do interior do Estado. Dentre as principais queixas e pedidos formulados pela Comunidade, foi considerado um desrespeito a um direito fundamental a falta de garantia de acessibilidade plena ao transporte público, cujas

¹¹⁵ FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público ...*, p. 94.

¹¹⁶ FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público ...*, p. 95-96.

¹¹⁷ Lei Federal n. 8.987/1995. Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

¹¹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 243-244.

deficiências prejudicam o atendimento emergencial à saúde, acesso à escola e o escoamento da produção do pequeno produtor rural.¹¹⁹

Tal fato faz mostrar que não apenas o transporte coletivo urbano destinado ao deslocamento ao trabalho (ou mesmo à escola) é fundamental. O transporte é essencial por sua própria natureza, porém, para a locomoção destinada ao atendimento à saúde e mesmo ao lazer, também é instrumento de concretização de direitos fundamentais.

Para fins de dotação orçamentária, contudo, essa fundamentação pode encontrar problemas. Da mesma forma como algumas prefeituras lançam despesas com saneamento básico para demonstrar gastos com saúde, a utilização de recursos com destinação legal diversa para o transporte pode render perquirições no Judiciário.

O Ministério Público Federal em Bauru (São Paulo), por exemplo, ingressou com Ação Civil Pública contra o então Prefeito de Agudos (São Paulo), José Carlos Otácviani, requerendo a sua condenação por improbidade administrativa e consequente ressarcimento o erário. O ato improbo alegado foi destinar parte do orçamento público destinado à educação para o transporte gratuito decretado na Cidade. O “parquet” alegava violação da dotação orçamentária ao utilizar metade dos veículos da frota de ônibus para o transporte gratuito da população, que deveria, segundo defendido, se limitar ao transporte escolar. Pelo desvio de finalidade requereu a condenação dos réus ao pagamento de 3,5 milhões de reais.¹²⁰

Em outro caso, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.649-6/DF (2008), a ABRATI (Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual) questionou a constitucionalidade da Lei 8.899/1994, que conferiu passe livre aos portadores de deficiências comprovadamente carentes (art. 1º).¹²¹

Consoante a ABRATI, teria havido uma intervenção inconstitucional no domínio privado das empresas de transportes, vez que a União criou uma ação de assistência social sem indicar a correspondente fonte de custeio, violando o art. 195, § 5º, da

¹¹⁹ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à lei de Mobilidade Urbana – Lei 12.587/12. Essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹²⁰ Vide a respeito, a Ação Civil Pública de Responsabilidade por ato de improbidade administrativa, cumulada com pedido de ressarcimento ao erário. Disponível em: <<http://www.prsp.mp.f.gov.br/prmbauru/atuacao/acp/AIA%201.34.003.000404%202007-14-Agudos-Fundef.pdf>>. Acessado em: 25/01/2015. O Juízo da Justiça Federal declinou a competência para a Justiça Estadual, porém, a consulta pelo nome da parte nesta seara não retornou a mesma ação entre o resultado.

¹²¹ Lei Federal n. 8.899/1994. Art. 1º É concedido passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual.

Constituição.¹²² Como consequência, o encargo pelo custeio recairia sobre as empresas de transporte, ofendendo assim os princípios constitucionais da ordem econômica (art. 170),¹²³ livre iniciativa (art. 1º, IV) e o direito de propriedade (art. 5º, XXII).¹²⁴ A relatora do caso, Ministra Carmen Lúcia, afastou o argumento, ao afirmar que diante do inadimplemento pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas, é incabível falar em interferência do Judiciário em matéria orçamentário-financeira. Igualmente, mostra-se inviável a oposição da cláusula da reserva do possível nessas hipóteses, tendo em conta o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados pelo mandamento constitucional.¹²⁵

Prosseguindo em seu voto, a relatora expôs que o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei Federal n. 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. Os princípios da isonomia e da solidariedade foram os fundamentos constitucionais que levaram a União a propor a política pública consubstanciada na Lei. Outrossim, a titularidade do serviço público de transporte coletivo é do Poder Público, por isso, tal atividade volta-se para o bem-estar da sociedade. Mais que o interesse particular, o que marca o regime jurídico é o Estado que está atuando, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão. Por isso, entendeu que o empresário que opta por constituir uma empresa com o objetivo de prestar serviço público de transporte coletivo, ainda que amparado na livre iniciativa, não dispõe de ampla liberdade na prestação desse serviço, já que é concessionário ou permissionário de um serviço público.

Nas palavras da Ministra relatora, “A livre iniciativa presta-se, em sua extensão mais plena, à garantia de liberdade empresarial para atividades desta natureza. Para os concessionários e permissionários de serviço público o regime não é de livre

¹²² CF/88. Art. 195 (...) § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

¹²³ CF/88. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

¹²⁴ CF/88. Art. 5º. (...)XXII - é garantido o direito de propriedade;

¹²⁵ Nesse sentido, vide o voto da relatora, Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25356361/recurso-extraordinario-com-agravo-are-860979-df-stf>>. Acessado em: 20/02/2015.

iniciativa, mas de iniciativa de liberdade regulada nos termos da lei, segundo as necessidades da sociedade”. Sequer o Poder Público possui liberdade, já que ele tem o dever de prestá-lo. Resta claro que não há serviço público de titularidade privada, não se aplicando o princípio da livre iniciativa aos serviços públicos. Além disso, o regime de serviço público decorre da necessidade da sociedade, o que leva a entender que foi utilizado um conceito material de serviço público.¹²⁶

Se o serviço público de transporte coletivo urbano fosse livre à iniciativa privada ou prestado mediante simples autorização, mudaria radicalmente a relação entre prestadora, Administração Pública e usuários: (i) não haveria contrato com o Poder Público, mas estabelecimento de simples relação jurídica não-contratual, advinda de uma autorização; (ii) não haveria dever de continuidade da prestação do serviço; (iii) não haveria dever de universalização do serviço; (iv) não haveria direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; (v) os preços seriam livres.¹²⁷

Assim porque as Constituições somente poderão ser totalmente compreendidas e se desenvolver quando tiver origem e a sua “força vital” no tempo, nas circunstâncias, o caráter nacional. Do contrário, a “Constituição jurídica” que construir o Estado de forma abstrata e teórica permanecerá “eternamente estéril”. Se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carecerá do imprescindível “germe” de sua força vital. A Constituição converter-se-á em força ativa “se fizerem-se presentes, na consciência geral, não só a vontade do poder, mas também a vontade de Constituição”.¹²⁸

Não raro, infelizmente, depara-se com condutas da Administração Pública que, enfatizadas mais nas prerrogativas excepcionais outorgadas ao Poder Público do que nos seus deveres e nas garantias dos cidadãos, revelam uma atuação estatal descompromissada com postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito, culminando em um crescente e generalizado descrédito das relações de administração.¹²⁹

Conforme afirma Konrad Hesse, constitui pressuposto essencial da força normativa da Constituição que ela conte não apenas com elementos sociais, políticos

¹²⁶ FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público ...*, p. 231-233.

¹²⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39-71.

¹²⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die normative kraft der verfassung)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 16-19.

¹²⁹ FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé e a Supremacia do Interesse Público – Fundamentos da Estabilidade do Ato Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords). *Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 307-346.

e econômicos dominantes, mas também – e principalmente – que incorpore o “estado espiritual (“geisige Situation”)” de seu tempo, a fim de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.¹³⁰

Apresentando como núcleo central o princípio da dignidade da pessoa humana, elevada à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, e um extenso catálogo de direitos fundamentais, a Constituição da República de 1988 revelou um Estado comprometido com uma sociedade emancipada e igualitária, cujas finalidades estão atreladas à garantia de uma vida digna a todos os cidadãos, devendo zelar e proteger os cidadãos contra os abusos perpetrados tanto por entes estatais quanto privados.¹³¹

Acompanhando a evolução jurídico-social-econômica, resgata-se o conceito de serviço público anteriormente apresentado (Capítulo 1) para lhe dar contornos mais atuais, à luz da intangibilidade dos direitos fundamentais. E, para tanto, adotam-se complementarmente as lições de Vitor Rhein Schirato, para quem os serviços públicos atuais apresentam, no todo ou em parte, um “status positivus” que (a) fazem emergir em favor dos cidadãos um direito subjetivo público e, por conseguinte, (b) impõem ao Estado uma obrigação em sentido jurídico.¹³² E tais premissas se manterão até que se altere o art. 175 da Constituição da República ou mais propriamente, enquanto houver direitos fundamentais que demandem atuação econômica positiva do Estado. Essa releitura hodierna do instituto deve abrigar uma espécie de dialética interna, sinalizada pela realidade política, social e econômica.¹³³

Dessas considerações se extrai o atual entendimento que “os serviços públicos são obrigações positivas impostas ao Estado pela ordem jurídica com a finalidade de satisfazer direitos fundamentais que exigem do Estado uma atuação positiva e material na ordem econômica para prestar determinado serviço ou, no mínimo, garantir sua prestação”.¹³⁴ Salienta-se que a realização material dos direitos fundamentais atualmente é nuclear para a noção revigorada de um conceito de serviço público, aderindo-se em complemento à noção clássica apresentada no Capítulo 1.

Oportuno registrar a tese apresentada por Geraldo Spagno Guimarães, que insere o destinatário no núcleo do conceito de serviço público a partir de uma ótica teleológica ou finalística. Segundo o autor, o serviço público tem por finalidade o

¹³⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da ...*, p. 20.

¹³¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da Supremacia ..., p. 377-405.

¹³² SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 135-136.

¹³³ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços ...*, p. 135-136.

¹³⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços ...*, p. 137.

interesse público “no atendimento das necessidades, utilidades ou comodidades individuais e coletivas da sociedade”. Sob essa ótica finalística, o usuário dos serviços públicos é um fim, não um instrumento da ação do Estado. Por consequência, o transporte coletivo público se torna imprescindível para a satisfação de necessidades básicas, sendo o meio eficaz para viabilizar a satisfação de outros serviços de interesse geral, públicos ou não.¹³⁵

Em que pese o esforço argumentativo e o fato do transporte público ser realmente importante viabilizador de outros serviços de interesse geral, acredita-se que as novas bases teóricas, ao inserir o aspecto material no núcleo do conceito de serviço público e, conseqüentemente, a finalidade de satisfazer direitos fundamentais, têm maior alcance do que a tese apresentada por Guimarães. Isso porque, o conceito material de serviço público, finalidade do Estado Social, irradia-se a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual contempla um universo jurídico mais amplo do que apenas os usuários dos serviços públicos.

Nesse sentido, J. L. Martínez López-Muñiz corrobora que o Estado Social de Direito, que deve garantir, na medida do razoável, a conclusão do bem comum, deve operar de modo que se dê a devida satisfação aos direitos fundamentais de caráter prestacional, tanto os explicitamente constitucionalizados, assim como os implicitamente vinculados às liberdades e direitos constitucionais.¹³⁶

O Estado Social é, em sua estrutura lógica, um modelo de “Estado Material de Direito”, por se apresentar juridicamente conformado por normas substantivas de validade superior. O Estado Social erige-se da tríade “liberdade, democracia e justiça”. Diferentemente do Estado Liberal, portanto, o Estado Social eleva a maior latitude o catálogo de direitos fundamentais, acrescentando ao rol dos tradicionais direitos liberais e políticos os direitos sociais, com a clara intenção de corrigir ou reduzir graves desequilíbrios provocados pelo liberalismo originário.¹³⁷

Com efeito, é certo que a dignidade da pessoa humana não se resume a ter acesso “a prestações de educação e saúde, a não passar fome e a ter alguma forma de abrigo”. Há, como se sabe, muito mais do que isso. A liberdade em suas variadas manifestações (de iniciativa, de expressão, de associação, de crença etc.), a autonomia individual, a participação política, a integridade física e moral, dentre outros,

¹³⁵ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à lei ...*, p. 30-31.

¹³⁶ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. La nueva regulación económica em España, *In: El nuevo servicio público*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 185-269, p. 211.

¹³⁷ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais*. Conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 114.

são elementos indissociavelmente ligados ao conceito de dignidade humana. Por exemplo, os desamparados: é evidente que em condições de miserabilidade, o indivíduo terá muitíssimas dificuldades em diversos outros aspectos próprios a sua dignidade, como a participação política, a liberdade, a autonomia individual etc., todas elas sofrem dano.¹³⁸

Ao buscar erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, o Estado deve abrir mão de todos os excessos, reduzindo despesas como, por exemplo, “aquelas usualmente efetuadas com a contratação de propaganda governamental, a subvenção de agremiações particulares, como escolas de samba, ou a compra de carros luxuosos para autoridades dos três poderes”, afinal, a divulgação de feitos públicos, a cultura musical e luxo das autoridades, embora importantes, não podem ser comparados à essencialidade da vida humana e podem ser deixados para outra oportunidade. Não há fundamentação jurídica para o comportamento perdulário.¹³⁹

Nota-se que o progresso, em verdade, implica em um resgate ideológico. O processo de formação do Estado Social na Europa capitalista do começo do século XX teve os direitos sociais, em sua generalidade, como mecanismos de compensação de situações humanas de hipossuficiência numa sociedade de classes.¹⁴⁰ Esta finalidade intrínseca de servir de defesa contra os riscos inerentes a uma condição de fragilidade é precisamente o fato de semelhança ou o ponto de encontro que permite reconduzir todos os direitos sociais em particular a uma unidade elementar, justificando a sua classificação em um grupo à parte dentro da classe maior dos direitos fundamentais.¹⁴¹

A busca pela superação das desigualdades, entre nações ricas e pobres, construiu novos direitos fundamentais, relacionados à ideia de fraternidade, e que não se destinam, necessariamente, a atender os direitos individuais ou de um Estado, mas têm por foco o homem enquanto ser humano, voltado à existencialidade concreta.¹⁴²

¹³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica ...*, p. 237.

¹³⁹ BASILICO, Carlo Artur. *Direitos sociais: questões conceituais e efetividade. Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 83, jan./fev. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=106625>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

¹⁴⁰ O Estado Social passou a intermediar o confronto entre o capital e o trabalho, para evitar que esse duelo competitivo colocasse em xeque a paz social. A luta de classes se transformou em reivindicações por direitos sociais e pelo pagamento de menores tributos. “O novo pacto social desenhado, parte do pressuposto de que o capital deve pagar tributos, para que o modelo mais social de Estado preste os serviços necessários, para ao atendimento das necessidades dos trabalhadores”. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. *A Administração Pública consensual na modernidade líquida. Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

¹⁴¹ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais...*, p. 167.

¹⁴² COSTALDELLO, Angela Cassia. *A supremacia do interesse público e a cidade. A aproximação essencial para a efetividade dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM,*

Carlo Artur Basílico propõe um paradigma clássico acerca dos direitos sociais, partindo da premissa de que são direitos humanos fundamentais: a) inserem-se na estrutura do Estado como corolário da realização da justiça social; b) contemplam pretensões individuais, exigíveis diretamente do próprio Estado; c) têm por finalidade realizar um estado de igualdade relativa entre os indivíduos, segundo as capacidades receptivas de cada um.¹⁴³

O autor considera que sem a consolidação desse paradigma nenhum avanço doutrinário ou jurisprudencial poderá considerar atendida, em sua plenitude, a força das normas constitucionais que asseguram os direitos sociais. Todo o orçamento público deve ser construído primeiramente para atender às políticas públicas, especialmente aquelas impostas constitucionalmente, com vistas à concretização dos direitos sociais, que são deveres fundamentais do Estado.¹⁴⁴

Deve-se buscar a superação tanto do discurso legalista de matriz positivista quanto aquele irracionalista, atribuindo-se ao Direito a função de intervir na realidade para construí-la de acordo com um específico ideal de justiça, fundado na dignidade da pessoa humana. E a partir de uma releitura da epistemologia e do papel dos operadores jurídicos, construir um novo discurso jurídico, alternativo e emancipatório dentro de um novo contexto, onde há espaço para utopia, o sonho e a esperança, eis que a perplexidade frente a um mundo cada vez mais complexo desafia a capacidade criadora dos homens.¹⁴⁵

2.5. Para além dos interesses econômicos: interesse público, solidariedade e bem-estar social

Ao tratar da dicotomia entre Direito público e Direito privado, Carlos Ari Sundfeld recorre a um hipotético diálogo entre aluno e professor, no qual o aluno se propõe a desmistificar as diferenças através de exemplos, com o que o professor concorda. Segue o aluno afirmando que “Público é o jardim, no centro da cidade;

Daniel Wunder (Coords). *Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 239-266.

¹⁴³ BASÍLICO, Carlo Artur. *Direitos sociais: questões conceituais e efetividade. Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 83, jan./fev. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDIO006.aspx?pdicntd=106625>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

¹⁴⁴ BASÍLICO, Carlo Artur. *Direitos sociais...*, 2015.

¹⁴⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve de Servidores Públicos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords). *Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 377-405.

privado é o espaço da minha casa; (...) Público é o mundo da política (...) privada é a esfera dos negócios íntimos (...) Pública é a rua, privada é a alcova”. O professor então reconhece que o aluno trabalha com a ideia dicotomista (público x privado), há tempos sedimentada. Dicotomia que “dentre tantas com que opera nosso ordenamento (bom x mau, céu x inferno, esquerda x direita, opressor x oprimido) produz certa classificação da realidade fática”. O mundo todo à volta acaba sendo visualizado pela mesma ótica distintiva, entre o amplo, o coletivo, o plural (enfim, o público); e o limitado, o individual, o isolado (isto é, o privado).¹⁴⁶

O ser humano está vivendo um momento de privatização da utopia e dos modelos do bem, em que as pessoas realizam um julgamento de suas ações e intenções como “boas” e “más”, decorrente da mentalidade pós-moderna em que as dicotomias são de caráter ideológico ou cultural dos modelos (como a guerra fria ou as diferenças raciais). Atualmente, porém, não há mais espaço para ideias que defendam que há um certo e um errado, um verdadeiro e um falso, um bem e um mal, o que significa um abandono da visão dicotomista.¹⁴⁷

O capitalismo, desde que se assentou como modo de produção dominante, teve na regulação (e, portanto, na Lei e no Direito), o grande mote para o seu desenvolvimento. Quando se trocavam mercadorias por outras, e pelo menos um dos envolvidos era o próprio produtor, a regulação estatal era mínima. Todavia, quando o trabalho, a terra e o dinheiro foram transformados em mercadorias e abstrações maiores transformaram o mercado, este passou ao centro da atividade humana e houve necessidade da autoridade estatal oferecer regulação, especialmente para garantir a propriedade, por meio da Lei.¹⁴⁸

Então, a natureza deixou sua essência de lado e se transformou apenas em terra e recursos naturais, insumos e matérias-primas, mas deixou de ser natureza, porque, para ter valor, teria que ser intermediada pela ação humana, pelo trabalho. Os frutos da terra somente são mercadorias e, portanto, só tem valor se forem úteis ao homem, o resto era inútil, infértil ou nocivo, ainda que abundasse nele a vida. Esta é a dura equação do capitalismo.¹⁴⁹

¹⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 138-139.

¹⁴⁷ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 33-35.

¹⁴⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Prefácio de obra. In: BOZO, Aline Hagers; MASSI, Juliana Machado; REBUTINI, Igor Koltun (Orgs.) *Capitalismo, direito e natureza*. Análises. Curitiba: JM Livraria, 2012, p. 8.

¹⁴⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Prefácio de ..., p. 8.

Nos países onde o capitalismo não se desenvolveu, a presença do Estado se faz ainda mais necessária, segundo Cristiane Derani. No Brasil, em que há muitas leis com pouca facticidade, a ação política do Estado implementando os princípios da democracia social é fundamental, eis que, “Num capitalismo de poucos ganhadores e muitos perdedores, toda a sociedade é prejudicada”. A ilusão do impulso econômico dado pela retirada do Estado do domínio econômico se quebra com a análise da taxa de crescimento econômico e da queda do nível de emprego, que reflete diretamente no consumo. A distribuição de riquezas para produção (entre agentes econômicos) e para o consumo (entre consumidores) é um meio e não um fim da ordem econômica. A ordem econômica na Constituição é a disciplina das relações de produção econômica de mercado e fora-de-mercado (como os serviços públicos).¹⁵⁰

Segundo Cláudia Honório, é correto pensar que o Estado não pode ajudar a todos os cidadãos e por isso existiria a compreensão de que as prestações deveriam se limitar aos mais pobres. Contudo, a autora entende que não é moralmente aceitável deixar o ser humano chegar ao ponto mais sofrível da carência para que seja passível de ajuda estatal. O Estado, no exercício de seu poder normativo, realizador e julgador, tem o dever de aplicar proporcionalmente os princípios da Constituição Federal. A diferença proporcional da força de ação de cada princípio é alentada no preceito essencial que justifica toda formação social e a própria existência do Estado: coesão social pela construção de laços de solidariedade.¹⁵¹ Ao Judiciário cabe o papel ativo na realização dos fins sociais das políticas públicas, corrigindo a prestação dos serviços básicos, se Legislativo e Executivo falharem.¹⁵²

É que, por vezes, as normas constitucionais, ainda que literais, são relegadas a um plano secundário pelos mais diversos motivos. Ao tratar da força normativa da constituição, Konrad Hesse lembra Ferdinand Lassalle para afirmar que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. Isso porque, a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar representado pelas Forças Armadas; o poder social, representado pelos latifundiários; o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital; e, finalmente, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura

¹⁵⁰ DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos. As ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 219-220.

¹⁵¹ DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviços ...*, p. 221.

¹⁵² HONÓRIO, Cláudia. *O custo dos direitos prestacionais*. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 145-159, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37237>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

gerais.¹⁵³ E são as relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores que constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, resultado dos fatores reais de poder e que formam a “Constituição real” do país. A “Constituição jurídica”, nas palavras de Lassalle, não passa de um “pedaço de papel”, pois sua capacidade de regular e motivar está ligada à sua compatibilidade com a Constituição real.¹⁵⁴

A “Constituição real” vincula-se à última dimensão no âmbito dos serviços públicos, que é a sua prestação. O serviço público primeiramente é criado, depois organizado e posteriormente deve ser prestado, isto é, posto à disposição ou efetivamente executado. Nessa dimensão, o aspecto mais importante “e que mostra o objetivo de toda disciplina do serviço público”, é a situação jurídica do usuário, disciplinada pelo Direito público.¹⁵⁵

O conjunto de normas jurídicas aplicáveis irá variar de acordo com o conjunto de situações jurídicas ativas e passivas, podendo ser conferidos conjuntos normativos diversos a prestadores e usuários, embora possa se identificar algumas características comuns a todas as relações jurídicas de prestação, justamente ligadas à situação jurídica do usuário, que será total ou predominantemente estatutária.¹⁵⁶ E, segundo o ordenamento jurídico vigente, todas essas relações jurídicas vinculam-se e subordinam-se ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar de criticar veementemente a tentativa de representar os usuários como conjunto homogêneo de consumidores hipossuficientes que não respondem pelos seus atos, Egon Bockmann Moreira faz importante observação quanto ao tratamento excepcional que deve ser dado às excepcionalidades. Refere-se às populações carentes ou efetivamente despidas de recursos, para as quais vê o Estado efetivamente obrigado a concretizar políticas públicas, seja prestando diretamente o serviço público, seja contando com programas assistenciais. De todo modo, reconhece ser caso de estabelecer regime extraordinário que possibilite a prestação do serviço a usuários carentes (telefone público, água e energia com limite de consumo, transportes gratuitos a grupos específicos, programas sociais de fornecimento de

¹⁵³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die normative kraft der verfassung)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9.

¹⁵⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa ...*, p. 9.

¹⁵⁵ FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. Coleção Temas de Direito Administrativo 34. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 419.

¹⁵⁶ FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público ...*, p. 420.

serviços etc.).¹⁵⁷ Entendimento que vai ao encontro do preceito de Jorge Miranda: “os usuários que podem pagar devem pagar, ainda que apenas em parte, pois assim tomam consciência do seu significado econômico e social e podem, inclusive, escolher entre serviços ou bens em alternativa. Porém, os que não podem pagar não devem pagar”.¹⁵⁸

Coaduna-se com a defesa da isenção aos carentes, pessoas de baixa renda que não possuem recursos financeiros para pagar a tarifa do transporte coletivo urbano. Quanto àqueles que “podem pagar”, primeiramente se deve responder a seguinte indagação: “quanto” podem pagar?

A tarifa, obrigatoriamente módica, a depender dos recursos financeiros do usuário, deve existir como fruto da ordem constitucional social, fincada nos direitos e nas garantias fundamentais, observado, à evidência, não se tratar de um direito absoluto, o qual, por razão de escassez econômica, impõe limites que devem ser parte do objetivo do agente público superá-los, por meio de todas as políticas públicas disponíveis para realizar o acesso do usuário ao serviço público. Ao Judiciário caberá assegurar tais direitos e garantias em caso de frustração pela via administrativa, atendidos aos requisitos das normas, observadas as condições subjetivas no caso concreto.

Em relação à energia elétrica, por exemplo, a Lei Federal n. 9.427/1997 é clara quanto à ANEEL ser mera implementadora das políticas definidas pelo governo federal (vide art. 3º, III). No entanto, hoje não há lei que defina política tarifária em geral e, por conseguinte, quando a mesma lei atribui à agência a competência para celebrar e gerir os contratos de concessão e a obrigatoriedade de adotar medidas para garantir a modicidade tarifária, via transversa está autorizando a agência a definir a política tarifária (ainda que de forma indireta).¹⁵⁹

Política tarifária, contudo, é assunto para ser discutido de forma amplamente aberta e democrática pela sociedade, não de forma centralizada, alijando-a do debate. A política tarifária não pode estar regulada como está hoje, por meio de portarias e contratos de concessão, ao contrário, portarias e contratos de concessão deveriam estar apoiados em lei com diretrizes muito claras. Esse vácuo legislativo é gravíssimo

¹⁵⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 264.

¹⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. t. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 396-397.

¹⁵⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). *A proteção ao consumidor de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002, s/d, p. 28.

e tem levado a um processo de exclusão em progressão,¹⁶⁰ mormente em vista da atual conjuntura econômica do país, que se encontra estagnada.¹⁶¹

Um exemplo é a Lei Federal n. 8.631/1993, por meio da qual houve uma reforma no setor elétrico, visando dois macro-objetivos: (i) saneamento financeiro de curto prazo e (ii) reforma do regime tarifário, objetivando atrair capitais privados para o setor. A nova legislação dispôs sobre a fixação dos níveis de tarifa para o serviço público de energia elétrica, a extinção do regime de remuneração garantida, entre outras medidas em substituição ao Código de Águas, que regulava a matéria (e as tarifas) até então.

A partir daí, a concessionária passou a propor os parâmetros para definição de preços, apenas com a homologação expressa ou tácita do poder concedente. O conflito de interesses se tornou evidente, agravado pelo fato de que portarias e contratos de concessão passaram a nada dispor acerca dos direitos do consumidor no que diz respeito ao preço cobrado pelo serviço. Como resultado, o subsídio cruzado entre as categorias de tarifas passou a ser invertido: de acordo com o Código de Águas, a categoria de consumo representada pelos usuários residenciais de baixa renda era subsidiada pela categoria representada pelos usuários industriais e comerciais, porém, com a nova sistemática, quem consome menos tem pagado proporcionalmente mais.¹⁶²

Além disso, os critérios para enquadramento da tarifa social adotados pelos concessionários, com a homologação da ANEEL, têm excluído grande parte dos antigos beneficiários e possibilitado apenas que pessoas miseráveis possam gozar dos descontos. Não bastasse, com o escopo de atrair o capital para a compra das empresas, os preços das tarifas subsidiadas pelo Poder Público para combater a inflação foram atualizados, em descompasso com a conjuntura econômica brasileira. Com contratos de concessão pífios no que fiz respeito a instrumentos efetivos de acompanhamento das atividades econômicas e financeiras das empresas e “sistemática frouxa” de acompanhamento da qualidade, essas medidas tiveram como consequência o total abandono do usuário de baixa renda, hoje em situação de fragilidade absoluta, gerando altos percentuais de inadimplência. Segundo o Instituto

¹⁶⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). *A proteção ...*, p. 28-29.

¹⁶¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Sala de Imprensa. *PIB varia 0,1% em relação ao 2º tri de 2014 e chega a R\$ 1,3 trilhão*. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2771>>. Acessado em: 19/02/2015.

¹⁶² INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). *A proteção ...*, p. 29.

Brasileiro de Defesa do Consumidor, esses efeitos decorrem da política tarifária nas mãos do setor privado.¹⁶³

Floriano Azevedo Marques Neto insiste que política tarifária é determinada pela lei (e não pela Constituição), cabendo a ela escolher entre as possíveis opções no tocante à regulação dos preços. Por isso, não faz sentido supor que a natureza estatal das atividades envolvidas seja incompatível com a fruição de liberdade econômica relativa a preços pelo explorador privado. Ressalva, todavia, que a regulação oficial de preços não se limite às atividades estatais, podendo a lei regular também serviços próprios da iniciativa privada, com finalidades sociais, ou em situações conjunturais.¹⁶⁴

Quer dizer que falta maior participação do setor público na defesa dos interesses coletivos, nem que precise adequar o orçamento para compor a tarifa. A aplicação de recursos públicos em serviços prestados em regime de concessão seguramente fará com que haja maior controle e rigor na apuração dos gastos.

Nesse sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do Ministro Sepúlveda da Pertence, ao analisar a constitucionalidade do controle estatal sobre as mensalidades escolares, afirmou que, em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, “pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa o aumento arbitrário de lucros”.¹⁶⁵ Nota-se que mesmo os serviços públicos não-exclusivos estão passíveis da intervenção estatal, basicamente por haver interesse público.

Recorda-se que a noção de interesse público em sentido amplo abrange os “direitos subjetivos” e os “interesses legítimos”, estes também protegidos pela ordem jurídica, ainda que não tenham recebido a mesma qualificação que os direitos subjetivos.¹⁶⁶

É possível afirmar que os interesses legítimos (i) fazem nascer novas obrigações que poderão, futuramente, se tornar novos direitos, traduzindo-se como uma expectativa de direito (por exemplo, o candidato aprovado em um concurso público, mas não classificado entre as vagas disponíveis para provimento imediato); e

¹⁶³ INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). *A proteção ...*, p. 30.

¹⁶⁴ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 300- 316.

¹⁶⁵ Nesse sentido, vide a decisão proferida na ADI n. 319/DF, RTJ 149: 666/692. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 2, n. 8, p. 69-112, 2002.

¹⁶⁶ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional ...*, p. 160.

(ii) podem relativizar direitos que aparentavam ser absolutos, restringindo vontades que pareciam ser soberanas (por exemplo, a função social da propriedade). Ou seja, são interesses protegidos por normas jurídicas que não se converteram em direitos subjetivos, beneficiando-se de uma proteção limitada e negativa, que impõem a proibição de condutas que lhes contrariem, embora o seu titular não possa exigir a sua satisfação direta.¹⁶⁷

Em que pese haja em ambos um interesse individual reconhecido e tutelado pelo Direito, distinguem-se pelo fato de que, no direito subjetivo, a proteção legal é direta e imediata, autorizando o seu titular a exigir o comportamento albergado na lei, sendo que, em caso de descumprimento, poderá a recorrer ao Poder Judiciário.¹⁶⁸

É preciso ressaltar, segundo João dos Passos Martins Neto, que não é a “possibilidade de ação” que tipifica o direito subjetivo, mas a possibilidade de “coação”, quer dizer, a prática de determinados atos externos destinados a evitar ou anular a conduta contrária à devida ou a eliminar ou compensar seus malefícios, mesmo contra a vontade do ofensor obrigado e, em geral, com o uso de força física, de acordo com sanções previamente estabelecidas pelo grupo social. A coatividade é, portanto, pressuposto lógico da noção de direito subjetivo.¹⁶⁹

O interesse legítimo, por sua vez, goza de proteção legislativa indireta (embora igualmente imediata), haja vista que o particular não pode exigir que a Administração satisfaça o seu interesse individual subjetivo, mas apenas que não o ofenda ilegalmente, sendo também lícito dirigir-se ao Judiciário, mas não para a realização do seu interesse pessoal, tão somente para desfazer os atos ilegais que o tenham prejudicado.¹⁷⁰

Em suma, o direito subjetivo concede ao seu titular a satisfação de um interesse próprio; já no interesse legítimo, existe apenas um direito à legalidade das decisões que versem sobre um interesse próprio. O licitante que vence a licitação revogada pela Administração Pública, por exemplo, tem interesse legítimo de ser indenizado por eventuais prejuízos decorrentes da revogação, sem, contudo, ter direito subjetivo à adjudicação do objeto licitado.¹⁷¹

Para Emerson Gabardo, no entanto, todos os interesses juridicamente protegidos são direitos subjetivos, não havendo que se falar em interesses legítimos.

¹⁶⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional ...*, p. 160.

¹⁶⁸ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais...*, p. 45.

¹⁶⁹ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais...*, p. 50.

¹⁷⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional ...*, p. 161.

¹⁷¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional ...*, p. 161.

Isso porque, a partir do surgimento da ideia de garantia dos direitos públicos subjetivos é insustentável a existência de um interesse juridicamente protegido que não implique em titularidade subjetiva alguma, já que, em última instância, a sociedade seria a titular de tais interesses e poderia cobrar do Estado a sua proteção.¹⁷²

O interesse juridicamente protegido no Brasil é tratado como sinônimo do interesse público em sentido amplo. E interesse público em sentido amplo prevalece sobre o interesse privado, constituindo-se dos direitos subjetivos e dos interesses legítimos, aí incluídos os direitos individuais, coletivos e difusos, fundamentais ou não, bem como os interesses que encontrem guarida no ordenamento jurídico. O interesse público em sentido amplo é objetivamente protegido pelo ordenamento, enquanto que o interesse privado é subjetivamente pretendido por uma pessoa qualquer, voltado à satisfação de vontades pessoais.¹⁷³ Apesar de que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade, afinal, há uma relação íntima, indissolúvel, entre o interesse público e os ditos interesses individuais.¹⁷⁴

Dentre os interesses juridicamente protegidos, que configuram o interesse público em sentido amplo, parte deles se refere à coletividade considerada em si mesma (interesse geral), cuja identificação deve ser efetuada pelo Estado no caso concreto, a partir das prerrogativas legais hábeis a assegurar a prevalência desses interesses sobre interesses específicos (individuais e coletivos) também tutelados pelo sistema normativo.¹⁷⁵

Tanto pode ser uma competência instituída pelo constituinte ao legislador infra-constitucional, quanto pode ser instituída por qualquer destes à Administração Pública ou à jurisdição, mas nessas situações, está-se diante daquilo que se propõe a denominar de interesse público em sentido estrito, que sujeita o administrador não a respeitar as disposições do ordenamento jurídico (pressuposto negativo de validade do ato), mas sim para autorizar a sua atuação, por meio de intervenção estatal, apenas em situações em que esteja presente o interesse público (*stricto sensu*).¹⁷⁶

A demonstração de interesse público em sentido estrito é obrigatória para a atuação administrativa, dentre outros, para justificar modificações ou extinções de atos

¹⁷² GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 305.

¹⁷³ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional ...*, p. 165-170.

¹⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60.

¹⁷⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional ...*, p. 165-168.

¹⁷⁶ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional ...*, p. 169.

ou relações jurídicas já estabelecidas, como, por exemplo, alteração e rescisão unilaterais de contratos administrativos para fins de política tarifária.¹⁷⁷

Como requisito necessário da modicidade tarifária, por exemplo, haverá limitação da lucratividade quando o particular realizar a prestação do serviço público, o que não ocorre com atividades econômicas típicas, fundadas na livre iniciativa e na livre concorrência, onde a atuação do Estado é unicamente regulatória. Com efeito, nas delegações dos serviços públicos o lucro do concessionário só é garantido até o limite definido pela equação econômico-financeira pactuada no momento do contrato e as revisões e reajustes deverão obedecer aos índices oficiais, às regras contratuais e ao requisito da modicidade tarifária.¹⁷⁸

Não se questiona o objetivo da empresa em fornecer um bem ou prestar um serviço e obter o respectivo lucro. O Estado, contudo, tem por função a prestação dos serviços públicos, essenciais à sociedade. Observada a supremacia do interesse público, a conciliação dos interesses aparentemente antagônicos em uma relação entre Poder Público e concessionário é fundamental para a concretização dos objetivos constitucionais. As tarifas diferenciadas e gratuidades dão vida a uma política social de isonomia. Para alcançar esse resultado é necessária uma reforma na estrutura tarifária da qual participe tanto a comunidade como um todo (incluindo não usuários), quanto o Poder Público. Superar-se-ia, dessa forma, o princípio da utilização ou do benefício, pelo qual são onerados apenas aqueles que efetivamente usam o serviço público e na exata medida em que o fazem. Em seu lugar assumiria o princípio da solidariedade, pelo qual se extrai dos segmentos da população titulares de maior riqueza os recursos necessários para financiar o serviço público à uma maior coletividade.¹⁷⁹

Tarifas diferenciadas são aquelas fixadas segundo qualificações específicas dos usuários, com o objetivo de adequá-las à realidade de cada classe de usuários, atingindo a chamada tarifa justa. Decorrem da natureza regulamentar do ato de fixação de tarifas, haja vista que a diferenciação dessa contraprestação deve ser feita sempre em termos gerais e nunca individualmente.¹⁸⁰ Dinorá Adelaide Musetti Grotti as considera válidas e, especialmente no tocante às tarifas sociais, desde que observada a situação financeira ou de consumo ou mesmo de atividade de

¹⁷⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional ...*, p. 170.

¹⁷⁸ BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 44.

¹⁷⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O custeio do serviço público: a concessão patrocinada como via à implementação de tarifas sociais. *Revista de Direito público da Economia — RDPE*, ano 7, n. 25, jan./mar. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 122.

¹⁸⁰ BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços ...*, p. 92.

determinados usuários ou de outras circunstâncias devidamente justificadas, típicas hipóteses de política tarifária, a exigir lei.¹⁸¹

Para Cesar Augusto Guimarães Pereira, as tarifas sociais não devem ser compensadas por subsídios internos, mas por subsídios públicos oriundos de receitas gerais, que é a única que atende integralmente aos princípios constitucionais aplicáveis, como isonomia, equilíbrio-econômico financeiro, modicidade tarifária e universalização, sendo possível se falar em uma interpretação conforme do art. 9º, § 5º, da Lei Federal n. 12.587/2012.¹⁸²

Nesse caso, extrair a fonte de custos das receitas gerais é o único meio de respeitar o princípio da capacidade contributiva. Por isso não são adequadas alternativas cogitáveis, como transferir o ônus ao concessionário, o subsídio público, o subsídio interno ou o cruzado, em que a receita que custeia o serviço é oriunda de outros serviços, embora reconheça que, na prática, comumente são implementadas tarifas redistributivas custeadas mediante incremento das tarifas de outras categorias ou de subsídios cruzados.¹⁸³

Mas o subsídio público pode ser obrigatório quando se trata de direitos fundamentais. Ao menos esse foi o entendimento do Ministro Marco Aurélio Mello, conforme voto proferido no acórdão de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.768-4/DF, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do art. 39, da Lei Federal n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Pelo dispositivo legal, é garantida gratuidade aos maiores de 65 anos em transportes coletivos públicos urbanos,¹⁸⁴ o qual praticamente repete o contido no art. 230, § 2º, da Constituição Federal.¹⁸⁵ No voto, manifestou-se no sentido de que a gratuidade não há de ser sustentada pela sociedade em si, que já satisfaz, “numa gradação insuplantável”, os impostos e os tributos, mas deve ser arcado pelo próprio Estado. Assim, afastando a atribuição do ônus ao concessionário e aos demais usuários do serviço público, concluiu que dever

¹⁸¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. Coleção Temas de Direito Administrativo 6. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 302.

¹⁸² Lei Federal n. 12.587/2012. Art. 9º. § 5º Caso o poder público opte pela adoção de subsídio tarifário, o deficit originado deverá ser coberto por receitas extratarifárias, receitas alternativas, subsídios orçamentários, subsídios cruzados intrasetoriais e intersetoriais provenientes de outras categorias de beneficiários dos serviços de transporte, dentre outras fontes, instituídos pelo poder público delegante.

¹⁸³ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 372-373.

¹⁸⁴ Lei Federal n. 10.741/2003. Do Transporte Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

¹⁸⁵ CF/88. Art. 230. (...) § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

do Estado assumir o resultado do serviço criado, eis que, “Ele [o Estado] não pode simplesmente cumprimentar com o chapéu alheio; ele não pode transferir a terceiros ônus que haja criado.”¹⁸⁶

Segundo Joana Paula Batista, na hipótese da Constituição estabelecer gratuidade parcial das tarifas (como, por exemplo, o transporte para maiores de 65 anos), tal aspecto não impede a delegação. Também não padece de inconstitucionalidade, apenas é um elemento a mais que deverá ser avaliado pelo pretense concessionário quando da contratação com o Poder Público. A autora compreende que seria diferente, entretanto, quando houver a gratuidade total de determinado serviço, que não poderia sofrer delegação aos particulares, já que o concessionário tem por objetivo o lucro na exploração da atividade. Nem mesmo se houver subsídio estatal, não só pelo fato de que a remuneração é uma das características das concessões de serviços públicos, mas também porque o usuário estaria arcando indiretamente com os custos, através dos impostos.¹⁸⁷

Discorda-se do entendimento retro exposto e, para tanto, invoca-se o posicionamento de Marçal Justen Filho, para quem os recursos estatais, nas mais variadas formas, são admitidos nas concessões, pois se fosse vedado ao Estado promover a remuneração ao concessionário, “seria impossível obter o atendimento aos princípios da dignidade e da solidariedade”, eis que os carentes restariam sem condições de arcar com o pagamento das tarifas necessárias à obtenção dos serviços concedidos.¹⁸⁸

Isso se deve ao fato de que os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizados como verdadeiras liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, “tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e

¹⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATO. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Requerente: Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos - ANTU. Relatora: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Publicado no DJE n.º 131, em 26/10/2007.

¹⁸⁷ BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços ...*, p. 45-47.

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria das Concessões dos Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 91.

são consagrados como fundamentos do Estado Democrático” (CF, art. 1º, IV),¹⁸⁹ conforme definição de Alexandre de Moraes. Ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, a Constituição atribui importante conotação social ao modelo de Estado adotado.¹⁹⁰

Mais uma vez, a ilação que emerge liga-se à atenção prioritária que se deve ter à dignidade da pessoa humana, tema tão caro à Constituição de 1988. A preocupação do legislador constitucional ao estabelecer as diretrizes gerais deve ser a mesma que o legislador ordinário deve ter para concretizar os direitos e garantias fundamentais.

Para que haja efetivo controle social ao usuário deve ser conferido poder para interferir politicamente nas decisões, e não apenas figurar como parte passiva em um processo no qual é o maior interessado. Especialmente levando-se em consideração um aspecto histórico importante: no Brasil, tradicionalmente sempre que se relega o poder de controle de atividades econômicas à sociedade, são apenas os agentes econômicos interessados na exploração dessa atividade que exercem de fato o poder regulatório, ou seja, a liberdade de os particulares organizarem a atividade como desejarem acaba resultando em uma auto-regulação, espécie de autonomia regulatória em que apenas os regulados são também os reguladores.¹⁹¹

Por conseguinte, a ausência de controle estatal tem conduzido a um controle concentrado nas mãos de agentes econômicos, enquanto o restante da população (os usuários, em especial) fica alijado do acesso a qualquer poder de interferência. O controle social se coloca em oposição ao controle estatal, pois, em tese, quanto maior o controle, menor o estatal (e vice-versa). A participação da população na tarefa decisória estatal (regulação jurídica) é desejável e necessária, porém, a legislação existente é excessivamente tímida e não dá voz ativa aos usuários. Há que se criar mecanismos de representatividade técnica dos usuários junto também às Agências reguladoras, permitindo a todos compreender as questões políticas e econômicas que estão em jogo quando medidas técnicas são adotadas.¹⁹²

Hodiernamente se desenvolve o princípio da participação, que tem a sua origem nos diferentes textos associando os usuários dos serviços públicos à definição

¹⁸⁹ CF/88. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

¹⁹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 190.

¹⁹¹ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. In: IDEC, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *A proteção ao consumidor de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 261-262.

¹⁹² AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social ...*, p. 261-263.

das regras de sua organização e de seu funcionamento, a afim de que as necessidades reais dos usuários seja melhor levadas em consideração pelo Poder Público, de acordo com a Constituição, que erigiu a participação da Sociedade na esteira dos princípios constitucionais que modelam o Estado Democrático Brasileiro (CF, art. 1º e art. 37, § 3º). Portanto, qualquer que seja a forma da prestação da atividade (direta ou indireta), o cidadão, o usuário direto ou em potencial do serviço, tem assegurado o direito de participar de sua fiscalização e seu controle.¹⁹³

Marcus Vinicius Corrêa Bitencourt confirma que é a participação democrática do cidadão, em especial do usuário do serviço público, que assegura a concretização dos outros princípios constitucionais, pois a participação popular é uma espécie do gênero controle social. É preciso que haja uma “permeabilidade entre sociedade e Estado”, realizado pela participação do usuário, sem se olvidar de conjugá-lo com os mecanismos de controle efetivados pelo próprio Poder Público,¹⁹⁴ nos moldes da Lei Federal n. 13.019/2014, que em seu art. 5º, prevê que “o regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil e a transparência na aplicação dos recursos públicos”, guiados pelos princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia.

Necessário lembrar que o Brasil de hoje ainda luta para superar passivos históricos, resultado de anos de atraso no desenvolvimento humano, mas já é possível perceber melhoras significativas no IDH e “em outras áreas que compõem a visão mais holística do desenvolvimento humano, como a ampliação e consolidação da universalização de serviços básicos, o aumento do nível de empregos e a diminuição do trabalho informal”.¹⁹⁵

É um equívoco pensar que apenas os países ricos podem oferecer proteção social ou serviços básicos universais. Com exceção de sociedades em conflito violento e turbulência, “a grande maioria das sociedades pode colocar em prática serviços básicos e mecanismos de proteção social”. Por exemplo, um investimento de apenas

¹⁹³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39-71.

¹⁹⁴ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das Concessões de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 96-99.

¹⁹⁵ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (ONU). *Brasil sobe uma posição no ranking do IDH e fica em 79º entre 187 países*. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/noticia.aspx?id=3909>>. Acessado em 05/02/2015.

uma pequena porcentagem do PIB traz benefícios que superam, em muito, o investimento inicial, como o programa Bolsa Família.¹⁹⁶

Admitindo-se que os diplomas legais até agora suscitados estabelecem a igualdade material entre o concessionário e o usuário (ou entre o fornecedor e o consumidor), através de um tratamento diferenciado entre estas partes, é com naturalidade que se aceita o conceito de justiça distributiva onde a igualdade se define como “dar a cada um o que é seu, mas de maneira diferenciada conforme seus méritos e necessidades”.¹⁹⁷

O problema prático e conceitual trazido por Roberto M. Lopes Cabana reside em como determinar a medida da desigualdade das partes de maneira justificada ou legítima. O autor se pergunta como saber quanto cada pessoa é merecedora e como saber quanto cada um de ter de discriminação positiva. Ou mesmo, quanto deve ser o preço mínimo da tarifa. Efetivamente, são questões centrais do Estado de Bem-Estar Social, matriz moderna da concepção “welfarista” do Direito.¹⁹⁸

O próprio autor responde, contudo, suas inquietações: é preciso definir valores a serem aplicados na proteção do usuário, a começar com a definição de um valor da medida justa de uma tarifa, a definição de qual é a adequação mínima de um serviço público, a qual se faz por critérios políticos. Sendo assim, “uma vez sendo critérios políticos, dependemos da maneira como a sociedade se organiza para defender estes mesmos interesses e direitos, sendo necessário que se criem mecanismos, também políticos, para representação democrática destes interesses da sociedade”.¹⁹⁹

¹⁹⁶ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (ONU). *Brasil sobe uma ...*, 2015.

¹⁹⁷ CABANA, Roberto M. Lopes. Dever de informação ao usuário na Argentina. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 255-260.

¹⁹⁸ CABANA, Roberto M. Lopes. Dever de informação ..., p. 255-263.

¹⁹⁹ CABANA, Roberto M. Lopes. Dever de informação ..., p. 255-263.

3. CUSTO DO TRANSPORTE COLETIVO

*“A cidade avançada não é aquela em que os pobres andam de carro,
mas aquela em que os ricos usam transporte público.”*

Enrique Peñalosa

3.1. Noção de custo, a tarifa técnica e política tarifária

O reconhecimento do transporte como um dos direitos sociais fundamentais é o primeiro passo para sua realização. Contudo, alerta Norberto Bobbio que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”.¹ Nos dias atuais a realização de um direito esbarra, muitas vezes, na escassez de recursos financeiros, de modo que, não há como desvincular esses temas, sob pena de produzir um trabalho inócuo.

Os serviços públicos podem ser gerais ou individuais, também sendo chamados, respectivamente, de “uti universi”, quando são prestados para um conjunto de pessoas indeterminadas ou indetermináveis, atingindo toda a coletividade, como o serviço de polícia, iluminação pública, calçamento etc.; e “uti singuli”, sendo possível determinar os usuários do serviço público e mensurar sua respectiva utilização, como ocorre com o telefone, a água, a energia, o transporte, entre outros.²

Depreende-se da Constituição da República que os serviços públicos gerais são remunerados através dos impostos (art. 145, I) enquanto os individuais o são mediante paga de taxas (art. 145, II) ou preços públicos.³

Discussões pairam acerca da obrigatoriedade do legislador submeter-se, necessariamente, ao comando constitucional quando da tomada de decisão de remunerar determinado serviço público mediante taxa ou tarifa. Pela regra, quando o Estado exerce poder de polícia a contraprestação se dá por meio do pagamento de taxa. Na hipótese, contudo, do Estado engendrar instrumentalidades particulares, em

¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1996, p. 25.

² LAZARI, Rafael José Nadim. O inadimplemento do usuário e o princípio da continuidade na prestação dos serviços públicos. *Revista Bonijuris*, v. 23, n. 566, jan./2011, p. 19.

³ CF/88. Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

regime privado, ainda que sob concessão (CF, art. 175), para prestar serviços públicos de utilidade (tais como fornecimento de energia, água, luz, transporte, entre outros), o regime aplicável é o de preços públicos (tarifas).⁴

Antônio Carlos Cintra do Amaral esmiúça essa questão e confirma que o serviço público prestado diretamente pelo Estado é remunerado pelo usuário, efetivo ou potencial (CF, art. 145, II), mediante taxa. Contudo, quando o serviço público é prestado indiretamente pelo Poder Público, mediante concessão, é remunerado pelo usuário mediante o pagamento da tarifa (CF, art. 175, parágrafo único, III).⁵

Em suma, será cobrada a taxa quando a prestação do serviço ou a exploração da obra forem estatais, mas será devida a tarifa quando a exploração do serviço ou obra houver sido dada em concessão.⁶

O preço público, no regime de delegação, decorre da manifestação da vontade (regime contratual – “ex contractu”, “jus gestionii”), portanto, autônoma; já a taxa decorre da lei (“ex lege”, “jus imperii”) (tributo) e é heterônoma. No preço, há facultatividade; na taxa, compulsoriedade. No preço de origem, pode haver desfazimento do negócio; na taxa é irrelevante o querer desfazer, pois inelidível a vontade da lei. Os preços se submetem ao regime de Direito privado; a taxa ao regime de Direito público. Os preços são adequados para remunerar atividades estatais delegáveis, impróprias; a taxa é utilizável para remunerar serviços estatais próprios, indelegáveis, como polícia, fisco, justiça, dentre outros.⁷

Segundo Sacha Calmon Navarro Coelho, entretanto, o Estado pode cobrar preços (regime contratual) ou taxas (regime de Direito público) na execução do serviço público de utilidade, específicos e divisíveis, a depender da opção do legislador. A taxa é uma espécie tributária, dotada de compulsoriedade, inclusive pela mera disponibilidade do serviço, se prevista a utilização compulsória, contudo, eventual aumento apenas é possível mediante edição de lei específica, cuja eficácia é diferida para o ano seguinte. Já a tarifa perde a compulsoriedade, porém, ganha em imediatividade na sua fixação, prescindindo de lei para eventual reajuste e, em razão do seu caráter contratual, em regra é de livre autonomia da vontade no contrato

⁴ LAZARI, Rafael José Nadim. O inadimplemento ..., p. 19.

⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 22.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza jurídica do pedágio: taxa? preço público? *Revista Trimestral de Direito público*, São Paulo, n. 32, p. 23, 2000.

⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. A diferença jurídica entre taxa (tributo) e tarifa (preço), seja pública, privada ou política. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 194, nov./2011, p. 133.

concessório. Nesse contrato de prestação de serviço público de utilidade, no entanto, só há contraprestação se houver fornecimento efetivo do serviço.⁸

Na mesma linha, a súmula 545 do Supremo Tribunal Federal (STF) fixa importante assertiva, segundo a qual as taxas, diferentemente dos preços públicos, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu. Nesse sentido, a taxa será devida por aqueles serviços públicos cuja fruição, efetiva ou potencial, seja compulsória (como distribuição de água e coleta de lixo). E nisso se difere da tarifa ou preço público,⁹ que será devido pela efetiva utilização do serviço público (cujo uso é facultativo), como o telefone e o transporte coletivo. Como adverte Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “na tarifa, a obrigação de pagar é sempre contraída pela efetiva percepção de uma vantagem traduzida na prestação do serviço, ou seja, só aparece com a utilização”.¹⁰

Quando o serviço é prestado diretamente pelo Estado considera-se que não há relação de consumo, vez que a taxa tem caráter impositivo e o Estado não desempenha atuação com profissionalidade, que pudesse considerá-lo fornecedor; ao contrário, quando o serviço é prestado pelo particular e a remuneração se dá por

⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. A diferença jurídica ..., p. 134.

⁹ Conforme explica Joana Paula Batista, tarifa e preço público normalmente são tratados como sinônimos, em que pese o chamado preço público ser o valor cobrado pelo Estado quando, ao explorar atividade econômica, tem necessidade de arcar com parte do custo dessa atividade, diminuindo o valor cobrado daquele que usufrui da atividade, como, por exemplo, quando exerce atividade monopolística. (*In: Remuneração dos Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 95). A nota distintiva da autora, no entanto, é imprecisa, pelo que, para fins de distinção entre tarifa e preço público, opta-se por utilizar o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF): “De fato, tanto a taxa quanto o preço público constituem um pagamento realizado em troca da fruição de um serviço estatal, divisível e específico. Os preços também configuram uma contrapartida à aquisição de um bem público. A distinção entre ambos está em que a primeira caracteriza-se pela nota da compulsoriedade, porque resulta de uma obrigação legal, ao passo que o segundo distingue-se pelo traço da facultatividade, por decorrer de uma relação contratual. Ademais, enquanto as receitas das taxas ingressam nos cofres do Estado, as provenientes dos preços públicos integram o patrimônio privado dos entes que atuam por delegação do Estado.” (Nesse sentido, vide o RE 541.511, voto do Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-4-2009, Plenário, DJE de 26-6-2009). No mesmo sentido: AI 759.849-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 2-2-2010, Primeira Turma, DJE de 12-3-2010; RE 576.189, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22-4-2009, Plenário, DJE de 26-6-2009, com repercussão geral. Luiz Alberto Blanchet também discrimina os vocábulos, entretanto, afirma que na prática nada impede o uso das expressões como sinônimas. (BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e Permissão de Serviços Públicos. Comentários à Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 147).

¹⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. Coleção Temas de Direito Administrativo 6. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 250.

tarifa, há a incidência da proteção ao consumidor, instituída pelo Código de Defesa do Consumidor.¹¹

Essa distinção, no entanto, não se sustenta, pois o texto constitucional é claro ao estabelecer que a prestação do serviço público, cuja titularidade é do Poder Público, será implementada de maneira direta ou indireta e, neste caso, por meio de concessão ou permissão, sempre precedida de licitação. O regime jurídico, em consequência, é público. O objetivo em ambas as formas de prestação é a busca do bem comum; a única diferenciação possível é a legítima pretensão de lucro do particular, na prestação do serviço.¹²

Aos juristas resta saber qual o regime adotado pelo legislador. No caso de regime contratual, adota-se o preço público. Os macrosserviços de interesse público, como transporte público, fornecimento de água e energia elétrica, telefonia, entre outros, são bons exemplos daquelas relações jurídicas em que os usuários firmam contratos para usufruir das respectivas utilidades.¹³

Com efeito, nos contratos de concessão, em que a Administração delega ao particular a prestação do serviço público, é lícito assegurado a remuneração mediante pagamento de tarifa pelo usuário.¹⁴

Para se investigar os custos do transporte, preliminarmente é necessária absoluta transparência nas informações das empresas concessionárias. Quanto aos serviços públicos que dispõem da fiscalização das agências reguladoras, os usuários devem poder acompanhar a evolução das tarifas e eventual necessidade de reajustes. Tais fatos, embora aparentemente óbvios, têm sido um obstáculo permanente no processo de negociação coletiva entre empregadores e trabalhadores, bem como para a construção de uma relação de confiança entre as partes. As informações são tratadas como segredo de Estado, sob alegação de “segredo do negócio”, mas “é verdade que, muitas vezes, quando as coisas não vão bem (ou seja, quando há prejuízos), as informações surgem com maior naturalidade”.¹⁵

Os critérios de rentabilidade nas empresas concessionárias de serviços públicos deveriam ser tratados diferentemente dos padrões usuais de eficiência

¹¹ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 95.

¹² SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade ...*, p. 96.

¹³ COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. A diferença jurídica ..., p. 132.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 218.

¹⁵ MENDONÇA, Sérgio Eduardo Arbulu. Os serviços públicos privatizados e o consumidor – Propostas de mecanismos para o monitoramento das tarifas públicas. In: IDEC, *Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. A proteção ao consumidor de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 285.

capitalista. Nenhum acompanhamento tarifário será bem-sucedido se as agências reguladoras não construírem estruturas capazes de monitorar cotidianamente os custos, rentabilidade, produtividade etc. Especialmente em “um país de extrema desigualdade de renda como o Brasil (pelo coeficiente de Gini, temos a terceira pior distribuição de renda do mundo),¹⁶ é necessário assegurar critérios diferenciados segundo o tipo de usuário”.¹⁷

A adoção única da capacidade de pagamento como o indicador de acesso aos serviços certamente alijará parcela expressiva de usuários de baixa renda, por isso que a realidade socioeconômica deve prevalecer como a principal dimensão na definição do nível e correção das tarifas e sua diferenciação para as famílias de renda mais baixa.¹⁸

Segundo o art. 46, da Lei Federal n. 4.506/1964, custos são “as despesas e os encargos relativos à aquisição, produção e venda dos bens e serviços objeto das transações de conta própria”. Para os economistas, o custo é a remuneração paga pelo produtor para elaborar e colocar à disposição no mercado o produto ou serviço que oferta. A noção de custo é importante uma vez que as necessidades humanas dependem de serviços ou bens, e estes, da remuneração. Quando se dá início à atividade econômica, tem-se o custo “fixo” (que não depende do volume de bens e serviços produzidos e variável, por serem constantes) e o “variável” (ou direto, que varia em função da quantidade produzida).¹⁹

De acordo com o método de “custo do serviço”, conhecido também como “método de regulação da taxa de retorno”, “cost-plus”, “cost-of-service” ou “rate of

¹⁶ O Coeficiente de Gini é um índice que mede desigualdades, sendo que o mais divulgado é relativo à distribuição de renda. O seu conceito é estabelecido a partir de um número variável entre 0 e 1, onde o zero é a igualdade plena. Atualmente, o Brasil não mais ocupa a terceira posição no ranking entre os países pesquisados, inclusive, nas últimas décadas houve significativo avanço no índice brasileiro a partir da redução das desigualdades. Em 2012 o país ocupava a 16ª posição no *ranking* da desigualdade, e ostentava o índice 51.9 (em 2001, por exemplo, era 55.3). Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/br.htm>>. Acessado em: 05/01/2015. Em 2011 o Brasil atingiu seu menor nível de desigualdade de renda desde os registros nacionais iniciados em 1960 pela PNAD. Na verdade, a desigualdade no Brasil permanece entre as 15 maiores do mundo, e levaria pelo menos 20 anos no atual ritmo de crescimento para atingir níveis dos Estados Unidos, que não são uma sociedade igualitária. Porém, isso significa que existem consideráveis reservas de crescimento em prol dos mais pobres, que só começaram a ser exploradas na década passada. (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *A década inclusiva (2001 – 2011): desigualdade, pobreza e políticas de renda*, Comunicados do IPEA, n. 155, set./20012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/120925_comunicadodoipea155_v5.pdf>. Acessado em: 23/02/2015).

¹⁷ MENDONÇA, Sérgio Eduardo Arbulu. Os serviços públicos ..., p. 286.

¹⁸ MENDONÇA, Sérgio Eduardo Arbulu. Os serviços públicos ..., p. 285-286.

¹⁹ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *“Custos dos direitos” e reforma do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 2008, p. 56.

return”, a estrutura tarifária é fixada de modo a remunerar o concessionário pelos custos diretos e indiretos do serviço, incluindo o lucro e até mesmo investimentos para ampliação e melhoria. É o nível tarifário mais difundido para o sistema de transporte no País, método amplamente utilizado pelas agências reguladoras norte-americanas.²⁰

Esse método propicia maior segurança ao prestador quanto ao retorno dos investimentos, principalmente quanto ao incentivo que fornece para que o sistema seja desenvolvido e ampliado, ficando a cargo do Estado o exame e controle sobre os custos do concessionário. Por não haver mecanismos de mercado para a fixação da tarifa há uma grande interferência estatal na concessão.²¹ Ao restringir as receitas e despesas de uma determinada atividade prestada em regime de monopólio, a fiscalização pelo Ente público pode coibir eventual abuso através de aumentos artificiais de preços (comum em mercados regulados pela livre iniciativa), desconectados da variação nos custos do produto.²²

Nesses parâmetros, em 1996 foi elaborada uma cartilha intitulada "Cálculo de tarifas de ônibus urbanos: instruções práticas atualizadas" pelo Ministério dos Transportes, coordenado pelo Grupo Executivo de Integração da Política de Transportes (GEIPOT), que contou com a colaboração da Frente Nacional de Prefeitos, do Fórum Nacional dos Secretários Municipais de Transportes, da Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP) e da Associação Nacional de Empresas de Transportes Urbanos (NTU).²³

Essas orientações, chamadas simplesmente de Planilha ou Método GEIPOT, são seguidas até hoje pela maior parte dos municípios brasileiros, ainda que o GEIPOT tenha sido extinto em 2008 pela Medida Provisória (MP) n. 427/2008 (convertida na Lei Federal n. 11.772/2008).²⁴

Ressalta-se que o Método GEIPOT não é de adoção obrigatória, pois não prevista em lei, embora tenha sido organizado principalmente por um órgão oficial da

²⁰ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 83.

²¹ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário...*, p. 84.

²² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 187-190.

²³ O manual de 1996 foi elaborado em atualização de documento que havia sido inicialmente feito pelo GEIPOT e pela Empresa Brasileira de Transportes Urbano, em 1982. Por sua vez, essas instruções foram compostas baseadas nas planilhas de custos médios que eram utilizadas pelo Conselho Interministerial de Preços (CIP), que se tornou o primeiro instrumento de orientação das tarifas de transporte público coletivo.

²⁴ Lei Federal n. 11.772/2008. Art. 23. Fica encerrado o processo de liquidação e extinta a Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes - GEIPOT e encerrado o mandato do Liquidante e dos membros do Conselho Fiscal.

União Federal, não há nenhum dispositivo legal que impusesse a obrigatoriedade de sua utilização pelos municípios, apenas sua própria apresentação como sendo resultado das atividades desenvolvidas pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria n. 644/MT342/1993, do Ministério dos Transportes, que teve como objetivo elaborar uma metodologia de cálculo da tarifa de ônibus urbano, orientadora dos municípios brasileiros, que vieram a segui-lo integral ou parcialmente.²⁵

Especificamente aos transportes, o custo variável liga-se à parcela do custo operacional que mantém relação direta com a quilometragem percorrida, incidindo apenas quando o veículo está em operação, o que pode ser expresso pela função da distância quilométrica programada (reais por quilômetro, ou, em símbolos, R\$/km). Integra o cálculo, as despesas referentes a combustível, lubrificantes,²⁶ rodagem,²⁷ peças e acessórios dos veículos. Cada um desses fatores é computado da seguinte forma: cada parcela do custo variável é o resultado do produto do preço unitário de cada componente pelo seu respectivo coeficiente de consumo (ou seja, custo variável = preço unitário x consumo). No caso específico da planilha, esse coeficiente é representado pelo índice que expressa o consumo do insumo por quilômetro percorrido.²⁸

Importante alertar que os coeficientes de consumo sujeitam-se às modificações em função das características de cada área urbana e de seus sistemas de transporte coletivo. Logo, o valor do coeficiente é sensível e poder ser alterado conforme a topografia e pelo clima local, condições da malha viária, composição e conservação da frota de veículos e pelo maior ou menos tráfego na área de operação.²⁹

As tarifas submetem-se a determinados princípios que, a um só tempo, protegem o usuário e o concessionário, sendo eles: (i) tarifa módica, como meio de atingir positivamente o interesse público legalmente qualificado a fim de que o maior número possível de usuários possa usufruir do serviço (CF, arts. 1º, III; 5º, II,³⁰ e 175, III); (ii) tarifa certa, conhecida pelo usuário mediante publicação e divulgação do seu

²⁵ MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. *Cálculo de tarifas de ônibus urbanos: instruções práticas atualizadas*. 2. ed. Brasília: GEIPOT, 1996. p. 4. O documento também está, na íntegra, disponível no sítio eletrônico [http://www.geipot.gov.br/Estudos_Realizados/cartilha01/Tarifa/Tarifa.htm]. Acessado em 07/07/2012.

²⁶ Os custos de lubrificantes compõem os gastos com óleo (caixa, motor, marcha, diferencial), fluídos de freio e graxa.

²⁷ Custos de rodagem englobam os custos com os pneus, as câmaras de ar e recapagens.

²⁸ MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. Cálculo de tarifas de ônibus urbanos. Anexo I.

²⁹ MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. Cálculo de tarifas de ônibus urbanos. Anexo I.

³⁰ CF/88. Art. 5º. II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

valor, bem como critérios que atinjam e modifiquem seu valor (CF, art. 37 c/c Lei 8.987/1995, art. 23, IV);³¹ (iii) tarifa razoável, aquela que, sendo módica, prevê uma remuneração adequada ao concessionário do serviço público, respeitando a equidade (CF, art. 175, III); (iv) tarifa justa, que não permita discriminação arbitrária entre os usuários do serviço público, de acordo com o princípio da igualdade (CF, art. 5º c/c Lei 8.987/1995, art. 13);³² (v) tarifa proporcional, guardando correlação entre o valor arcado pelo usuário e a qualidade do serviço prestado; (vi) tarifa irretroativa, como sendo a proibição de que a tarifa nova retroaja para atingir serviços já prestado aos usuários, tendo sempre efeitos prospectivos, nunca retroativos; (vii) tarifa suficiente, ligado à generalidade, visa atingir o maior número possível de usuários, resolvendo a difícil antitética entre a remuneração do concessionário, a ampliação do serviço e a modicidade tarifária; (viii) tarifa real, sendo aquela que remunera o serviço efetivamente prestado pelo concessionário, ou seja, por esse princípio fica impedida a cobrança de tarifas por serviços cuja prestação não tenha sido iniciada ou que tenham sido interrompidos ou finalizados, como, por exemplo, cobranças por consumo estimado ou mínimo.³³

A palavra “tarifa”, de origem árabe, “designa em nosso sistema o valor de apenas uma unidade de determinado serviço público prestado sob regime de concessão ou permissão”. O valor pago pelo usuário pode coincidir ou não com o valor da tarifa ou mesmo com o total da remuneração auferida pelo concessionário. Somente em algumas hipóteses o valor pago é coincidente com a tarifa, como, por exemplo, o serviço público de transporte coletivo de passageiros. Portanto, é incorreta a frase de uso comum: “paga-se tarifa pela fruição de serviços públicos concedidos”. É que, o valor realmente pago pelo usuário é o resultado da multiplicação da tarifa pela quantidade efetivamente usufruída do serviço público correspondente. Ademais, devem ser acrescentados ao resultado desse cálculo outros elementos, tais como encargos e tributos.³⁴

Em regra, a tarifa do transporte coletivo é calculada rateando-se o custo total do serviço entre os passageiros pagantes que o utilizam. Com efeito, o alto valor deve

³¹ Lei Federal n. 8.987/1995. Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

³² Lei Federal n. 8.987/1995. Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

³³ BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 105-108.

³⁴ BLANCHET, Luiz Alberto. CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Direito da Energia. Economia, Regulação e Sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 9.

ser atribuído essencialmente aos altos custos operacionais. Há também outros fatores incidindo sobre o preço final das tarifas, especialmente os custos que não derivam diretamente da operação, como as gratuidades, que não contam com fontes de financiamento externas e da ineficiência das redes. Além disso, o número de passageiros transportados tem diminuído.³⁵

A tarifa é a soma dos custos gerenciáveis e dos não gerenciáveis. Diz-se que são “não gerenciáveis” os custos decorrentes da atividade exercida por terceiros, que são simplesmente transferidos para o usuário e que normalmente correspondem a três quartos do valor cobrado. Já os ditos custos “gerenciáveis” correspondem às atividades executadas pelo próprio concessionário, à cota de depreciação e à amortização do investimento, logo, são custos que encontram limites de gerenciamento pelo próprio concessionário para aumentar a eficiência do serviço, que normalmente equivalem ao um quarto restante do valor cobrado do usuário.³⁶

A tarifa elétrica, por exemplo, segue a equação “Tarifa = Parcela A + Parcela B”, onde os custos gerenciáveis estão contemplados na “Parcela A” e os não gerenciáveis na “Parcela B”. Para se obter o valor dos custos gerenciáveis “recorre-se a um parâmetro representado por um concessionário fictício definido por padrões de eficiência operacional desejável denominado empresa de referência, e determinam-se os investimentos prudentes, observados limites fixados pela ANEEL”.³⁷ Não há padrão semelhante ao transporte.

De fato, o atual método de fixação da tarifa, pelos custos, não estimula o concessionário a buscar ganhos de eficiência da operação, como, por exemplo, as economias de escala, o aumento da velocidade comercial, a redução da frota, etc. Não bastasse, eventual ganho de eficiência com redução de custos é traduzido como mera perda de receita. Assim, mesmo quando esses ganhos acontecem são, muitas vezes, internalizados pelas operadoras e não repassados para os usuários dos serviços. Por outro lado, os aumentos de custos, como os descritos, são repassados quase que automaticamente, a cada aumento tarifário.³⁸

Em pesquisa promovida em 2006, o Ministério das Cidades concluiu que, pela metodologia de remuneração dos delegatários, os reajustes tarifários prestigiavam a

³⁵ MINISTÉRIO DAS CIDADES. *Proposta de Barateamento das Tarifas do Transporte Público Urbano*. Brasília, 2006.

³⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. A tarifa de energia elétrica. In: BLANCHET, Luiz Alberto; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Direito da Energia. Economia, Regulação e Sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 9-18.

³⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. A tarifa de energia ..., p. 20.

³⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. A tarifa de energia ..., p. 9-20.

ineficiência operacional, além de incluir despesas adicionais com gratuidades financiadas exclusivamente pela tarifa, o que contribui para agravar o quadro. Embora de outubro de 1995 até outubro de 1999 o número de passageiros transportados mensalmente nas capitais tenha diminuído cerca de 23%, no mesmo período o número de ônibus operando em serviço aumentou quase 10%, o que indica a ineficiência no aumento do nível das tarifas por mal planejamento e má estruturação da remuneração e das fontes de recursos.³⁹

Por isso, a fixação da tarifa deve observar o constitucional princípio da eficiência (CF, art. 37, “caput”), ou seja, o uso racional dos recursos de modo a diminuir sua aplicação e alcançar os mesmos ou melhores resultados. Os efeitos benéficos podem atingir usuários (redução das tarifas) ou a sociedade (redução dos subsídios públicos). Porquanto a Administração Pública constitui aparelhamento do Estado voltado, por excelência, à satisfação cotidiana das necessidades coletivas, sua legitimidade depende exatamente da eficiência com que são prestados os serviços essenciais à proteção dos direitos fundamentais, como ocorre com o transporte coletivo.⁴⁰

Dever destacar que o Método GEIPOT contém índices de eficiência implícitos, os quais estão inseridos com maior evidência nos coeficientes técnicos.⁴¹

Um melhor aproveitamento de combustível faz com que o operador se encontre acima no nível de eficiência operacional e, indiretamente, nos valores dos insumos. No entanto, se o concessionário consegue barganhar por melhores preços, tem mais eficiência na gestão financeira. Como são custos implícitos, haja vista a grande assimetria de informações, na hipótese de o concessionário executar a atividade com ganhos de produtividade, possivelmente serão internalizados sem que sejam sequer parcialmente repassados aos usuários.⁴²

Em contrapartida, em caso de prejuízo, ainda que decorrente de sua própria ineficiência, o concessionário simplesmente faz o requerimento do reajuste ou da revisão tarifária. Este desestímulo à melhoria, que viola o conceito de serviço

³⁹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EMPRESAS DE TRANSPORTE URBANO (NTU). Anuário NTU 2010-2011. Brasília: NTU, 2012, p. 19-20.

⁴⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. In: *Interesse público*, ano 4, n.º 16, out./dez. 2002. Porto Alegre: Notadez, 2002, p. 14.

⁴¹ Nesse sentido, veja-se a planilha Geipot referente aos veículos leves, que trafegam de 2,56 a 2,85 quilômetros por litro de óleo diesel.

⁴² BLANCHET, Luiz Alberto. A tarifa de energia ..., p. 20.

adequado, foi reconhecido pelo Ministério das Cidades quando elaborou a “Proposta de Barateamento das Tarifas de Transporte Público Urbano”.⁴³

Nesse sentido houve um avanço a partir da Lei Federal n. 12.587/2012 ao estabelecer expressamente que “Os reajustes das tarifas de remuneração da prestação do serviço observarão a periodicidade mínima estabelecida pelo Poder Público delegante no edital e no contrato administrativo e incluirão a transferência de parcela dos ganhos de eficiência e produtividade das empresas aos usuários” (art. 9º, § 9º). Conquanto seja de difícil controle, a partir da regulamentação, eventual desrespeito à norma de transferência que visa beneficiar o usuário configurará a ilegalidade do ato, passível das sanções administrativas legais e contratuais.

Cumpra ressaltar que a norma supra citada não é nova. Já havia previsão bastante similar estatuída pela Lei Federal n. 11.445/2007, propriamente pelo art. 22, o qual descreve como sendo objetivo da regulação, “definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade”. Pelo fato dessa regra jurídica ser específica às diretrizes nacionais para o saneamento básico, válido o reforço trazido pela legislação de mobilidade urbana, encerrando discussões eventuais acerca da aplicabilidade daquela lei às situações envolvendo transportes.

Na esfera privada, a eficiência é uma opção ao empreendedor, que pode ser eficiente tanto quanto pode ser perdulário, bastando decidir por si só o que fazer. Diferentemente do que ocorre na esfera pública, onde o agente público jamais poderá optar simplesmente por não ser eficiente e gerar prejuízos decorrentes dessa escolha, por violar o modelo republicano e democrático de Estado.⁴⁴

A fixação das tarifas talvez seja o problema mais difícil de tantos relacionados às concessões.⁴⁵ O primeiro ponto relevante é salientar que a tarifa não diz respeito apenas à quantificação de receita do projeto concessionário ou aos custos a serem arcados pelos usuários, mas à uma “política tarifária”, típica de uma política pública superior, prevista na Constituição e exercitada no nível legal e administrativo (CF, art. 175, parágrafo único, III),⁴⁶ a ser concretizada caso a caso. Caberá ao Estado determinar se o usuário arcará com a remuneração principal ou total (concessões

⁴³ MINISTÉRIO DAS CIDADES. *Proposta de Barateamento ...*, 2006.

⁴⁴ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 21.

⁴⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 321.

⁴⁶ CF/88. Art. 175. Parágrafo único. A lei disporá sobre: III - política tarifária;

comuns), se pagará apenas parte dela (concessões patrocinadas) ou se o valor total do serviço será custeado por meio de impostos indiretos (concessões administrativas ou prestação direta), temas privativos de políticas públicas, que desce à minúcia quando se trata da demarcação em contrato do valor da tarifa nas concessões comuns.⁴⁷

Em um projeto autossustentável, a tarifa advém da composição de cinco itens, cujos percentuais dependerá de cada concessão: (i) benefícios aos usuários; (ii) administração do serviço e respectivos custos operacionais; (iii) lucro do investidor; (iv) amortização dos investimentos; e (v) tributos. E estará sujeita a seis princípios a serem observados: (i) objetividade (metodologia certa para o cálculo da retribuição pelo bem/serviço ofertado, que contemple os componentes de custo necessários e não traga discriminações indevidas); (ii) transparência (metodologia pública e de livre acesso); (iii) simplicidade (informações fáceis de conhecer e controlar); (iv) previsibilidade (mínimo grau de incerteza a respeito da metodologia e sua estabilidade); (v) eficiência e suficiência econômica (a metodologia deve proporcionar uma solução ótima, que gere qualidade e acesso a preços mínimos, bem como remuneração suficiente a garantir a viabilidade econômica do projeto); (vi) eficiência alocativa (cada usuário deve arcar com os custos que lhe correspondam e cada provedor deve receber a remuneração ajustada).⁴⁸

Para a fixação da tarifa, o primeiro passo é calcular o montante que deverá ser arrecadado via contraprestação dos usuários, definindo-se um “quantum” inicial. Atingindo-se o nível tarifário, que se refere à determinação geral do valor da tarifa, o próximo passo é prever os mecanismos de reajuste e de revisão. O reajuste tarifário é a forma de alterar o valor nominal da tarifa, com o intuito de preservar seu valor real em face da variação monetária ocorrida ao longo de determinado período de tempo. Logo, seu objetivo não é alterar concretamente o valor tarifário, mas preservar o referido valor, atualizando-o monetariamente durante o período de duração da concessão. Já a revisão, ao contrário, representa um mecanismo de alteração do valor nominal da tarifa. Não se limitando à mera atualização monetária, o reajuste busca uma recomposição da relação contratual. Com a revisão, em virtude de determinado ato ou fato jurídico de comprovado impacto nos aspectos econômicos decorrentes da execução do contrato de concessão, o valor da tarifa é alterado.⁴⁹

⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 328.

⁴⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 328.

⁴⁹ CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 176 e 187.

A revisão pode ser periódica (através de mecanismos preestabelecidos de reavaliação do projeto concessionário) ou circunstancial (se dá em vista de elementos extraordinários que repercutam na formação do nível e estrutura tarifários). O processo de revisão pode resultar em aumento ou diminuição do valor da tarifa, a depender do que for examinado e das conclusões da Comissão Técnica, cujos trabalhos deverão ser avaliados e aprovados pela autoridade competente. A revisão, portanto, constitui a “capacidade de aprendizagem” do contrato de concessão e a efetiva prestação de um serviço adequado a um preço equânime.⁵⁰

A definição da tarifa decorre também das informações econômicas que são próprias a cada um dos contratos de concessão (obra e serviço a serem executados, volume de investimento, prazo, perfil dos usuários, liquidez do mercado nível de risco etc.).⁵¹ Pelas instruções práticas atualizadas do GEIPOT, o valor da tarifa (tanto inicial quanto durante o período da concessão) deverá ser equivalente ao quociente das custas totais estimadas, nestas já incluída a taxa de retorno pela quantidade de passageiros equivalentes atendidos.⁵²

O método baseia-se em coeficientes de consumo concretos (com valores mínimo e máximo possíveis) cujos índices são oriundos de informações prestadas por várias municipalidades e por meio de levantamentos realizados pela Associação Nacional das Empresas de Transporte (ANTP) e Associação Nacional de Transporte Urbano (NTU) junto a diversas concessionárias, contudo, os referidos coeficientes e os padrões de eficiência implícitos estão defasados, eis que datam de 1996.

Acerca dos valores dos insumos, o GEIPOT analisa os preços unitários no mercado, sendo que estes devem refletir os valores efetivamente pagos pelas empresas operadoras, considerando, inclusive, eventuais descontos recebidos. Por outro lado, alguns itens geram maior dificuldade na obtenção periódica dos preços, como lubrificantes (em função da grande variedade de marcas), que tem pequena participação no custo operacional total (inferior a 2%), motivo pelo qual se recomenda simplificar a sua apropriação. Os levantamentos mostraram que o custo dos lubrificantes pode ser correlacionado ao do óleo diesel e que, sem elevar a margem de erro, pode ser substituído seu consumo por quilômetro por um equivalente do consumo de óleo diesel. Com o cálculo do custo variável por quilômetro, multiplica-se

⁵⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 354-361.

⁵¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 330.

⁵² MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. *Cálculo de tarifas de ônibus urbanos: instruções práticas atualizadas*. 2. ed. Brasília: GEIPOT, 1996. p. 4. O documento também está, na íntegra, disponível no sítio eletrônico [http://www.geipot.gov.br/Estudos_Realizados/cartilha01/Tarifa/Tarifa.htm]. Acesso em 07/07/2012.

pela quilometragem mensal. Ocorre que a quilometragem considerada não é equivalente àquela percorrida pelos veículos, substituindo-se por um índice de referência ligado à quilometragem programada, obtida através da multiplicação da extensão teórica das linhas (ignorando fatores físicos, e as variações por desvios etc.) pela quantidade de viagens programadas, acrescida das distâncias de entrada e fim de operação (entre ponto final ou inicial das linhas e garagens onde ficam os ônibus). Em relação ao custo fixo, é uma parcela do custo operacional que não se altera em função da quilometragem percorrida. Engloba os gastos permanentes, referente aos itens que se somam ao custo mesmo quando os veículos não estão operando, como a depreciação, a remuneração do capital, as despesas com pessoal (de operação, de manutenção, de administração, benefícios e remuneração da diretoria assalariada) e despesas administrativas. É quantificado mensalmente em razão do número de veículos pela expressão “R\$ / Veículos X Mês”.⁵³

O investimento em veículos para a frota, máquinas, instalações e equipamentos é contemplado em duas formas no custo fixo: i) bens materiais, em que é compensada financeiramente a depreciação tecnológica; e ii) contábil, remuneração do capital imobilizado, com taxa de 1% ao mês sobre o preço de um veículo novo, no mercado, para cada ônibus empregado, subtraindo-se deste preço unitário a parcela verificada na depreciação. Após obtidos os custos totais do serviço pela somas dos custos variáveis, multiplicados pela quilometragem programada, e dos custos fixos, atinge-se o valor tarifário ideal dividindo-se pelo número de passageiros equivalentes estimados, que na expressão numérica ficaria “custos totais = [custos variáveis + custos fixos] X quilometragem programada / passageiros equivalentes”.⁵⁴

Esse modelo só se altera quando ocorrem os reajustes, quando há atualização dos dados da demanda (passageiros pagantes equivalentes), da distância percorrida (quilometragem programada) e dos valores dos insumos utilizados na planilha, estes últimos a partir de informações oferecidas pelos concessionários ou coletadas no mercado. Ou quando ocorrem as revisões, em situações de modificações estruturais do serviço (por exemplo, substituição de ônibus por exigência do poder concedente).

Critica-se o modelo exposto principalmente porque há grande assimetria de informações entre o concessionário e o concedente. Ao Poder Público cabe estimar os custos operacionais através da planilha (com coeficientes técnicos e pesquisas de

⁵³ MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. *Cálculo de tarifas ...*, 2012.

⁵⁴ MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. *Cálculo de tarifas ...*, 2012.

mercado) ou pelos dados fornecidos pelas próprias operadoras. Essa situação reflete a vulnerabilidade do regulador, “que avalia e acompanha a taxa de retorno utilizando-se de informações prestadas pela própria empresa regulada”. E essa é, sem dúvida, uma das maiores dificuldades do método da taxa de retorno: o regulador depende de informações prestadas pelo próprio regulado.⁵⁵

Válido ainda reiterar que o sistema "cost plus" não incentiva a redução de custos e, portanto, não incentiva a redução das tarifas. Como todos os custos do concessionário, incluindo sua taxa de retorno (que é fixa), são inevitavelmente transferidos aos usuários, não há atratividade no aumento de eficiência econômica percebida pelo ente concedente, pois isto significaria queda no valor tarifário e no lucro do particular. Como consequência, tende-se a tarifas mais caras que, muitas vezes, são originadas em ineficiências cuja correção não traria nenhum benefício ao operador.⁵⁶

Por fim, esse método não estimula a utilização racional de recursos, pelo contrário, há um incentivo à realização de investimentos que não geram benefícios sociais relevantes. Isso porque, o aumento da base de capital do delegatário incrementa seu lucro. Trata-se do “Efeito Averch-Johnson”, descrito por Marçal Justen Filho justamente como uma tendência das concessionárias de serviço público ‘a realizar investimentos cujos benefícios sociais são inferiores ao custo social’.⁵⁷

3.2. Delegação de serviços públicos, riscos do negócio, política tarifária e políticas públicas

Na gestão do serviço público pelos particulares, através das concessões e permissões, está inserido o objetivo do lucro, afinal a atividade empresarial concessionária é empresa produtiva, não se concebendo que o empreendedor faça investimentos sem essa perspectiva. E aqui, válido consignar importante distinção, vez que o lucro advindo do serviço público estatizado submete-se ao imperativo do interesse público e, portanto, toda a lógica do investimento para maximização do

⁵⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário...*, p. 85.

⁵⁶ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário...*, p. 83

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 357.

retorno é invertida, porque todo o excedente é utilizado para maximização do serviço.⁵⁸

Nas concessões regidas pela Lei Federal n. 8.987/1995 as receitas têm origem primária nos pagamentos feitos pelos usuários (além das receitas alternativas, complementares, acessórias ou projetos associados), mas, embora incontroverso que a Constituição instituiu um sistema capitalista que prestigia a liberdade de empresa, os empresários não estão autorizados a exercer abusivamente esse direito.⁵⁹

Este direito encontra limites normativos, inclusive constitucionais (justiça social, dignidade da pessoa humana, função social da propriedade etc.), não podendo o lucro ser um fim em si mesmo, mas um estímulo para a melhor prestação do serviço público, que deverá satisfazer as exigências de interesse público (universalidade, continuidade, regulação, supervisão etc.).⁶⁰ Restam dúvidas. A primeira: o serviço público prestado diretamente pelo Estado pode auferir lucro? E a segunda: o serviço público (aparentemente) gratuito pode ser prestado pelo delegatário?

Segundo Egon Bockmann Moreira, entra em cena o mérito da escolha pela concessão e a definição da respectiva política tarifária, eis que o serviço concedido não será regido por uma racionalidade de mercado calcada na autonomia competitiva dos agentes econômicos. Não é em torno do lucro que giram as concessões, mas sim em torno da satisfação das necessidades básicas da população e para isso é importante a posição de garante assumida pelo Estado, cuja responsabilidade é compartilhada com o concessionário do serviço público.⁶¹

Tivesse o Estado prestando o serviço diretamente, sem haver delegação ao particular, as receitas derivadas seriam responsáveis apenas pelos custos da prestação do serviço. Na concessão ou permissão, no entanto, o custo do serviço delegado é superior, já que abrange também o lucro do prestador, além do custo da atividade em si, o que não ocorre com a prestação direta, em que o Estado age sem o objetivo do lucro. A delegação de serviços, nesse caso, segundo Joana Paula Batista fere o interesse público, implicando em desvio de finalidade e conseqüentemente invalida o ato delegatário.⁶²

⁵⁸ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos. As ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 73.

⁵⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 26-30.

⁶⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 26.

⁶¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p.28-30.

⁶² BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47.

A razão apresentada não se sustenta, embora concorde-se que, “preferencialmente”, o serviço público gratuito deva ser prestado pelo Estado, evitando-se o ônus do lucro. Porém, há situações impeditivas e derivadas de decisões políticas que podem fundamentar o serviço gratuito prestado pelo concessionário, remunerado pelo Poder Público. Primeiro, o serviço público tem, na sua essência, o objetivo de entregar uma prestação positiva essencial aos cidadãos, logo, seria inconstitucional que, dentre os aspectos imanentes do seu conceito, puramente doutrinário, estivesse a vedação à prestação gratuita pelo concessionário, afinal, pela ponderação dos valores envolvidos, receber o serviço coloca-se acima da discussão sobre o modo de remuneração ou custeio da atividade. Segundo, a regra constitucional perderia eficácia, esvaziada por uma condição (serviço gratuito prestado unicamente pelo Estado) que não decorre da própria Constituição, prejudicando os usuários que precisam do serviço público. Terceiro, o valor pago pela remuneração pactuada (digamos, mensalmente, ao longo de 20 ou 30 anos), é muito inferior ao investimento necessário para implementar toda a estrutura do serviço público (energia elétrica, transporte etc). Quarto, a iniciativa privada pode se mostrar muito mais habilitada tecnicamente a operar determinado serviço, como transporte ou telecomunicações, do que esperar e exigir que o Estado demande eficazmente sobre todas as atividades. Mesmo porque, ainda que a Administração Pública contratasse profissionais aptos e se dispusesse a conhecer a área em que fosse atuar, tais fatores sobrelevariam os custos com as perdas da aprendizagem. Por fim, o lucro é apenas um dos elementos que compõe a delegação do serviço, mas não necessariamente o mais importante. Países desenvolvidos que, por decisões políticas, pretendam destarifar determinado serviço público e disponham de renda em abundância poderão privilegiar outras elementares do serviço, como a exigência do serviço ser adequado (seguro, rápido etc), o que poderá obter melhor resposta da iniciativa e concorrência privada.

Como lembra a própria autora, mesmo diante da outorga da prestação do serviço público, mediante concessão ou permissão, surge para o Estado a atribuição de reger essa prestação do ponto de vista de sua regulação, o que implica que o Estado passa a atuar sobre a atividade não só mediante poder de polícia, mas como curador do interesse público que a envolve, controlando as condições de prestação do serviço, as tarifas exigidas dos usuários, a qualidade do serviço e eventuais sanções por descumprimentos contratuais.⁶³

⁶³ BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços ...*, p. 94.

Merecido registrar que há serviços públicos que não podem ser prestados por particulares, nem remunerado por tarifas, por serem efetivamente indelegáveis. Tal vedação decorre da indelegabilidade da competência para exercer os poderes instrumentais ao cumprimento dos deveres que desembocam na efetiva prestação desse tipo de serviço público pelo Estado, no exercício da soberania. É o caso dos serviços decorrentes do exercício de função que exercem os poderes estatais (como, por exemplo, o judiciário). Também são indelegáveis os serviços públicos não exclusivos do Estado, previstos na Constituição, por já estarem disponíveis para a livre iniciativa dos particulares.⁶⁴ É o caso de saúde (CF, art. 197),⁶⁵ educação (CF, art. 209),⁶⁶ previdência social (art. 202)⁶⁷ e assistência social (CF, art. 204).⁶⁸

Não é o caso dos transportes públicos, cujo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) é literal no sentido de que “Os transportes coletivos de passageiros consubstanciam serviço público, área na qual o princípio da livre iniciativa (...) não se expressa como faculdade de criar e explorar atividade econômica a título privado. A prestação desses serviços pelo setor privado dá-se em regime de concessão ou permissão”.⁶⁹

O princípio da liberdade de iniciativa é o resguardo jurídico ao agente econômico de empreender o que desejar sem interferência estatal. Corresponde, na esfera econômica, à proteção jurídica dispensada ao cidadão, no âmbito político, porém, esta não é absoluta, pois há uma limitação jurídica dos espaços de liberdade desenvolvida pela teoria do abuso de direito. Da mesma forma, a regulação

⁶⁴ BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços ...*, p. 69-70.

⁶⁵ CF/88. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de Direito privado.

⁶⁶ CF/88. Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

⁶⁷ CF/88. Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

⁶⁸ CF/88. Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

⁶⁹ Nesse sentido, vide a ADI 845, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 22-11-2007, Plenário, DJE de 07/03/2008.

econômica de então se baseava na contenção de abusos. É o abuso de direito de livremente empreender que justifica a interferência estatal.⁷⁰

Em que pese seja o contrato administrativo um acordo de vontades, tal fato não importa na derrogação do “status” de Administração Pública, nem atenuação da função pública a ela legalmente atribuída. Isso a coloca em posição de supremacia sobre o contratante particular e, como reflexo dessa autoridade pública, destaca-se a competência detida pelo Poder Público de poder alterar unilateralmente algumas das cláusulas contratuais.⁷¹ Neste momento abre-se a possibilidade de sindicabilidade do ato administrativo discricionário, ainda que se trate de conveniência ou oportunidade ou refira ao seu mérito. Segundo Onofre Alves Batista Júnior, não existem comportamentos estatais invulneráveis ao controle jurisdicional. O que não é possível, adverte o autor, é substituir a função administrativa pela judicial. Mas o Poder Judiciário deve estar sempre atento à finalidade administrativa, garantindo a melhor solução para o bem comum e a consecução do melhor interesse público, exigindo da Administração a atuação eficiente, alinhando seu atuar ao cumprimento dos preceitos constitucionais.⁷²

O projeto concessionário deve sempre garantir a finalidade e o interesse públicos, instalando-se o dever de a Administração constantemente zelar pela efetivação do serviço adequado. Se, por um lado está o direito subjetivo público à prestação do serviço, de outro está o interesse público primário, o qual exige que a Administração tenha condições de intervir na concessão e adaptá-la às necessidades sociais, econômicas, tecnológicas etc. Tal função constitui o “jus variandi”, ou seja, o poder administrativo de típico de ingerência direta na relação jurídico-contratual, parte da “ratio essendi” desse tipo de contratação.⁷³

Quer dizer que ditos poderes não provêm do contrato, mas da norma que outorga ao administrador a titularidade do serviço público e a competência para outorgar a sua exploração em regime concessionário. Justificado, ainda, pelo fato do serviço outorgado ser prestado ao longo de décadas, sujeito, portanto, ao princípio da adaptabilidade para tornar o projeto dinâmico e atualizado. O objeto do contrato pode

⁷⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 59.

⁷¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 374-376.

⁷² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 301-302 e 309-310.

⁷³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 377.

ser diminuído, modificado ou incrementado, desde que preservada a sua essência, logo não pode ser extinto ou substituído por outro.⁷⁴

Ao tratar de delegação de serviços públicos, é imprescindível, principalmente sob a ótica do delegatário, inteirar-se completamente acerca da expressão “por sua conta e risco”, prevista no art. 2º e incisos, da Lei Federal n. 8.987/1995.⁷⁵ “Por sua conta” significa dizer que é, pois, dever do interessado em tornar-se concessionário avaliar o volume de receita necessário para arcar com o empreendimento, envolvendo os custos e, em geral, a gestão do negócio (inadimplemento do usuário, incremento de custos, margem de desvio nas projeções etc.) a fim de oferecer o serviço adequado.⁷⁶

Já a expressão “risco” exige maior reflexão. A natureza dos riscos que o homem contemporâneo enfrenta sofreu mutações, como defendido na tese de Ulrich Beck.⁷⁷ A organização econômica é fonte natural de riscos, incluídas as concessões de serviços públicos, pois estas conjugam expectativas quaternárias (jurídica, econômica, social e tecnológica), por isso é fundamental que se saibam quais riscos devem ser assumidos e por quais instituições, a fim de atenuar as assimetrias de informações e crises no fornecimento ou nos custos.⁷⁸

Para o empreendedor privado a concessão é um projeto de investimento lucrativo, sendo o risco a possibilidade de ganhar ou perder dinheiro: a análise do custo-benefício e de sua previsibilidade (a “álea” ordinária). Sem a assunção dos riscos não há atividade econômica capitalista, mas o que há em todas as iniciativas de investimento são “níveis de riscos”, maiores ou menores, e não há garantia alguma quanto a decisões isentas para o futuro (o crescimento da bolha cultural-tecnológica apenas amplia a superfície do risco).⁷⁹

⁷⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 380-381.

⁷⁵ Lei Federal n. 8.987/1995. Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

⁷⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 376.

⁷⁷ Segundo o autor, houve uma profunda transformação na sociedade após meados do século XX, marcada pelo avanço do capitalismo pós Guerra Fria, crise ambiental, avanços tecnológicos etc. Diferentemente dos riscos já concebidos pela sociedade industrial (que não eram criados pelo homem), a energia nuclear, a genética, a produção química (“megaperigos”) passaram representar novos riscos, muitas vezes inevitáveis (riscos decorrentes da intervenção do homem). Em “A Sociedade de Risco” (“*La Sociedad del Riesgo Global*”, traduzido para o espanhol em 1998), Beck defende que a sociedade moderna criou novos riscos historicamente sem precedentes - sociais, políticos, econômicos e industriais - que estão tomando proporções cada vez maiores, escapando da alçada das instituições de controle e proteção da sociedade industrial, capazes de causar a destruição de toda a vida no planeta. (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002).

⁷⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 109-111.

⁷⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...* p. 112.

Segundo Egon Bockmann Moreira, contudo, o risco e sua avaliação não pertencem ao mundo do Direito, pois “nada há de jurídico no seu estudo”. O risco pertence ao mundo dos fatos, que podem ou não acontecer podendo gerar lucros e prejuízos. O papel do Direito, neste caso, é conferir alguma segurança jurídica a tais reveses fáticos, que podem ser mais ou menos eficientes, a depender do risco que estiver em jogo e a capacidade de avaliação dos “players”.⁸⁰

As normas jurídicas, portanto, não conseguem inibir a ocorrência do risco, mas poderão desenvolver instrumentos que atenuem a incidência do risco (como, por exemplo, as normas da ABNT para execução de obras) ou administrem os efeitos daí decorrentes (como, por exemplo, a contratação de seguros), bem como a atribuição subjetiva da gestão daquela parcela do negócio que pode dar margem ao risco e respectiva responsabilização (alocação contratual).

Esse é o ponto em que o Direito poderá agir com firmeza: a previsibilidade de ações e reações das partes envolvidas (riscos endógenos) no que concerne a escolhas futuras e segurança dos contratos, tanto no âmbito interno do contrato, quanto no externo (relações jurídicas extracontratuais envolvendo o concedente, o concessionário, seus funcionários, e mesmo terceiros).⁸¹

A “álea é um fato incerto quanto a sua verificação ou o momento de sua verificação, sendo diversas as possibilidades da ocorrência do risco, sendo mais frequentemente observados os chamados (a) riscos econômico-financeiros; (ii) riscos jurídicos; (iii) riscos políticos; (iv) e riscos legislativos.”⁸²

O risco decorre da “álea”, que pode ou não ocorrer, mas deve estar originariamente prevista, sendo, em razão desta [previsibilidade], classificada em ordinária ou extraordinária. Sendo previsível, é ordinária, inerente ao negócio e deve ser assumida pelo empreendedor particular; se imprevisível, é extraordinária, podendo ser administrativa ou econômica e ficará a cargo da parte melhor capacitada (Lei Federal n. 11.079.2004)⁸³ para lidar com a situação problema que se vislumbrar.⁸⁴

O contrato por si só apresenta o risco ordinário de qualquer negócio (“álea ordinária” ou “álea empresarial”), já que a cobrança da tarifa deve ser suficiente para prestar o serviço, recuperar o investimento para realizar a obra, produzir lucro e

⁸⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões...*, p. 113.

⁸¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 113.

⁸² PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

⁸³ Lei Federal n. 11.079/2005. Art. 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 79.

remunerar os investidores.⁸⁵ Os riscos extraordinários devem estar previstos na lei e no contrato. A “álea extraordinária” pode ser administrativa ou econômica, sendo esta [econômica] correspondente a fatos vinculados à economia global, como crises e recessões;⁸⁶ e aquela [administrativa] correspondente aos atos praticados pela Administração Pública (“fato da Administração”),⁸⁷ seja por mero descumprimento contratual, seja por ato unilateral vinculado ao poder de império.

A repartição de riscos entre as partes deve, inclusive, prever aqueles [riscos] relativos a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e “álea” econômica extraordinária (art. 5º, III, lei 11.079/2004),⁸⁸ fatos considerados imprevisíveis e inevitáveis. Administrativamente tem-se como “álea” extraordinária: (a) alteração unilateral⁸⁹ do contrato em razão da supremacia do interesse público;⁹⁰ (b) o fato do príncipe, previsto em lei, consistente em ato geral do poder executivo que reflete direta ou indiretamente no contrato;⁹¹ e (c) fato omissivo ou comissivo da administração que implica em impossibilidade ou dificuldade na continuação do contrato.

A dogmática tradicional limita-se, em maioria, a identificar regras gerais e apriorísticas de partilha de risco (as “áleas” ordinárias e extraordinárias). Porém, as relações jurídicas nas quais o Estado faz parte têm se tornado mais complexas, tendo sofrido um aumento exponencial nas modalidades de arranjos contratuais, o que não

⁸⁵ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de Direito público econômico (Lei 11079/2004)*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 169.

⁸⁶ Evento externo ao contrato, imprevisível e inevitável, ensejador de um exacerbado desequilíbrio econômico-financeiro, implicando na aplicação da Teoria da Imprevisão para restabelecer o ajuste inicial entre as partes (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 652).

⁸⁷ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, compreende qualquer conduta da Administração, enquanto parte no contrato, que torne impossível a execução do contrato ou gere desequilíbrio econômico-financeiro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de Direito ...*, p. 280).

⁸⁸ Lei Federal n. 11.079/2004. Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

⁸⁹ Observada a limitação imposta pela Lei Federal n. 8.666/1993, art. 58, I: “O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”.

⁹⁰ A noção de interesse público tem sido afirmada pela doutrina e pela jurisprudência como um princípio estruturante do direito administrativo. Conquanto seja interesse da coletividade, incluindo-se interesses individuais tutelados pelo ordenamento jurídico, o seu conteúdo nuclear é composto por princípios constitucionais, logo, a supremacia do interesse público é também da Constituição (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Noção Jurídica de Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro*, p. 89-116. *Direito Administrativo e Interesse Público*. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe [Coord]. São Paulo: Forum, 2010, p. 112).

⁹¹ A exemplo a elevação de impostos sobre determinado insumo repercutindo e até mesmo inviabilizando o preço da obra contratada. É um ato indireto da Administração.

foi acompanhado por uma atualização adequada dos modelos de distribuição e gerenciamento de riscos. Portanto, e em que pese a importância da avaliação pré-contratual dos riscos, necessário considerar que os riscos são suscetíveis a mudanças continuamente à medida que a execução o contrato vai sendo realizada. A dinâmica de riscos imposta por esse contínuo processo de complexização das relações contratuais do Estado não se coaduna com respostas paliativas e apriorísticas.⁹²

Conforme se extrai dessas breves linhas, Ulrich Beck critica em *“La utopía de la democracia ecológica”* que nesta era da modernidade, busca-se a distribuição dos riscos, e não das riquezas conforme ocorreu na sociedade medieval. Nesta era de fatalidades tecnológicas, uma idade média industrial que deve exigir mais responsabilidade, redistribuindo o ônus da prova dos riscos, separando os produtores e os avaliadores dos riscos, criando um debate público em torno das alternativas tecnológicas para a solução dos riscos.⁹³

Em vista do progresso e desenvolvimento econômico, contudo, a repartição dos riscos entre o particular e o Poder Público (art. 5º, III, da Lei n. 11.079/2004) é um dos principais avanços da Lei de Parceria Público-Privada. A repartição objetiva dos riscos, conquanto seja cláusula essencial e obrigatória do contrato de parceria público-privada (Lei Federal n. 11.079/2004, art. 4º, VI; e art. 5º, III), é também importante instrumento regulatório e implementador de eficiência administrativa.⁹⁴

Tão importante quanto a análise dos riscos do negócio, a “política tarifária” está prevista na Constituição (art. 175, parágrafo único, inciso III) e na legislação infraconstitucional (Lei Federal n. 8.987/1995, Capítulo IV), a qual trata apenas superficialmente acerca da tarifa em si, com foco maior nos mecanismos de revisão e reajuste para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, sem, contudo, tratar do conceito, diretrizes e fundamentos.

O fato de ter sido lembrada pelo constituinte, todavia, é o sinal da sua importância para o ordenamento. Ao conceituá-la, a doutrina tem entendido tratar-se a política tarifária de uma política pública⁹⁵ que regula as tarifas dos serviços públicos,

⁹² ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada – Da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coords.) *Direito da Infraestrutura. Temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 98 e 130.

⁹³ BECK, Ulrich. *La sociedad del ...*, p. 143.

⁹⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A repartição de riscos na parceria público-privada. *Revista de Direito público de Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 157-171, out./dez. 2008.

⁹⁵ As políticas públicas assim entendidas exatamente como um conjunto heterogêneo de medidas e decisões tomadas por todos aqueles obrigados pelo Direito a atender ou realizar um fim ou uma meta constante como interesse público. Ou, ainda, um programa de ação que tem por objetivo realizar um

consideradas nas perspectivas da Administração Pública, do concessionário, dos usuários e de não usuários, a qual deve ser instituída por lei em sentido amplo, estabelecendo objetivos e os instrumentos para atingí-los.⁹⁶

Fernando Fróes assevera que uma política tarifária deve observar três objetivos básicos, sendo (i) o financeiro, segundo o qual as tarifas devem proporcionar amortização dos custos e remuneração do concessionário - a concessão não pode ser deficitária; (ii) o econômico, propiciando melhor gestão dos recursos escassos, controle da oferta e demanda e eficiência econômica; e (iii) o social, de universalização do acesso ao serviço.⁹⁷ Diante desses objetivos e parâmetros traçados, a execução de uma política tarifária se compõe em duas esferas que apresentam certa intersecção: o nível e a estrutura tarifária.⁹⁸

O “nível tarifário” se refere à determinação geral do valor da tarifa, averiguando-se o montante que deverá ser arrecadado via contraprestação dos usuários, define-se um “quantum” inicial. Por sua vez, a estrutura tarifária abarca a estratégica de cobrança, uma opção por critérios técnicos, políticos e sociais de como o nível tarifário se concretiza junto aos usuários: com tarifas únicas ou diferenciadas, com subsídios, diretos, indiretos ou cruzados, etc.⁹⁹

3.3. Princípio da modicidade tarifária, receitas alternativas, tarifa ótima e isonomia

O interesse justifica que o usuário seja bem atendido na prestação do serviço, obrigação esta a cargo do Estado. No serviço de transporte há inegável interesse público (diferente de outras atividades desempenhadas pelo Estado, como a exploração de loterias). Dessa forma, a participação do usuário no âmbito da atuação do serviço público possibilita que, sempre que cotejados o serviço prestado, de um

fim constitucionalmente determinado. FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/SP*. 1/15-16, São Paulo, 2008. Disponível em <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>>. Acessado em: 23/12/2014.

⁹⁶ CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 69-70.

⁹⁷ FRÓES, Fernando. Infra-estrutura e serviços públicos: princípios da regulação geral e econômica. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos [Org.]. *Curso de direito administrativo econômico*, v. 1. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 557.

⁹⁸ Adota-se a classificação enunciada originariamente. STRAMBI, Orlando; NOVAES, Antonio Galvão Naclério. Objetivos de política tarifária para o transporte público urbano. *Congresso Brasileiro de Pesquisa e Ensino em Transportes*, VI, 1992, Rio de Janeiro. Anais. Rio de Janeiro: ANPET, 1992, p. 352-361.

⁹⁹ CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 70.

lado, e a retribuição auferida pelo concessionário, por outro, o usuário postule a redução da tarifa por razão de desproporcionalidade ou injustiça. Direito este implementado, inclusive, por mecanismos de tutela coletiva, a fim de se obter o melhor preço e o melhor serviço possíveis, que atenda ao ressarcimento dos custos do concessionário, mas também à expansão do serviço que vise a generalidade e universalidade.¹⁰⁰

As tarifas devem resolver importante paradoxo, pois se por um lado devem ser suficientes para remunerar totalmente os prestadores de serviços públicos (custo da prestação do serviço e o lucro pela exploração da atividade), por outro lado devem ser módicas (art. 6º, § 1º, Lei Federal n. 8.987/1995). Nesses casos a remuneração do concessionário pode ser incrementada por receitas acessórias ou subsídios estatais, desde que previstos no edital de licitação da concessão do serviço (art. 18, VI, Lei Federal n. 8.987/1995).¹⁰¹

É possível afirmar que a tarifa remunera o serviço público (custo), mas não necessariamente o concessionário (lucro). Aliás, não por acaso, a palavra “lucro” inspira desconfiança e desperta certo preconceito naquele que paga, possivelmente por ter em sua etimologia a derivação do termo latino “lucrum” que, por sua vez, se originou da palavra “logro”.¹⁰²

Sendo a tarifa insuficiente para adequar a remuneração do concessionário, pode o contrato de concessão garantir outras fontes de receitas, relacionadas ou não à atividade prestada, a fim de desonerar o usuário e assegurar a remuneração do concessionário. Todavia, a desvinculação crescente da remuneração do concessionário pode desnaturar o instituto, tradicionalmente vinculativo da remuneração ao efetivo serviço concedido.¹⁰³ As leis brasileiras não consideraram esse aspecto, e entende-se que as fontes de receitas extra-tarifárias são importantes meios para persecução da modicidade tarifária.

¹⁰⁰ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 119.

¹⁰¹ Lei Federal n. 8.8987/1995. Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: (...) VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

¹⁰² BLANCHET, Luiz Alberto. A tarifa de energia elétrica. In: BLANCHET, Luiz Alberto; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Direito da Energia. Economia, Regulação e Sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 9-20.

¹⁰³ BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89-90.

As fontes de receitas alternativas estão relacionadas com a exploração alternativa, do ponto de vista econômico, do objeto da concessão. O concessionário se aproveita das oportunidades no desempenho do serviço público para obtenção de receitas que substituem (ou incrementam) a tarifa, assim, ao invés de cobrar tarifa, desenvolverá atividades que propiciarão sua satisfação. Já as receitas acessórias são aquelas não essenciais à verificação da remuneração do concessionário, podendo ser suprimidas sem que isso desnature a prestação do serviço público.¹⁰⁴

A privatização tem levado os direitos sociais, “originalmente integrantes do Contrato Social (no sentido hobbesiano) para a esfera do contrato civil”. A regulação é uma prerrogativa do Estado e cabe à sociedade exigir que este cumpra o seu papel, sem cair na armadilha de uma pretensa regulação “sem Estado” ou propor substituí-lo sem contar com os instrumentos de coerção que só ao Estado pertencem.¹⁰⁵

Por exemplo, o período Vargas representou uma importante alteração no quadro geral da organização dos serviços públicos a partir da Constituição de 1934, com o surgimento das primeiras agências estatais, órgãos de planejamento e de fiscalização da implementação de políticas setoriais, em regra desprovidos de poder normativo. Em setembro de 1942, com a finalidade de melhor coordenar o funcionamento da economia brasileira no contexto de emergência gerado pela entrada do Brasil na Segunda Guerra Mundial, foi criada a Coordenação de Mobilização Econômica, a qual detinha poderes para controlar as mais diversas atividades por meio de doze coordenações setoriais, incluindo Transportes Terrestres.¹⁰⁶

A regulação pública dos serviços públicos no Brasil tem como um dos seus pontos mais importantes o Código de Águas, cujo Decreto 24.643 data de 1934. Um dos maiores desafios atualmente é garantir o caráter público dos serviços e o seu enquadramento como demanda coletiva, integrante do conjunto dos direitos sociais da cidadania, como fazia a vetusta legislação. Nos dias atuais, a Lei Federal n. 8.987/1995 continua sendo a pedra angular a regulamentar, em linhas gerais, as concessões e as permissões de serviços públicos, não sendo sequer viável que estabelecesse regras mais detalhadas a respeito de temas que, em função das

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos: comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 160.

¹⁰⁵ SILVA, Ricardo Toledo. Universalização dos Serviços. Propostas de mecanismos para monitoramento. In: IDEC, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *A proteção ao consumidor de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 291-292.

¹⁰⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 194.

peculiaridades de cada serviço, pudessem apresentar necessidade de tratamento diverso.

Além dessas peculiaridades que inviabilizam, na prática, o tratamento mais detalhado a respeito do regime jurídico na prestação de serviços públicos, o maior detalhamento da lei poderia esbarrar em obstáculo de índole estritamente jurídica: o conflito de competência legislativa entre a União e os demais entes federativos, titulares de serviços públicos. Isso porque, Estados e Municípios, e a própria União, quando tratam dos serviços específicos que lhe são submetidos, têm a atribuição de definir as balizas jurídicas para o desenvolvimento dos serviços sobre os quais detêm competência para regulamentar. Logo, disciplinar políticas públicas a pretexto de editar normas gerais em matéria de concessões, seria, sob essa vertente, providência inválida, por violação da competência legislativa fixada constitucionalmente.¹⁰⁷

No campo doutrinário, o estudo dos serviços públicos sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED) pode simbolizar avanços, especialmente no que tange a maximização da eficiência alocativa, que é o único critério compensatório da “social choice”, o que implica conferir integralmente à decisão privada o acesso da coletividade aos bens e serviços. A alocação mais eficiente é identificada pelo “ótimo paretiano”, pelo qual a sociedade atingirá o seu ponto ótimo quando nenhuma modificação puder melhorar a posição de alguém sem prejudicar outrem.¹⁰⁸

Aplicando-se aos serviços públicos, buscar-se-á solução que envolva os menores custos para o melhor serviço possível. De plano, insta lembrar a obrigação do concessionário em oferecer um serviço adequado, o que se encontra em aparente tensão com o princípio da modicidade tarifária. Em verdade, os conceitos de “adequação” e “modicidade” devem ser relacionais e objetivos, quer dizer, resultantes da comparação de dois ou mais objetos de análise: a prestação a ser executada, o perfil socioeconômico dos usuários que serão beneficiados, o prazo do contrato, a taxa de retorno viável etc. Ou seja, o exame de tais dados é que permitirá a conclusão quanto a serem ou não adequado o serviço e módica a tarifa.¹⁰⁹

Mais que isso, a relação entre “serviço adequado” e “tarifa módica” tem estreito vínculo com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Fixada esta premissa, parte-se em busca de resultados ótimos, em que a tarifa seja a mais módica possível

¹⁰⁷ CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões...*, p. 72.

¹⁰⁸ FORGIONI, Ana Paula. Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 44, n. 139, p. 246, jul./set. 2005, p. 244.

¹⁰⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 262.

em vista do serviço que deve ser prestado. Evidente que isso significa conflito de interesses, pois os usuários desejam serviços bons, abundantes e baratos enquanto os concessionários visam a maximizar o retorno de seus investimentos.¹¹⁰

Nos projetos concessionários, “tarifa ótima” é aquela que simultaneamente maximiza o bem-estar social e mantém o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A tarifa, segundo Egon Bockmann Moreira, não pode objetivar apenas os benefícios gerados aos usuários e terceiros (fixação imprópria para projetos autossustentáveis), nem muito menos o lucro do empresário privado (objetivo secundário de projetos de concessão), mas a forma pela qual podem ser implementados benefícios públicos desenvolvimentistas.¹¹¹

Para tanto, a tarifa ótima deve ser analisada sob dois aspectos: (i) se ela permite a instalação de um projeto autossustentável; e (ii) se ela é equânime, no sentido de promover a distribuição adequada dos custos e benefícios entre concessionário e usuários. Segundo o autor, as tarifas não podem ser gratuitas ou com preços irrisórios (pois estimulam o desperdício de serviços, como água e energia),¹¹² nem muito baixas (sob pena não só de inviabilizar a autossustentabilidade do projeto, mas também frustrar o incentivo para que os usuários consumam adequadamente), nem muito altas (sob pena de inviabilizar o acesso ao serviço público ao maior número possível de usuários).¹¹³

Por conseguinte, a fixação da tarifa ótima é dever estatal e não prerrogativa privada, é mais estatutária do que contratual, mais administrativa que empresária, enfim, “mais política do que jurídica”. Mas, “sem dúvida, um dos motivos pelos quais a tarifa é disciplinada pelo Poder Público está no perigo de abusos”, pois caso fosse deixada ao livre arbítrio dos concessionários (e respectivos “mercados”), os preços certamente gerariam maior concentração de renda e, na melhor das hipóteses, levaria muito tempo para que as forças de mercado ajustassem o preço adequado daquele serviço essencial. E “em longo prazo estaremos todos mortos”, na célebre frase de Keynes.¹¹⁴

¹¹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 263.

¹¹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 330.

¹¹² Merece observação o fato de que em matéria de transporte público a compreensão do que seria “desperdício” dificilmente seria aplicável, ainda que determinado usuário resolvesse utilizar sem motivo aparente o transporte público gratuito. Primeiro, porque as linhas devem funcionar regularmente, logo, um usuário a mais não geraria custos expressivos. Segundo, porque a livre locomoção por mais “imotivada” que seja, sempre agregará ao utente, seja o deslocamento a trabalho ou para lazer.

¹¹³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 332.

¹¹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 330-333.

Interessante notar que uma correspondência precisa e exata entre os custos e o valor da tarifa é “muito difícil acontecer”. No contexto do financiamento antecipado de obras, é impossível definir com precisão os custos correspondentes a cada unidade de utilização, ou seja, o valor efetivamente dispendido por cada usuário. É necessário estabelecer critérios teóricos de imputação e responsabilidades pela remuneração do serviço, os quais devem ser orientados por um “princípio de praticabilidade”. E para que sejam compatíveis com o princípio da igualdade, tais critérios devem ser pautados pela racionalidade e pela proporcionalidade.¹¹⁵

A “praticabilidade é a necessidade de equilibrar a certeza quanto à identificação do usuário, a medida da quantidade de serviço utilizada e a necessidade de cobrança de tarifa”, segundo explica Cesar Augusto Guimarães Pereira. Estes três fatores devem ser ponderados para que a instituição da tarifa seja simplificada, construída a partir de indicadores pertinentes.¹¹⁶

Por sua vez, a racionalidade e a proporcionalidade impõe que a tarifa cobrada do usuário seja correspondente ao uso individual do serviço fornecido. De todo modo, tal assertiva não importa no reconhecimento de igualdade entre os usuários no sentido de que estes deverão pagar um mesmo valor para obter acesso à utilidade pública. Pelo contrário, uma política tarifária em transportes deve ser pautada pela igualdade material, facultada e até incentivada a estipulação de tarifas diferenciadas, de acordo com critérios político-sociais, o que as afastam de uma vinculação estrita ao custo correspondente a cada utilização.¹¹⁷

A ausência de tais critérios poderia ser ofensiva ao princípio da igualdade, o qual não busca mero tratamento uniforme entre os usuários, mas veda desequiparações fortuitas ou sem justificativa compatível com a ordem jurídica.¹¹⁸

Desse modo, em que pese a Lei Federal n. 8.987/1995, em seu art. 9º, “caput”,¹¹⁹ tenha previsto que a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora na licitação, não significa que o valor da tarifa será estabelecido por livre iniciativa dos licitantes. Frise-se que, no que se refere à fixação

¹¹⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 67-68.

¹¹⁶ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 378.

¹¹⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário...*, p. 69.

¹¹⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: ...*, p. 69.

¹¹⁹ Lei Federal n. 8.987/1995. Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

do montante tarifário, o poder e o dever deste ato permanece nas mãos do Poder Público.

Antes de instaurar uma licitação o agente público deve identificar o motivo (por que licitar), a finalidade (para que licitar), o momento (quando licitar), o lugar (onde licitar) e o objeto (o que licitar). Licitar a execução de um contrato cujo objeto, além de consubstanciar-se na solução do motivo originário, deve ser com ele absolutamente compatível e não pode ter dimensões nem inferiores nem superiores aos limites da solução requerida, pois toda necessidade pública representa um “pedido tácito” da coletividade à Administração. Cabe, portanto, à Administração, de ofício, descobrir o pedido coletivo imanente à necessidade pública e atendê-lo dentro de seus limites.¹²⁰

Evidente que, da parte do concessionário, o risco envolvido no negócio o fará investigar acerca das possibilidades de perdas e calcular a viabilidade de contingenciar ou absorver eventuais prejuízos decorrentes ou não de inadimplência.

É verdade, contudo, que a regra alterada no decorrer do jogo repercute com maior violência. Por exemplo, o índice de inadimplência para a tarifa de água potável chega a 40% quando não se permite a interrupção do fornecimento, reduzindo-se para apenas 2%, ao revés, quando se permite a supressão do serviço em razão de inadimplência.¹²¹ Caso não haja mecanismos de cobrança ou o serviço seja prestado graciosamente, por seu turno, a fonte de custeio certamente advirá do contribuinte, por meio dos impostos. Mais uma vez a previsibilidade se mostra vital para a consecução dos resultados dentro da margem de riscos contratados.

Para Arnold Wald, se houver supressão das tarifas, isso acarretará na paralisação da prestação do serviço ou o custo será repassado e suportado a partir da tomada de empréstimos internacionais para financiamento da atividade estatal, em razão do alto custo deste tipo de atividade. Em sua reflexão, considera que a efetivação do princípio da supremacia do interesse público advém do atendimento de toda a sociedade, portanto, este postulado não será alcançado a partir do descumprimento generalizado dos contratos de concessão.¹²²

Entretanto, cumpre observar que são distintos entre si o interesse coletivo e o interesse social, ainda que ambos componham a categoria interesse público. Nem

¹²⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. *Licitação*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 77-79.

¹²¹ REGINATO, Osvaldo Anselmo. A prestação do serviço público essencial de fornecimento de água tratada e os direitos constitucionais e do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 65. Jan./mar. 2008, p. 217.

¹²² WALD, Arnold; GAENSLY, Marina. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista dos tribunais*, v. 877, nov.2008, p 11-26, p. 19.

sempre o interesse coletivo configura o interesse social e o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social.¹²³

De toda forma, concorda-se que eventual isenção concedida ao usuário não poderá ser simplesmente absorvida pelas concessionárias do transporte público, eis que as regras do jogo previamente estabelecidas quando da contratação não podem ser sumariamente modificadas em detrimento do particular. Ademais, quem presta serviço público necessita não apenas ter a contraprestação do seu investimento (que ocorre mediante pagamento da tarifa), mas assegurada a confiança e a boa-fé nas relações negociais com o Poder Público, subserviente à moralidade administrativa (CR, art. 37).¹²⁴

Inclusive, julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendem que há responsabilidade do Poder Público perante a concessionária quando o consumidor-usuário deixa de pagar pelo serviço público, por considerar que se trata de tema de cunho social e as atividades prestadas pela iniciativa privada permanecem titularizadas pelo Estado.¹²⁵

Se, por um lado, os usuários e cidadãos em geral exigem tarifas menores, de outro, concessionárias e permissionárias pressionam pela maximização de seus lucros, por vezes implicando em um serviço de baixa qualidade quando impedidos de majorar os preços cobrados. Nesse cenário o transporte público torna-se menos competitivo em relação ao transporte privado em razão da precariedade, da insegurança, dos altos preços de tarifa, entre outros, atraindo cada vez menos passageiros pagantes, que acabam por dividir custos crescentes. Isso gera um ciclo vicioso, complexo e desafiador para a Administração Pública.¹²⁶

Essa evasão decorre precipuamente da baixa qualidade dos serviços oferecidos e o alto custo destes, não propiciando o equilíbrio nos custos e benefícios para o usuário do sistema. Mas também decorre da falta de políticas públicas e de

¹²³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 126.

¹²⁴ WALD, Arnold; GAENSLY, Marina. *Concessão de rodovias ...*, p. 16.

¹²⁵ AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário. Argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 62, abr./jun. 2007, p. 116.

¹²⁶ Basicamente, a complexidade decorre da interdependência entre custos de insumos, número de passageiros pagantes, valor da tarifa, processo de desenvolvimento e mobilidade urbana e a atratividade do modo de transporte privado, constantemente privilegiado por medidas desonerativas do governo federal. Já o caráter desafiador desta situação refere-se à dificuldade de implantar uma política pública de longo prazo para o transporte coletivo urbano, o que não ocorre há anos no país.

planejamento estratégico por parte do Poder Executivo, que não tem se mostrado capaz de adequar-se às mudanças ocorridas nas configurações da cidade, com a descentralização dos postos de trabalhos e das vagas oferecidas nas escolas públicas. Isentando parcialmente os usuários há necessidade de subsídios públicos para compensar as perdas, que não podem ser simplesmente repassadas para os (cada vez mais escassos) usuários pagantes, tampouco para o concessionário privado; por outro lado, a isenção total (tarifa zero) poderá onerar sobremaneira o erário público se for realizado inadvertidamente, custos que serão absorvidos possivelmente por novas fontes de recolhimentos tributários, pagos por todos os contribuintes.¹²⁷

O art. 2º da Resolução n. 255 da Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT) preconiza que as tarifas deverão assegurar “retorno compatível com os investimentos necessários para atender as condições de pontualidade, regularidade, continuidade, segurança, eficiência, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, bem como o equilíbrio econômico-financeiro da operação”, o que repete o disposto no art. 6º, § 1º da Lei Federal n. 8.987/1995.

Visando à modicidade tarifária, o art. 11 da Lei Federal n. 8.987/1995¹²⁸ estabelece que, observadas as peculiaridades de cada serviço público, poderá o contrato concessionário prever outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados. Cabe salientar que, pela função positiva do princípio da modicidade tarifária, a Administração Pública não tem apenas um “poder” (faculdade), mas o dever de perscrutar por outras fontes de receita sempre que a sua exploração puder resultar em ganhos à atividade delegada. E não precisam necessariamente estar previstas anteriormente no edital de licitação para serem introduzidas no decorrer do período de concessão, em vista ao interesse

¹²⁷ FARIA, Ana Cristina de; FERRARO, Clovis Jos'r Ramos. *Custos e Benefícios na Implantação do Sistema de Bilhetagem Eletrônica em Diadema (SP)*. XVII Congresso Brasileiro de Custos, Belo Horizonte, 03 a 05 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/viewFile/698/698>>. Acessado em: 01/02/2015.

¹²⁸ Lei Federal n. 8.987/1995. Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

público e porque o dispositivo legal deve ser lido de forma teleológica, com amparo em sua instrumentalidade.¹²⁹

Amparado pelo art. 11 da referida lei, o delegatário poderá auferir receitas de outras fontes que não aquelas exclusivamente oriundas da tarifa. Essas receitas não-tarifárias podem ser (i) oriundas de empreendimentos com vínculo material com a execução da concessão em si; ou (ii) sem vinculação direta com a concessão (vinculadas apenas economicamente ao projeto de concessão).¹³⁰ Essas fontes alternativas são pouco exploradas. Se for tomado como exemplo a cidade de São Paulo, quase toda a receita do concessionário (98,74%) advém apenas da “Remuneração por Passageiro Transportado”, que é o resultado simples da soma das receitas por cada passageiro transportado. Esse percentual foi verificado e apurado com base nos extratos do “Sistema de Remuneração dos Operadores” e informações disponibilizadas pelas empresas concessionárias e permissionárias de transporte em São Paulo.¹³¹

Um exemplo consistente de empreendimento vinculado seria a criação de galerias de lojas, hotéis e restaurantes no entorno do empreendimento (como ocorre nos “aeroshoppings”, nos aeroportos). Exemplo de empreendimento sem vinculação direta seria a cessão de uso de espaço em prédio público para desempenho de atividades comerciais vinculadas à concessão. Também é de todo indicada a possibilidade de receita oriunda de projetos de “marketing” e propaganda em ônibus, trens, margens de rodovias, aeroportos etc.¹³²

Em todos esses casos, parte-se da premissa do estímulo à descoberta empresarial de específicas fontes de receitas que visem a desonerar os usuários e manter a autossustentabilidade do projeto concessionário. Por outro lado, deve-se haver efetivo controle e fiscalização para que a receita necessariamente ingresse no caixa do projeto concessionário, sob pena de se instalar fontes alternativas de receitas para os acionistas da concessionária, não para a concessão do serviço público.¹³³

¹²⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As receitas alternativas nas concessões de serviços públicos no direito brasileiro. *Revista de Direito público da Economia — RDPE*, ano 6, n. 21, janeiro/março de 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 127-128.

¹³⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As receitas alternativas ..., p. 122.

¹³¹ SÃO PAULO TRANSPORTE (SPTRANS). *Verificação independente do transporte público de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.sptrans.com.br/verifica/>>. Acessado em: 18/02/2015. Relatório com a verificação e mensuração dos custos, receitas e investimentos dos Consórcios Concessionários e Permissionários. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B724o3NxjICIMVZPWVNOQVBKZ0U/view>>. Acessado em: 18/02/2015.

¹³² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As receitas alternativas ..., p. 123.

¹³³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 411-416.

Já para se estabelecer tarifas diferenciadas, há que se respeitar o princípio da isonomia, demonstrando estar diante de situações objetivamente distintas (características técnicas e custos específicos). Diferenciações como isenções a usuários idosos ou de baixa renda podem atender a objetivos de políticas públicas ou diretrizes mercadológicas do serviço prestado, mas é necessário atentar para a fundamentação que permita a instalação das tarifas diferenciadas.¹³⁴ Outra solução seria a tarifa progressiva, que discrimina níveis de usuários, fixando para cada um o valor pela unidade de consumo.¹³⁵

O julgado anota que a tarifa progressiva traz consigo o subsídio cruzado entre os usuários, pois o valor médio (que se pretende justo) é estabelecido com lastro no fato de que aqueles que consomem mais pagarão proporcionalmente mais e aqueles que consomem menos, pagarão proporcionalmente menos. Então, nesse modelo há distribuição de renda, sendo que os usuários de baixa renda, presumivelmente os que menos consomem, são beneficiados por aqueles que mais gastam.¹³⁶

Para os transportes, além das tarifas diferenciadas em razão da renda, poderiam ser oferecidas comodidades para usuários que possam e desejem pagar mais pelo conforto, sendo que o excesso do custo da tarifa, progressiva e proporcionalmente mais elevado, funcionasse como subsídio para o usuário de menor renda.

Cesar Augusto Guimarães Pereira faz importante observação ao relacionar o princípio da modicidade tarifária ao acesso ao serviço, e não à noção de suficiência da tarifa como resultado de uma equação econômico-financeira adequada à concessão. Quer dizer, os serviços que envolvam elevados custos na gestão eficiente e importem em tarifas elevadas, afetando negativamente a dimensão numérica dos níveis de

¹³⁴ Nesse sentido, vide o acórdão proferido no RMS n. 11.958/SP: ADMINISTRATIVO - SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO - TARIFA DIFERENCIADA - ILEGALIDADE. 1. A Prefeitura de São Paulo, por decreto, estabeleceu tarifas diferenciadas para as empresas adquirentes de vale transporte e para os usuários diretos, majorando-as para os primeiros. 2. O princípio da isonomia, embora não absoluto, não pode ser afrontado por decreto, sem que haja lei formal estabelecendo política tarifária. 3. Recurso especial provido para conceder a segurança (STJ RMS 11958/SP, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 19/04/2001, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 11/06/2001).

¹³⁵ Nesse sentido, vide o acórdão proferido no AgRG no REsp n. 815.373/RJ: SERVIÇO PÚBLICO. TAXA DE ÁGUA. COBRANÇA DE TARIFA. PROGRESSIVIDADE. LEGALIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. 1. É lícita a cobrança da taxa de água com base no valor correspondente a faixas de consumo, nos termos da legislação específica. 2. Inteligência das disposições legais que regulam a fixação tarifária (artigo 4º, da Lei 6.528/78 e artigos 11 caput, 11, § 2º e 32 do Decreto nº 82.587/78). 3. A Lei 8.987/95 autoriza a cobrança do serviço de fornecimento de água de maneira escalonada (tarifa progressiva), de acordo com o consumo (art. 13), e não colide com o disposto no art. 39, I, do CDC, cuja vedação não tem caráter absoluto. (STJ AgRG no REsp n. 815373/RJ 2006/0009672-9, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 16/08/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 24/09/2007, p. 255).

¹³⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 423-424.

acessibilidade ao serviço público, incorrerá em infração à modicidade tarifária. Dessa forma, por vezes assegurar a modicidade tarifária implicará em produzir ajustes concessórios economicamente deficitários, que deverão ser resolvidos por meio de mecanismos de subsídios. Com efeito, a aplicação do princípio da modicidade varia em função da “essencialidade” do serviço, sendo certo que quanto mais essenciais, mais necessária a modicidade tarifária a fim de possibilitar o acesso efetivo ao serviço.¹³⁷

O princípio da modicidade tarifária, portanto, envolve também uma função positiva, e não apenas inibidora. Deste princípio deriva o dever do Estado de instituir mecanismos de política tarifária que promovam efetivamente a tarifa módica, quer seja instituindo subsídios internos ou externos à concessão, quer seja agregando fontes de receitas marginais que revertam em parte à modicidade tarifária. Mesmo porque, de fato não são todos os serviços que devem ser subsidiados. Diferentemente fosse, seria um contrassenso com a própria decisão de onerar os usuários, além de logicamente impossível do ponto de vista da responsabilidade fiscal.¹³⁸

3.4. Isenções legais, a equação econômico-financeira e mecanismos de reajuste e revisão

O tratamento igualitário entre usuários implica (ao menos sob o vértice material) em uma visão isonômica dos usuários entre si. Ocorre que, eventuais benefícios concedidos a um usuário (ou grupos de usuários) repercutirão na formação da tarifa a ser cobrada dos demais, pois se alguns utilizam o serviço sem qualquer pagamento é fato de que os demais pagarão mais caro.

Do alto desse prisma, Egon Bockmann Moreira considera que, se a principal fonte de receita são os pagamentos feitos pelos usuários, é inviável a prestação de serviços gratuitos,¹³⁹ abaixo do custo ou cuja receita não assegure o lucro do concessionário. Afinal, conclui, a solidariedade social não é uma mão de via única pela qual o Estado assegura uma fonte de direitos individuais. O fato é que o serviço é

¹³⁷ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Usuários de serviços ...*, p. 388.

¹³⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário...*, p. 72.

¹³⁹ Os detratores dos serviços públicos gratuitos costumam invocar a expressão “*There is no free lunch*”, originada de uma prática comum entre bares americanos do início do século XIX, que ofereciam uma refeição sem nenhum custo para os clientes que consumissem bebidas no local. Em 1975 a expressão ganhou o título de uma das obras de referência de Milton Friedman (“*There’s No Such Thing as a Free Lunch*”, *Open Court Publishing Company*).

tornado público devido a razões que vão para além dos limites do individual.¹⁴⁰ No mesmo sentido o posicionamento de Carmem Lúcia Antunes Rocha, ao defender que a tarifa paga pelo usuário consubstancia a contraprestação percebida pelo prestador da atividade, motivo pelo qual os serviços públicos concedidos aos particulares refogem à gratuidade.¹⁴¹

De outra banda, Rafael Wallbach Schwind defende que é plenamente possível definir que a prestação de determinados serviços de interesse coletivo não envolva nenhuma cobrança dos usuários, bastando instituir outra fonte de recursos para o custeio da prestação. O modelo de custeio estatal pode ocorrer também na prestação do serviço delegado.¹⁴²

O autor elenca três motivos principais que fundamentam essa possibilidade. O primeiro deles, por inexistir norma que estabeleça obrigatoriedade de se cobrar tarifa na prestação do serviço público. Ainda que haja profusão de normas que regulam a matéria, não se trata de uma característica intrínseca da concessão. O segundo, por inexistir relação necessária entre cobrança de tarifas e atribuição de riscos ao concessionário, já que outras fontes também podem envolver a alocação de riscos ao concessionário, o que fica evidente nos empreendimentos que geram receitas marginais, que podem responder em parte ou totalmente pela remuneração do prestador. O terceiro motivo reside no fato de que o caráter exploratório do serviço persiste mesmo sem a cobrança de tarifa (como, por exemplo, na radiodifusão), em que não há qualquer cobrança de tarifa pelo concessionário, mas é inegável que há exploração da atividade, definindo os programas e negociando os preços e condições com seus anunciantes.¹⁴³

Apesar de não ser geral a todos os serviços públicos, o princípio da gratuidade encontra-se expressamente previsto na Constituição, como é o caso da gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos idosos (art. 230, § 2º).¹⁴⁴ As gratuidades

¹⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 248-249.

¹⁴¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 99.

¹⁴² SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 57.

¹⁴³ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário...*, p. 57.

¹⁴⁴ CF/88. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (...) § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

dependem de opção política, segundo afirma Dinorá Grotti.¹⁴⁵ Nada impedindo que o seja feito, inclusive, infra-constitucionalmente.

Atualmente várias pessoas ou categorias gozam de isenção tarifária no transporte público. Uma pesquisa da Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos (NTU) demonstra que aproximadamente 25% dos usuários regulares gozam de gratuidade de passagens. Pelo fato do transporte ser remunerado pela tarifa, os usuários pagantes quem arcam com os gratuitos. Ainda segundo o mesmo estudo, se houvessem incentivos extratarifários (assim entendidos as fontes além da tarifa para compor o custo do transporte) poderia haver uma redução do preço público de até 17%.¹⁴⁶

Para os idosos, assim considerados os maiores de 65 anos, a isenção encontra-se prevista no § 2º do art. 230 da Constituição da República,¹⁴⁷ além do artigo 39 da Lei Federal n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso),¹⁴⁸ o qual prevê o referido benefício em transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, mediante simples apresentação de documento de identidade; e do artigo 40, ambos do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), relativo ao transporte coletivo interestadual, sendo lhes reservadas 2 (duas) vagas gratuitas e desconto de 50% (cinquenta por cento) no valor das

¹⁴⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 288.

¹⁴⁶ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS (NTU). *Destarificação dos custos das tarifas do transporte público urbano e de característica urbana*. Disponível em: <<http://tarifazero.org/wp-content/uploads/2010/08/DesoneracaoCustosTarifasAbr2009.pdf>>. Acessado em: 18/12/2014.

¹⁴⁷ A referida norma foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade. A ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros impetrou a Ação Cautelar nº 2004.34.00.022884-3 objetivando o não cumprimento do Estatuto do Idoso, sustentando a não existência e nem previsão de fonte de custeio para os benefícios, o que poderia causar desequilíbrio econômico para as concessionárias dos serviços. Em 23 de julho de 2004 foi concedida liminar para determinar à ANTT que se abstinhasse de qualquer ato tendente a punir as associadas da ABRATI no que toca ao cumprimento da reserva de vagas para idosos. Em 09 de novembro de 2006, contudo, foi proferida decisão em sede de Agravo de Instrumento interposto pela ANTT, e as empresas associadas da ABRATI voltaram a ficar obrigadas a implementação do benefício. A ABRATI ainda conseguiu nova liminar, em 05/12/2006, para a não obrigatoriedade de reservar assentos aos idosos, em decisão proferida nos autos da Suspensão de Segurança nº 3052. Em recurso manejado pela ANTT, no entanto, restou novamente decidido que as empresas associadas da ABRATI estão obrigadas à implementação do respectivo benefício e de que a ANTT e demais órgãos conveniados poderão fiscalizar e lavrar eventuais autos de infração por descumprimento do artigo 40 da Lei nº 10.741, de 2003, do Decreto n.º 5.934, de 2006 e da Resolução ANTT nº 1.692, de 2006, decisão que permanece válida e eficaz até a presente data. (ANTT, 2008).

¹⁴⁸ Lei Federal n. 10.741/2003. Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

passagens caso exceda a cota, desde que possuam renda até a 2 (dois) salários-mínimos.¹⁴⁹

Também aos deficientes físicos são garantidas entradas gratuitas para utilização do transporte público coletivo, segundo a Lei Federal n. 8.899/1994 (regulamentada pelo Decreto n. 3.691/2000),¹⁵⁰ mas a lei exige que a isenção seja gozada apenas aqueles pelos “comprovadamente carentes”. A gratuidade abrange, também, agentes de inspeção do Ministério do Trabalho,¹⁵¹ carteiros e mensageiros da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT),¹⁵² oficiais da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal,¹⁵³ sempre quando no exercício de suas funções profissionais.

Tomando-se como exemplo uma viagem de Curitiba/PR à Florianópolis/SC, estudo desenvolvido por Rutilini de Macedo Inácio, em 2012, apontou que o custo das gratuidades no transporte interestadual seria da ordem de 8,7% e, considerando o número de viagens regulares em um único ônibus, haveria um déficit anual de aproximadamente R\$ 95.446,94, aproximadamente 19,9% do valor de um veículo necessário para o serviço (que disponha de, pelo menos, 42 assentos).¹⁵⁴

Se o benefício for compensado pelo ente regulador, no caso, o Governo, este subsídio será dito direto; na hipótese dos valores serem compensados diretamente

¹⁴⁹ Lei Federal n. 10.741/2003. Art. 40. No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica: I – a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos; II – desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos.

¹⁵⁰ Lei Federal n. 8.899/1994. Art. 1º É concedido passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual.

¹⁵¹ Decreto-Lei n. 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), art. 630, § 5º - No território do exercício de sua função, o agente da inspeção gozará de passe livre nas empresas de transportes, públicas ou privadas, mediante a apresentação da carteira de identidade fiscal. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

¹⁵² Decreto-Lei n. 3.326/1941, art. 9º Os concessionários de transporte urbano em ferro-carrís são obrigados a conceder passo livre, em seus veículos, nos distribuidores da correspondência postal e telegráfica, quando em serviço; e Decreto-Lei n. 5.405/1943, art. 51. Nas cidades em que haja serviço de distribuição da correspondência postal ou telegráfica, as empresas concessionárias de transporte em ferro-carrís ou em ônibus são obrigadas a conduzir, em cada veículo, um empregado encarregado do referido serviço.

¹⁵³ Lei Federal n. 4.192/1962, art. 16 Fica estendido aos Oficiais de Justiça das Juntas de Conciliação e Julgamento da 3ª Região da Justiça do Trabalho o direito de passe livre assegurado pelo art. 13 do Decreto-lei nº 9.797, de 9 de setembro de 1946, aos Oficiais de Justiça das 1ª e 2ª Regiões; e Lei Federal n. 5.010/1966, art. 43 Os oficiais de justiça terão carteira de identificação, visada pelo juiz da vara em que servirem e terão passe livre, quando em exercício de suas funções, nas empresas de transportes da respectiva Seção Judiciária.

¹⁵⁴ INACIO, Rutilini de Macedo. *Análise do coeficiente tarifário do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros e o impacto financeiro das gratuidades legais em Santa Catarina*. 2012. Disponível em: <<http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/04/RUTILINI-DE-MACEDO-INACIO.pdf>>. Acessado em 06/02/2014.

nas tarifas cobradas dos demais usuários, será um subsídio cruzado; em não sendo nenhum destes, o ônus recairá sobre quem executa os serviços, ou seja, as empresas concessionárias.¹⁵⁵

As estatísticas demonstram que exatamente os que mais precisam do transporte público (os mais pobres), estão cada vez mais alijados do acesso a ele. Segundo pesquisa da extinta Secretaria de Desenvolvimento Urbano do Paraná – SEDU/PR, apenas 27,5% dos usuários dos ônibus pertencem às classes D e E, que juntas, representam 45% da população. Este é um quadro cruel da exclusão social.¹⁵⁶

Um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) revela que há um padrão de forte crescimento de gastos das famílias com o uso e a aquisição de veículos privados à medida que a renda aumenta. Ao mesmo tempo, os gastos com transporte coletivo são decrescentes a partir de um determinado ponto, sugerindo que há uma alteração do sinal da elasticidade-renda nos estratos mais baixos. Por exemplo, na faixa de renda “per capita” até R\$ 154,75 gasta-se em média R\$ 20,72 com transporte coletivo e R\$ 2,93 com o uso de veículo privado; já na faixa de renda “per capita” acima de R\$ 6.621,15 o gasto com transporte coletivo é de R\$ 34,94 e com o uso de veículo próprio R\$ 291,19. Ao analisar os gastos com transporte coletivo, observa-se que à medida que a renda aumenta, há uma forte propensão das famílias de gastar mais que proporcionalmente ao aumento da renda com transporte privado. Ao mesmo tempo, pode-se verificar que somente as famílias de mais baixa renda aumentam seus gastos com transporte coletivo quando há elevação de seus rendimentos, já que, nas famílias de maior poder aquisitivo, os gastos “per capita” com transporte coletivo indicam uma fuga por parte destas pessoas da modalidade de transporte público. Pode-se inferir que este fato reflete o maior nível de posse de veículos privados da população a partir de 2003, quando havia uma maior demanda reprimida por este bem durável. Mas, quanto ao uso efetivo, infere-se que, quando já há a posse de veículos pelas famílias, estas continuam bastante sensíveis à variação da renda, o que justificaria a adoção de políticas restritivas ao uso mais contundentes

¹⁵⁵ INACIO, Rutilini de Macedo. *Análise do coeficiente ...*, 2014.

¹⁵⁶ PROJETO DE LEI n. 5.085/2005, proposto pelo Deputado Federal Jackson Barreto, o qual Institui o Vale-Transporte Social às unidades familiares enquadradas na Lei Federal n. 10.836/2004 (Lei do Bolsa Família). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=029E5AC67A4C2A8F2F4E799E68C44BCF.proposicoesWeb?codteor=298004&filename=Tramitacao-PL+5085/2005>. Acessado em: 07/02/2015.

em períodos de forte expansão da renda, para amenizar as externalidades geradas pelo uso excessivo do transporte individual pela população.¹⁵⁷

O impacto social de uma política de mobilidade equivocada e injusta faz com que usuários do transporte das classes D e E passem a andar de bicicleta ou a pé, sendo que o alto custo do transporte exclui cerca de 37 milhões de brasileiros da utilização do transporte. Estima-se que, nas principais capitais brasileiras, em dois anos (1994/1996) tenha havido uma redução de 476 milhões para 312 milhões de passageiros por mês, ou seja, uma redução de 35% no número de transportados.¹⁵⁸

A emergência desse cenário indica a também urgência de medidas que, inicialmente, aliviem a gravidade da situação, restituindo a esses milhões de brasileiros o direito de se locomoverem com dignidade, até mesmo para terem acesso aos locais de trabalho e a outros serviços essenciais como saúde, educação e lazer, sobretudo para o cidadão cujo nível de pobreza já o habilita para o Programa Bolsa Família. Para fins de promoção e inclusão social, foi apresentado o Projeto de Lei Federal n. 5.085/2005, que cria o “Vale Transporte Social”, cujo objetivo é garantir mobilidade das famílias inscritas no Programa Bolsa família, que não conseguem ter acesso ao serviço de transporte público.¹⁵⁹

De 1994 a 2003, o percentual representativo do combustível nos gastos do transporte público saltou de 14,65% para 23,08%, de acordo com um estudo elaborado pelo Ministério das Cidades, o qual mostra também a evolução das tarifas de ônibus urbanos nesse período com reajustes de 240 a 400%, sendo que os índices de preços (IGP-DI da FGV, INPC do IBGE e o IPC da FIPE) tiveram variação de 201,2%, 150,4% e 122,9% no mesmo período, respectivamente.¹⁶⁰ A redução a zero das referidas alíquotas para os serviços de transporte coletivo já está em vigor no país por força da Medida Provisória n. 617/2013.¹⁶¹

¹⁵⁷ CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. Elasticidade-renda dos gastos das famílias Metropolitanas brasileiras com transporte Urbano e aquisição de veículos privados. Brasília: Ipea, 2013. (Texto para Discussão, n. 1.947). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1947.pdf>. Acessado em: 20/02/2015.

¹⁵⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Desoneração dos custos ...*, p. 1.

¹⁵⁹ PROJETO DE LEI n. 5.085/2005, proposto pelo Deputado ..., 2015.

¹⁶⁰ REDUÇÃO TARIFÁRIA. *Empresa de Transporte Urbano de Fortaleza*. Oswaldo Lima Neto. Disponível em <www.etufor.ce.gov.br/ppts%5CSeminário%20Fortaleza%20set%2007.ppt>. Acessado em: 02/02/2015.

¹⁶¹ Medida Provisória (MP) n. 617/2013. Art.1º Ficam reduzidas a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre a receita decorrente da prestação de serviços regulares de transporte coletivo municipal rodoviário, metroviário e ferroviário de passageiros. Parágrafo único. O disposto no caput alcança também as receitas decorrentes da prestação dos referidos serviços no território de região metropolitana regularmente constituída.

Levando em conta os R\$ 2,95 cobrados pelos ônibus no Rio de Janeiro, por exemplo, o trabalhador gasta por mês 118 reais, correspondente a 17,4% do salário mínimo. E em média, os brasileiros gastam 15% de sua renda com transporte urbano. Em regra, os usuários de transporte coletivo são pessoas de baixa renda.¹⁶² A situação é tão grave que no Rio de Janeiro, por exemplo, a imprensa alertou que entidades de assistência identificaram um novo tipo de morador de rua que, mesmo tendo trabalho e até casa, é obrigado a dormir na rua por absoluta falta de condições de pagar o transporte coletivo para voltar a sua casa. Essa situação foi verificada com trabalhadores da construção civil que estão optando por dormir nos canteiros de obra, também por não poderem pagar as passagens do transporte.¹⁶³

Observa-se que diversas políticas públicas em andamento demonstram e reforçam a importância desse direito social. Embora embrionárias e de pequena eficácia até o momento, o incremento dessas garantias constitucionais se dará paulatinamente. Começa-se a ganhar força diversos projetos de gratuidades, antes para classes profissionais, agora para grupos de pessoas discriminadas positivamente pelo ordenamento para fins de igualdade. Os próximos passos, naturalmente, serão no sentido de reconhecer a fundamentalidade do transporte público por meio de ações práticas até se atingir a completa destarificação.

Nesse sentido, mister analisar todos os custos envolvidos. Em síntese, os custos do transporte são compostos por despesas com pessoal e respectivos encargos (46%); combustível (25%); tributos (11,65%); manutenção (8%); outros (9,35%). Estima-se, ainda, que o lucro líquido das empresas de transporte varie em torno de 5 a 7%. A carga tributária no setor de transportes é decomposta em tributos diretos e indiretos, sendo os diretos federais (Cofins e Pis/Pasep, 3,65%) e municipais (ISS e taxas, 8%), além de encargos sociais (10,28%); e os principais tributos indiretos incidentes, federais (Cide e Pis/Cofins sobre o óleo diesel, 3,75%) e estaduais (ICMS sobre o óleo diesel, 4,5%; e veículos, 1,2%). Um exemplo da discrepância: de 2001 a 2007, por exemplo, houve um aumento de 140% no preço do óleo diesel, enquanto a

¹⁶² INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS (IPEA). *Rio: trabalhador gasta até 70% de salário mínimo com transporte público*. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=18630&catid=159&Itemid=75>. Acessado em: 13/01/2015.

¹⁶³ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS (JUSTIFICAÇÃO) do Projeto de Lei n. 5.085/2005 do Deputado Federal Jackson Barreto, que institui o vale-transporte social. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=029E5AC67A4C2A8F2F4E799E68C44BCF.proposicoesWeb2?codteor=298004&filename=Tramitacao-PL+5085/2005>. Acessado em: 07/02/2015.

inflação oficial ficou na casa dos 57%. Verifica-se não apenas a falta de subvenção adequada, mas a excessiva oneração do transporte.¹⁶⁴

Segundo um estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), os gastos com transporte público subiram mais de 30% ao longo de seis anos entre as famílias com renda per capita de até meio salário mínimo. Já entre as famílias com renda superior a oito salários mínimos, houve queda superior a 15%. Chama a atenção o fato de que as despesas com transporte privado aumentaram mais de 20% entre os ricos, enquanto as [despesas] dos mais pobres diminuiu 20%.¹⁶⁵

Esses dados demonstram que, por diversas razões, como precariedade, alto custo,¹⁶⁶ insegurança, entre outros, a maioria dos usuários dos transportes coletivos não dispõem de condições financeiras para o transporte privado. Segundo Carlos Henrique de Carvalho, um dos autores do estudo, "Está havendo um deslocamento de gastos do transporte público para o privado em todas as faixas de renda, com exceção dos mais pobres (renda per capita de até meio salário mínimo)".¹⁶⁷

Para o técnico de pesquisa e planejamento do Instituto de Política Econômica Aplicada (Ipea) Erivelton Pires Guedes, o "Tarifa Zero" é um projeto viável: "Há projeções que estimam em R\$ 30 milhões por mês, aproximadamente, o custo de implantação do Tarifa Zero em Brasília. Na hora de avaliar se isto custa caro é preciso considerar que um projeto desses incentivaria os cidadãos a deixar o carro em casa, com todas as vantagens ambientais, economia de tempo, melhora do trânsito".¹⁶⁸

¹⁶⁴ INACIO, Rutilini de Macedo. *Análise do coeficiente tarifário do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros e o impacto financeiro das gratuidades legais em Santa Catarina*. Disponível em: <<http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/04/RUTILINI-DE-MACEDO-INACIO.pdf>>. Acessado em 06/02/2014.

¹⁶⁵ INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS (IPEA). *Gasto com transporte público sobe 30% para pobres e cai 15% para ricos*. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=18619&catid=159&Itemid=75>. Acessado em: 13/01/2015.

¹⁶⁶ Por exemplo, a alta acumulada pela inflação entre 1994 (ano do lançamento do Plano Real) e 2013 totaliza 332%, enquanto que o reajuste das passagens no mesmo período é de 742%. Fonte: IPEA. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=18613&catid=159&Itemid=75>. Acessado em: 13/01/2015.

¹⁶⁷ Uma pesquisa da (extinta) Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República indicou que 37,5% dos usuários de ônibus urbanos pertencem à classe C, 27,5% à classe B, 7,5% à classe A e 27,5% às classes D e E juntas. Disponível em <<http://tarifazero.org/2009/09/24/crise-de-financiamento-vs-crise-de-mobilidade/>>. *Crise de financiamento vs. Crise de mobilidade*. Acessado em: 13/01/2015.

¹⁶⁸ INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS (IPEA). *Monitor Mercantil: Inflação avança 332% e reajuste de tarifa de ônibus acumula 742%*. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=18613&catid=159&Itemid=75>. Acessado em 30 de junho de 2013.

A exploração do serviço público pelo particular, segundo a Lei Federal n. 8.987/1995, ocorre por sua “conta e risco”,¹⁶⁹ ou seja, cabe ao concessionário ou permissionário custear a prestação do serviço e arcar com eventual prejuízo decorrente da atividade, conforme já visto. Contudo, a própria Lei estabeleceu parâmetros de política tarifária, no art. 9º, visando ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato caso se mostre necessário para garantir as condições iniciais propostas.

E, conforme previsto no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição, a política tarifária será instituída por lei. A expressão “conta e risco” não é norma constitucional e a solidariedade financeira sempre foi uma prática, mesmo antes da Constituição de 1988. As concessões subsidiadas (vide art. 17 da Lei Federal n. 8.987/1995¹⁷⁰ e art. 2º, § 1º, da Lei 11.079/2004) diminuem os riscos ordinários do concessionário em relação à obtenção de receitas dos usuários.¹⁷¹ Ademais, o risco a que se submete o concessionário do serviço público não é absoluto. A ausência de remuneração pode levar o particular à falência, fazendo com que haja descontinuidade do serviço e conseqüentemente afetar a seara social.¹⁷²

A remuneração é elemento essencial do conceito de concessão, variável de acordo com o desempenho da atividade, não estando afastada a possibilidade de subsídios por parte do Poder Público.¹⁷³ Contudo, André Luiz Freire, diversamente, entende que a remuneração não é essencial ao conceito de concessão do serviço público, pois, ao questionar se um Município poderia, no âmbito de uma política social, subsidiar integralmente o serviço público de transporte urbano de passageiros, a resposta seria positiva: nada impediria o Município de custear totalmente o valor das tarifas de ônibus e isso não afetaria a relação jurídica entre os usuários e o concessionário, tampouco suprimiria o ato de delegação de competências

¹⁶⁹ Segundo o art. 2º da lei de regência, tanto as concessões quanto as permissões podem delegar serviços públicos à pessoa jurídica ou consórcio que demonstre capacidade no desempenho das funções públicas, sempre mediante licitação. Aliás, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu não há direito do particular explorar atividade de transporte a título precário sem a observância do devido procedimento licitatório (nesse sentido vide o AgR 89/PI, relatado pela Min. Ellen Gracie, publicado no DJU em 15.02.2008, e diversos precedentes citados no voto).

¹⁷⁰ Lei Federal n. 8.987/1995. Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

¹⁷¹ FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. Coleção Temas de Direito Administrativo 34. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 359-361.

¹⁷² FORTINI, Cristiana. *Contratos Administrativos: Franquia, Concessão, Permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 42-45.

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2009, p. 89.

administrativas de prestação do serviço ao sujeito privado, que seria o núcleo da concessão do serviço público.¹⁷⁴

Em sentido contrário, o entendimento de Egon Bockmann Moreira, para quem o pagamento da contraprestação pelo usuário faz parte da racionalidade pública do projeto concessionário e a busca pelo constante aperfeiçoamento em um projeto autossustentável, nos termos do art. 175 da Constituição e da Lei n. 8.987/1995, normas que implementam projetos concessionários nos quais o pagamento da tarifa (módica, ressalva o autor) por parte de todos os usuários é um dado essencial.¹⁷⁵

Em qualquer dos casos (remuneração paga pelos usuários ou paga pelo próprio Estado), a remuneração está presente no contrato de concessão, razão pela qual, embora seja uma discussão puramente teórica, sendo ou não a remuneração secundária para o conceito, importa mais ressaltar que o concessionário deverá ser remunerado e que nada impede o Poder Público de subsidiar o serviço público, inclusive prevendo fontes alternativas de receitas, complementares ou acessórias (art. 18, VI, da Lei 8.987/1995).¹⁷⁶

O que é vedado é criar uma isenção sem fundamento constitucional ou sem apontar a fonte pagadora. É o caso da Lei Estadual 15.722/2007/PR (Projeto de Lei Estadual n. 192/2007), a qual visava isentar motocicletas e similares do pagamento de pedágio.¹⁷⁷ A Comissão de finanças exalta valores cristãos, mas não traz nenhum cálculo de impacto, aliás, deduz que não trará nenhum impacto, pura e simplesmente.¹⁷⁸ As justificativas apresentadas para aprovação do projeto, basicamente, são a demora que o motociclista leva para pagar a tarifa na praça de pedágio e o pouco desgaste da pista pelo trânsito de motocicletas, mas nenhum dado econômico embasa o custo da isenção. Também desconsidera que o proprietário de

¹⁷⁴ FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público ...*, p. 362-363.

¹⁷⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 266-267.

¹⁷⁶ Lei Federal n. 8.987/1995. Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: (...) VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

¹⁷⁷ LEI ESTADUAL 15.722/2007/PR. Disponível em: <<http://www.alep.pr.gov.br/web/baixarArquivo.php?id=15669&tipo=I>>. Acessado em 07/02/2015.

¹⁷⁸ Em seu parecer conjunto, presidente e relator da Comissão de Finanças, aprovam o Projeto de Lei, dentre outros fundamentos, “Com os projetos 192/2007, 281/2007 e 473/2007, os dignos deputados pretendem isentar do pagamento de pedágio motocicletas e similares. Poucas motocicletas têm esse caráter meramente de lazer de seus proprietários. A quase totalidade é usada como ferramenta de trabalho de seus proprietários, que visam economizar a tarifa nos ônibus. É o meio que utilizam para enfrentar as durezas financeiras do dia-a-dia. Os proprietários das concessionárias ganham milhões explorando as praças de pedágio. Por não causar nenhum tipo de impacto financeiro aos cofres públicos e, pelo caráter social do benefício pretendido pelos colegas deputados, nosso parecer é favorável à aprovação deste projeto, louvando o espírito cristão e humanitário de seus autores”.

uma moto já paga um valor menor que um veículo. Obviamente referido projeto não passou pelo exame de constitucionalidade, que desconstituiu a malfadada isenção com fundamento na violação do princípio da isonomia.¹⁷⁹ O Tribunal Regional Federal da 4ª Região também entendeu dessa forma, fulminando-a por inconstitucionalidade (violação ao art. 37, inciso XII, da Constituição Federal).¹⁸⁰

Destaca-se que de acordo com os dados do Departamento de Trânsito do Paraná (Detran-PR), em novembro daquele ano (2007), estavam registrados no Estado 606.825 motocicletas, 139.461 motonetas, 9.950 ciclo-motores e 16 quadriciclos.¹⁸¹ Apenas entre os dias 18 e 20 de dezembro de 2007, 9934 motos foram isentadas do pagamento, o que gerou um prejuízo de R\$ 33.949,10 à concessionária do pedágio.¹⁸² Em igual caminho, Lei Estadual n. 7.304/2002/ES.¹⁸³

A alteração unilateral do contrato por parte da Administração Pública está condicionada ao correspondente reequilíbrio econômico-financeiro. Daí porque

¹⁷⁹ Nesse sentido, vide a fundamentação (justificativa) apresentada para apresentar o Projeto de Lei Estadual n. 192/2007/PR. Disponível em: <<http://www.alep.pr.gov.br/web/baixarArquivo.php?id=15669&tipo=l>>. Acessado em 07/02/2015.

¹⁸⁰ Nesse sentido, vide o seguinte acórdão: LEI ESTADUAL QUE ESTABELECE ISENÇÃO OU REDUÇÃO DE TARIFA DE PEDÁGIO SEM COMPENSAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE DA CORTE. 1. A lei do Estado do Paraná, a qual cria isenção de tarifa para as motocicletas e similares, altera a perspectiva de lucro já delineada por ocasião da celebração do contrato de concessão, não só pela inexistência de tal isenção quando da contratação, mas também pela ausência de previsão de mecanismos de compensação das perdas decorrentes dessa dispensa de pagamento. Isso altera de forma substancial as condições iniciais da proposta e o possível lucro que levou a concessionária a contratar com o Poder Público. Sob esse enfoque, a norma em questão viola diretamente o disposto no art. 37, inciso XII, da Constituição Federal, na medida em que não são mantidas as condições efetivas da proposta. 3. Precedente da Corte Especial no Incidente de Inconstitucionalidade no AI nº2008.04.00.002897-5/PR. (TRF4, Ag na ACi 2008.70.00.000253-8, Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 2009). Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_ge_dpro.php?local=trf4&documento=2979207&hash=b95288cfb52f15dc51d53c5e9ba84d34>. Acessado em: 15/01/2015.

¹⁸¹ DATAPAR. *Governo concede isenção do pedágio para motos*. Disponível em: <http://www.datapar.com.br/noticias/detalhe.asp?cod_conteudo=568>. Acessado em: 02/02/2015.

¹⁸² PARANÁ ON-LINE. *Rodovias do Paraná perderem R\$ 33,9 mil sem pedágio de moto*. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/editoria/pais/news/275119/>>. Acessado em: 02/02/2015.

¹⁸³ Nesse sentido, vide o acórdão proferido na ADI n. 2733/ES: LEI N. 7.304/02 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. EXCLUSÃO DAS MOTOCICLETAS DA RELAÇÃO DE VEÍCULOS SUJEITOS AO PAGAMENTO DE PEDÁGIO. CONCESSÃO DE DESCONTO, AOS ESTUDANTES, DE CINQUENTA POR CENTO SOBRE O VALOR DO PEDÁGIO. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. AFRONTA. 1. A lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela Administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação. 2. Afronta evidente ao princípio da harmonia entre os poderes, harmonia e não separação, na medida em que o Poder Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente. (STF, ADI 2733/ES, Relator: Eros Grau, Data de Julgamento: 26/10/2005, Data de Publicação: DJ 03-02-2006).

estudos comprobatórios de que efetivamente haverá preservação da equação contratual devem preceder a alteração. O desequilíbrio contratual é nocivo para a manutenção do serviço e do projeto concessionário como um todo, por menores que sejam os déficits.¹⁸⁴ Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu pela impossibilidade de obrigar a concessionária à prestação contínua do serviço adequado, eficiente e seguro aos usuários.¹⁸⁵

Não basta, contudo, que ocorra o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. O desequilíbrio é condição necessária, mas não única suficiente para caracterizar o desequilíbrio econômico-financeiro que justifica a revisão contratual. É também necessário que ele resulte de um ato estatal, de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços da economia. O desequilíbrio deve estar qualificado pelo ordenamento jurídico, pois ele pode ocorrer sem que decorra um dever do contratante em recompor a equação inicial do contrato. Isso porque o desequilíbrio sempre será econômico-financeiro, mas pode decorrer do risco do negócio, hipótese em que não haverá o direito à revisão nos termos inicialmente contratados.¹⁸⁶

No estudo de reajuste e revisão da tarifa é bastante pertinente tratar da questão tanto do ângulo do usuário (um valor que não impossibilite nem dificulte a utilização do serviço), quanto do concessionário (um valor que não comprometa a estabilidade e prestação do serviço). Esse equilíbrio é representado pela chamada “equação econômico-financeira do contrato de concessão” ou simplesmente “equilíbrio econômico” e trata-se da equação de primeiro grau “ $x - y = 0$ ”, em que “ x ” refere-se aos custos do concessionário para executar o serviço adequadamente, e “ y ” a remuneração a ser paga pelos usuários e assegurada pelo Concedente.¹⁸⁷

¹⁸⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões ...*, p. 383-385.

¹⁸⁵ Nesse sentido, vide o acórdão proferido no REsp: 572070/PR: TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. (...) 4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários. 4. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 572070/PR, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 16/03/2004, Segunda Turma)

¹⁸⁶ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, v. 29, n. 107, p. 25-32, dez/2009.

¹⁸⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. A tarifa de energia elétrica. In: BLANCHET, Luiz Alberto; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Direito da Energia. Economia, Regulação e Sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 9-20.

Em razão da oscilação nos preços dos insumos da atividade pode haver comprometimento do equilíbrio-econômico, sendo então necessário recorrer aos processos de reajuste anual ou de revisão, que podem ser periódicos ou extraordinários. Ao estudo mais interessa a revisão extraordinária, que poderá impor aumentos em razão de fatores supervenientes, imprevisíveis, inevitáveis e não provocados pela parte à qual interessa o reposicionamento da tarifa, sempre que tais fatores impactarem significativa e comprovadamente nos custos da execução das atividades objeto do contrato de concessão. Tanto o reajuste quanto a revisão poderão resultar em aumento ou diminuição do preço da tarifa.¹⁸⁸

Em Curitiba, Paraná, o prefeito Gustavo Fruet apresentou uma proposta chamada “Projeto Curitiba – um novo financiamento do transporte público”, pelo qual o transporte será custeado por meio de uma contribuição igual para todos os trabalhadores assalariados, da mesma forma que atualmente existe no vale-transporte a contribuição equivalente a, no máximo, 6% do salário e o empregador é responsável pela parcela que exceder esse percentual. Segundo o Ministério do Trabalho no Paraná, há em Curitiba 936.156 trabalhadores registrados (RAIS 2013), sendo que o custo médio do sistema integrado do transporte coletivo em toda a Região Metropolitana de Curitiba (RMC) tem o valor aproximado é de 85 milhões ao mês. Pelo sistema de custeio igualitário, cada assalariado contribuiria com 4 reais por dia útil ou 88 reais por mês. Limitando-se a 6% do valor do salário, caso o trabalhador receba o salário-mínimo de 788 reais, contribuiria com R\$ 47,28 e o empregador com os outros R\$ 40,72. Atualmente, nesse mesmo exemplo, o empregador contribui com R\$ 78,12, totalizando R\$ 125,40 de vale-transporte por trabalhador. O vale-transporte seria descontado na fonte, indo direto para o Fundo de Transporte Público, ou o já existente Fundo de Urbanização de Curitiba e esse Fundo ficaria responsável por remunerar as empresas de acordo com a quantidade de serviço prestado (km percorridos).¹⁸⁹

Significa dizer que todos sairiam beneficiados: o concessionário (que receberia a remuneração pelo serviço prestado), o trabalhador (que teria acesso ilimitado ao serviço de transporte) e o empregador (que teria reduzido o valor complementar da sua participação no pagamento do transporte do empregado). Outrossim, haveria não apenas a universalização dos usuários, mas seria possível realizar quantas viagens fosse necessário, com a possibilidade de inúmeras interligações entre linhas diferentes, sem ter que passar pelo terminal. Ademais, haverá um grande incentivo

¹⁸⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. A tarifa de energia ..., p. 9-20.

¹⁸⁹ PESSUTI, Bruno. *Já imaginou catraca livre?* Disponível em: <<http://www.brunopessuti.com.br/noticia/419/ja-imaginou-catraca-livre>>. Acessado em: 31/01/2015.

para que essas pessoas passem a se locomover a qualquer hora do dia de transporte coletivo, em qualquer parte ou na totalidade do trecho percorrido, sem precisar gastar nada a mais por isso. Turistas ou outros passageiros avulsos (“autônomos”) também seriam beneficiados, pois poderiam pagar apenas tarifas módicas, que seriam reinvestidas na melhoria do sistema.¹⁹⁰

Anteriormente à Constituição republicana de 1988, o Tribunal de Contas tinha a função de examinar e controlar “a posteriori” os ajustes em contratos públicos, quando então os contratos já estavam desenvolvidos e executados quando chegavam para controle. Pelo novo regramento, passou a exercer suas funções “a priori”, e não apenas a legalidade, mas também a legitimidade e a economicidade das despesas (CF, art. 70). Seguiu-se a Lei de Licitações (8.666/1993) nos mesmos termos, possibilitando o controle “a priori” dos termos do edital (art. 113, § 2º).¹⁹¹

Quanto aos atos ineficientes cabe ao Tribunal de Contas, em auxílio ao Poder Legislativo e na sua função de controle da eficiência das ações do Estado, em fiscalização ao gestor público, a sua sustação. Quer dizer que o gestor público está obrigado, por sua responsabilidade e capacidade funcionais, a perseguir os melhores resultados com os meios que tiver à sua disposição visando a promoção do interesse público. Aliás, a Constituição é bastante exigente quanto ao dever de fiscalização, tanto que além da verificação da eficiência externa prescreveu a necessidade de controle interno sistemático entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário por meio do art. 74, “caput”,¹⁹² da Constituição da República.¹⁹³

3.5. A escassez de recursos, o princípio da reserva do possível, direitos fundamentais e o entendimento do Poder Judiciário

Além dos direitos fundamentais positivos e negativos, há ainda outros que podem conter de forma simultânea tanto uma obrigação positiva, quanto uma obrigação negativa, como ocorre com o direito fundamental de livre locomoção (CF, art. 5º, XV), que obriga o Estado a não estabelecer barreiras ao livre deslocamento

¹⁹⁰ PESSUTI, Bruno. *Já imaginou catraca ...*, 2015.

¹⁹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 343-344.

¹⁹² CF/88. Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (...).

¹⁹³ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 112-113.

dos cidadãos (obrigação negativa) e ainda determina o dever de prover meios para a livre movimentação, por meio do serviço de transporte (obrigação positiva).¹⁹⁴

Todos os direitos implicam custos, mesmo os direitos de liberdade, como polícia e tribunais eleitorais. Porém, os custos de financiamento e manutenção dos direitos não se resumem ao aspecto econômico-financeiro (aspecto imediato), há também os custos indiretos, como os derivados dos encargos institucionais de manutenção e funcionamento de estruturas estatais.¹⁹⁵

Os custos públicos são provenientes da arrecadação conduzida pelo Estado Fiscal, por meio de tributos diversos, destacando-se as contribuições sociais, por terem finalidades específicas previstas na Constituição, o que torna viável a concretização dos direitos fundamentais. Os problemas surgem quando se admite a escassez de recursos estatais para a promoção dos direitos fundamentais.¹⁹⁶

É inegável que todos os direitos fundamentais dependem de fatores econômicos e da disponibilidade de verbas, portanto, a escassez de recursos é um limite concreto à efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho prestacional. Todavia, ao conceber os direitos sociais como direitos fundamentais, o Estado Brasileiro assumiu um compromisso à sua efetivação, o que deve pautar sua atividade com vistas à realização daqueles direitos.¹⁹⁷

Segundo Gustavo Amaral incumbe ao magistrado a tarefa de “projetar o conteúdo de pretensão positiva” do particular, contrastar o teor dessa pretensão com a realidade fática e então verificar se há violação potencial. Se houver, caberá questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal. Mas ao Judiciário não cabe decidir a alocação de recursos abstratamente, nem controlar as escolhas feitas pelos demais Poderes, limitando-se a apreciar demandas individuais ou coletivas relativas a pretensões positivas, deve ponderar o grau de essencialidade da pretensão, em função do mínimo existencial, e a excepcionalidade da situação. É a chamada “escolha dramática”.¹⁹⁸

¹⁹⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 101.

¹⁹⁵ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 66-67.

¹⁹⁶ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível ...*, p. 67-68.

¹⁹⁷ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível ...*, p. 76.

¹⁹⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro, 2001, p. 208.

O fio condutor desse processo de ponderação é o princípio da razoabilidade. É a proporcionalidade e razoabilidade que obriga a Administração e as leis, na consecução do interesse público, a mobilizar recursos de forma apropriada para o atingimento da finalidade.¹⁹⁹ Quando, porém, dois ou mais direitos essenciais demandarem escassos recursos, a dúvida é qual deles atender.

Ao contrário do que ocorre com os direitos de liberdade (direitos negativos), a reserva do financeiramente possível compõe o conteúdo da norma de direito fundamental social, sendo uma condição de eficácia a ser realizada. Assim é porque, no seu assentir, a propriedade, enquanto direito de liberdade, seria violada caso fosse desapropriada e não houvesse justa indenização. O que não ocorreria no caso do direito social prestacional de moradia, em que os custos financeiros – e, por conseguinte, a reserva do possível – integra a sua previsão normativa, motivo pelo qual condiciona a consequência jurídica subjacente.²⁰⁰

A proteção do interesse público, contudo, muitas vezes se opera através da restrição das liberdades, pois têm como justificativa os direitos fundamentais, o que representa inexoravelmente uma proteção do cidadão. A vinculação dos direitos fundamentais e liberdades públicas aos interesses gerais garante sua existência, pois é da essência do Direito administrativo o equilíbrio entre o poder e a liberdade, como derivação lógica da inexistência de direitos absolutos, cujo condicionamento se justifica pelos interesses da comunidade. E a indisponibilidade dos interesses públicos impede o manejo arbitrário das prerrogativas pelo administrador, ao impor sujeições jurídicas que se operam como um contrapeso aos poderes concedidos.²⁰¹

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45/DF, o Ministro Celso de Mello advertiu que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de se exonerar do cumprimento de seus deveres constitucionais, principalmente se, via reflexa, puder resultar em aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade, exceto em situações de justo motivo objetivamente aferível.

Não pode o Estado agir de modo desarrazoado de modo a afetar o núcleo intangível de um conjunto de condições mínimas necessárias para a existência digna e

¹⁹⁹ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 133.

²⁰⁰ BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A Reserva do Financeiramente Possível no Conteúdo Normativo dos Direitos Sociais e o Constitucionalismo de Cooperação. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 11, n. 45, (jul./set. 2011), Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 236.

²⁰¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 87.

essencial à própria sobrevivência do indivíduo (mínimo existencial). O princípio da reserva do possível, segundo decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), deve observar o binômio “razoabilidade da pretensão individual/social e a disponibilidade financeira do Estado” para realizar as prestações reclamadas.

No mesmo sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal relatada pelo ministro Dias Toffoli assentou que “A administração não pode invocar a cláusula da ‘reserva do possível’ a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária”.²⁰² Denota-se que a norma de direito social tem eficácia imediata e não se adstringe à reserva do possível, logo, não há que se falar que este princípio integra o conteúdo da norma constitucional, limitando-lhe os efeitos.

Mesmo porque, embora haja certo grau de subjetividade,²⁰³ é possível estimar o custo para efetivação de todos os direitos abrangidos pelo salário mínimo. Partindo-se da premissa que o valor fixado não é suficiente para atender às necessidades básicas para que uma família possa gozar de todos os direitos assegurados,²⁰⁴ pode o judiciário intervir em tal matéria.²⁰⁵ Isso ocorre por ser considerado claro descumprimento da Constituição da República, valorando e dando eficácia concreta ao comando normativo, a fim de garantir o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica.²⁰⁶

Ao negar a vigência imediata do direito ao transporte, ainda que sob o pálio da escassez de recursos, está a se retirar eficácia ao mandamento constitucional,

²⁰² Nesse sentido, vide o AI 674.764 AgR, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 04.10.2011, DJe-205, publicado em 25.10.2011.

²⁰³ Nesse sentido, vide o AI 674.764, AgR, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 04.10.2011, DJe-205, publicado em 25.10.2011.

²⁰⁴ Segundo o Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Econômicos (DIEESE), o “salário mínimo necessário” em janeiro de 2015 seria de R\$ 3.118,62 (contra os atuais R\$ 788). O salário mínimo necessário é divulgado mensalmente e é calculado com base no custo mensal com alimentação, embasado no art. 7º da Constituição Federal que determina que deve atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família (2 adultos e 2 crianças). Nesse sentido: DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS ECONÔMICOS (DIEESE). *Salário mínimo nominal e necessário*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acessado em: 07/02/2015.

²⁰⁵ Nesse sentido, vide a ADI n. 1.458-7, de relatoria do ministro Celso de Mello, para o qual “A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender às necessidade vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso salarial de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica.

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 154.

relegando-o, juntamente com a sua fundamentalidade, ao plano meramente programático. Como não há direitos absolutos, tampouco o princípio da escassez de recursos pode ser invocado como panaceia para negar todos os pedidos de realização dos direitos fundamentais.

Em alguns casos específicos optou o legislador infra-constitucional por regulamentar a isenção tarifária para determinados segmentos da sociedade. Consoante já mencionado, já se estabeleceu gratuidade para estudantes, carteiros, deficientes físicos, policiais em serviço, idosos etc. Todos esses casos, no entanto, tratam-se de políticas públicas, em que a discussão econômica normalmente envereda para a questão da remuneração do concessionário, o qual, já se disse, poderá requerer o reequilíbrio negocial mediante ajuizamento de ação própria.

Já restou consignado, também, que os direitos sociais são tidos por fundamentais para a realização da dignidade da pessoa humana, o que os leva à possibilidade de aplicação imediata, inclusive, por meio de pedido judicial para garantir o direito constitucional eventualmente violado. O que cabe analisar é em que medida se pode exigir, por parte do usuário; e negar, por parte da Administração, os direitos sociais fundamentais.

As políticas públicas surgiram no contexto do Estado Social, cujo fundamento se assenta na existência dos direitos sociais (ou de segunda geração), que consistem justamente em poderes exercidos a partir das condições materiais exercidas pelo Estado, cuja nota distintiva é o fato de que sua concretização ocorre por meio de prestações positivas do Estado.²⁰⁷

A questão remanescente, portanto, é quando tais [políticas] não são realizadas, deixando o cidadão à míngua sob a escusa de inexistência de recursos financeiros. Nessa situação, o exegeta deverá perscrutar até encontrar o limite proporcional entre os valores envolvidos. Pelo princípio da universalidade o máximo possível de pessoas deve ser beneficiado pela gratuidade do transporte como condição de concretização dos direitos previstos na ordem constitucional.

O princípio da universalidade determina que se deve propiciar a fruição do serviço a todos de forma isonômica e ao maior número possível de pessoas, objetivando a satisfação de todas as manifestações de necessidade, ou seja, o serviço público tem a característica inafastável de acessibilidade a todos que o tenham por necessidade essencial, independentemente do poder aquisitivo, ainda que

²⁰⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no Estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 86.

concedidos, como meio de manutenção da dignidade.²⁰⁸ O escopo teleológico do Estado pela universalidade dos serviços públicos é ofendido quando se alcança apenas uma parcela de beneficiários privilegiados ou mesmo que não atinja uma parte dos usuários, eis que garantidora do direito de acesso a todos para satisfação de suas necessidades essenciais. Digno de nota é o princípio da razão pública, inerente à proporcionalidade, e segundo o qual as soluções públicas não devem contemplar apenas razões ou interesses inerentes a grupos parciais. Por mais respeitáveis que sejam essas minorias ou majorias interessadas, os seus interesses só podem ser atendidos por razões públicas atinentes à coletividade como um todo, e não em virtude deles em si.²⁰⁹

Diante do cenário atual, de escassez econômica, há que se ter limites e/ou parâmetros hierarquizados para aplicação dos recursos. E nesse aspecto plenamente suscetível o princípio da reserva do possível. A reserva do possível teve origem em uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão,²¹⁰ tendo sido aplicada de maneira similar no Brasil pela doutrina e jurisprudência como três formas de limitação: fática, jurídica e de razoabilidade. Verifica-se, assim, que mesmo em um país sem a tradição dos serviços públicos (ao menos em seu sentido subjetivo), o conteúdo dos direitos fundamentais impõe ao Estado um dever positivo de ação, consubstanciado no dever de garantir aos cidadãos a fruição adequada dos serviços públicos. No Brasil, à luz do conteúdo dos direitos fundamentais constantes da Constituição de 1988 (e não apenas os direitos fundamentais individuais, mas também os direitos sociais e econômicos), Vitor Rhein Schirato entende serem aplicáveis as considerações do Tribunal Constitucional Alemão em sua plenitude, sobretudo considerando-se a constitucionalização como direito fundamental dos direitos sociais, os quais não existem na Constituição Alemã.²¹¹

Os direitos positivos exigem recursos públicos para sua concretização, decorrentes da própria instituição de direitos que, necessariamente, envolve a

²⁰⁸ BOURGES, Fernanda Schuhli. *Serviços Públicos Concedidos: perspectivas remuneratórias para a ampliação do acesso*. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003, p. 197-223. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 204.

²⁰⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 2, n. 8, p. 69-112, 2002, p. 86.

²¹⁰ Segundo SARLET, a construção teórica da reserva do possível teve origem na Alemanha, no início dos anos de 1970, através da discussão sobre a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais relacionados à educação superior (SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords). TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29).

²¹¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 113.

alocações desses custos como medida imprescindível para a sua efetividade prática. Preocupar-se com a origem dos recursos não é um meio para negar a vigência aos direitos, mas antes, um meio para assegurar a sua concreção.²¹²

O “limite fático” consiste na existência dos recursos, ou simples capacidade material. Existindo os recursos, o “limite jurídico” consiste na capacidade do Estado dispor desses recursos e, para tanto, é necessário que conste do orçamento público anual. O “limite do razoável” estabelece um juízo da “razoabilidade” da exigência de prestação de determinado direito social. Ocorre que a definição do que é ou não razoável, inexistindo legislação específica, dependerá da decisão do intérprete no caso concreto.²¹³

Segundo esses critérios, dever analisá-los individualmente. A “exigência fática”, consistente na simples análise da existência ou não de recursos, reduziria drasticamente a eficácia dos direitos sociais. Subordinar os direitos sociais ao condicionamento econômico acaba por condená-los à uma segunda categoria, já que não há recursos públicos suficientes para financiar todos os direitos sociais adequadamente. O “critério jurídico” visa limitar a utilização dos recursos previstos na Lei Orçamentária Anual (LOA) para a concretização dos direitos prestacionais. Portanto, se o valor a ser dispendido com o direito social ultrapassar a previsão orçamentária, não deveria ser realizado, nem judicialmente. A adoção desse critério, no entanto, limita a matéria às políticas públicas aprovadas, não havendo campo para a efetivação dos direitos por meio do judiciário.²¹⁴

As políticas são atos oriundos das relações de força na sociedade, nas diversas formas de materialização. A concretização em fato das relações de força se manifesta de formas diversas. As políticas são chamadas de públicas, quando estas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações sociais existentes. E são políticas públicas porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais, atuando sobre campos institucionais

²¹² SCHWIND, Rafael Wallbach. O Custo dos Direitos – O Caso da Gratuidade Prevista no Estatuto do Idoso e a Remuneração do Concessionário de Transporte Urbano. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 6, n. 21, (jan./mar. 2008), Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 219.

²¹³ GLOECKNER, Joseane Lederbrum. A Reserva do Possível como Limite à Efetividade do Direito Fundamental à Saúde. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 13, n. 51, (jan./mar. 2013), Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 237.

²¹⁴ SCHWIND, Rafael Wallbach. O Custo dos Direitos ..., p. 220.

diversos, para produzir efeitos modificadores da vida social, sempre em função do interesse coletivo.²¹⁵

O controle da adoção e da implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário tem sido muito discutido na literatura jurídica brasileira em face do princípio da separação de poderes e sua adequação para efetivar direitos fundamentais.²¹⁶ Decorrente do princípio da inafastabilidade do controle judicial sobre os atos administrativos, o controle judicial do poder tarifário autoriza o Poder Judiciário a apreciar qualquer alegação de lesão ou ameaça de direito, e decidir, no caso concreto, acerca da fixação das tarifas.²¹⁷ O princípio da separação dos Poderes atualmente não pode ser entendido como uma rígida e absoluta proibição do juiz de condenar ou impor comportamentos à Administração Pública, “não podendo somente se fazer substituir o cerne de escolha dos atos discricionários por mera discordância sem embasamento lógico ou jurídico”.²¹⁸

Cabe ao Judiciário manifestar-se sobre temas como modicidade tarifária, equilíbrio econômico-financeiro contratual, reajuste ou revisão tarifária, porém, sem se olvidar que o mérito desse ato é uma área de livre pactuação constitucional entre concedente e concessionário.²¹⁹

Ao afirmar que os serviços públicos são instrumentos criados pelo ordenamento jurídico para a satisfação de direitos fundamentais dos cidadãos, está-se a imputar ao Estado um dever positivo de agir para cumprir obrigações que lhe são impostas pela ordem jurídica, às quais se contrapõem direitos subjetivos públicos dos cidadãos.²²⁰

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet consigna as circunstâncias trazidas por Robert Alexy para reconhecer um direito subjetivo originário a prestações: (a) quando imprescindível ao princípio da liberdade fática; (b) quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais concernentes a direitos fundamentais forem atingidos de forma

²¹⁵ DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos. As ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 239.

²¹⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 91.

²¹⁷ BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

²¹⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 512.

²¹⁹ BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços ...*, p. 111.

²²⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos ...*, p. 120.

relativamente diminuta, concluindo que “tais condições se encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas”.²²¹

Outrossim, a limitação jurídica ao orçamento público aprovado em legislação infraconstitucional não pode ser empecilho para a efetivação dos direitos constitucionais, sob pena de haver uma inversão da ordem hierárquica. A reserva do possível, especialmente em relação ao mínimo existencial, não pode ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas antes uma cláusula que imponha prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.²²²

Até mesmo porque, conjuntamente à reserva do possível há-se que sempre invocar a modicidade tarifária,²²³ princípio nuclear do serviço público e corolário da universalização, pois é o pressuposto necessário para o amplo acesso aos serviços públicos. Seguindo-se as diretrizes do princípio da modicidade tarifária, caso não haja observância a esse preceito a maioria da população que vive em estado de pobreza ou miserabilidade acabará ainda mais marginalizada, motivo justificador dos subsídios públicos.²²⁴

Ao julgar o REAgR n. 410715, o Ministro Celso de Mello afirmou que a implementação e a execução das políticas públicas cabem, primeiramente, aos Poderes Executivo e Legislativo, porém, a intervenção pelo Judiciário revela-se possível em casos onde a omissão do órgão estatal possa comprometer a eficácia do direito constitucionalmente assegurado. Nesse ponto levanta-se a discussão acerca do princípio da separação dos poderes e da feição de normas programáticas, ante a dependência de recursos econômicos – e da própria elaboração das políticas públicas – para a efetivação dos direitos de caráter social. Até agora, no entanto, o Supremo

²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a Respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. Revista de Direito do Consumidor, n. 46, (abr./jun.2003), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 237.

²²² CLÉVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords). *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 107.

²²³ Não é, no entanto, apenas decorrente do princípio da modicidade tarifária que se irá justificar a completa destarificação do transporte. O princípio da modicidade tarifária não significa que deve ser fixada em montante que seja mais cômodo aos usuários simplesmente, pois, se assim fosse, seria a tarifa zero, ou a própria ausência de cobrança de tarifas. (SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 72.)

²²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 649.

Tribunal Federal (STF) se esquivou de decidir quanto à destinação da verba reservada para fins sociais.²²⁵

Normalmente o que se tem, portanto, é a limitação pela possibilidade de custear o próprio direito, quer dizer, o Estado deve garantir o mínimo necessário, portanto, se o indivíduo dispuser de condições econômicas para viver dignamente não há que se falar em obrigação estatal sob o aspecto do transporte. Ao reverso, no caso de pessoa carente economicamente, vulnerável e impossibilitada de exercer plenamente sua dignidade em razão de ausência de recursos para compor os direitos sociais mínimos, aí então estará obrigado o Poder Público a garantir o direito, arcando com os custos.

Cumpra ressaltar que o ônus cabe, ao final, ao Poder Público, ainda que tenha havido a concessão do transporte público. Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho as concessões possibilitam a implementação de políticas sócio-liberais que propiciem a efetivação de empreendimentos que visem o bem comum.²²⁶ O serviço público concedido, em regra, não é custeado pelo Estado, mas pelos usuários. No entanto, o serviço público naturalmente tem a função de servir ao público, satisfazendo as necessidades essenciais dos indivíduos, sem que importe em transferência de titularidade do Estado. Assim porque a satisfação dos usuários torna referidos serviços instrumentos à realização de direitos fundamentais, à manutenção da dignidade da pessoa humana²²⁷ e à garantia do mínimo existencial.

O que não se pode admitir é que um serviço público diretamente vinculado à concretização da dignidade da pessoa humana seja negado à parcelas da população em razão de suas precárias condições econômicas. O princípio da solidariedade impõe que todos colaborem em prol dos carentes de recursos, em perfeita consonância com a isonomia, universalidade e modicidade tarifária. Esse direito busca fundamento constitucional no dever imposto pela Constituição da República ao Estado-membro de eliminar as desigualdades, em todas as suas formas de manifestação e, bem assim, de implantar políticas e ações governamentais de atendimento a segmentos da população considerados menos favorecidos, como os carentes, as crianças e adolescentes, portadores de necessidades especiais e de enfermidades graves. A dignidade da pessoa humana deve prevalecer na ponderação

²²⁵ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível ...*, p. 111-113.

²²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Natureza Contratual das Concessões e Permissões de Serviço Público. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, v. 34, p. 53-62, 2000, p. 58.

²²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os desafios da regulação da experiência brasileira*. Interesse público, Porto Alegre, v. 16, p. 13-22, 2002, p. 15.

de interesses que a confrontem com normas de financiamento e custeio de serviços públicos, sejam estes prestados diretamente pelo Poder Público ou em regime de concessão.²²⁸

O constituinte partiu do pressuposto de que a desigualdade material existente seria hábil a tornar a ordem jurídica inacessível à maior parte da população. Os desequilíbrios salariais conduziriam necessariamente ao sacrifício de necessidades mais prementes, como alimentação, transporte, saúde e vestuário, elementos essenciais do salário mínimo (CF, art. 7º, IV). Portanto, vedar a gratuidade no transporte público – quando esta gratuidade tem fundamento na dignidade da pessoa humana e no estímulo da cidadania, com a redução das desigualdades sociais e invocação da função social da propriedade empresarial – significa contrariar o próprio espírito da Constituição da República.

A regra do custeio e o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos não têm por objetivo o afastamento da dignidade da pessoa humana, o que violaria o mandamento constitucional. Mesmo porque, entende Ricardo Antonio Lucas Camargo, a intervenção estatal que assegura o serviço público de forma gratuita atua dentro do limite da razoabilidade e da proporcionalidade, “já que os concessionários de serviço público têm garantido as revisões judiciais dos contratos em caso de excesso de poder da Administração”.²²⁹

Reconhece-se, portanto, que os direitos sociais não podem ser negados sob o fundamento da reserva do possível sem que isso importe em violação aos direitos fundamentais. Além disso, a simples afirmação de escassez de recursos não será suficiente para afastar o dever estatal de efetivação dos direitos sociais. Pelo contrário, deverá o Poder Público “demonstrar de maneira legal, impessoal, moral e pública a eficiência da Administração Pública (art. 37, “caput”), por meio de uma maximização de recursos, a efetiva indisponibilidade total ou parcial desses e o não desperdício dos fundos existentes”.²³⁰

Intenta-se buscar possibilidades de superar os limites impostos pela reserva do possível, por meio da análise de princípios e conceitos jurídicos. Dentre eles: (i) vedação ao retrocesso social, decorrente do princípio da democracia econômica social e ligada à noção de segurança jurídica, pelo qual os direitos sociais já alcançados passam a figurar como garantia institucional e direito subjetivo, limitando a capacidade de disposição legislativa, seja impedindo a supressão de direitos já conquistados, seja

²²⁸ BOURGES, Fernanda Schuhli. *Serviços Públicos Concedidos...*, p. 213.

²²⁹ BOURGES, Fernanda Schuhli. *Serviços Públicos Concedidos...*, p. 102.

²³⁰ GLOECKNER, Joseane Lederbrum. *A Reserva do Possível ...*, p. 245.

obrigando o Estado a produzir novas legislações compatíveis com os direitos concretizados; (ii) proporcionalidade, também definida como o “limite dos limites”, que valem para o legislador e para a Administração Pública nos casos de restrição de direitos fundamentais, exige que o fim perseguido pelo Estado possa ser perseguido, que o meio empregado possa ser empregado, que esse meio seja adequado e necessário (exigível) para atingir o fim pretendido; (iii) ponderação de valores e mínimo existencial, para solucionar situações em que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios, venham a colidir, um dos princípios irá prevalecer sobre o outro, no caso concreto, sem que percam valor ou finalidade.²³¹

O Superior Tribunal de Justiça tem reiterados julgados reconhecendo que o direito fundamental está incluído no conceito de mínimo existencial, o que permite ao Judiciário estabelecer a inclusão de políticas públicas nos planos orçamentários do ente político, “mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal”, eis que os direitos sociais não ficam condicionados à “boa vontade” do Administrador, sendo imprescindível o Judiciário atuar como órgão controlador da atividade administrativa. Seria “uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais”.²³²

A imprescindibilidade dos direitos sociais torna-os verdadeiros mandamentos de garantia inadiável, reclamando tratamento prioritário por parte do Poder Público e não podendo ser esvaziados em razão da reserva do possível. Não sendo, portanto, suficientes os recursos, não há outra opção senão estabelecer quais são os direitos fundamentais prioritários, para que a estes sejam destinados os recursos públicos. É o correto emprego dos escassos recursos que tornará eficiente a prestação dos serviços públicos.²³³

De todo modo, sem se olvidar do critério de razoabilidade, coaduna-se, em parte, com o entendimento defendido por Joseane Lederbrum Gloeckner ao afirmar que “Não pode e nem deve o Estado deferir todo e qualquer pedido de direito social

²³¹ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível ...*, p. 89-99.

²³² Nesse sentido, vide a decisão proferida no AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010.

²³³ BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos Fundamentais e Reserva do Possível: a judicialização da saúde. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 11, n. 46, p. 137-160, 2011, p. 146.

postulado em juízo” a fim de evitar uma exegese ultraextensiva dos direitos fundamentais sociais.²³⁴

Clemerson Merlin Clève considera impossível a realização integral de todos os direitos sociais (horizonte infinito), “pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos”.²³⁵

De toda forma retoma-se a questão de prioridades, mediante otimização de recursos que consiste fundamentalmente em deles retirar a máxima satisfação, nunca esquecendo que a função essencial do Estado radica na persecução do bem-estar social.²³⁶

As políticas públicas efetivadas judicialmente, conquanto levem eficácia dos direitos sociais constitucionais às classes menos favorecidas, além de contribuir com a igualdade de oportunidades, contribuirá para que transitoriamente essa situação de amparo estatal seja superada. Concomitante à concretização dos direitos fundamentais o país precisa manter – e melhorar – esse período de razoável prosperidade econômica, com o recrudescimento da classe média a partir da melhor distribuição de renda.

É uma forma mais justa de equacionar a situação, em consonância com a proposta de Rafael José Nadin Lazari ao tratar da interrupção do fornecimento do serviço em razão da inadimplência do usuário. Segundo propugna, o critério deve ser a renda do sujeito, aplicado no plano casuístico. Dessa forma, no caso de comprovada miserabilidade não deve haver a suspensão da prestação do serviço; entretanto, se o usuário dispuser de recursos para adimplir a obrigação e não o fizer espontaneamente, por mera recusa injustificada, crível seria a supressão da continuidade do serviço público.²³⁷

²³⁴ GLOECKNER, Joseane Lederbrum. A Reserva do Possível como Limite à Efetividade do Direito Fundamental à Saúde. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 13, n. 51, (jan./mar. 2013), Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 246.

²³⁵ CLÉVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords). *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 99.

²³⁶ OLIVEIRA, Rafael Arruda. Não Concretização dos Direitos Sociais: o que há por trás da escassez de recursos? *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 12, n. 47, (jan./mar. 2012), Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 250.

²³⁷ LAZARI, Rafael José Nadim. O Inadimplemento do Usuário e o Princípio da Continuidade na Prestação dos Serviços Públicos. *Revista Bonijuris*, v. 23, n. 566, jan./2011, p. 19-25, p. 24.

A solução parece ser a mais adequada também porque não faz distinção de natureza subjetiva, tampouco privilegia grupos homogêneos de pessoas, pelo contrário, ao estabelecer a renda como parâmetro de isenção sempre será encontrado em um equilíbrio na situação intermediária e mais abrangente. Não sendo possível universalizar o transporte gratuito, em relação ao alcance e eficácia do objetivo, que se restrinja a certas pessoas ou grupos determináveis que tenham assegurado o conjunto básico dos direitos fundamentais.²³⁸ Nestes seguramente devem estar os menos favorecidos.

Para os demais, ponderando-se a situação e hierarquizando os princípios e direitos envolvidos em conflito, a solução que menos ofensa cause à dignidade da pessoa humana é no sentido de tão somente reconhecer o direito subjetivo “prima facie”,²³⁹ já que não há como resolver a problemática em termos de uma lógica completamente universal do “tudo ou nada”, em consonância com a natureza eminentemente principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição da República.²⁴⁰

A universalidade formal pressupõe um serviço público já criado e organizado, que confere o direito ao usuário ser tratado de modo isonômico em relação aos demais usuários que preencha os requisitos previstos nas normas legais e administrativas. Já a universalidade material, também pressuposta a partir de um serviço público criado e organizado, atinge situações jurídicas em que o serviço público prestado não atende a todos que dele necessitam. É nessa situação que os usuários terão direito de acesso aos serviços públicos ligados ao conteúdo mínimo dos direitos sociais, não cabendo nessa hipótese qualquer invocação da reserva do possível, pois se trata de uma prioridade constitucional.²⁴¹

Mais difícil, porém, é determinar o alcance e o limite para o mínimo existencial, principalmente em situações que Carolina Zancaner Zockun chamou de “zonas de

²³⁸ BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A Reserva do Financeiramente Possível no Conteúdo Normativo dos Direitos Sociais e o Constitucionalismo de Cooperação. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 11, n. 45, (jul./set. 2011), Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 240.

²³⁹ Segundo a autora, citando Robert Alexy, em caso de colisão de direitos fundamentais deve ser resolvido por meio da teoria dos princípios, que concebe os direitos fundamentais todos eles, como princípios “prima facie” e, deste modo, somente no caso concreto é possível dizer quais direitos sociais fundamentais os indivíduos têm definitivamente (QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. *Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 69).

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 46, (abr./jun. 2003), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 238.

²⁴¹ FREIRE, André Luiz. *O regime de Direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. Coleção Temas de Direito Administrativo 34. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 298-300.

penumbra”, que devem ser resolvidas no caso concreto. Como em todos os direitos sociais há um núcleo essencial atrelado à dignidade da pessoa humana a ser assegurado pelo Estado, os usuários terão sempre um direito de acesso aos serviços públicos ligados ao conteúdo mínimo dos direitos sociais e quanto a este núcleo mínimo não cabe qualquer discussão. O Estado tem o dever de implementar o direito constitucionalmente garantido ao cidadão, para que ele possa viver com dignidade, sendo que a omissão poderá ensejar a responsabilidade civil, administrativa e criminal do agente causador do dano.²⁴²

Embora a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na referida ação (ADPF n. 45) tenha sido a única a tratar o tema da reserva do possível com mais detalhamento, não enfrentou as dimensões que a compõem, tampouco especificou ou definiu no que consiste efetivamente, nem como seria aplicado frente a um caso concreto. O que se vê são abordagens teóricas, amparadas na doutrina especializada, “que apenas contornam o problema”, de modo que caberia à jurisdição constitucional analisar esses aspectos em face dos casos concretos postos à sua apreciação, eis que a reprodução de argumentos doutrinários não se mostra suficiente para elucidar as dúvidas que surgem quando em causa a obrigação dos entes estatais em conceder prestações públicas onerosas. Mesmo assim, sua importância é patente para as decisões que sucederam sobre o tema.²⁴³

Daquela decisão (ADPF n. 45/DF) se extrai que “somente o que exceder ao mínimo existencial poderá ser objeto da reserva do possível pelo Judiciário”, eis que a Constituição estabeleceu o bem-estar do ser humano como meta central do ordenamento jurídico e o ponto de partida está em assegurar as condições de sua dignidade, incluindo a proteção dos direitos individuais e condições materiais mínimas de existência. É ao fixar os elementos fundamentais da dignidade da pessoa humana, isto é, o mínimo existencial, que se estará identificando as prioridades dos gastos públicos. E é somente depois de satisfazer esse mínimo existencial que se poderá discutir a alocação dos demais recursos.

Em um julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) levantou-se importante questão ao debate: a abertura de precedentes e o estímulo à inadimplência. Segundo o relator do REsp n. 363.943/MG, Ministro Humberto Gomes de Barros, ao tomar conhecimento da inadimplência do vizinho, sem que resulte na descontinuidade do serviço elétrico, o “tentador benefício” poderá ser seguido pelos demais usuários da

²⁴² ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da Intervenção do Estado no Domínio Social*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 58-61.

²⁴³ KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível ...*, p. 110 e 113.

vizinhança e, em pouco tempo, “ninguém mais honrará a conta de luz”. Sem renda, a concessionária cairá em insolvência e interromperá o serviço elétrico até mesmo de iluminação pública.

Divergindo do relator, o Ministro José Delgado defendeu a abusividade da cobrança mediante suspensão do fornecimento do serviço público. Já o então Ministro do STJ, Luiz Fux, fez importante dissociação hipotética, ao considerar que há que se distinguir entre o inadimplemento de uma portentosa pessoa jurídica e o de uma pessoa física que esteja vivendo no limite da sobrevivência biológica.

Outrossim, considerando que a Lei de Concessões possibilitou o corte do fornecimento em razão do interesse da coletividade, isso significa que o concessionário não o poderá fazer em caso de um hospital ou de uma universidade, nem de “uma pessoa que não possui R\$ 40,00 para pagar a sua conta de luz”, eis que a empresa dispõe dos meios jurídicos legais para realizar a cobrança, concluindo que a responsabilidade patrimonial no Direito Brasileiro incide sobre o patrimônio devedor, e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa.

Os julgados são quase infundáveis e a análise individual não é o objetivo do trabalho. Nesse estudo procurou-se demonstrar que o Brasil não será um Estado Democrático de Direito se não desempenhar seus objetivos de ser um Estado Social. Descumprindo a Constituição, especialmente permitindo que suas normas não prevalecessem sobre as deliberações de aplicação de recursos pelo Poder Público, deixaria também de ser o Estado Brasileiro um Estado de Direito.²⁴⁴

A realização da justiça social é dever permanente do Estado, e a inércia representa automático retrocesso, uma vez que as forças naturais, sociais e econômicas, ainda que tragam situações de bem-estar, não se isentam da geração de situações de desigualdade social. Em decisão prolatada no Recurso Extraordinário (RE) n. 482.611/SC, o Ministro Celso de Mello lançou a seguinte advertência: “a estagnação do Estado na realização da justiça social por si só já gera o incremento das situações de injustiça, e propiciam a deterioração da força normativa da Constituição”. Portanto, somente por um viés de justiça social, que respeite e efetive os direitos sociais, poderá o Estado Brasileiro ser considerado um Estado Democrático de Direito, podendo ser qualificado como Estado Democrático Social de Direito.²⁴⁵

²⁴⁴ BASILICO, Carlo Artur. *Direitos sociais: questões conceituais e efetividade. Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 83, jan./fev. 2014. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=106625>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

²⁴⁵ BASILICO, Carlo Artur. *Direitos sociais...*, 2015.

CONCLUSÃO

Segundo os princípios administrativos aplicáveis aos serviços públicos, espera-se que os mesmos sejam prestados de modo contínuo, mormente se considerado que são essenciais para os cidadãos, atrelando-se à própria essência deste e ao princípio da dignidade da pessoa humana. No caso do transporte com muito mais razão, eis que a Constituição da República foi explícita ao atribuir o caráter de essencialidade, em seu art. 30, inc. V.

Constando do rol de direito dos trabalhadores (CF/88, art. 7º, IV), o transporte está inserido dentre os direitos sociais. Inclusive se pretende, com a PEC 37/2013, incluí-lo no “caput” do art. 6º, o qual consigna os direitos sociais. O Estado brasileiro contempla inúmeros direitos sociais não elencados no catálogo dos arts. 6º e 7º, nem por isso deixam de ser assim considerados, porque deve prevalecer o seu núcleo material, o conteúdo que o torna fundamental para a vida digna do homem.

Ainda, constituem objetivos fundamentais da República reduzir as desigualdades sociais e construir uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I e III). O Brasil adotou expressamente no texto constitucional diversas obrigações sociais para com os menos favorecidos. E é como condição implementadora da propalada dignidade da pessoa humana que o Estado de Bem-estar Social deve prover as necessidades mínimas de seus cidadãos. Não há como garantir a dignidade sem que os direitos sociais estejam assegurados.

Nesse contexto, ainda que os dispositivos constitucionais não tenham sido regulamentados por normas infra-constitucionais, a Constituição da República atinge eficácia imediata, podendo ser exigida diretamente do Poder Público em caso de omissão, normativa ou no plano concreto. Há que se dar efetividade aos direitos sociais fundamentais prescritos na Constituição.

É certo que, quando se trata de prioridades na escolha de políticas públicas, como processo de formação do interesse público, a discricionariedade do administrador vem à tona, que deve avaliar os vários interesses concorrentes. E a definição da prioridade inclui, de forma expressiva, o aspecto econômico. Afinal, sem o aporte de recursos financeiros, torna-se impossível executar serviços públicos.

Atualmente já existem diversas classes que gozam de gratuidade no transporte público, como exemplo, os deficientes físicos, idosos, alguns serventuários da justiça, entre outros. Tratam-se de políticas públicas afirmativas, em que se pretende melhorar

a qualidade de vida de pessoas que, por razões diversas, enfrentam dificuldades e limitações financeiras, físicas, profissionais etc.

A adoção de determinadas políticas públicas é uma questão de valores e de recursos disponíveis, a depender do juízo de valor coletivo acerca do que se considere mais ou menos desejável socialmente. A escolha e definição das políticas públicas também devem levar em conta a situação e o desenvolvimento do país. Quando, por exemplo, o desenvolvimento econômico está em crise, a elaboração de políticas públicas requer maior demanda de proteção social; quando a economia está aquecida, as políticas de distribuição de renda são bem vindas.¹

Vem à baila, entretanto, o princípio da reserva do possível, segundo o qual somente se pode esperar do Estado aquilo que – racional e proporcionalmente – ele pode prestar em matéria de serviço público. Primeiramente, deve-se registrar que cabe ao Estado comprovar a impossibilidade financeira de realizar os direitos sociais constitucionais. Outrossim, mesmo inadimplentes, o Judiciário tem entendido pela manutenção dos serviços públicos de água e energia elétrica em casos que vise garantir a dignidade aos mais carentes. São valores que exaltam o ser humano, sobrepondo-se ao direito de crédito do prestador do serviço.

Mesmo aceitando como premissa que o orçamento público não é suficiente para realizar todos os direitos sociais, cabe ao legislador e ao jurista fazer escolhas que estabeleçam critérios de preferência e prioridade. Todavia, não se poderá afastar de elementos objetivos que demonstrem a natureza e o grau de importância das escolhas públicas. Deduzindo-se ainda mais a premissa (de que as receitas públicas são insuficientes para custear os direitos sociais a todos), considera-se plausível que ao menos parcelas da sociedade tenham garantido o meio de transporte público gratuito por meio de tarifas isonômicas que respeitem o princípio da igualdade material. Assim é, que se aponta como solução paliativa, enquanto meio de assegurar temporária e parcialmente a concretização de direitos sociais, algo análogo à “tarifa social” para a energia elétrica (prevista na Lei Federal n. 12.212/2010), em que famílias carentes são beneficiadas por diminuições nas tarifas. Não se deve olvidar que o objetivo maior deve ser a isenção total caso demonstrado que o cidadão não consiga pagar nem mesmo a tarifa social.

Não se pode admitir que qualquer pessoa tenha menos que o mínimo para uma vida digna. Qualquer pessoa que se encontre em situação extrema deve ter apoio

¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no Estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 90-91.

do Poder Público e da sociedade em geral para que sejam-lhe garantidos os direitos sociais inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, “onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estarão sendo violados”², afinal, a dignidade humana não permite que a vida seja reduzida à mera existência.³

É também em razão disso que o Poder Público deve garantir esses direitos, juntamente com a sociedade, perfectibilizando o princípio da solidariedade. Não será justa, nem solidária, uma sociedade em que co-cidadãos não têm o mínimo necessário para exercer sua dignidade. O princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente ligado ao mínimo existencial e, este, enquanto substrato material daquele, determina que todo cidadão tem direitos que o levem a gozar efetivamente de sua existência física, espiritual e intelectual.

Em uma sociedade democrática e social, é inegável que o transporte coletivo é essencial não apenas para o deslocamento até o local de trabalho, mas também para o desenvolvimento das relações sociais e das atividades econômicas, constituindo fundamento suficiente para torná-lo fundamental e, conseqüentemente, exigível do Estado independente de contraprestação. A essencialidade característica do transporte público evidencia a interdependência deste serviço público com os demais, e resulta no raciocínio lógico de que, se os outros direitos fundamentais (como saúde e educação), e a própria cidadania dependem dos transportes para a sua plena realização.⁴

Caberia à Administração Pública analisar e fiscalizar a implementação das condições estipuladas em política pública, da mesma forma como outros incentivos pecuniários são entregues à população de baixa renda. Mas, se por um lado cabe à lei fixar direitos, por outro, caberá aos usuários pressionar por conquistas qualitativas na esfera legal.

A verdade é que cada sociedade suporta a qualidade à qual se submete, e, na maioria dos casos, a recíproca também é verdadeira. Para “quem se acostumou a considerar aceitável se deslocar em cima de um cavalo sem cela em uma estrada de

² SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. Revista de Direito do Consumidor, n. 46, (abr./jun.2003), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 208.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito privado*. Revista de Direito do Consumidor, ano 16, n. 61, (jan./mar. 2007), p. 90-125, 2007, p. 102.

⁴ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à lei de Mobilidade Urbana – Lei 12.587/12. Essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 89.

terra repleta de cascalho, passear na garupa de uma motocicleta de cem cilindradas em uma avenida com buracos a cada trinta metros pode ser avaliado com satisfação”.⁵

⁵ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à Lei ...*, p. 215.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____.; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALVIM, Arruda. Ação Civil Pública e continuidade na prestação de serviço público. *Revista de Processo*, v. 198, ago./2011, p. 435-442, 2011.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, v. 29, n. 107, p. 25-32, dez/2009.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.), *Regulação e Agências Reguladoras Governança e Análise de Impacto Regulatório*, Brasília, Anvisa, 2009, p. 34.

_____. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 2, n. 8, p. 69-112, 2002.

ARAUJO, Carlos Augusto Monteverde de. *Ônibus: transporte público brasileiro*. São Paulo: Marcopolo, 2012.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE URBANO (NTU). Anuário NTU 2010-2011. Brasília: NTU, 2012.

_____. Como atender as demandas sociais referentes ao transporte público. *Revista NTU Urbano*, ano II, n. 10, jul./ago. 2010, p. 32. Disponível em: <<http://www.ntu.org.br/novo/upload/Publicacao/Pub635445781987865435.pdf>>. Acessado em: 01/02/2015.

_____. Dados do transporte público por ônibus. Disponível em: <<http://www.ntu.org.br/novo/AreasInternas.aspx?idArea=7>>. Acessado em: 27/12/2014.

_____. Desoneração dos custos das tarifas do transporte público urbano e de

característica urbana, abr./2009. Disponível em: <<http://tarifazero.org/wp-content/uploads/2010/08/DesoneracaoCustosTarifasAbr2009.pdf>>. Acessado em 02/02/2015.

_____. Destarifação dos custos das tarifas do transporte público urbano e de característica urbana. Disponível em: <<http://tarifazero.org/wp-content/uploads/2010/08/DesoneracaoCustosTarifasAbr2009.pdf>>. Acessado em: 18/12/2014.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTES PÚBLICOS (ANTP). Exemplo para Passe Livre, cidade belga abandona tarifa zero. Disponível em: <<http://www.antp.org.br/website/noticias/show.asp?npgCode=6F9FD273-58FC-4C22-A958-18494DE7A716>>. Acessado em: 12/09/2014.

AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário. Argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 62, abr./jun. 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, v. 34, p. 53-62, 2000.

_____. (Coord. geral). MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Direito Administrativo contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____; HACHEM, Daniel Wunder (Coords). *Direito Administrativo e Interesse Público*. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. *Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira*. Interesse Público, Porto Alegre, n. 16, p. 13-22, out./dez. 2002.

BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos Fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 11, n. 46, p. 137-160, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRA, Rodolfo Carlos. Los Principios Generales de la Intervención Pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público, *in*: Servicio Público, Policía y fomento (Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral), Buenos Aires: Ed. RAP, 2003. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROS, Raimundo Gomes de; FOLHA, Adoleide; TORRES, Maria Cleide. Serviços de telefonia fixa pré-pagos. Serviço público essencial. Descontinuidade. Ação civil

pública. Abusividade. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 64, out./dez. 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASILICO, Carlo Artur. *Direitos sociais: questões conceituais e efetividade. Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 83, jan./fev. 2014. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=106625>. Acesso em: 24/01/2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. *Fórum Administrativo - FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

_____; SILVA, Fernanda Alen Gonçalves da. A Função Social da Exploração Mineral no Estado de Minas Gerais. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 475-505, jan./jun. 2013.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002.

BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. *A concessão administrativa nos serviços de relevância social*. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003, Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. A reserva do financeiramente possível no conteúdo normativo dos direitos sociais e o constitucionalismo de cooperação. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 11, n. 45, jul./set. 2011, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das Concessões de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. *Concessão e Permissão de Serviços Públicos*. Comentários à Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995. Curitiba: Juruá, 1995.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

_____; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coords.). *Direito da Energia. Economia, Regulação e Sustentabilidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. *Licitação*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1996.

BONFIM, Alexandre Bley R. Breves apontamentos sobre a aplicabilidade restrita do Código do Consumidor aos contratos de transporte coletivo municipal de passageiros. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 10, n. 39, jan./mar. 2010, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BOURGUES, Fernanda Schuhli. Serviços públicos concedidos: perspectivas remuneratórias para a ampliação do acesso. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

BOZO, Aline Hagers; MASSI, Juliana Machado; REBUTINI, Igor Koltun (Orgs.). *Capitalismo, direito e natureza*. Análises. Curitiba: JM Livraria, 2012.

CABANA, Roberto M. Lopes. Dever de informação ao usuário na Argentina. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CADONÁ, Ederson. A política social e o papel do Estado. *Revista temas sociais em expressão*, v. 5, n. 5, mai./2006. Frederico Westphalen: URI, 2006.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *“Custos dos direitos” e reforma do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 2008.

CARVALHO, Carlos Gomes de. *Introdução ao Direito Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Letras & Letras, 2001.

CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. *Elasticidade-renda dos gastos das famílias Metropolitanas brasileiras com transporte Urbano e aquisição de veículos privados*. Brasília: Ipea, 2013. (Texto para Discussão, n. 1.947). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1947.pdf>. Acessado em: 20/02/2015.

_____; PEREIRA, Rafael Henrique Moraes. 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. 1.595). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1595.pdf. Acessado em: 23/02/2015.

CARVALHO, Edson Ferreira. *Meio Ambiente & Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. A crise brasileira nos transportes e a experiência federalista regulatória norte-americana. *Revista de Direito público da Economia*, ano 6, n. 22, abr./jun. 2008.

CHEVALLIER, Jacques. *Estado e ordem concorrencial*. Revista de Direito público da Economia, Belo Horizonte, v.5, n.20, p.133-151, out./2007.

CINTRA, MARCOS. A crise do trânsito em São Paulo e seus custos. Espaços Urbanos. *Fundação Getúlio Vargas. GVExecutivo*, v. 12, n. 2, jul./dez. 2013, São Paulo: 2013.

CLÉVE, Clemerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords). *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. A diferença jurídica entre taxa (tributo) e tarifa (preço), seja pública, privada ou política. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 194, nov./2011, p. 129-138, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTALDELLO, Angela Cassia. A supremacia do interesse público e a cidade. A aproximação essencial para a efetividade dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords). *Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 239-266.

CUNHA FILHO, Otavio Vieira da. *Transporte Público Urbano: como atender as demandas sociais?* Disponível em <<http://www.ntu.org.br/novo/upload/Publicacao/Pub635449223395840593.pdf>> Acessado em: 23/02/2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DATAPAR. Governo concede isenção do pedágio para motos. Disponível em: http://www.datapar.com.br/noticias/detalhe.asp?cod_conteudo=568. Acessado em: 02/02/2015.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos. As ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DORNELLES, João Ricardo Wanderley; GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos (Orgs.). *Estado, Política e Direito. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. v. 2. Criciúma: Unesc, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. (Coord.). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

DIEHL, Maéve Rocha. Os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade frente à colisão de princípios constitucionais. In: DORNELLES, João Ricardo Wanderley; GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos (Orgs.). *Estado, Política e Direito. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. v. 2. Criciúma: Unesc, 2011.

DINIZ, Luciano dos Santos. O processo de urbanização e a regulamentação da mobilidade urbana no Brasil. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDUA*, Belo Horizonte, ano 7, n. 40, jul./ago. 2008.

DUGUIT, León. *Las Transformaciones Generales del Derecho (público y privado)*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, 3. ed. Madrid: Civitas, 1988.

FARIA, Ana Cristina de; FERRARO, Clovis Jos'r Ramos. Custos e Benefícios na Implantação do Sistema de Bilhetagem Eletrônica em Diadema (SP). *XVII Congresso Brasileiro de Custos*, Belo Horizonte, 03 a 05 de novembro de 2010. Disponível em: <http://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/viewFile/698/698>. Acesso em: 01/02/2015.

FERRARA, Rosário. *Introduzione al Diritto Amministrativo*. Editori Laterza, 2002. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FERREIRA, Simone Rodrigues. Direito do Consumidor, Serviço Público e Efetivação dos Direitos Sociais. *Revista IOB de Direito Administrativo*, v. 2, n. 13, jan./2007.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FIESP). Custo da corrupção no Brasil chega a R\$ 69 bi por ano. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano/>. Acessado em: 03/02/2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Lições de Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/SP*. 1/15-16, São Paulo, 2008. Disponível em <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>. Acessado em 23/12/2014.

FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé e a Supremacia do Interesse Público - Fundamentos da Estabilidade do Ato Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu

Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords). *Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FORGIONI, Ana Paula. Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 44, n. 139, p. 246, jul./set. 2005.

FORTINI, Cristiana. *Contratos Administrativos: Franquia, Concessão, Permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009

FREIRE, André Luiz. A crise financeira e o papel do Estado: uma análise jurídica a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 10, n. 39, jan./mar. 2010, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. O regime de Direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas. Coleção Temas de Direito Administrativo 34. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

FRÓES, Fernando. Infra-estrutura e serviços públicos: princípios da regulação geral e econômica. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos [Org.]. *Curso de direito administrativo econômico*, v. 1. São Paulo: Malheiros, 2006.

FROTA, Hidemberg Alves da. Reflexões sobre os princípios da economicidade, da eficiência e da eficácia no direito administrativo. *Revista IOB de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, jan./2006, p. 25-32, 2006.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GLOECKNER, Joseane Lederbrum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 13, n. 51, jan./mar. 2013, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coords.). *Direito da Infraestrutura*. Temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* (Interpretação

Crítica). 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Constituição e serviço público, *in: Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GREGORI, Lucio. Idealizador do Tarifa Zero inspirou grupo de manifestantes contra aumento das passagens. O Globo. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/idealizador-do-tarifa-zero-inspirou-grupo-de-manifestantes-contr-aumento-das-passagens-8688808>>. Acessado em: 29/01/2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39-71.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A repartição de riscos na parceria público-privada. *Revista de Direito público de Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 157-171, out./dez. 2008.

_____. As receitas alternativas nas concessões de serviços públicos no Direito Administrativo. *Revista de Direito público da Economia - RDPE*, ano 6, n. 21, jan./mar. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 122-123.

_____. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O custeio do serviço público: a concessão patrocinada como via à implementação de tarifas sociais. *Revista de Direito público da Economia - RDPE*, ano 7, n. 25, jan./mar. de 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. O regime tarifário na concessão de serviço público. *Revista de Direito público da Economia - RDPE*, ano 7, n. 27, jul./set. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana – Lei n. 12.587/2012. Essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HARGER, Marcelo. A inexistência de gratuidade para os carteiros no transporte coletivo urbano de passageiros. *Revista Bonijuris*, v. 23, n. 575, out./2011, p. 76-81, 2011.

HERNÁNDEZ, Juan Ramón Capella. Estado y Derecho ante la Mundialización: aspectos y problemáticas generales, *in: HERNÁNDEZ, Juan Ramón Capella (Coord.). Transformaciones del Derecho em la Mundialización*. Madrid:, Escuela Judicial, 1999. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HIRSCH, Fred. *Limites Sociais do Crescimento (Social Limits to Growth)*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

HONÓRIO, Cláudia. O custo dos direitos prestacionais. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 145-159, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=37237>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Sala de Imprensa. PIB varia 0,1% em relação ao 2º tri de 2014 e chega a R\$ 1,3 trilhão. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2771>>. Acessado em: 19/02/2015.

INSTITUTO DE DEFESA ECONÔMICA DO CONSUMIDOR (IDEC). *A Proteção ao Consumidor de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, s/d.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). A década inclusiva (2001 – 2011): desigualdade, pobreza e políticas de renda, Comunicados do IPEA, n. 155, set./20012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/120925_comunicadoipea155_v5.pdf>. Acessado em: 23/02/2015.

_____. A mobilidade urbana no Brasil. Brasília: IPEA, 2011.

_____. *Apud* ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EMPRESAS DE TRANSPORTE URBANO - NTU. Desoneração dos custos das tarifas do transporte público urbano de característica urbana. Brasília: NTU, 2009.

_____. Gasto com transporte público sobe 30% para pobres e cai 15% para ricos. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=18619&catid=159&Itemid=75. Acessado em: 13/01/2015.

_____. Monitor Mercantil: Inflação avança 332% e reajuste de tarifa de ônibus acumula 742%. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=18613&catid=159&Itemid=75>. Acessado em 30 de junho de 2013.

_____. Rio: trabalhador gasta até 70% de salário mínimo com transporte público. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=18630&catid=159&Itemid=75>. Acessado em: 13/01/2015.

JÈZE, Gaston Paul Amedée. *Princípios generale del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1948.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Forum, 2011.

_____. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

KRISCHKE, Paulo J. (Org.). *O contrato social ontem e hoje*. São Paulo: Cortez, 1993.

LAZARI, Rafael José Nadim. O inadimplemento do usuário e o princípio da continuidade na prestação dos serviços públicos. *Revista Bonijuris*, v. 23, n. 566, jan./2011, p. 19-25, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no Estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Ruy Cirne. Pareceres [Direito público], Porto Alegre: Livraria Sulina, 1963. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. La nueva regulación económica em España, *In: El nuevo servicio público*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 185-269, 1997.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso "Telefone Social". *In: Revista de Direito público da Economia*. Belo Horizonte, ano 4, n.14, p. 75-115, abr/jun., 2006.

_____. Direito das telecomunicações e ANATEL. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 300- 316.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro América Jurídica, 2002.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais. Conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Natureza jurídica do pedágio: taxa? preço público? *Revista Trimestral de Direito público*, São Paulo, n. 32, p. 23, 2000.

_____. Serviço Público e sua feição constitucional no Brasil. *In: Direito do Estado: novos rumos*, t. 2 (Direito administrativo). São Paulo: Max Limonad, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira (*et al*). *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Sérgio Eduardo Arbulu. Os serviços públicos privatizados e o consumidor - Propostas de mecanismos para o monitoramento das tarifas públicas. *In: IDEC, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. A proteção ao consumidor de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. Proposta de Barateamento das Tarifas do Transporte Público Urbano. Brasília, 2006.

MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. Cálculo de tarifas de ônibus urbanos: instruções práticas atualizadas. 2. ed. Brasília: GEIPOT, 1996, p. 4. O documento também está, na íntegra, disponível no sítio eletrônico [http://www.geipot.gov.br/Estudos_Realizados/cartilha01/Tarifa/Tarifa.htm]. Acessado

em 07/07/2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. t. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 10, mai./jun./jul. 2007.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito Constitucional Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. Inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos horizontes para o direito administrativo pelo controle das políticas públicas: ecos de um congresso: a próxima missão. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, v. 62, p. 56-63, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e Universalização dos Serviços Públicos: Análise Crítica da Regulação da Energia Elétrica e das Telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOVIMENTO BRASIL EFICIENTE. Brasil joga R\$ 1 trilhão no lixo por ano com corrupção, descaso e incompetência. Disponível em: <http://www.em.com.br/ap/noticia/economia/2013/08/25/internas_economia,439540/brasil-joga-r-1-trilha-o-no-lixo-por-ano-com-corrupcao-descaso-e-incompetencia.shtml>. Acessado em: 03/02/2015.

MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil: história teoria, prática*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NAPIERALA, Hieronim. *Um modelo de otimização de redes troncais de transporte público urbano de passageiros*. Cascavel: Edunioeste, 2010.

NEGRÃO, João José. *Para Conhecer o Neoliberalismo*. São Paulo: Publisher Brasil, 1998.

NEVES, Lafaiete Santos; PONCHIROLLI, Osmar; TOCACH, Regis. *Licitação do transporte coletivo de Curitiba: a negação da democracia*. Curitiba: CRV, 2011.

NICZ, Alvacir. *Estudos de Direito Administrativo*. Curitiba: JM Editora, 1995.

NOVAES, Antonio Galvão. *Métodos de otimização – aplicação aos transportes*. São Paulo: Ed. Edgard Blucher, 1978.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Dennison de. *Curitiba e o Mito da cidade modelo*. Curitiba: Editora da UFPR, 2000.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de Direito público econômico (Lei 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Arruda. Não concretização dos direitos sociais: o que há por trás da escassez de recursos? *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA JUNIOR, João Alencar. *O uso do gás natural no transporte público: aspectos ambientais, tarifários e jurídicos*. Fortaleza: Edições Livro Técnico, 2006.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos Direitos sociais. Reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PARANÁ ON-LINE. Rodovias do Paraná perderem R\$ 33,9 mil sem pedágio de moto. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/editoria/pais/news/275119/>>. Acessado em: 02/02/2015.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos*. Usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PESSUTI, Bruno. Já imaginou catraca livre? Disponível em: <<http://www.bruno-pessuti.com.br/noticia/419/ja-imaginou-catraca-livre>>. Acessado em: 31/01/2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

POLANYI, Karl. *A grande transformação*. São Paulo: Elsevier, 2012.

PORTAL LUIS NASSIF. TARIFA ZERO NÃO É UTOPIA: é viável e será indispensável nas metrópoles. Portal Luis Nassif. Disponível em: http://www.luisnassif.com/forum/topics/tarifa-zero-n-o-utopia-vi-vel-e-ser-indispe-ns-vel-nas-metr-oles?commentId=2189391%3AComment%3A1081655&xg_so urce=activity. Acessado em: 29/01/2015.

PRAGMATISMO POLÍTICO. Passe Livre: a cidade brasileira que adotou a tarifa zero. Mobilidade urbana. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/02/passe-livre-cidade-brasileira-que-adotou-tarifa-zero.html>>. Acessado em: 05/02/2015.

PREFEITURA DE PONTA GROSSA. TRANSPORTE PÚBLICO: Valor será de R\$ 2,85 com passe livre para estudantes até o Ensino Médio. Disponível em: <<http://www.pontagrossa.pr.gov.br/node/21214>>. Acessado em 06/02/2015.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (ONU). Brasil sobe uma posição no ranking do IDH e fica em 79º entre 187 países. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/noticia.aspx?id=3909>>. Acessado em 05/02/2015.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. *Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011.

RANCI, Pippo. Concorrenza e Servizi Pubblici nella Costituzione, *in*: CANANEA, Giacinto; NAPOLITANO, Giulio dela (Orgs.). *Per Una Nuova Costituzione Economica*. Bologna: Ed. Il Mulino, 1998. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

REGINATO, Osvaldo Anselmo. A prestação do serviço público essencial de fornecimento de água tratada e os direitos constitucionais e do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 65, jan./mar. 2008.

REGO, Erik Eduardo. Pequenas centrais hidrelétricas e a modicidade tarifária. *Revista de Direito público da Economia*, n.1, jan./mar. 2003, p. 45-59, 2003.

REINALDO FILHO, Demócrito. Energia elétrica: a possibilidade de corte do fornecimento por débito pretérito (estimado em decorrência de fraude no consumo) - uma tentativa de reversão da jurisprudência. *Revista Magister de Direito Empresarial*, n. 32, abr./mai, 2010.

REYES, Manuel Aragón. La Democracia Social y Económica. Los Conceptos Económicos y Sociales, *in* *Economía y Derecho ante el Siglo XXI* (Coord. Ángel Marina García-Tunón. Valladolid: Ed. Lex Nova, 2001. *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Prefácio da obra. *In*: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coords.). *Direito da Infraestrutura. Temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada – Da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. *In*: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coords.) *Direito da Infraestrutura. Temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROSANVALLON, Pierre. *La crisis del estado providencia*. Madri, España: Gráficas Rógar, 1948.

SABINO, Carlos Henrique de Mattos. Sociedade em conta de participação e as licitações envolvendo concessões de transporte coletivo - Riscos e possibilidades. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 10, n. 39, jan./mar. 2010, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como instrumento de transformação social e econômica. *Revista de Direito público de Economia - RDPE*. v. 1, 2003.

SALOMONI, Jorge Luis. *Teoria General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2004.

SÃO PAULO TRANSPORTE (SPTRANS). Verificação independente do transporte público de São Paulo. Disponível em: <<http://www.sptrans.com.br/verifica/>>. Acessado em: 18/02/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 3. ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e Direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 16, n. 61, jan./mar. 2007, p. 90-125, 2007.

_____. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 46, abr./jun. 2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 30, abr./jun. 1999, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve de Servidores Públicos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords). *Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 377-405.

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

SCHWIND, Rafael Wallbach. O custo dos direitos - O caso da gratuidade prevista no Estado do Idoso e a remuneração do concessionário de transporte urbano. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 6, n. 21, jan./mar. 2008, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Remuneração do concessionário. Concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCORZA, Manuel. *História de Garabombo, o invisível: balada 2*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

SILVA, Cristina Alves; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências reguladoras e evolução estatal - Uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003, Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Comentário contextual à constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ricardo Toledo. Universalização dos Serviços. Propostas de mecanismos para monitoramento. In: IDEC, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *A proteção ao consumidor de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (Orgs.). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global*. 2. ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 2000.

_____. Prefácio de obra. In: BOZO, Aline Hagers; MASSI, Juliana Machado; REBUTINI, Igor Koltun (Orgs.). *Capitalismo, direito e natureza. Análises*. Curitiba: JM Livraria, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. *Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011.

TARIFA ZERO. Tarifa zero em Agudos, SP. Entrevista com José Carlos Otácviani, então prefeito de Agudos e posterior secretário de Obras. Disponível em: <<http://tarifazero.org/2011/11/23/tarifa-zero-em-agudos-sp/>>. Acesso em: 12/09/2014.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Essencial. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado* [Org. Ingo Wolfgang Sarlet], Ed. Renovar: Rio de Janeiro, p. 09-10, 2003.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública. Uma análise crítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

WALD, Arnold; GAENSLY, Marina. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista dos tribunais*, v. 877, nov./2008, p. 11-26, 2008.

XXVIII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Problemas Emergentes da Administração Pública Brasileira. Painel de Debates – *Problemas da mobilidade urbana, logística e serviços públicos de transporte no Brasil: tarifa, financiamento, eficiência dos diferentes modais e a questão da democratização do acesso*, Foz do Iguaçu, 2014.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da Intervenção do Estado no Domínio Social*. São Paulo: Malheiros, 2009.

