

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE TECNOLOGIA
DEPARTAMENTO DE ENGENHARIA CIVIL E AMBIENTAL**

**REGULAÇÃO ALTERNATIVA DO TRANSPORTE
RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS:
VIABILIDADE LEGAL DO MODELO DE REGULAÇÃO DE
TOQUE LEVE**

RODRIGO OTAVIO MOREIRA DA CRUZ

ORIENTADOR: JOAQUIM JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM TRANSPORTES

PUBLICAÇÃO: T. DM – 008A/2008

BRASÍLIA/DF: JULHO – 2008

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE TECNOLOGIA
DEPARTAMENTO DE ENGENHARIA CIVIL**

**REGULAÇÃO ALTERNATIVA DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO
INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS: VIABILIDADE LEGAL DO
MODELO DE REGULAÇÃO DE TOQUE LEVE**

RODRIGO OTAVIO MOREIRA DA CRUZ

**DISSERTAÇÃO SUBMETIDA AO DEPARTAMENTO DE
ENGENHARIA CIVIL E AMBIENTAL DA FACULDADE DE
TECNOLOGIA DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA COMO PARTE
DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A OBTENÇÃO DO GRAU
DE MESTRE EM TRANSPORTES.**

APROVADA POR:

**Prof. Joaquim José Guilherme de Aragão, PhD (UnB)
(Orientador)**

**Prof. Carlos Henrique Rocha, PhD (UnB)
(Examinador Interno)**

**Prof. Dr. Enilson Medeiros dos Santos (UFRN)
(Examinador Externo)**

BRASÍLIA/DF,

FICHA CATALOGRÁFICA

CRUZ, RODRIGO OTAVIO MOREIRA DA

Regulação Alternativa do Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros: Viabilidade Legal da Introdução do Modelo de Regulação de Toque Leve [Distrito Federal] 2008.

xv, 130p, 210 x 297 mm (ENC/FT/UnB, Mestre, Transportes, 2008).

Dissertação de Mestrado – Universidade de Brasília. Faculdade de Tecnologia.

Departamento de Engenharia Civil e Ambiental.

1. Transporte rodoviário interestadual de passageiros

2. Teoria Regulatória

3. Modelo de regulação de toque leve

4. Viabilidade jurídica

I. ENC/FT/UnB

II. Título (série)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CRUZ, R. O. M. (2008). Regulação Alternativa do Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros: Viabilidade Legal da Introdução do Modelo de Regulação de Toque Leve. Dissertação de Mestrado em Transportes, Publicação T. DM – 008A/2008, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 130p.

CESSÃO DE DIREITOS

AUTOR: Rodrigo Otavio Moreira da Cruz.

TÍTULO: Regulação Alternativa do Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros: Viabilidade Legal da Introdução do Modelo de Regulação de Toque Leve.

GRAU: Mestre

ANO: 2008

É concedida à Universidade de Brasília permissão para reproduzir cópias desta dissertação de mestrado e para emprestar ou vender tais cópias somente para propósitos acadêmicos e científicos. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte dessa dissertação de mestrado pode ser reproduzida sem autorização por escrito do autor.

Rodrigo Otavio Moreira da Cruz
r.moreiracruz@gmail.com; rodrigocruz@ceftru.unb.br

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais Francisco e Cristina, que nunca mediram esforços para o meu crescimento pessoal e profissional. Igualmente importante nas minhas conquistas foram meus avós Francisco e Neuza, que sempre me incentivaram com muito carinho. E, finalmente, não poderia deixar de considerar o apoio dos meus irmãos, Gustavo e Bruno, durante a minha caminhada.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador e professor Joaquim José Guilherme de Aragão que com suas críticas e observações possibilitou a realização deste trabalho.

Aos professores Carlos Henrique Rocha e Enilson Medeiros dos Santos, pelas valiosas contribuições na banca.

À professora Yaeko Yamashita pelo incentivo e pela crença na minha capacidade.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Transportes da Universidade de Brasília, que colaboraram com a minha formação acadêmica e profissional: Adelaida Pallavicini Fonseca, José Augusto Abreu Sá Fortes, José Matsuo Shimoishi, Maria Alice Prudêncio Jacques, Pastor Willy Gonzales Taco, Paulo Cesar Marques da Silva, Ricardo Oliveira de Souza e Sérgio Ronaldo Granemann.

Ao amigo da secretaria Júlio Duarte, pelo incentivo e auxílio nos momentos difíceis.

Aos meus amigos de turma do mestrado, muito importantes no incentivo pelos estudos: Ângela Beatriz Souza Bertazzo, Arley Couto de Mendonça, Evandro Manzano dos Santos, Fernando Ribeiro dos Santos, Higor de Oliveira Guerra, Luciany Seabra da Silva, Luiz Fernando Castilho, Miguel Ângelo Pricinote e Sandro Silva Gonçalves.

Aos pesquisadores e amigos do Centro de Formação de Recursos Humanos em Transportes pelo apoio, discussões e informações de muito valia para a conclusão deste trabalho: Bruninha Arruda, Carla Sampaio, Cleide, Daniel Aldigueri, Daniel Frog, Érica, Heitor Nascimento, Juliana Gularte, Kátia, Leonardo Sertanejo, LG, Marcelo Queiroz, Mariquinha Penaforte, Naninha Belli, Neneco e Malu Galindo, Patrícia Bassalo, Rafinha do Goiás, Rei(naldo), Rejane e Rejane Ribeiro, Tatiara, Thadeu Magalhães, Thaís Villela, Willer. E aos demais que por ventura não apareceram nesta lista.

E não poderiam deixar de aparecer, nos meus agradecimentos, os amigos do PPGT: André Nunes (Dedeco da Paraíba), Carlos Eduardo (Francisco cisco), Cristiano Almeida (meu orientador de projeto final, primeiro Dr. em Transportes pela UnB), Edcélio, Gizelle, Francesca, Elis, Venina, Choicelene, Artur Moraes, Andréa Lima, Alan e Francisco Giusepe Martins.

Por fim, porém não menos importante, gostaria de agradecer a três grupos de amizades: ao pessoal do Colégio Marista de Brasília; ao pessoal da graduação na UnB – em especial ao Fabinho e ao Gustavo Mendonça, e aos amigos da graduação do curso de Direito, em especial Mariana de Castro Oliveira.

E a todos aqueles que contribuíram com o desenvolvimento deste trabalho, meus sinceros agradecimentos!

RESUMO

De acordo com artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 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. Nesse sentido, entende-se que tal dispositivo legal impõe ao Estado a responsabilidade de estabelecer as condições de prestação dos serviços e de garantir a existência de condições de concorrência que favoreçam o aumento da eficiência econômica na oferta dos serviços.

No que toca ao Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros (TRIP), o Poder Público federal estabeleceu uma estrutura regulatória, baseada no conceito de serviço público, consoante às diretrizes estabelecidas na Lei n. 10.233/01, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), na Lei n. 8.987/95, que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e no Decreto n. 2.521/98, atual regulamento dos serviços de TRIP.

Sabe-se que o processo licitatório é uma exigência legal e, ao mesmo tempo, é indispensável que o mercado possua uma competitividade, de modo que se ofereça um serviço de qualidade. Observa-se no País, contudo, uma situação contraditória, pois a filosofia dos regulamentos atuais sinaliza claramente na direção de mercados fechados, que se omitem de risco e de competição frente a potenciais concorrentes e não contém elementos que induzam aos operadores a melhora do sistema de uma forma geral.

Analisando o retrato da regulação adotada pelo Brasil, percebe-se que a prática não permite uma concorrência de mercado entre as empresas prestadoras de serviço do TRIP. Isso porque, depois de passado o processo licitatório a empresa vencedora, na grande parte das ocasiões, goza de privilégios de exclusividade de mercado, explorando assim um monopólio criado por barreiras institucionais, onde a livre entrada de outras firmas não é permitida.

Em face dessa barreira encontrada, é necessário que se introduza um modelo de Regulação de Toque Leve (RTL), já consolidado na literatura mundial, de maneira que outras empresas possam entrar no mercado, inserindo neste, contestabilidade. Destaca-se que o modelo de RTL já é praticado em outros países, como a Inglaterra, e os resultados, quanto a qualidade dos serviços de TRIP prestados são satisfatórios.

Em virtude do exposto, verifica-se que o País carece de uma regulação competitiva para os serviços de TRIP. Observa-se, também, que um modelo de RTL é capaz de inserir uma característica de contestabilidade ao mercado, como apontam as práticas internacionais. Assim sendo e com a intenção de contribuir com o debate formado em torno da regulação TRIP, a dissertação tratará de analisar a viabilidade jurídica do modelo de regulação de toque leve.

Palavras chave: Teoria regulatória; Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros; Modelo de Regulação de Toque Leve; Competitividade; Viabilidade jurídica.

ABSTRACT

According to Article 175 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, lies with the Public Authorities, in the form of law, directly or through permission, always through bidding, the provision of public services. In that sense, it is understood that this provision requires a State responsibility to establish the conditions for the provision of services and ensure the existence of a level to encourage an increase in economic efficiency in the provision of these services.

On the Interstate Road Transport of Passengers (IRTP), the Public Authorities established a federal regulatory structure, based on the concept of public service, according to guidelines established by Law n. 10.233/01, which created the National Agency for Land Transport (ANTT), in Law n. 8.987/95, which is the system of granting permission and the provision of public services, and in Decree n. 2.521/98, current regulation of services of IRTP.

It is known that the bidding process is a legal requirement and at the same time, it is essential that the market has a competitiveness, so as to provide a quality service. In Brazil, however, it is found a contradictory situation, because the philosophy of the current regulations clearly signals the direction of markets closed, which omit risk and competition against potential competitors and does not contain elements which have to operators to improve the system in general.

Analyzing the portrait of regulation adopted by Brazil, realizes that the practice does not allow for market competition between companies providing service to IRTP. That is because, after having passed the company winning the bidding process, in much of occasions, enjoys privileges of market exclusivity, thus exploiting a monopoly created by institutional barriers, where the free entry of other firms is not allowed.

Considering this barrier, it is necessary to introduce a Light Touch Regulation Model (LTR), already consolidated in the world literature, so that other companies might enter the market, entering into, contestability. In particular the model of LTR is already practised in other countries such as England, and results, as the quality of services provided IRTP are satisfactory.

In view of this, it appears that the country lacks a competitive regulation for the services of IRTP. There is also a model of LTR is able to insert a characteristic of the market contestability, as pointed international practice. Thus, with the intention of contributing to the debate formed around the regulation IRTP, the dissertation deal to examine the feasibility of the model of legal regulation of light touch.

Keywords: Theory regulatory; Interstate Road Transport of Passengers; Light Touch Regulation model; Competitiveness; Legal Feasibility.

SUMÁRIO

LISTA DE TABELAS	XI
LISTA DE FIGURAS.....	XII
LISTA DE SÍMBOLOS, NOMENCLATURAS E ABREVIACÕES	XIII
1 INTRODUÇÃO.....	1
1.1 APRESENTAÇÃO	1
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	2
1.3 HIPÓTESE FUNDAMENTAL.....	4
1.4 JUSTIFICATIVA.....	5
1.5 OBJETIVOS.....	5
1.6 METODOLOGIA	6
1.7 ESTRUTURAÇÃO DO ESTUDO	8
2 TEORIA REGULATÓRIA E A FORMAÇÃO DOS MERCADOS CONTESTÁVEIS	10
2.1 TEORIA REGULATÓRIA.....	10
2.1.1 Porque regular?.....	10
2.2.2 Desenho regulatório: parâmetros para uma boa regulação.....	17
2.2.3 Estratégias regulatórias.....	19
2.2.3 Falhas regulatórias.....	20
2.3 INTERVENÇÃO ESTATAL POR MEIO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA	20
2.3.1 Controle do preço do serviço ofertado	21
2.3.2 Controle da quantidade do serviço ofertado	22
2.3.3 Controle de entrada e saída das empresas que prestam o serviço	23
2.3.4 Controle da qualidade do serviço ofertado	23
2.3.5 Controle de outras variáveis	24
2.3.6 Formas de regulação dos preços.....	25
2.4 TEORIA DO MONOPÓLIO NATURAL E O CONCEITO DE MONOPÓLIOS INSTITUCIONAIS	25
2.4.1 Teoria dos monopólios naturais.....	25
2.4.2 A construção do conceito de monopólios institucionais	28
2.5 FORMAÇÃO DE MERCADOS CONTESTÁVEIS	29
2.5.1 Características de funcionamento: uma questão de eficiência	29
2.5.2 Políticas que buscam um mercado contestável.....	30
3 HIPÓTESE DE CONTESTABILIDADE DO STPP: EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DE MERCADOS COMPETITIVOS	32
3.1 A EXPERIÊNCIA BRITÂNICA DE DESREGULAMENTAÇÃO:	33
3.1.1 Processo de desregulamentação do transporte público britânico	33
3.1.2 Críticas apresentadas ao novo modelo britânico: uma realidade ou uma previsão “catastrófica”?	35
3.1.3 Impactos e avaliações do novo modelo regulatório britânico	38
3.2 DESREGULAÇÃO DOS TRANSPORTES POR ÔNIBUS NA IRLANDA	39

3.2.1 Razões para a proibição da competição no Estado irlandês: uma necessidade ou uma questão política?	40
3.2.2 O transporte rodoviário independente depois da década de 30	41
3.2.3 Documentos regulatórios e debate acerca da desregulamentação na Irlanda.....	41
3.3 A MUDANÇA REGULATÓRIA OCORRIDA EM PORTUGAL.....	43
3.3.1 Regulamento dos Transportes Automóveis (RTA)	43
3.3.2 Lei de Base dos Transportes Terrestres (LBTT)	45
3.4 REGULAÇÃO DOS TRANSPORTES NA ESPANHA.....	46
3.4.1 Regulação dos transportes terrestres na Espanha	46
3.4.2 Possibilidade de uma regulação mais flexível: art. 87 da LOTT.....	48
3.5 A EXPERIÊNCIA CHILENA DE DESREGULAMENTAÇÃO	48
3.6 NA ARGENTINA.....	50
4 REGULAÇÃO BRASILEIRA DO TRIP: LEGISLAÇÃO E DEBATE.....	53
4.1 ELEMENTOS DE ANÁLISE E DESENHO REGULATÓRIO DO TRIP.....	53
4.1.1 Atores interessados no mercado do TRIP.....	53
4.1.2 Definição dos limites do objeto de estudo: um comentário acerca da delegação dos serviços do TRIP	54
4.1.3 Análise das normas vigentes: direitos e deveres dos atores do processo	58
4.1.4 Indicadores de desempenho elaborados pela ANTT	62
4.2 ACESSO AO MERCADO DO TRIP NO BRASIL: O CAMINHO PERCORRIDO PARA PERMISSÃO DE OPERAR	64
4.2.1 Exclusividade de exploração dos serviços.....	65
4.2.2 Decisão sobre a necessidade e oportunidade de licitação dos serviços de TRIP	66
4.2.3 Detalhes do processo licitatório: uma burocracia necessária?.....	67
4.2.4 Extinção do contrato: hipóteses de saída do mercado do TRIP	69
4.2.5 Resolução 1.928 da ANTT: um reflexo da tendência de desregulamentação econômica do TRIP.	72
4.3 JURISPRUDÊNCIA: UM DEBATE ACERCA DO TRIP NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	73
4.3.1 Dispensa de processo licitatório nos serviços de TRIP: uma ofensa à norma máxima brasileira ou uma garantia de continuidade de prestação do serviço?.....	74
4.3.2 Apreciação do tema pelo STF: obrigatoriedade de licitação.....	76
4.4 AVALIAÇÃO DO MODELO REGULATÓRIO ATUAL SOB A ÓTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E RECOMENDAÇÕES PARA UMA REFORMA COMPETITIVA	77
4.4.1 Critérios de avaliação do modelo: o conceito de Administração Pública gerencial... ..	77
4.4.2 Avaliação crítica do modelo regulatório atual.....	80
4.4.3 Recomendações para uma reforma competitiva.....	83
5 DIRETRIZES DO MODELO DE RTL E OS POSSÍVEIS OBSTÁCULOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	86
5.1 DETALHAMENTO DO MODELO DE RTL	86
5.2 ANÁLISE LEGAL DO MODELO PROPOSTO	88

6 VIABILIDADE LEGAL DO MODELO DE RTL: A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO LICITATÓRIO OU A HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE TENDO EM VISTA A IMPOSSIBILIDADE DE CONCORRÊNCIA?.....	103
6.1 CONSTRUÇÃO DE UM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA O MODELO DE RTL	103
6.1.1 Conformidade do modelo de RTL com os princípios da licitação estabelecidos pela legislação brasileira	103
6.1.2 Detalhes do procedimento licitatório para o modelo de RTL	108
6.2 VIABILIDADE ALTERNATIVA PARA O MODELO DE RTL: UM CASO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	110
6.2.1 Casos de inexigibilidade de licitação da Lei n. 8.666 e art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988	110
6.2.2 Posicionamento do STF em relação ao tema.....	111
6.2.3 Viabilidade alternativa para o modelo de RTL: uma lei específica para regular o tema	114
7 CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES FINAIS	116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	119

LISTA DE TABELAS

TABELA 2.1 – RAZÕES PARA REGULAR AS ATIVIDADES ECONÔMICAS.	17
TABELA 3.1 – VEÍCULOS EM MANUTENÇÃO DA ÁREA DE TRÁFEGO DE <i>YORKSHIRE</i>	36
TABELA 3.2 – TRANSFERÊNCIAS DAS EMPRESAS PRIVADAS DE ÔNIBUS PARA O DOMÍNIO ESTATAL.	40
TABELA 3.3 – INDICADORES DAS EMPRESAS ARGENTINAS ANTES DA REFORMA REGULATÓRIA.	50
TABELA 4.1 – DIREITOS E DEVERES DOS USUÁRIOS DO TRIP.	58
TABELA 4.1 – DIREITOS E DEVERES DOS USUÁRIOS DO TRIP (CONT.)	59
TABELA 4.2 – ENCARGOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	61
TABELA 4.3 – ENCARGOS DAS EMPRESAS PRESTADORAS DO SERVIÇO DE TRIP	62
TABELA 4.4 – FORMALIDADES PARA O ESTABELECIMENTO DE TARIFA PROMOCIONAL	72
TABELA 4.5 – DIFERENÇAS ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO BUROCRÁTICO E GERENCIAL:	78
TABELA 4.6 – CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DO ATUAL MODELO REGULATÓRIO DO TRIP:...	79
TABELA 4.7 – RESULTADOS DA AVALIAÇÃO DO ATUAL MODELO REGULATÓRIO DO TRIP: ..	80
TABELA 5.1A – DIFICULDADES OBSERVADAS AO MODELO REGULATÓRIO DO TRIP	90
TABELA 5.1B – DIFICULDADES OBSERVADAS AO MODELO REGULATÓRIO DO TRIP	91
TABELA 5.2 – CRITÉRIOS LEGAIS PARA A SELEÇÃO DE VENCEDORES DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS.....	95
TABELA 6.1 – POSICIONAMENTO DOS MINISTROS NO JULGAMENTO DA ADI N. 2.990.....	112

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1.1 – REPRESENTAÇÃO DA METODOLOGIA ADOTADA	8
FIGURA 2.1 – ETAPAS A SEREM SEGUIDAS NO PROCEDIMENTO REGULATÓRIO.....	18
FIGURA 2.2 – VARIÁVEIS CONTROLADAS PELA REGULAÇÃO ESTATAL.....	21
FIGURA 2.3 – DETERMINAÇÃO DO NÍVEL ÓTIMO DE QUALIDADE.	24
FIGURA 2.4 – DIFERENTES FORMAS DE ACESSO.	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
FIGURA 2.5 – CURVAS DE CUSTOS DOS MONOPÓLIOS NATURAIS PERMANENTES.....	27
FIGURA 2.6 – CURVAS DE CUSTOS DOS MONOPÓLIOS NATURAIS TEMPORÁRIOS.....	28
FIGURA 2.7 – METODOLOGIA PARA CONDUÇÃO DE UM MERCADO CONTESTÁVEL.	31
FIGURA 4.1 – ATORES INTERESSADOS NO MERCADO DE TRIP.....	54
FIGURA 5.1 – FUNCIONAMENTO DO MODELO DE RTL.	88
FIGURA 6.1 – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA O MODELO DE RTL	109

LISTA DE SÍMBOLOS, NOMENCLATURAS E ABREVIACÕES

§: Parágrafo

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANTT: Agência Nacional de Transportes Terrestres

Art: Artigo

Arts: Artigos

BMg: Benefício Marginal

C: Cessão compulsiva dos direitos de operar

CEFTRU: Centro de Formação de Recursos Humanos em Transportes

CMg: Custo Marginal

CMe: Custo Médio

DUTC: *Dublin United Tramways Company*

GNR: *Great Northern Railways*

GSR: *Great Southern Railways*

IAP: Índice de Aproveitamento

IAPplan: Índice de Aproveitamento Planejado fixado na planilha tarifária vigente

IAPreal: Índice de Aproveitamento real verificado no serviço

IEP: Índice de Eficiência da Permissionária

IES: Índice de Eficiência do Serviço Básico ou Complementar

IFP: Índice de Qualidade da Permissionária em relação à Frota

IMFplan: Idade Máxima da Frota de ônibus da permissionária considerada na planilha tarifária vigente, para fins de depreciação;

IMFreal: Idade Média da Frota de ônibus da permissionária.

IRS: Índice de Regularidade dos Serviços

ISP: Índice de Qualidade da Permissionária em relação à Segurança

Km: Quilômetro

LBTT: *Lei de Base dos Transportes Terrestres*

LOTT: *Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres*

Modelo de RTL: Modelo de Regulação de Toque Leve

mph: milha por hora

n: número

NAreal: Número de Acidentes da permissionária por milhão de pass x quilômetros ano

NAref: Número de Acidentes por milhão de pass x quilômetros ano fixado como referência;

PMA: Percurso Médio Anual

PMAplan: Percurso Médio Anual fixado na planilha tarifária vigente

PMAreál: Percurso Médio Anual percorrido por ônibus

PND: Programa Nacional de Desestatização

Q*: Quantidade ótima

Q: Quantidade

RCPE: Regra do Componente de Preço Eficiente

RTA: *Reglamento dos Transportes Automóveis*

STF: Supremo Tribunal Federal

STPP: Serviços de Transporte de Público de Passageiros

TRF: Tribunal Regional Federal

TRIP: Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros

V: Cessão voluntária dos direitos de operar

Veíc: Veículo

1 INTRODUÇÃO

1.1 APRESENTAÇÃO

De acordo com artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “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”. Indo além na leitura do texto constitucional, observa-se o princípio da eficiência da Administração, cravado pelo art. 37. Tal princípio aponta que o Estado, além de estabelecer as condições da prestação dos serviços, deve garantir a existência de condições de concorrência que favoreçam o aumento da eficiência econômica na oferta dos serviços (MARTINS, 2007, p. 1). Cabe, então, apontar quais os serviços devam ser ofertados pelo Poder Público.

Esclarecendo o assunto, o inciso XII do artigo 21 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) aponta que compete à União a exploração direta, ou mediante autorização, permissão ou concessão, dos seguintes serviços:

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

Tratando mais especificamente de um tipo de transporte consagrado, quer seja, o Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros (TRIP), o Poder Público federal estabeleceu uma estrutura regulatória, baseada no conceito de serviço público, consoante as diretrizes estabelecidas na Lei n. 10.233/01 (BRASIL, 2001), na Lei n. 8.987/95 (BRASIL, 1995), que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços

públicos, e no Decreto n. 2.521/98 (BRASIL, 1998), atual regulamento dos serviços de TRIP.

Nessa estrutura, o processo licitatório é uma exigência legal e, ao mesmo tempo, é indispensável que o mercado do TRIP possua uma competitividade, de modo que se ofereça um serviço de qualidade (BRASILEIRO e ARAGÃO, 2000). Observa-se então, que a inserção de um mercado competitivo é necessária, pois a filosofia dos regulamentos atuais sinaliza na direção de mercados fechados, que se omitem de risco e de competição frente a potenciais concorrentes e não contém elementos que induzam aos operadores a melhora do sistema de uma forma geral (BRASILEIRO e ARAGÃO, 2000).

Acontece que, o modelo atual de regulação praticado pelo País não permite uma concorrência de mercado entre as empresas, isso porque, depois do o processo licitatório a empresa vencedora goza de privilégios de mercado e explora um monopólio institucional, conceito esse trabalhado ao longo do estudo, onde o Estado impõe barreiras à entrada de novas empresas no mercado, o que não estimula a eficiência das empresas.

Em face desse cenário, é essencial que se introduza no mercado brasileiro um modelo regulatório capaz de inserir competitividade entre as empresas. Com essa preocupação, a literatura nacional apresenta o modelo de regulação de toque leve para os serviços de TRIP, que se compromete com a competitividade e, conseqüentemente, a eficiência das empresas. Nesse sentido, o desafio que se coloca é a viabilidade jurídica de tal modelo para que o interesse da coletividade por um TRIP eficiente se veja representado.

Com a intenção de contribuir com o debate formado em torno da regulamentação dos serviços de TRIP, a dissertação analisará a viabilidade jurídica do modelo de regulação de toque leve (RTL). Nesse, como se verificará em capítulo apropriado, a intervenção estatal é menor se comparado ao modelo de regulação tradicional e, é capaz de: i) incentivar a competição; ii) aumentar a eficiência das empresas concessionárias – como mostram as práticas internacionais – prestadoras de serviço evitando a formação de um mercado incontestável.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A discussão institucional no setor de transportes possui um papel importante no mundo da pesquisa científica. Ressalta-se, porém, que essas discussões jurídicas são raras. Observando os textos, percebe-se a carência, especialmente, de estudos comparados

capazes de cumprir funções diversas no aperfeiçoamento da configuração institucional do setor (ARAGÃO e MARAR, 1996). Dessa forma, e com intuito de colaborar com o debate institucional do setor de transporte, o presente estudo se concentra em discutir a regulamentação do TRIP.

Nesse sentido, a prestação de serviços regulares de TRIP foi delegada às empresas permissionárias prestadoras de serviço, sob as prescrições legais supracitadas, de tal forma que o sistema seja mais eficiente. Há que se pesar, entretanto, que a delegação de tal serviço é feita de tal forma que norteia as empresas a um mercado quase que monopolizado, não as incentivando, assim, a melhorar a qualidade dos serviços ofertados. Além do que, as empresas não vêem a necessidade de baixa dos custos operacionais, uma vez que não possuem concorrência que ameacem a sua demanda.

Explorando um pouco melhor o assunto, contata-se que a base econômica usada para a relação entre o Estado e os permissionários prestadores de serviços do TRIP é, geralmente, a exploração de um monopólio institucional, quando muito um duopólio igualmente institucional, embora se reconheça o potencial de concorrência de determinado serviço (ARAGÃO *et al*, 2004, p. 54). Assim sendo, percebe-se o que o potencial de concorrência do mercado é desperdiçado em troca de privilégios de exclusividade na prestação desses serviços.

Aproveitando a discussão iniciada no parágrafo anterior é importante apontar que a idéia de que o direito de exclusividade para a exploração do serviço prestado só deve ser concedido em casos muito especiais de comprovada necessidade, como aponta a literatura e a legislação pátria. Nesse sentido, deve-se permitir a entrada de outras empresas no mercado para a exploração desses serviços, deixando uma brecha para a entrada, ou igualmente a saída de outros operadores, de tal forma que seja inserida certa competitividade no mercado do TRIP.

Com essa preocupação é importante observar que experiências internacionais, como a britânica, mostram que os serviços de TRIP regidos por modelos regulatórios que permitam um mercado aberto a concorrências possuem indicadores de qualidade mais altos (BRASILEIRO e ARAGÃO, 2001). A prática estrangeira ensina, portanto, que um modelo de regulação econômica mais branda é mais eficaz se comparado ao modelo tradicionalista adotado pelo País em que se realiza este estudo.

Ante o exposto, acredita-se que um modelo regulatório capaz de inserir uma filosofia baseada em um controle rigoroso da qualidade do serviço prestado e, que permita certa liberdade nos parâmetros econômicos é mais eficiente para o mercado do TRIP. Nessa estrutura, surge na literatura o modelo de RTL, que se propõe a inserir tal filosofia para o mercado brasileiro, sendo, portanto, mais adequado ao cenário do País quando comparado ao modelo regulatório convencional.

Na tentativa de facilitar a aceitação do modelo, este estudo se preocupa em demonstrar que o modelo de RTL não possui barreiras jurídicas a sua implementação. Nesse contexto o desafio que se coloca para esta pesquisa está justamente na viabilidade jurídica do modelo de RTL no TRP. Para tanto, escolheram-se dois caminhos o primeiro deles remete à construção de um procedimento licitatório capaz de abraçar as diretrizes do modelo de RTL, já o segundo relata a possibilidade de inexigibilidade de licitação.

1.3 HIPÓTESE FUNDAMENTAL

Pesando os argumentos e a premissa, acima expostos, foi possível elaborar as seguintes hipóteses fundamentais para a pesquisa:

- a. A construção da viabilidade legal que permita a introdução do modelo de Regulação de Toque Leve proposto pela bibliografia, pode ser demonstrado por um modelo de licitação recorrente que se encaixe nos limites legais das Leis ns. 8.666/93 (BRASIL, 1993), 8.987/95 (BRASIL, 1995a), 10.233/01 (BRASIL, 2001) e do Decreto Lei n. 2.521/98 (BRASIL, 1998).
- b. Caso não seja o entendimento pela primeira hipótese, ou ainda, se resultar infrutífera a primeira tentativa, pode-se explorar a tese de que a inexigibilidade de licitação para a delegação dos serviços de TRIP, tendo em vista a impossibilidade de concorrência quando cada proponente tem liberdade de fazer uma proposta singular para a exploração desses serviços.

Nesse sentido, para que a primeira hipótese seja comprovada será feito um estudo acerca dos princípios da licitação presentes no artigo 3º da Lei n. 8.666 (BRASIL, 1993), para que em momento posterior seja verificada a conformidade das diretrizes do modelo de RTL com os nortes estabelecidos pelos princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Considere-se ainda, que a primeira hipótese será comprovada caso se tenha êxito na

construção de um modelo licitatório capaz de suportar as diretrizes inovadoras do modelo que se propõe a inserir competitividade para o mercado brasileiro.

Já a segunda hipótese de pesquisa deste estudo procura demonstrar a viabilidade jurídica do modelo discutindo uma decisão recente da Corte Suprema do Direito pátrio, onde se decidiu, por maioria dos votos, pela constitucionalidade de uma lei que autoriza a venda de terras públicas sem que haja um procedimento licitatório, isso porque, dentre outros fatores, como a obrigatoriedade da presença do interesse público, foi detectada a impossibilidade de competição, sinalizando, assim, que os casos previstos nos artigos 24 e 25 da Lei de Licitações não são exaustivos.

1.4 JUSTIFICATIVA

Como visto, as experiências internacionais sinalizam que os mercados de TRIP abertos a concorrência possuem indicadores de qualidade mais altos quando comparadas aos mercados onde a competição é baixa ou inexistente (BRASILEIRO e ARAGÃO, 2001). Nesse sentido, o modelo de RTL é desejado para que seja inserido um cenário competitivo para a realidade brasileira para que, conseqüentemente, os índices de qualidade possam atingir níveis satisfatórios.

No entanto, deve-se apontar que a mudança de um modelo regulatório para o mercado do TRIP afeta os diversos atores do mercado. E, como em diversos outros setores, inúmeras são as barreiras que surgem para o progresso de um sistema. De maneira a colaborar com esse cenário, o presente trabalho, que tem seus objetivos expostos nas próximas linhas, apresenta um estudo acerca da viabilidade de jurídica do modelo de RTL.

1.5 OBJETIVOS

O objetivo geral do trabalho confunde-se com a viabilização jurídica do modelo de regulação de toque leve para o TRIP, de modo a incentivar a competição e aumentar a eficiência das empresas prestadoras do serviço. Dentro desse objetivo geral situam-se dois outros objetivos específicos do trabalho:

- a) Discutir a proposta de Modelo de Regulação de Toque Leve para o Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros;
- b) Mostrar que, de fato, o Modelo de Regulação de Toque Leve é mais eficiente, se comparado ao modelo convencional, no que toca à competitividade das empresas;

1.6 METODOLOGIA

A metodologia adota para cumprir os objetivos do trabalho abrange quatro etapas, a seguir discutidas, conforme representado na Figura 1.1.

Na Etapa 1 realizou-se uma revisão na literatura, mediante consulta em livros e artigos científicos, sobre os seguintes assuntos:

- a) Economia da Regulação e mercados contestáveis; mercados incontestáveis e os conseqüentes prejuízos para a concorrência;
- b) Elementos de desregulamentação no serviço público; fundamentos e natureza jurídica da desregulamentação;
- c) Experiências internacionais de desregulamentação do TRIP, com uma breve abordagem sobre a competição de mercado existente nos países estrangeiros, destacando-se os principais aspectos envolvidos; como se comportam as barreiras à entrada das empresas prestadoras do serviço e; a diferenciação dos serviços e as políticas regulatórias alienígenas às políticas brasileiras;
- d) A figura jurídica da permissão no Direito Administrativo brasileiro, segundo a visão tradicionalista vigente no País.
- e) Situação atual do Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros no Brasil, destacando-se alguns dados operacionais; diagnóstico simplificado do sistema de modo a se perceber que o mercado necessita de melhoras e;

Na segunda Etapa da Pesquisa realizou-se um estudo sobre a legislação vigente que trata das delegações do TRIP, os dispositivos legais pesquisados foram: Constituição Federal de 1988; Leis ordinárias; Leis complementares; Decretos; Regulamentos; Portarias e; Resoluções, buscou-se averiguar, também, a jurisprudência existente sobre o tema em questão.

A pesquisa da jurisprudência foi realizada no sítio do Supremo Tribunal Federal (STF). Para tanto, o foco esteve nas decisões relativas ao TRIP, que decidiram, pela obrigatoriedade de licitação fundada na impossibilidade de substituição do Poder Executivo pelo Poder Judiciário, decisão pela ilegitimidade das empresas que operavam

sem procedimento licitatório. Foi analisada, também, a decisão recente do STF que declarou constitucional lei que vendia terras públicas em procedimento licitatório prévio.

A etapa seguinte analisou, de maneira crítica e detalhada, os nortes para o modelo de Regulação de Toque Leve sugerido pela literatura. Nesta etapa se procurou apontar os possíveis impedimentos legais ao modelo e, ao mesmo tempo em que apresentados, discutiu-se acerca desses obstáculos, apontando que não eram determinantes para a inviabilidade jurídica desse novo modelo regulatório proposto para o mercado do TRIP.

Já a quarta etapa se encarregou de verificar a viabilidade jurídica do modelo de RTL, discutido em etapa na anterior, frente às barreiras encontradas pela rígida perspectiva dos que defendem a obrigatoriedade de licitação, sem que antes seja feita uma análise de seus princípios e finalidade. Para tanto, recorreu-se às duas hipóteses de pesquisa apontadas nas linhas acima. Isso para que, no último instante deste estudo, sejam apresentadas as conclusões e recomendações para pesquisas futuras.

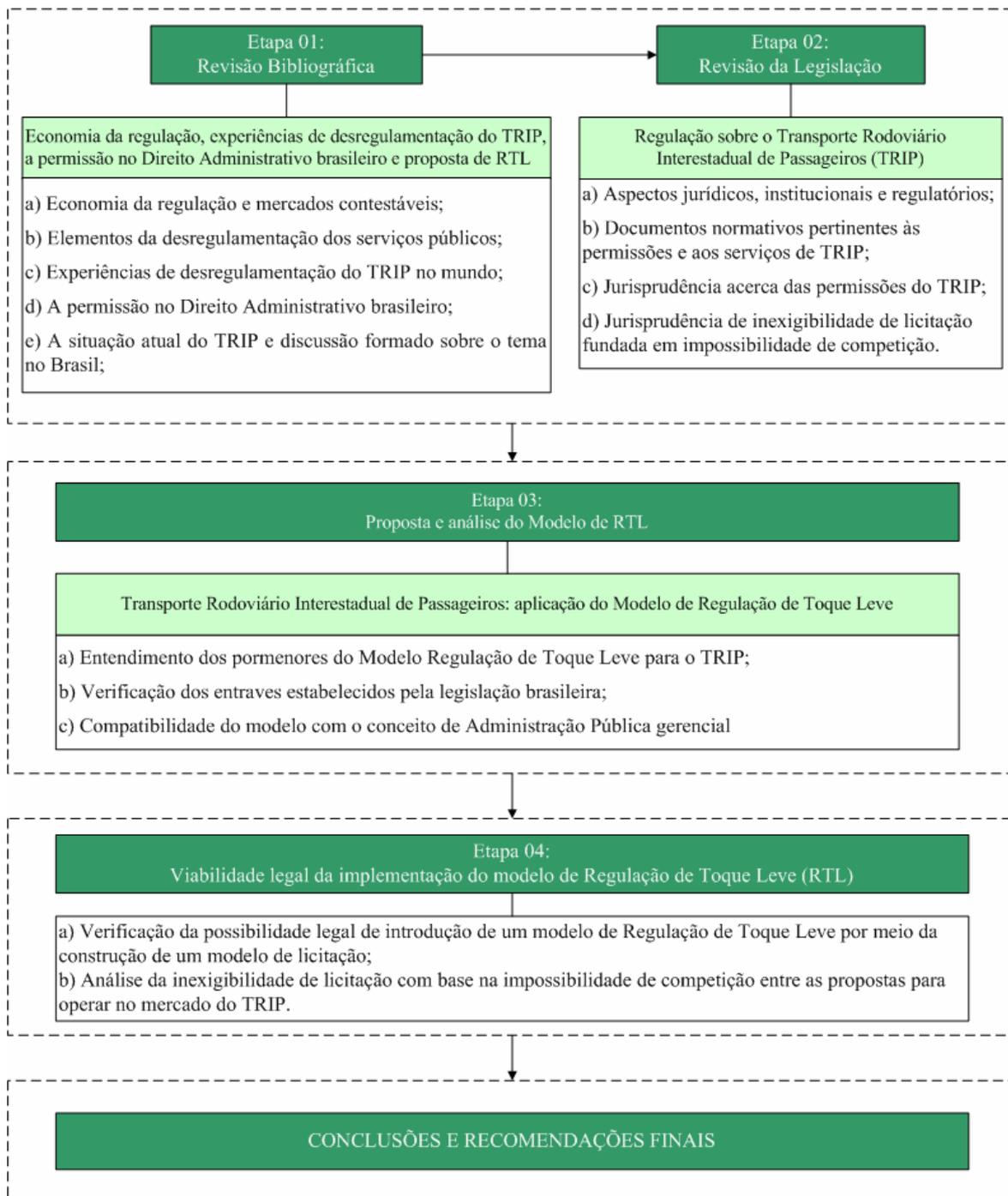


Figura 1.1 – Representação da metodologia adotada

1.7 ESTRUTURAÇÃO DO ESTUDO

Para a continuidade do trabalho, de modo que os objetivos sejam alcançados e a hipótese comprovada, o presente trabalho apresenta outros seis capítulos, seguidos deste capítulo introdutório.

O segundo capítulo trata da revisão bibliográfica sobre a Economia da Regulação e mercados contestáveis. Neste capítulo são apontados os fatores condicionantes para a

formação dos mercados contestáveis, bem como os conseqüentes prejuízos para a eficiência do mercado caso o cenário não preze pela competitividade entre os operadores. Discute-se, também neste momento, a formação dos chamados monopólios institucionais, caracterizados por barreiras, impostas pelo Estado, à entrada de novas empresas.

O terceiro capítulo analisa as hipóteses de contestabilidade do TRIP no modelo regulatório internacional. Para tanto são apresentadas as experiências européias e sul-americanas. Aquelas são pioneiras em desregulamentação dos mercados de TRIP, enquanto que estas deixam importantes lições para o País, por possuírem um padrão socioeconômico mais próximo da realidade brasileira. Nesse sentido, discute-se a experiência da Inglaterra, Portugal, Irlanda e Espanha e, em outro instante, Chile e Argentina.

O capítulo seguinte ao terceiro relata de que forma o País regula os serviços de TRIP delegados às empresas privadas, apresentando, além dos atores envolvidos no processo de permissão, o caminho a ser percorrido por uma empresa que pretende operar no mercado, fazendo uma crítica com base no conceito de Administração Pública gerencial. Acrescenta-se a este capítulo, além da análise legislativa, um debate das decisões e discussões tomadas nos tribunais brasileiros acerca do tema em pauta.

O quinto capítulo, que se assemelha à terceira etapa da metodologia adota para este estudo, procurou discutir, de maneira crítica e detalhada, as diretrizes do modelo de Regulação de Toque Leve proposto para os serviços de TRIP. Nesta etapa foi feito um estudo acerca dos possíveis impedimentos legais ao modelo e, ao mesmo tempo em que apresentados, discutiu-se acerca desses obstáculos, apontando que não eram determinantes para a inviabilidade jurídica desse novo modelo regulatório proposto.

O sexto capítulo busca confirmar as hipóteses levantadas para esta pesquisa. Nesse sentido, este capítulo se encarrega de demonstrar a viabilidade jurídica do modelo de RTL, por meio das duas hipóteses propostas, frente às barreiras encontradas pela rígida perspectiva dos que defendem a obrigatoriedade de licitação, sem que antes seja feita uma análise de seus princípios e finalidade. Por fim, no último capítulo são sistematizados os principais resultados encontrados e são apresentadas algumas recomendações para estudos futuros.

2 TEORIA REGULATÓRIA E A FORMAÇÃO DOS MERCADOS CONTESTÁVEIS

O presente capítulo apresenta uma breve discussão sobre a teoria regulatória e a formação de mercados contestáveis. Ressalta-se que não é objetivo exaurir o assunto, mas apenas consolidar uma base teórica que auxilie o foco do estudo. Para tanto, o capítulo foi estruturado em cinco seções.

Na primeira delas são apresentados os fundamentos da teoria regulatória, mostrando os motivos que levam a uma regulação estatal. Nessa mesma seção destacam-se, além dos procedimentos para que seja realizada uma boa regulação, as possíveis falhas regulatórias e como estas devem ser tratadas de modo a garantir o bem-estar social. São expostas, também nesta seção, as estratégias regulatórias que o Poder Público dispõe.

Já a segunda seção trata da regulação econômica. Essa seção se dedica, também, a retratar que um cenário pode apresentar competitividade ainda que não haja regulação econômica. Tal prática é caracterizada pelo controle da qualidade ou outros parâmetros como segurança, conforto ou meio ambiente. Além disso, tratam-se das políticas tarifárias e como elas interferem no funcionamento do mercado.

Subseqüentemente, é relatada a teoria dos monopólios naturais e como esses mercados se comportam. São apresentadas as situações em que esses monopólios são desejados e as características de seu funcionamento. Em outro instante, porém, nos limites dessa seção, é construída a idéia dos monopólios institucionais.

Após a quarta seção, apresentam-se o conceito e as características dos mercados contestáveis, onde as empresas possuem livre acesso ao cenário. Ainda dentro das fronteiras da quinta seção são apresentadas algumas estratégias políticas que levam a formação desses mercados competitivos. E, em um último momento, são apresentados os tópicos conclusivos dos assuntos tratados no capítulo.

2.1 TEORIA REGULATÓRIA

2.1.1 Porque regular?

Para determinar as situações em que é desejada a intervenção estatal nas relações econômicas são apresentados dois questionamentos: É possível que exista competição

entre as empresas que oferecem os serviços? E, se possível, essa competição é desejada? Caso as respostas para as duas questões sejam positivas, não é necessária uma participação intensa do Estado, esse se limitaria, apenas, a estabelecer alguns parâmetros mínimos de segurança e qualidade. Contudo não seriam controlados preços e tampouco quantidade de serviço ofertado (RUS; CAMPOS; e NOMBELA, 2003, p. 234-235).

Outra combinação possível se dá quando a competição é desejável, porém, existem obstáculos que impedem tal cenário competitivo. É possível que algumas empresas prestadoras do serviço estejam dificultando a entrada de novas empresas no mercado. Neste caso, para que o mercado apresente características de competitividade é necessária a presença do Estado (RUS; CAMPOS; e NOMBELA, 2003, p. 235).

Em sentido oposto à situação apresentada, pode acontecer que o mercado seja potencialmente competitivo, contudo, não é socialmente desejável que se desenvolva tal competitividade. Um exemplo desta situação é a indústria dos táxis, que na maior parte do mundo possui barreiras, impostas pelo poder público, à entrada de novos carros e, normalmente possuem uma regulação tarifária (RUS; CAMPOS; e NOMBELA, 2003, p. 235).

Considerando a última possibilidade de resposta, aparece o caso em que a competição, além de não ser possível no mercado, não é desejada socialmente. As concessões de infraestrutura rodoviária são clássicos exemplos deste tipo de situação (RUS; CAMPOS; e NOMBELA, 2003, p. 235).

De uma forma geral, esses três últimos macro-cenários, demandam a presença do estado para que se estabeleça o bem estar da coletividade. Continuando com os estudos, nas próximas linhas, serão apresentadas algumas situações que se enquadram em um dos três macro-cenários descritos. Dentre eles, talvez o mais discutido pela bibliografia, o caso dos monopólios naturais.

i) Monopólios e monopólios naturais

Uma posição de monopólio é obtida quando poucos fornecedores, ou ainda, um fornecedor, são responsáveis pelo abastecimento de todo o mercado (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 9). O fenômeno ora descrito ocorre quando se observa, ao menos, uma das seguintes situações:

- Um único fornecedor abastece todo o mercado;
- O serviço ofertado é único, no sentido de que não há um tipo de serviço substituto suficientemente perto para que os consumidores possam adquiri-lo;
- Surgimento de barreiras que restringem a entrada de novas empresas e dificultam as saídas das já participantes do mercado.

Verifica-se, então, que onde ocorre o monopólio, o mercado apresenta uma falha no sentido de que a competitividade é deficiente. Sob o foco do interesse público, o surgimento de mercados monopolizados, se comparado com uma competição perfeita, acarreta na diminuição dos serviços ofertados e no aumento dos preços. Um, dos possíveis remédios a esses mercados é a criação de leis que incentivem a competição e criem um ambiente que conduzam a competitividade entre as empresas participantes do mercado (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 10).

Percebe-se, porém, que tal atitude não é suficiente para resolver os chamados monopólios naturais. Os monopólios naturais surgem quando os recursos financeiros exigidos para a prestação de um determinado serviço, ou produção de um determinado bem, são tão altos que apenas uma empresa é capaz de arcar com tais custos e oferecer tal serviço, ou produzir tal bem (VISCUSI, VERNON e HARRINGTON Jr., 1997, p. 351).

Nos casos de monopólio natural, se faz necessário que o Estado controle a quantidade do serviço ofertado ou bem produzido, como também os preços destes. Destaca-se que, além do controle da quantidade e do preço do serviço ofertado, o Estado deve monitorar a qualidade de tal serviço de modo a incentivar a constante melhora da empresa, simulando assim, um mercado igualmente competitivo (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 10).

Talvez um dos maiores desafios para os reguladores seja determinar quais serviços são característicos de um monopólio natural e quais devem ser inseridos nos mercados competitivos. Tal distinção é essencial para a tarefa regulatória, já que as empresas inseridas nos contextos dos monopólios naturais gozam de um privilégio, igualmente natural, de exclusividade. E, como observado, a exclusividade da prestação de um serviço gera uma falha na competitividade do mercado.

Ressalta-se que o assunto dos monopólios naturais será tratado de maneira mais detalhada na seção 2.4. O próximo tópico trata da justificativa da intervenção estatal na economia pelo surgimento de ganhos excessivos e inesperados por parte das empresas.

ii) Ganhos inesperados e geração de lucros excessivos:

Uma segunda possibilidade que justifica a intervenção estatal se configura quando uma empresa obtém um lucro excessivo e inesperado ocasionado pela descoberta de uma nova fonte de insumos significativamente mais barata, quando comparado às outras fontes disponíveis no mercado. Inclui-se nesse contexto qualquer fenômeno ou atividade que aumente os lucros das empresas de forma desequilibrada e excessiva (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 11).

Encontram-se na bibliografia vários exemplos que dão sustento para a defesa de que é necessária a intervenção estatal nesses casos. Um exemplo comum e recorrente na literatura remete à situação de um vendedor de barcos, cujo estabelecimento localiza-se em uma cidade de clima deserto, que tira proveito de uma inexplicável inundação para aumentar seus lucros de forma excessiva. Situações essas em que o Estado deve intervir para re-equilibrar as relações entre os consumidores e as empresas.

iii) Externalidades:

Outra falha de mercado apontada pela bibliografia, e que merece destaque, são as chamadas externalidades, ressalta-se que estas podem ser positivas, quando trazem um benefício à sociedade; ou negativas que, ao contrário das positivas, trazem prejuízos. Essas falhas ocorrem quando o preço do produto não reflete o verdadeiro custo do processo produtivo para a sociedade (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 11).

De forma a tornar mais claro o conceito acima descrito recorre-se ao exemplo do fabricante de pneus que despeja os poluentes advindos do processo de fabricação nos rios. Este, certamente, estaria diminuindo os custos de produção, já que a atitude correta por parte da empresa seria tratar esses poluentes antes do despejo. É nítido, porém, que o menor custo do pneu não reflete o enorme prejuízo que a sociedade terá com os gastos da despoluição desses rios.

Desta forma, a regulação das externalidades negativas se justifica pela tentativa de proteger a sociedade e eliminar esses desperdícios. Deve-se tomar o cuidado de embutir no preço

final do produto o devido tratamento dos poluentes gerados pelo processo produtivo. Continuando o raciocínio iniciado no parágrafo é fácil perceber que a intervenção estatal nas externalidades positivas se justifica pela proteção das empresas produtoras ou prestadoras de serviço, de modo que haja um equilíbrio na relação fornecedor-consumidor.

iv) Assimetrias de informação:

Para que os mercados competitivos funcionem corretamente é necessário que os reguladores e os consumidores estejam bem informados de modo que possam avaliar as reais condições dos serviços ofertados. Em algumas situações, porém, o mercado falha no fornecimento dessas informações (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 12).

Diversas são as justificativas para a inadequação do fluxo de informações entre os que figuram as relações econômicas. Dentre elas, encontra-se o alto custo para a obtenção das reais informações. A bibliografia (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 12) sugere que o alto custo dessas informações seja compensado de alguma forma pelo governo.

Verifica-se, portanto, que a falha de informação pode ocorrer não somente na relação entre fornecedor-consumidor, mas também entre fornecedor-regulador. Talvez a falha encontrada nesta última seja ainda mais crítica. Para que o gestor do processo possa regular determinada atividade, é essencial que possua as reais informações sobre tal atividade em um intervalo de tempo relativamente curto, caso contrário poderia incorrer em erros regulatórios advindos de falsas informações.

Assim, a intervenção estatal é necessária para que seja assegurada uma informação amplamente acessível, correta e confiável aos consumidores ou, igualmente, aos usuários do sistema, e para que o mercado possa apresentar uma competição satisfatória. E, como exposto, é importante que esses dados sejam fornecidos com as mesmas características de acessibilidade, precisão e confiabilidade para o órgão regulador, para que o processo regulatório seja coerente.

v) Continuidade e disponibilidade do serviço:

Em determinadas circunstâncias o mercado não provê à sociedade o nível desejado de continuidade e disponibilidade do um determinado serviço. A continuidade do serviço é exigida justamente porque as necessidades públicas são contínuas, por esta razão é

necessária presença do ente estatal, de modo que os serviços sejam caracterizados por uma continuidade satisfatória (SOUTO, 2005, p. 220).

A segunda situação, de disponibilidade, é claramente observada no mercado do TRIP, onde se percebem algumas localidades com demanda muito baixa. Certamente as empresas prestadoras de serviço, que visam à maximização do seu capital, não estariam dispostas a atender tais localidades.

Ainda que muito criticada, uma possível solução para a não disponibilidade do serviço prestado seria o subsídio do Estado para àquelas empresas que se comprometessem em desempenhar tal atividade (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 13). A empresa se comprometeria em transportar aqueles passageiros e, em contrapartida, receberiam um subsídio do Estado para que o equilíbrio econômico-financeiro fosse estabelecido. Assim, os desejos da sociedade de continuidade e disponibilidade de prestação dos serviços de TRIP se traduzem na intervenção do Estado.

Outra prática que impede a competição perfeita do mercado é o comportamento não-competitivo das empresas participantes e a prática da competição predatória. Tal assunto é tratado nas linhas seguintes.

vi) Comportamento não-competitivo e a prática da competição predatória:

Em algumas situações, a deficiência do mercado não se explica pela mera falta de competição, mas se justifica pelo comportamento não-competitivo que assumem determinadas empresas. A principal manifestação desse comportamento não-competitivo é a prática da competição predatória (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 13).

A competição predatória é instaurada quando uma empresa estabelece seus preços abaixo dos valores de mercado com intuito de derrubar seus competidores e dominar o mercado. Verifica-se, desta forma, que o comportamento predatório não visa o lucro, mas sim o domínio do mercado (ARMSTRONG, COWAN e VICKERS, 1994, p. 119).

O Estado deve regular, então, a prática de competição predatória, de modo que o mercado possua uma certa contestabilidade e os consumidores estejam protegidos dos efeitos negativos advindos da dominação do mercado por parte de uma só empresa. (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 13). Ainda nos reportando às falhas de mercado que justificam a intervenção estatal, o próximo tópico trata dos serviços públicos e bens públicos.

vii) Serviços públicos e bens públicos:

Algumas atividades públicas como a segurança e a defesa trazem benefícios para toda a sociedade. Parece claro então, que tais atividades são de interesse comum. Cabe ressaltar, porém, que o sistema pode ter um custo elevado com a presença dos chamados *free-riders*, que não pagam pelos serviços e aproveitam os benefícios advindos do sistema. Em situações extremas é essencial a presença do Estado para que se possa restabelecer o bem da coletividade (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 14).

Uma das condições para que o mercado seja eficiente é que o poder de barganha entre os agentes econômicos possua um certo equilíbrio. Porém, esse cenário nem sempre é observado.

viii) Poder de barganha desigual:

Como mencionado ainda há pouco, um equilibrado poder de barganha dos agentes econômicos é uma condição *sine qua non* para o perfeito funcionamento do mercado. Em localidades, onde a falta de emprego prevalece, não parece razoável que os trabalhadores desempregados defendam seus interesses sem um auxílio do Estado, já que o poder de barganha daqueles é muito baixo se comparado com outros agentes do mercado (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 14).

ix) Escassez e racionalização:

A intervenção estatal se vê necessária no cenário em que existe a escassez de um determinado insumo de interesse comum. O Estado deve alocar tais insumos, como o petróleo, por exemplo, de acordo com uma lista de preferências sociais (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 14).

Além das hipóteses acima apontadas, existem outras situações que justificam a presença do Estado na economia de uma sociedade. Destaca-se, porém, que não é objetivo da presente subseção elaborar uma lista taxativa acerca das possibilidades de tal intervenção. As atividades e cenários supracitados servem de base teórica para o prosseguimento desta pesquisa. De maneira a tornar mais clara a exposição, apresenta-se a Tabela 2.1 que resume as razões da regulação.

Tabela 2.1 – Razões para regular as atividades econômicas.

Razões para regular	Objetivos da regulação	Exemplo
Monopólios e monopólios naturais	Cortar a tendência das empresas de aumentar o preço e diminuir a produção	Mercado de utilidades
Ganhos inesperados e geração de lucros excessivos	Transferir os ganhos inesperados das empresas para os consumidores	Uma empresa que encontra fonte de suprimentos consideravelmente mais barata
Externalidades	Compelir os produtores a arcar com os reais custos da produção, deixando livre de cobranças outros membros da sociedade	Poluição de um rio por uma fábrica Construção de infra-estrutura em região pioneira
Assimetrias de informação	Informar os consumidores e os gestores de modo a permitir uma correta operação do mercado	Linha farmacêutica, rótulos de comidas e bebidas
Continuidade e disponibilidade do serviço	Assegurar o nível mínimo (essencial) de serviços desejados pela sociedade	Serviços de transportes
Comportamento não-competitivo e a prática da competição predatória	Prevenir o comportamento não-competitivo	Preços abaixo do custo de produção
Serviços públicos e bens públicos	Dividir os custos onde existem serviços públicos e <i>free-riders</i>	Serviços de saúde e segurança pública
Poder de barganha desigual	Proteger os interesses de pessoas vulneráveis	Saúde pública
Escassez e racionalização	Interesse público de alocar os recursos em determinadas atividades	Racionalização de petróleo.

(Fonte modificada: BALDWIN e CAVE, 2002, p. 17)

Depois de apontadas razões do porquê da intervenção estatal na economia, é necessário que se conheçam algumas das estratégias regulatórias. Parece claro que o regulador não está autorizado a intervir nas relações econômicas de maneira arbitrária, sua conduta deve ser pautada em estratégias e regras pré-estabelecidas. Desta forma, a próxima subseção trata dos instrumentos que norteiam o desenho regulatório, para que, na próxima subseção, sejam tratadas as estratégias regulatórias de que dispõem os reguladores.

2.2.2 Desenho regulatório: parâmetros para uma boa regulação

O Estado deve, portanto, analisar de forma cuidadosa as falhas existentes no mercado a serem corrigidas. Uma vez detectadas, essas imperfeições devem ser traçados os objetivos

da regulação para que, em um terceiro momento são escolhidas as estratégias regulatórias a serem usadas para remediar as falhas percebidas. Depois de escolhidas essas estratégias, o regulador deve, ainda, determinar os riscos e os possíveis efeitos da aplicação de tal estratégia, bem como levantar seus custos administrativos (ARAGÃO *et al*, 2004, p. 55).

A Figura 2.1 esquematiza de forma mais clara o processo regulatório proposto:

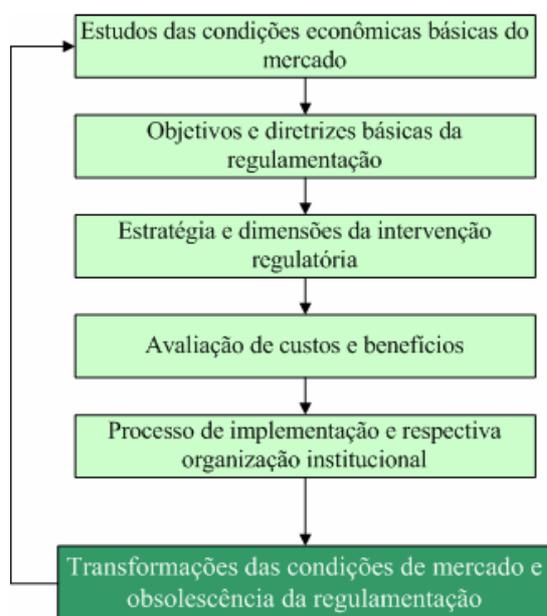


Figura 2.1 – Etapas a serem seguidas no procedimento regulatório.

(Fonte: ARAGÃO *et al*, 2004, p. 56).

É importante observar que a própria implementação da nova política regulatória transforma o mercado, exigindo assim, um constante monitoramento por parte dos agentes estatais; a literatura chama atenção para os casos em que os avanços tecnológicos modificam as condições de mercado, casos esses que, também, exigem uma nova política regulatória. Outro fator que se observa é que as empresas reguladas se adaptam às barreiras impostas pela nova regulação, transformando esses impedimentos em novas armas para favorecerem-se das condições impostas, por esta razão se vê necessário, mais uma vez, o constante monitoramento do mercado por parte do Estado (ARAGÃO *et al*, 2004, p. 56).

Nesse sentido, o Estado deve planejar suas estratégias regulatórias para que os efeitos das limitações impostas atendam às expectativas geradas pelo trinômio: usuário, empresa, regulador. Nesse contexto, as próximas linhas se dedicam a apresentar diversas estratégias regulatórias existentes na literatura.

2.2.3 Estratégias regulatórias

Como acima encionado, diversas são as estratégias regulatórias disponíveis. A bibliografia lista as mais utilizadas em ordem decrescente de intervenção estatal: (i) empresa pública; (ii) monopólio privado regulamentado; (iii) monopólio competitivamente concedido e; (iv) desregulamentação (ARAGÃO *et al*, 2004, p. 59); institutos esses, explorados de maneira mais detalhada nas linhas abaixo.

A literatura define as empresas públicas como pessoas jurídicas de direito privado, criadas com a autorização de lei, para a exploração de atividades econômicas. Ao adquirir personalidade jurídica, a empresa pública se equipara às empresas privadas e inicia seu processo de operação nos mesmos moldes destes entes particulares, ficando o Estado submetido, inclusive, às legislações ordinárias, deixando de lado suas prerrogativas de poder público (SOUTO, 2005, p. 268).

Percebe-se, então, que nesses casos o ente estatal é, ao mesmo tempo, titular e prestador do serviço; o que, inegavelmente, conduz a máxima supressão de liberdade econômica. Nesse cenário até as atividades operacionais mais simplórias são assumidas pelo Estado (ARAGÃO e SANTOS, 2004, p. 227). Assim, com a filosofia de um Estado moderno e gerencial, foi necessário adotar estratégias regulatórias onde a Administração responsável por alguns parâmetros mínimos de qualidade, inserindo certa liberdade ao mercado.

Quando o Estado permite que as diretrizes operacionais sejam definidas por produtores privados, aparece a figura dos monopólios, ou oligopólios, privados regulamentados. Ressalta-se, porém que parâmetros táticos e estratégicos são responsabilidades do Poder Público. Em outras situações, as condições de entrada das empresas são pautadas em estrutura de oferta regulamentada pelo Estado, como é o caso das delegações de serviço público no nosso País. Aparecem, nesse caso, os chamados monopólios competitivamente concedidos (ARAGÃO *et al*, 2004, p. 59).

Do outro lado da escala de intervenção estatal, está a estratégia da desregulamentação. Nessa estratégia regulatória, apesar do nome, observa-se que o Estado não é ausente no processo regulatório, mas se vê presente e centraliza seus esforços em obter retornos sociais e ambientais (ARAGÃO e SANTOS, 2004, p. 227).

Destaca-se que os objetivos regulatórios devem ser definidos anteriormente à escolha da estratégia regulatória, como sugeriu a Figura 2.1. Caso tal procedimento não reflita o

praticado na realidade é difícil estabelecer o que é uma boa ou uma má regulação (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 57). Provocando, assim, o risco de falha regulatória, descrita a seguir.

2.2.3 Falhas regulatórias

Esta subseção se concentra nas tarefas do governo e nas possíveis falhas que este pode incorrer ao regular o mercado. Para isso serão discutidas apenas as falhas regulatórias presentes nos mercados onde existe a regulação exógena, onde a propriedade regulada está inserida no regime privado e esta é regulada por uma agência independente – que, para a pesquisa ora documentada, se traduz na ANTT. Segue a lista com algumas das falhas regulatórias apontadas pela literatura (MAJONE, 1996, p. 18):

- Insuficiente responsabilização política das agências regulatórias independentes;
- Regulação não-competitiva;
- Objetivos difusos referidos ao interesse público;
- Coordenação débil entre diferentes reguladores.

Entre essas, a falha que mais importa para o estudo em questão é a regulação não competitiva.

Com esse cenário em mente e observando que os ajustamentos políticos são lentos em uma democracia (BYRNS e STONE, 1996, p. 417) é essencial que a Administração zele pela não ocorrência da falha por uma regulação não competitiva. Caso contrário o interesse público por um mercado competitivo do TRIP estaria prejudicado. É importante ressaltar que o objetivo destas poucas linhas que tratam das falhas regulatórias é atentar para o fato de que as políticas regulatórias também podem falhar e, quando o caso, devem ser corrigidas imediatamente.

2.3 INTERVENÇÃO ESTATAL POR MEIO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

Em sistema econômico contemporâneo, o Estado se vê presente nas relações econômicas formadas entre os cidadãos. Decisões sobre o valor das taxas e impostos afetam e moldam o comportamento dos agentes. De uma maneira mais formal, a bibliografia define a regulação econômica como uma limitação, respaldada pelo poder de sanção, imposta pelo Estado nas relações econômicas estabelecidas entre indivíduos ou organizações (VISCUSI, VERNON e HARRINGTON Jr., 1997, p. 307).

Ainda sobre o conceito de regulação, a literatura aponta que quando definida de forma adequada, abraça todos os tipos de impostos e subsídios, bem como os controles: legislativo e administrativo explícitos sobre taxas, ingresso no mercado, e outras facetas da atividade econômica (POSNER, 2004, p.49).

Percebe-se, então, que a regulação é uma ferramenta, investida de poder coercitivo, de que dispõe o Estado para moldar as relações econômicas dos agentes. Assim, o Estado é uma fonte potencial de recursos, ou ainda de ameaças, a toda atividade econômica da sociedade. Desta forma, o Estado, imbuído com seu poder de ameaça, pode (e efetivamente o faz) ajudar ou prejudicar, de forma seletiva, um número considerável de indústrias (STIGLER, 2004, p.23).

Ainda que possa atingir uma série de atividades das empresas prestadoras serviços públicos, o Estado se concentra em cinco variáveis, a saber: (i) preço do serviço ofertado; (ii) quantidade de serviço a ser ofertado; (iii) entrada e saída das empresas ; (iv) qualidade do serviço prestado e; (v) outras variáveis (VISCUSI, VERNON e HARRINGTON Jr., 1997, p. 308). A Figura 2.2 ilustra as hipóteses de intervenção discriminadas, discutidas a seguir.

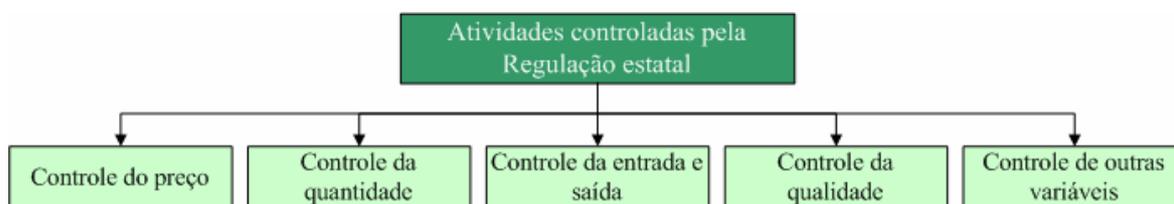


Figura 2.2 – Variáveis controladas pela regulação estatal.

2.3.1 Controle do preço do serviço ofertado

A literatura aponta que o controle do preço do serviço ofertado se justifica por duas razões. A primeira delas é fundamentada na proibição da discriminação, onde é vedada a preferência para determinada pessoa, região, território ou tráfego e; o outro fator que alicerça o controle do preço por parte do Estado é a fixação justa e razoável das tarifas ou preços cobrados para que não se exclua nenhum usuário do sistema (DEMPSEY e THOMS, 1986, p. 163).

A bibliografia aponta que uma das práticas mais comuns utilizadas para controlar os preços dos serviços ofertados é pela regulação da taxa de retorno. Nessa prática, o regulador

estabelece um valor limite que seja capaz de abraçar os custos de produção e uma taxa de retorno capaz de tornar o empreendimento atrativo economicamente (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 224-225. VISCUSI, VERNON e HARRINGTON Jr., 1997, p. 308-309).

Ressalta-se, porém, que nem sempre a prática de controle dos preços é a mais indicada para o benefício do usuário. Em alguns casos, as prestadoras do serviço público alegam fatos que não refletem a realidade para que sejam estabelecidos, de maneira majorada, os preços dos serviços ofertados, prejudicando, assim, o usuário do sistema (ARAGÃO, 2007, p. 433).

Recorre-se ao caso do transporte metropolitano urbano de passageiros, para exemplificar o exposto no parágrafo acima. Naquele transporte sua tarifa era estabelecida em função do custo médio por passageiro transportado. Tal cálculo levava em conta parâmetros e coeficientes da média, de uma forma geral, de todo o sistema, que de certa forma, premiava as empresas ineficientes e, poderia até prejudicar àquelas empresas que primassem pela eficiência (BRASILEIRO *et al*, 2004, p. 173).

Outra questão já mencionada, mas que merece destaque, é que o baixo preço dos serviços, nem sempre significam em benefícios para os usuários. Como já assinalado algumas linhas acima, baixos valores podem configurar prática de concorrência predatória, caso que justifica a intervenção estatal na economia, como salientado e resumido na Tabela 2.1.

Antes de prosseguir com o estudo em questão, cumpre também, observar que, em contrapartida ao controle dos preços, uma possível liberdade de preços deve ser mantida somente nos casos em que existe um benefício para os consumidores do serviço (ARAGÃO, 2007, p.432). Como explicitado, ainda que não excludentes, os preços devem ser justos e razoáveis, evitando assim, um desequilíbrio na relação financeira entre o usuário do sistema e o prestador do serviço público.

2.3.2 Controle da quantidade do serviço ofertado

Nos casos em que o serviço ofertado tem caráter de essencial, o Estado deve garantir que todos tenham acesso a tal serviço, por esta razão se justifica o instrumento regulatório que permita o estabelecimento da quantidade mínima ou até máxima do serviço a ser ofertado (ARAGÃO *et al*, 2004, p. 57).

Uma situação que ilustra o controle da quantidade do serviço ofertado, melhor falando, do bem produzido, está remota ao período compreendido entre os anos de 1930 e 1970, onde muitos estados americanos, dentre os quais Texas e Oklahoma, produtores de óleo tiveram um limite mensal máximo de produção, contudo, apesar desse teto de produção estabelecido, o preço do barril de óleo era determinado pelas condições de mercado (VERNON e HARRINGTON Jr., 1997, p. 309).

O Estado, portanto, deve intervir na quantidade de serviço ofertado sempre que uma parcela da população se encontrar excluída do sistema ou ainda, quando não houver uma continuidade na prestação do serviço (DI PIETRO, 2005a, p. 104).

2.3.3 Controle de entrada e saída das empresas que prestam o serviço

Uma das variáveis que determina a competitividade de um mercado de serviços é a quantidade de empresas que oferecem tal serviço. Um mercado com poucas empresas pode ser um sinal de falha (RUS; CAMPOS; e NOMBELA, 2003, p. 236).

Em regra, boa parte dos serviços deverá apresentar-se livre à entrada de novas empresas que, quando muito, serão submetidas a avaliações técnicas e econômicas. Assim, garante-se um acesso generalizado àqueles que pretendem participar do mercado (ARAGÃO e SANTOS, 2004, p. 228). Entretanto, em algumas situações, o Estado controla a entrada e saída das empresas.

Em sentido oposto às barreiras impostas para a entrada das empresas no mercado, o poder público pode também estabelecer barreiras às saídas das empresas, tendo em vista a obrigação da continuidade de determinados serviços prestados à sociedade.

2.3.4 Controle da qualidade do serviço ofertado

Ainda que não seja uma regulação meramente econômica, o controle da qualidade do serviço ofertado é um interessante instrumento regulatório que mostra sucesso na regulação de serviços de TRIP em países europeus, como o Reino Unido (WHITE, 2000, p. 45). E, ainda que existam poucos operadores, o serviço prestado pode apresentar certa competitividade, como versa a teoria dos mercados contestáveis (QUINET, 1993, p. 42), discutida algumas seções abaixo.

Há que se pesar, porém, que os parâmetros e indicadores de qualidade devem assumir valores condizentes com a realidade socioeconômica da região regulada, caso contrário, o

custo do serviço prestado não atrairia as empresas. É de se esperar que quanto mais alto os parâmetros de qualidade do serviço prestado, mais alto o custo marginal para a oferta desse serviço (BALDWIN e CAVE, 2002, p. 252-253). A Figura 2.3 mostra que existe um parâmetro de qualidade ótimo que deve ser alcançado.

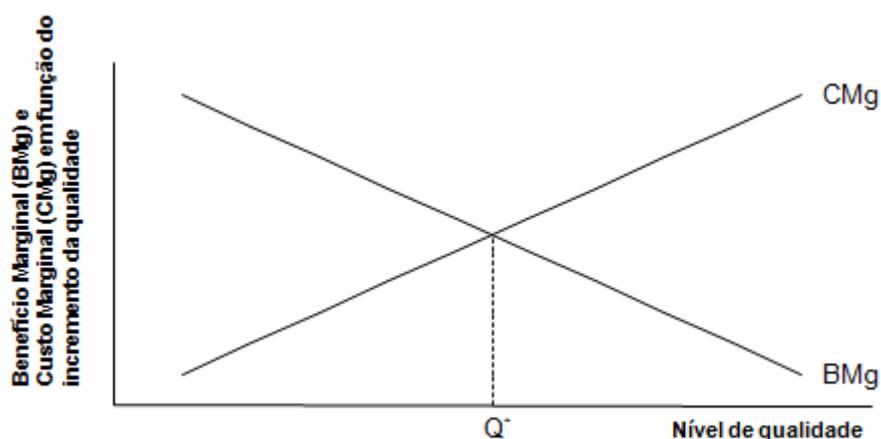


Figura 2.3 – Determinação do nível ótimo de qualidade.

(Fonte: BALDWIN e CAVE, 2002, p. 253).

Como mostra a Figura 2.3, tal parâmetro ótimo é obtido pelo encontro das curvas que representam o custo marginal e o benefício marginal em função do incremento da qualidade.

Além do controle dos parâmetros de qualidade, o regulador pode, ainda, concentrar suas forças em controlar outros parâmetros como segurança, conforto e meio ambiente. A próxima subseção trata do controle dessas outras variáveis por parte do Estado.

2.3.5 Controle de outras variáveis

O poder público pode estabelecer outros parâmetros que tracem o norte para uma regulação. Dentre essas outras variáveis encontram-se o controle da segurança, do conforto e da emissão de poluentes.

Com o apresentado, observa-se que o poder público pode intervir (e, de fato, o faz) em diversas variáveis. A prática comum aponta que, não só os controles do preço e da quantidade do serviço ofertado são determinantes para o estabelecimento de um mercado competitivo. Percebe-se que é possível o estabelecimento de uma competitividade pelo controle da qualidade do serviço ofertado. Depois de discutidos esses assuntos serão apresentados, na próxima subseção, as atividades que pautam as políticas tarifárias.

2.3.6 Formas de regulação dos preços

Segundo a literatura (KUPFER e HASENCLEVER, 2002, p. 519-530), diversas são as formas de se regular os preços. No entanto as formas mais conhecidas e usualmente discutidas são apontadas a seguir: (i) regulação por taxa de retorno; (ii) preço-teto (*price cap*) e; (iii) preço eficiente.

a) regulação por taxa de retorno

Nesse tipo de regulação o regulador visa assegurar para a empresa regulada uma taxa de retorno considerada adequada para o prosseguimento de suas atividades. A prática aponta que essa taxa de retorno deve ser igual ao custo que a empresa possui para levantar seu capital, dessa forma, não haveria como supor que a empresa estaria obtendo lucros extraordinários e, ao mesmo tempo, não haveria obstáculos ao prosseguimento de suas atividades (KUPFER e HASENCLEVER, 2002, p. 519-520).

Uma das críticas dessa política tarifária remonta justamente na falta de estímulo à eficiência das empresas, isso porque essa política busca garantir uma taxa de retorno mínima, não fornecendo, assim, estímulos para que a empresa altere sua política operacional de tal modo que a busca pela eficiência seja constante. (KUPFER e HASENCLEVER, 2002, p. 522).

b) preço-teto (*price cap*)

Inicialmente aplicado para uma empresa britânica de telefonia, em 1984, acabou se expandindo para outras empresas e setores na Inglaterra, assim como para outros países. O sistema consiste, basicamente, em fixar um limite superior para a empresa regulada estabelecer o seu preço, limite este que pode ser estabelecido separadamente para cada produto (ou serviços) ou para a média dos preços dos produtos (ou serviços) oferecidos pelas empresas (KUPFER e HASENCLEVER, 2002, p. 522).

2.4 TEORIA DO MONOPÓLIO NATURAL E O CONCEITO DE MONOPÓLIOS INSTITUCIONAIS

2.4.1 Teoria dos monopólios naturais

Tradicionalmente recorre-se aos exemplos das ferrovias para ilustrar o caso de formação dos monopólios naturais. As empresas utilizam uma infra-estrutura com custos muito elevados e de difícil duplicação (RUS; CAMPOS; e NOMBELA, 2003, p. 249). Diante

dessa situação, uma barreira natural é erguida em função das características tecnológicas da prestação do serviço, dificultando ou quase impedindo a entrada de novas empresas no mercado.

Há que se considerar que, ainda que as características do mercado apontem para a formação de um monopólio natural, a literatura mostra que a regulação por parte do poder público deve ser precedida de um cuidadoso estudo, isso porque um mercado monopolizado pode ser muito danoso à coletividade caso não seja regulado de forma correta pelo Estado. Dessa forma, antes que a Administração decida pela regulação do mercado monopolista devem ser analisados fatores como externalidades, evolução tecnológica.

Por outro lado, uma empresa detentora da prestação dos serviços de transporte ferroviário (que, em regra, caracteriza um monopólio natural) pode sofrer concorrência de outros modais, tais como rodoviário, aéreo ou marítimo. Nesse caso particular, a necessidade de regulação diminuiu ou, em alguns casos extremos, desaparece (RUS; CAMPOS; e NOMBELA, 2003, p. 249).

Em um segundo momento deve-se observar a evolução da tecnologia. Nos casos dos portos, por exemplo, as melhorias do transporte terrestre limitaram, consideravelmente, os monopólios naturais que historicamente desfrutavam os portos. Hoje, é possível que os exportadores ou importadores escolham outros portos, relativamente pertos, para escoarem suas produções, tendo em vista a consolidação dos modais terrestres (RUS; CAMPOS; e NOMBELA, 2003, p. 249-250).

Antes que se decida pela política regulatória, é indispensável que o poder público separe as diferentes atividades desempenhadas pela empresa e insira a competitividade somente naquelas atividades factíveis. Tal situação é percebida nos países em que os serviços de transporte ferroviário são separados da infra-estrutura que permite o funcionamento do modal. Desta forma, o transporte é realizado por uma empresa regulada pelo Estado, sob os trilhos e estações de domínio público (RUS; CAMPOS; e NOMBELA, 2003, p. 250).

Percebe-se, então, que o poder público deve observar alguns critérios para que seja difundida uma política regulatória para mercados caracterizados pelos monopólios naturais. Outra importante consideração que deve ser feita, antes que se estabeleça uma

política regulatória, é perceber que alguns mercados monopolizados possuem características permanentes, enquanto outros são marcados por uma temporalidade.

Antes de fazer tal distinção, cabe destacar que os monopólios naturais são desejados pela sociedade quando o custo médio da produção diminui de acordo com o aumento da produção por uma única empresa, em consequência à constante queda, a linha que representa o custo marginal encontra-se, necessariamente, abaixo da linha que representa o custo médio de produção. Quando a diminuição de tal custo é permanente, o monopólio natural é dito permanente (VISCUSI, VERNON e HARRINGTON Jr., 1997, p. 351-352). A Figura 2.5 ilustra o caso dos monopólios naturais permanentes.

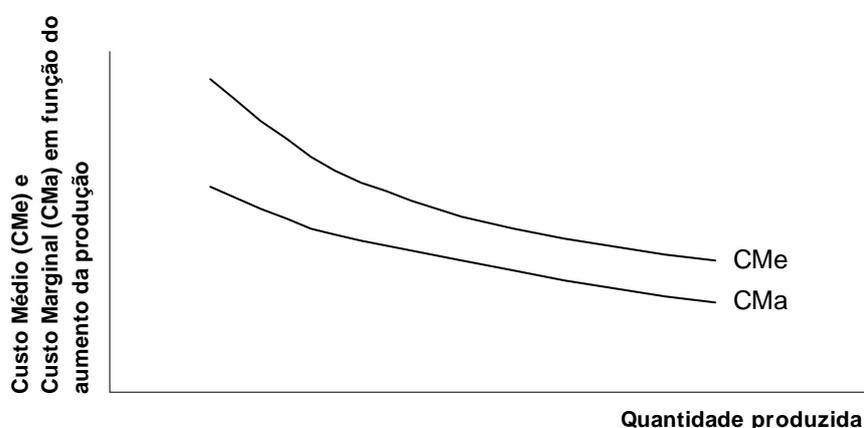


Figura 2.5 – Curvas de custos dos monopólios naturais permanentes.

(Fonte: VISCUSI, VERNON e HARRINGTON Jr., 1997, p. 352).

Existem, porém, casos em que a diminuição do custo médio não é permanente. Após a produção de uma determinada quantidade, o custo permanece constante. Assim, quando há no mercado uma demanda DD prevalece o monopólio natural e quando a demanda assume os valores D_1D_1 o mercado se comporta de outra maneira (VISCUSI, VERNON e HARRINGTON Jr., 1997, p. 352). A Figura 2.6 ilustra a situação dos monopólios naturais temporários.

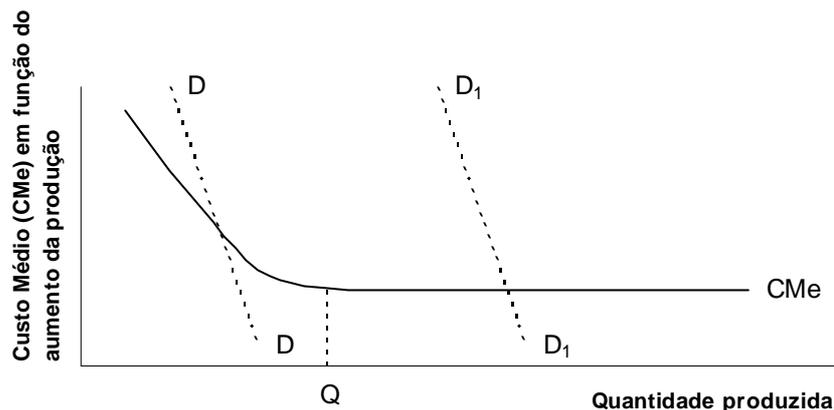


Figura 2.6 – Curvas de custos dos monopólios naturais temporários.

(Fonte: VISCUSI, VERNON e HARRINGTON Jr., 1997, p. 353).

2.4.2 A construção do conceito de monopólios institucionais

Como já ressaltado, algumas empresas gozam do direito de exclusividade da prestação de um determinado serviço público. Ainda que não seja regra, encontra-se o dispositivo legal que permite à Administração Pública a concessão de privilégio de exclusividade na prestação de serviço para determinada empresa. Tal direito de exclusividade é previsto em art. 16 da Lei n. 8.987/95, que permite a concessão de tal privilégio quando o equilíbrio econômico financeiro da empresa prestadora do serviço público se vê ameaçado.

Seguindo a linha de raciocínio, quando o Estado concede exclusividade de prestação do serviço à empresa, surge, daí, uma barreira estatal, ou igualmente, um obstáculo institucional que impede a participação de outras empresas no mercado, caracterizando, dessa forma, um monopólio institucional. O Poder Público impõe, portanto, um entrave com natureza diversa do encontrado nos monopólios naturais, que possuem suas barreiras erguidas naturalmente pelo próprio mercado, com todas as características anteriormente vistas.

De igual maneira aos monopólios naturais, os monopólios institucionais devem ser cuidadosamente estudados para que se estabeleça uma política regulatória. Em um primeiro instante deve-se observar se àquela atividade é merecedora do privilégio de exclusividade de prestação do serviço. Tal preocupação parece clara, tendo em vista todos os malefícios que um mercado monopolizado pode trazer. Assim deve-se tomar extremo cuidado para que o mercado não se caracterize como um monopólio institucional.

Contrariamente aos mercados monopolizados existem cenários que possuem certa contestabilidade. Tais mercados são desejados pela sociedade em diversas situações, pois apresentam uma redução dos preços, haja vista a competitividade que é inserida. A próxima seção trata da formação dos mercados contestáveis e apresenta suas características.

2.5 FORMAÇÃO DE MERCADOS CONTESTÁVEIS

2.5.1 Características de funcionamento: uma questão de eficiência

Nos cenários dos mercados contestáveis, os entrantes não temem a competição predatória. Isto porque, em primeiro lugar, os custos de entrada e saída das empresas são tão baixos, que pequenas oportunidades de lucro atraem novas empresas, inserindo assim, contestabilidade no mercado. Em um segundo instante, ressalta-se que o Estado impede que as empresas participantes do contexto pratiquem preços predatórios de modo a dominar o mercado (BAUMOL, PANZAR e WILLING, 1988, p. 350).

Esses mercados são, portanto, abertos à entrada de novas empresas, que não recebem nenhum subsídio do Poder Público e, em contrapartida, não prestam nenhuma obrigação pecuniária ao se retirar do mercado. Outra particularidade desse mercado é que os usuários não têm preferências sobre o serviço ofertado, a não ser que as empresas ofereçam preços diferenciados ou padrões de qualidade diferenciados, isso porque não é estabelecido um padrão de qualidade de produto ou serviço a ser ofertado, ficando as empresas livres para estabelecer esse padrão de tal forma que o serviço se torne atrativo para a demanda.

Analisando esses mercados, constata-se que os empreendedores são uma espécie de “caça-lucros”, que se aproveitam de todas as oportunidades rentáveis de entrada no mercado. Os recém participantes do mercado traçam suas estratégias de modo a oferecer o mesmo serviço a preços mais baixos (BAUMOL, PANZAR e WILLING, 1988, p. 350). Destaca-se que tal prática não é considerada predatória, pois a intenção da empresa não é dominar o mercado, mas sim, aproveitar a oportunidade de lucro existente, premia-se, portanto, as empresas mais eficientes, incentivando as já participantes do cenário a diminuïrem seus custos para sobreviverem no mercado.

Como dito anteriormente, nos mercados contestáveis a empresa deve operar de forma eficiente para garantir sua existência. Se uma firma pretende vender seus serviços a preços muito elevados na expectativa de um grande lucro em um curto período de tempo, uma

empresa entrante no mercado, fixa preços mais justos, atraindo a demanda e, acabando assim, com tais expectativas (BAUMOL, PANZAR e WILLING, 1988, p. 351).

2.5.2 Políticas que buscam um mercado contestável

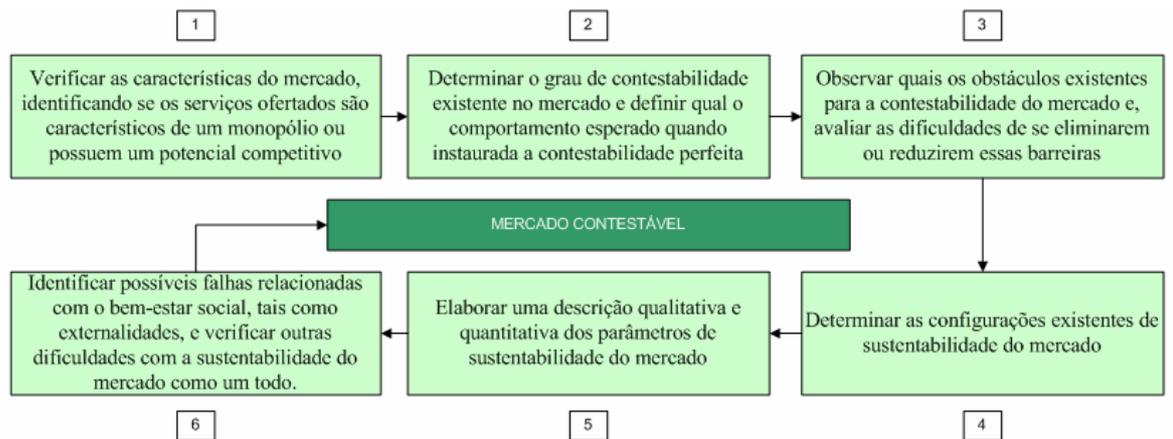
Como explicitado, os mercados contestáveis são distintos por duas principais características: i) liberdade de entrada e saída das empresas e; ii) nos casos em que existem custos para entrada e saída é garantido às empresas entrantes que os custos dos serviços ofertados pelas firmas participantes do mercado não sofrerão alterações sempre que houver possibilidades de lucro para as empresas entrantes (BAUMOL, PANZAR e WILLING, 1988, p. 360).

A primeira dessas características sugere que, para a obtenção de um cenário perfeitamente contestável, é imprescindível que não existam barreiras para a entrada ou saída de empresas no mercado. Licenças especiais, ou outras condições para o ingresso no mercado não devem ser exigidas a menos que as atividades a serem desempenhadas pelas empresas sejam significativamente relevantes para a sociedade (BAUMOL, PANZAR e WILLING, 1988, p. 360), como a saúde, bem-estar social ou até mesmo os serviços de TRIP

É necessário observar que, em muitos casos, a simples remoção de barreiras legais à entrada e saída das empresas não é necessária por si só pela obtenção de um mercado contestável. O Estado deve regular àquelas situações em que as empresas participantes do mercado diminuem o valor do serviço ofertado de modo a dominar o mercado e prejudicar as empresas entrantes (BAUMOL, PANZAR e WILLING, 1988, p. 361). Tal prática é tida como predatória e impede a inserção de contestabilidade no mercado.

Outra preocupação existente, além de se traçar o norte para a inserção de um mercado competitivo, é estabelecer o grau de sustentabilidade do cenário. De nada seria válida introdução de uma política, caso essa não pudesse assegurar uma contestabilidade ao mercado por um período mínimo de tempo (BAUMOL, PANZAR e WILLING, 1988, p. 467). Ressalta-se que sustentabilidade, aqui descrita, se traduz na manutenção da contestabilidade ao mercado, uma vez que nada adiantaria um mercado contestável apenas por alguns poucos momentos.

Dito isso, uma política que conduza a um mercado contestável é resumida por meio da Figura 2.7.



Caso a atividade, por sua natureza, não possa ser contestável, verificar outras políticas capazes de inserir certa competitividade ao mercado |

Figura 2.7 – Metodologia para condução de um mercado contestável.

Em virtude do exposto, espera-se que tenha sido consolidado o conceito de mercados contestáveis e como estes funcionam. Tal compreensão é de suma importância para o progresso da pesquisa que, além de encontrar viabilidade jurídica para implementação de um modelo de RTL, busca comprovar que o mercado do TRIP pode ser contestável, operando sob uma forte competitividade, incentivando, portanto, a eficiência das empresas.

3 HIPÓTESE DE CONTESTABILIDADE DO STPP: EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DE MERCADOS COMPETITIVOS

Como o País carece de um cenário contestável, é de suma importância que se recorra à prática internacional para que se comprove a hipótese de contestabilidade do STPP. Ainda que seja um dos pilares para a formação do ordenamento jurídico interno, ressalta-se, contudo, que a prática estrangeira não deve ser aplicada ao conjunto de normas vigentes no Brasil sem que antes se faça uma análise cuidadosa para verificar a compatibilidade dos princípios adotados pelo país estrangeiro.

Assim, o capítulo mostra a experiência de quatro países europeus e dois países sul-americanos na tentativa de inserção de um cenário contestável por meio de políticas de desregulamentação. Para tanto, o capítulo se subdivide em sete seções. A primeira trata da experiência britânica de desregulamentação, implantada na década de 80. No país em questão foram derrubadas as barreiras existentes à entrada de novas empresas no mercado, ficando sob responsabilidade da Administração Pública o controle da qualidade do serviço prestado, procurando assegurar alguns parâmetros mínimos de conforto e segurança.

Em seguida, apresenta-se a tentativa irlandesa de desregulamentação. Nesse país, encontra-se uma situação peculiar, onde a contestabilidade dos transportes rodoviários não era desejada, uma vez que a competição desse modal afetaria a receita das empresas estatais que administravam o transporte ferroviário. Ainda sobre o assunto, observa-se também a desregulamentação do mercado do TRIP de Portugal, marcado pela presença exclusiva de empresas públicas.

Após o advento da nova política regulatória na Espanha, foi permitida a entrada de qualquer pessoa que deseje operar no mercado do transporte público e regular de passageiros, desde que preenchidas algumas determinações legais, sinalizando, assim, uma contestabilidade no mercado, onde as firmas são livres nas suas decisões de entrada e saída do mercado.

Em um penúltimo instante são retratadas as experiências do Chile e Argentina de desregulamentação dos serviços de TRIP. Naquele país foi observado que as empresas que operam em grandes linhas tendem a oferecer um serviço melhor quando encontram competição no mercado, já neste país observou-se que o índice de ocupação dos veículos

reduziu consideravelmente com a implantação da nova política regulatória. Isso para que, ao fim do capítulo apresentem-se os tópicos conclusivos.

3.1 A EXPERIÊNCIA BRITÂNICA DE DESREGULAMENTAÇÃO:

Os serviços de ônibus da Grã Bretanha tiveram sua desregulamentação na década de 80, quando a licença para operar não era necessária para que os ônibus trafegassem em determinada rota. As razões e explicações da Administração Pública britânica foram publicadas no *White Paper¹ Buses*, em 1984, documento esse, que ocasionou um extenso debate na comunidade, dividindo-a em dois grupos: àqueles que eram a favor da desregulamentação e, de outro lado, àqueles que defendiam um mercado regulado.

Havia na proposta do novo modelo, a substituição de alguns ônibus convencionais por miniônibus com capacidade mais reduzida, porém com maior agilidade para operar em centros urbanos. A tarifa desses veículos seria maior, no entanto, sua frequência seria igualmente maior. Esses argumentos de maior frequência e agilidade foram usados por aqueles que se mostraram favoráveis às propostas do *White Paper Buses*. No entanto, as regiões mais pobres ficariam prejudicadas pela redução da frequência dos ônibus convencionais com uma menor tarifa (DODGSON e KATSOULACOS, 1988, p. 263).

Em virtude do exposto, a presente seção apresenta, de forma resumida, como se deu o processo de desregulamentação do transporte público britânico, apresentando em momentos oportunos, as críticas ao modelo ilustrado no *White Paper Buses* de 1984. Por último, é apresentada a avaliação do modelo regulatório implementado no cenário britânico.

3.1.1 Processo de desregulamentação do transporte público britânico

A primeira etapa da desregulamentação do transporte público britânico se deu com a edição da Lei de Transportes de 1980, que aboliu as barreiras a entrada e saída do mercado, bem como o controle tarifário do transporte interurbano, ao passo que o controle da qualidade do serviço prestado, principalmente no que tange à segurança, foi aprimorado. Havia naquela lei duas distinções básicas de serviços, o serviço expresso de linha e o serviço de excursão (ARAGÃO, 1995 p. 46-47).

¹ Os chamados *White Papers*, são documentos provisórios que expõem a proposta do Estado para a regulação de determinado assunto que provoca certa inquietação na sociedade. Depois de obter a resposta do público, o governo edita o instrumento regulatório definitivo. (ARAGÃO, 1995, p. 49).

Segundo a lei, as empresas que desejassem operar no mercado deveriam ser registradas junto ao *traffic commissioner* regional, nomeado e subordinado pelo Ministro dos Transportes britânico. Ressalta-se que esse registro é dispensado para os serviços de excursão. Contudo os operadores e seus veículos foram submetidos a rigorosos testes de qualidade, sob as diretrizes do *Public Passenger Vehicles Act* de 1985 (ARAGÃO, 1995 p. 47).

A lei de 1980 instituiu também regiões urbanas experimentais, onde o seu transporte rodoviário seria desregulamentado. Considerando ter obtido êxito com essas regiões experimentais, o Governo britânico decidiu pela desregulamentação do transporte rodoviário urbano das demais cidades, exceto a cidade de Londres, com a edição do *Transport Act* de 1985 (ARAGÃO, 1995, p. 47).

Em linhas gerais, o diploma legal supracitado conduziu o cenário do transporte britânico a uma situação onde os serviços de transporte eram promovidos por empresas particulares, que determinavam as tarifas em critérios exclusivamente comerciais. Nesse contexto, a entrada para o mercado do transporte de passageiros era livre e não havia uma política que buscasse a integração de serviços ou tarifas dos meios de transportes (MATTHEWS; BRISTOW e NASH, 2001, p. 3).

A bibliografia aponta, em um nível mais detalhado, as mudanças ocorridas com o advento do *Transport Act* de 1985, que até os dias atuais fornece o norte teórico para a política regulatória dos transportes públicos britânicos (ARAGÃO, 1995, p. 47-48). Além das questões já apontadas destacam-se as principais alterações:

- a. os governos locais foram proibidos de subsidiar os serviços de transporte público, salvo nas ocasiões em que a demanda não for atendida pelas empresas. Nesses casos, os governos podem abrir processos licitatórios que visem uma operação competitiva. Assim, a empresa que se comprometer a executar o serviço de forma satisfatória terá a sua linha ou horário concedido pelo Poder Público;
- b. foi permitido aos governos locais o financiamento de passes sociais para determinados grupos de passageiros, como estudantes por exemplo, tendo todas as empresas acesso a esse tipo de financiamento sem nenhuma distinção;

c. os departamentos responsáveis pelo transporte público tiveram suas competências redirecionadas para a análise da rede como um todo, constatando suas falhas e suas ineficiências. Além disso, também era responsabilidade dos órgãos licitarem os serviços que necessitavam ser subsidiados, operacionalizar os passes sociais e realizar investimentos na infra-estrutura;

d. a autoridade para permitir e controlar os serviços de transporte público era do *traffic commissioner*, que além de cadastrar os serviços prestados e, por ventura descadastrar, controlava os parâmetros de qualidade e segurança e, desempenhava também as atividades de julgar, penalizar e dirimir conflitos entre os operadores do transporte público;

e. existiam, também, os chamados *Offices of Fair Trading*, responsáveis pelo controle de práticas anti-competitivas. E foi permitido aos táxis realizar viagens caracterizadas no nosso País como lotação.

3.1.2 Críticas apresentadas ao novo modelo britânico: uma realidade ou uma previsão “catastrófica”?

O documento britânico denominado *Buses* causou uma divisão na comunidade acadêmica em dois grupos distintos. Havia, portanto, aqueles que defendiam o novo modelo regulatório e aqueles que criticavam de forma ferrenha a proposta da Administração Pública. No cenário britânico destacam-se, Beesley e Glaister, a favor do modelo e, Gwilliam, Nash e Mack, estes últimos contra a proposta (DODGSON e KATSOULACOS, 1988, p. 263). Seguem assim, nas próximas linhas, algumas das críticas encontradas na literatura.

a) Segurança:

De acordo com o *White Paper* britânico, os parâmetros de segurança seriam mantidos por ser considerado um fator extremamente importante no transporte de passageiros. Além disso, novos investimentos seriam feitos para que se assegurasse uma melhoria nas diretrizes de segurança. Entretanto não há um estudo sobre a possível alteração dos parâmetros de segurança, no referido documento britânico, acerca da entrada de pequenos operadores no mercado (GWILLIAM, NASH e MACK, 1984, p. 25).

Alerta-se para o fato de que, conforme estudo realizado em cidade britânica, *Yorkshire*, quanto maior o tamanho da frota de ônibus, menor são os problemas de manutenção e

proibição do uso do veículo, conforme ilustra Tabela 3.1. Assim, de acordo com a pesquisa, parece equivocada a idéia de que os parâmetros de segurança serão mantidos com a entrada de novas e pequenas empresas no mercado, já que o índice de veículos que apresentam defeito é muito maior nessas empresas quando comparado com empresas de grande porte (GWILLIAM, NASH e MACK, 1984, p. 25).

Tabela 3.1 – Veículos em manutenção da área de tráfego de *Yorkshire*.

Tamanho da frota	Número de operadores	Problemas de manutenção e proibição por milhão de veículo x km
1	131	6,5
2	63	5,6
3	61	6,4
4	54	3,4
5	29	1,4
6 – 9	71	2,1
10 – 14	35	2,5
15 – 19	16	1,7
20 – 49	7	3,1
50 +	11	0,7

(Fonte: GWILLIAM, NASH e MACK, 1984, p. 25)

Destaca-se que o estudo acima reflete a situação de uma única zona de tráfego. Acredita-se que seja necessária uma pesquisa mais aprofundada para que se conclua que as empresas com uma menor frota apresentam maiores problemas de manutenção em seus veículos. Dando continuidade às críticas apresentadas ao *White Paper* britânico, o próximo tópico trata de um problema muito comum no meio urbano, os congestionamentos que aumentam os gastos com a operação.

b) *Congestionamento*:

O, já citado, *White Paper* diz que o problema de congestionamento acontece em algumas áreas isoladas e que não é um problema da rede como um todo. Os críticos concordam que o fenômeno do congestionamento ocorre em algumas regiões específicas, porém, mais uma vez, questionam a falta de estudos sobre o impacto no congestionamento com a entrada de

veículos com novas tecnologias que irão operar no mercado. Concorde-se que com a entrada de novos veículos no mercado a problema de congestionamento se agravará.

Em estudo realizado, foi verificado que com a entrada dessa tecnologia no mercado, a velocidade média do tráfego da cidade de Londres diminuiria algo em torno de 1 mph, esse valor foi obtido considerando, inclusive, a migração de 13,7% de usuários de carro e táxis para os miniônibus. Para que não houvesse uma queda na velocidade do tráfego seria necessária uma transferência de cerca de 30 – 45% de usuários dos carros e táxis para os miniônibus (GWILLIAM, NASH e MACK, 1984, p. 26).

De acordo com pesquisa (GLAISTER, 1985, p. 79), chegou-se a conclusão de que em áreas com fluxo intenso, os ônibus convencionais, que teriam uma tarifa menor quando comparados aos miniônibus, continuariam disponíveis, porém com uma frequência reduzida. Assim, esses veículos menores tenderiam a carregar pessoas que atribuem um elevado valor monetário ao tempo. Já em áreas de baixo fluxo de tráfego, as pessoas de baixo poder aquisitivo ficariam prejudicadas, tendo em vista a redução da frequência dos ônibus convencionais, excluindo, de certa forma, uma parte da sociedade.

Ressalta-se que para o estudo em tela, com o foco direcionado para TRIP, o problema do congestionamento não é tratado de forma direta, uma vez que esse obstáculo encontra-se, comumente, apenas nos grandes centros urbanos. Contudo, ainda que não esteja relacionado com o problema de forma direta é interessante observar os possíveis efeitos de uma política de desregulamentação do transporte rodoviário de passageiros.

c) *Falta de integração*

Existe a premissa de que a presença do Poder Público é necessária para a integração do transporte público, sendo este responsável por coordenar as rotas, frequências e tarifas. Um mercado caracterizado pela ausência estatal não poderia atingir o objetivo da integração, uma vez que uma estrutura particular capaz de dividir os rendimentos, advindos da tarifa cobrada pelo uso do transporte público, seria muito difícil de obter-se na prática (GWILLIAM, NASH e MACK, 1984, p. 24).

Além dos pontos acima levantados, a literatura aponta outras críticas ao modelo regulatório proposto pelo *white paper* britânico, dentre elas destacam-se (ARAGÃO, 1995, p. 49):

a. efeitos danosos da competição de rua;

- b. a perda da demanda e receitas para os serviços sobre trilhos;
- c. inconfiabilidade dos serviços;
- d. efeitos distributivos indesejáveis;
- e. perdas nos passes sociais e;
- f. redução dos serviços para os deficientes.

Seria justo apresentar, neste momento, os resultados e avaliações encontrados com o novo modelo regulatório difundido no Reino Unido, para que se encontre a resposta do questionamento feito no título desta subseção. Ou seja, as críticas apresentadas ao *White Paper* foram de fato uma realidade? Ou não passaram de previsões catastróficas? Para tanto, os resultados e avaliações são relacionados em subseção seguinte.

3.1.3 Impactos e avaliações do novo modelo regulatório britânico

A determinação do real impacto e as avaliações do modelo regulatório britânico constituem tarefa complexa, uma vez que estão presentes diversos quesitos e o setor do transporte se multiplica em outros serviços diferenciados, sendo preciso avaliar cada um desses. (ARAGÃO, 1995, p. 51). Ressalta-se que não será analisado o impacto desse novo modelo regulatório nos centros urbanos, já que não se trata de matéria relacionada ao objetivo desta pesquisa.

O cenário anterior a reforma ocorrida em 1980, era caracterizado pela presença, basicamente, de empresas estatais no mercado, que ofertavam uma rede extensa de linhas com diversos pontos de parada e tarifas baixa, porém o mercado não era capaz de atrair demanda para os serviços de TRIP. No entanto, com a reforma foi possível perceber as seguintes mudanças (KILVINGTON e CROSS, 1986 *apud* ARAGÃO, 1997, p. 65):

- a. criação de um consócio de empresas privadas (BCC), principalmente para fazer face ao domínio da NBC (empresa pública que dominava o mercado até então), ainda não privatizada;
- b. uso mais intenso das auto-estradas, com oferta de linhas mais diretas entre as cidades;
- c. competição acirrada com a NBC, a qual, entretanto, se rearrumou;

d. oferta intensa em linhas radiais a partir de Londres;

e. grande sucesso de público.

Assim, a avaliação do público foi positiva, embora surgissem algumas críticas relacionadas à segurança, uma vez que as empresas operavam em alta velocidade, e à falta de controle da qualidade do serviço prestado por parte do Poder Público. Há que se pesar, no entanto, que o setor do TRIP naquele país já se encontrava em expansão antes da reforma regulatória, assim sendo, não é possível precisar se a avaliação positiva decorre da natural expansão do mercado ou da adoção da nova política (KILVINGTON e CROSS, 1986 *apud* ARAGÃO, 1997, p. 66).

Pelo exposto, parece claro que as críticas ao novo modelo regulatório não passaram de previsões falhas, uma vez que as avaliações apresentadas em estudos foram consideradas positivas.

3.2 DESREGULAÇÃO DOS TRANSPORTES POR ÔNIBUS NA IRLANDA

Desde a década de 30, a Irlanda adota uma política de inibição de um cenário competitivo no mercado do transporte rodoviário de passageiros. Tal prática de imposição de barreiras à livre competição se observou naquele país também no transporte aéreo, durante os anos de 1935 a 1986 e no transporte regulamentar de táxis pelo período compreendido entre 1978 e 2000. (BARRET, 2000, p. 1).

Com o claro intuito de coibir a competição nos serviços de transporte rodoviário passageiros, o governo irlandês promoveu, entre os anos de 1933 e 1941, a estatização de 1052 empresas que operavam nesses serviços (BARRET, 2000, p. 1), a Tabela 3.2 apresenta a forma como se deu a estatização das empresas existentes.

Tabela 3.2 – Transferências das empresas privadas de ônibus para o domínio estatal.

	Para GSR		Para GNR		Para DUTV		Total	
	V	C	V	C	V	C	V	C
1933	459	1	5	12	-	-	464	13
1934	157	55	1	1	18	47	176	103
1935	11	191	4	78	-	-	15	269
1936	1	9	-	-	-	5	1	14
1937	2	17	1	-	-	-	3	17
1938	2	-	-	-	-	-	2	-
1940	1	-	-	-	-	-	1	1
1941	1	2	-	-	-	-	1	2
							633	419

(Fonte: BARRET, 2000, p. 1)

V: Cessão voluntária dos direitos de operar; C: Cessão compulsiva dos direitos de operar;

GSR: *Great Southern Railways*; GNR: *Great Northern Railways*

DUTC: *Dublin United Tramways Company*

Percebe-se pela Tabela 3.2, ilustrada acima, que os direitos de operar os sistemas de transporte de rodoviário de passageiros foram concedidos às empresas estatais ferroviárias, ficando sob a responsabilidade da maior empresa da época, *Great Southern Railways*, o gerenciamento de grande parte dos serviços de transporte rodoviário de passageiros.

3.2.1 Razões para a proibição da competição no Estado irlandês: uma necessidade ou uma questão política?

As empresas estatais se viam ameaçadas pela concorrência desleal que se estabelecera entre o modal ferroviário e rodoviário, isso porque este gozava de privilégios tributários e possuía liberdade de operação. Por esta razão, os administradores das empresas ferroviárias pleiteavam o fim da concorrência supostamente desleal e a competência para administrar as empresas operadoras do transporte rodoviário de passageiros (BARRET, 2000, p. 2).

Pressionados pelo poder econômico das empresas que operavam o transporte ferroviário daquele país, os representantes do governo editaram, em 1927, o *Railways (Road Motor Services) Act*, que dentre outras providências, estabelecia que as empresas estatais operantes do modal ferroviário passariam a administrar as empresas do transporte rodoviário de passageiros. (SHIELDS, 1938, p. 91).

Parece claro que o monopólio estabelecido na época acarretaria em prejuízos para a sociedade, tanto que, de acordo com bibliografia (BARRET, 2000, p. 3), é estimado que em 1939, o número de passageiros transportados por ano nas rodovias do país estava em torno de 1 milhão, enquanto que no ano de 1932, o volume de pessoas transportadas era de 34,1 milhões de pessoas.

A forte atividade de *lobby* por parte das empresas ferroviárias foi capaz de manter o monopólio formado na década de 30 (BARRET, 2000, p. 3). Percebe-se, porém, que a decisão política que concebeu um monopólio nos transportes da Irlanda não foi fundada em questões técnicas, mas sim em questões políticas que, como era de se esperar, causaram deficiências no sistema de transporte de passageiros e de carga.

3.2.2 O transporte rodoviário independente depois da década de 30

Vale dizer, no entanto, que nem todas as empresas de transporte rodoviário foram estatizadas pelo *Railways (Road Motor Services) Act*, de 1932, pois aquelas firmas que eram pouco atrativas economicamente, muitas vezes em função da baixa procura pelos seus serviços, continuaram a ser administradas por entes privados (BARRET, 2000, p. 4). Cabe destacar, também, que a prática caracterizada como transporte fretado de passageiros não foi proibida.

Diante desse cenário, os operadores privados iniciaram a realizar viagens supostamente regulares sob a maquiagem de um transporte privado e restrito para um grupo de pessoas. Tanto é verdade que no ano de 1985, o Governo irlandês percebeu tal prática ilegal em seu *Green Paper on Transport Policy* (BARRET, 2000, p. 5). Assim como na Inglaterra, existe na Irlanda, também, a prática da publicação dos *green papers* e *white papers*.

Assim, o Estado irlandês percebeu a necessidade de uma nova regulação do seu sistema de transporte público de passageiros e, como mencionado, editou o *Green Paper on Transport Policy* em 1985. No referido documento existiam argumentos favoráveis e contrários ao liberalismo que se iniciava na Inglaterra. A próxima subseção trata do assunto.

3.2.3 Documentos regulatórios e debate acerca da desregulamentação na Irlanda

O *Green Paper on Transport Policy* de 1985 apresentou seis argumentos favoráveis ao liberalismo do mercado e, igualmente, seis argumentos contrários à idéia de livre entrada e

saída das empresas privadas prestadoras de serviços públicos. Os argumentos favoráveis ao liberalismo, listados abaixo, encontram-se em textos científicos (BARRET, 2000, p. 6).

- a. os usuários se beneficiariam com o cenário competitivo que se estabeleceria, usufruindo a melhoria da qualidade do serviço prestado que as empresas buscariam para uma maior atratividade;
- b. o mercado se auto-ajustaria às demandas dos passageiros, realizando, dessa forma, uma melhor e mais econômica distribuição dos recursos necessários para a atividade do transporte rodoviário de passageiros;
- c. o liberalismo daria a oportunidade aos gestores públicos, e toda sua infra-estrutura, de mostrar que são capazes de gerir um mercado competitivo;
- d. o novo sistema de transporte permitiria um real cadastro das empresas e retiraria todas as firmas ilegais que iniciaram a operação diante do cenário estabelecido até então;
- e. encorajaria experiências com ônibus menores naquelas regiões em que a demanda é baixa e o uso de veículos tradicionais é pouco econômico e, finalmente;
- f. o sucesso da implantação do liberalismo no transporte rodoviário de passageiros daria suporte para o Governo aplicá-lo em outras áreas de prestação de serviço público.

Ressalta-se que as vantagens citadas acima são percepções dos gestores, não sendo compartilhadas na sua totalidade por àqueles que a lêem².

Em conformidade com o objetivo de promover um debate sobre o assunto, o *Green Paper on Transport Policy* de 1985, apresenta seis argumentos contrários ao liberalismo, que seguem nas próximas linhas (BARRET, 2000, p. 7).

- a. com o liberalismo, há o risco da competitividade produzir um efeito contrário e reduzir a qualidade do serviço prestado, afetando ainda, a segurança do transporte;
- b. a prática da livre operação pode deixar áreas de baixa demanda ou difícil acesso, sem atendimento fazendo com que;

² Por exemplo, no item d. o gestor afirma que com o liberalismo haverá um maior controle das empresas cadastradas, retirando, assim, do mercado as empresas ilegais. Parece que à luz do cenário existente no país, no ano de 1985, onde existiam várias empresas operando na ilegalidade, qualquer medida regulatória seria capaz de detectar as empresas não-regulares, não sendo esta uma vantagem específica dos mercados desregulamentados.

- c. a rede de transporte público não seja integrada em todo território;
- d. uma possível melhoria do transporte rodoviário de passageiros implicaria em um aumento da demanda e geraria mais tráfego nas cidades;
- e. existe a possibilidade de redução do *staff* que desempenha a gestão dos serviços públicos, já que a demanda por esses serviços diminuiriam com o liberalismo, causando assim, um maior índice de desemprego e, por fim;
- f. causaria uma diminuição na demanda pelos serviços de transporte ferroviário, o que geraria desconforto econômico para as empresas estatais.

3.3 A MUDANÇA REGULATÓRIA OCORRIDA EM PORTUGAL

No período em que vigorava a legislação conhecida como *Regulamento dos Transportes Automóveis* (RTA), todos os transportes em Portugal eram considerados públicos e não era permitida a entrada de novas empresas no mercado. Com o advento do novo dispositivo regulatório, *Lei de Base dos Transportes Terrestres* (LBTT), de 17 de março de 1990, a iniciativa privada foi inserida no contexto da prestação desses serviços (SILVA; MIRANDA e FIRMINO, 2005, p. 1).

Assim, o transporte interestadual de passageiros em Portugal passou a ser realizado por empresas particulares, que necessitam participar de um processo licitatório. Ressalta-se ainda, que as empresas que ofertem um serviço diferenciado necessitam apenas uma autorização por parte do Estado português, não sendo necessário, portanto, a realização de um processo licitatório (SILVA; MIRANDA e FIRMINO, 2005, p. 2).

Verifica-se que a mudança regulatória ocorrida em Portugal aconteceu por uma necessidade de adaptação à realidade europeia. Para uma melhor compreensão de tal mudança será tratado de forma separada as duas legislações RTA e LBTT. Destaca-se ainda, que na pesquisa realizada são abordados, além de características da regulação do TRIP, elementos que buscam a desregulamentação dos serviços de transporte público em geral.

3.3.1 Regulamento dos Transportes Automóveis (RTA)

O Decreto n. 37.272 de 1948, também conhecido como RTA, traçou as diretrizes do transporte público de passageiros em Portugal. No referido diploma legal estabelecia-se

que todos os serviços de transporte de passageiros eram públicos e não era tolerada a entrada de novas empresas no mercado (SILVA; MIRANDA e FIRMINO, 2005, p. 3). Dentre outros aspectos, a legislação (PORTUGAL, 1948) também tratou:

a. outros modos de transporte eram subordinados ao transporte ferroviário, que era caracterizado pelas barreiras à entrada de novas empresas, o que levou a uma forte concentração das companhias do setor público;

b. todo transporte urbano devia ser considerado serviço público, com a sua prestação por particulares dependendo de autorização da Administração Pública;

c. o Estado devia primar pela competição das linhas existentes. Quando era necessária a criação de uma nova linha, esta era distribuída para uma das empresas operantes, dando preferência para a firma mais antiga na operação do sistema;

d. de forma extraordinária, a RTA permitia que novas empresas participassem do mercado desde que o serviço a ser autorizado pelo Poder Público não fosse igual ao serviço prestado pelas empresas já participantes do panorama do transporte de passageiros.

Além do exposto, encontra-se na RTA, a possibilidade de imposição, por parte do Estado, da operação de uma determinada linha não rentável para uma empresa participante do mercado, sob a alegação de que o equilíbrio econômico-financeiro da empresa seria encontrado na operação das suas demais linhas (SILVA; MIRANDA e FIRMINO, 2005, p. 4).

De acordo com art. 77 da RTA (PORTUGAL, 1948), os transportes urbanos são aqueles que se efetuam dentro dos limites das povoações, podendo ser classificados também como transportes urbanos o deslocamento entre grandes centros populacionais e populações vizinhas, desde que o percurso se faça por vias urbanas. E são classificados como transportes interurbanos todos os outros.

Nas concessões do transporte público urbano, a Administração Pública estabelece as rotas, frequência, horários de chegada e saída, terminais, pontos de parada, bem como a tarifa do serviço prestado, salvo nos casos em que a empresa operadora pertence ao Estado, nesses casos, a Administração Pública local pode determinar a tarifa livremente (SILVA; MIRANDA e FIRMINO, 2005, p. 4).

Existiam dois tipos de concessão, a normal e a provisional. O que, basicamente, diferenciava essas duas espécies era o tempo de autorização para a prestação do serviço. Para a primeira, poderia ser pleiteado um prazo superior a 10 anos, o que não acontecia nessa segunda espécie. (SILVA; MIRANDA e FIRMINO, 2005, p. 4).

Percebe-se pelo escrito, que Portugal necessitava de uma política regulatória que fosse capaz de abraçar as novas tendências mundiais. Ao ingressar na Comunidade Européia, em 1986, o país começou a preparar uma reforma regulatória de modo que a realidade do país estivesse em conformidade com o cenário de desregulamentação encontrado no continente.

3.3.2 Lei de Base dos Transportes Terrestres (LBTT)

A Lei n. 10 de 17 de Março de 1990, também conhecida como Lei Base dos Transportes Terrestres (LBTT) foi responsável pela reforma na estrutura regulatória do transporte português (SILVA; MIRANDA e FIRMINO, 2005, p. 5). Dentre outras considerações pode-se destacar as seguintes inovações, conforme art. 21 da LBTT (PORTUGAL, 1990):

- a. Os transportes rodoviários interestaduais de passageiros serão explorados por conta e risco das empresas devidamente habilitadas, nos moldes definidos em regulamento, sob a figura de autorização dada pelo Governo português;
- b. as autoridades portuguesas poderão criar novas linhas e conceder a sua exploração por meio de processo licitatório, sempre que o atendimento a demanda pelo TRIP de uma determinada região não for adequado;
- c. a outorga para a exploração dos serviços de TRIP poderá ser negada se constatada a falta de condições, por parte da empresa, para a correta prestação do serviço. Além disso, será negada a outorga para as empresas que: i) perturbarem a organização do mercado do TRIP; ii) afetarem os transportes urbanos e locais da respectiva zona de influência e; iii) configurarem concorrência desleal a outras empresas já participantes do mercado.

Além dos fatores apontados acima se constata na nova legislação portuguesa que foi estabelecida certa descentralização, transferindo a competência para a fiscalização do transporte para administrações locais, ficando a cargo da Administração Central, a fiscalização e a elaboração do norte regulatório dos transportes em Portugal (SILVA; MIRANDA e FIRMINO, 2005, p. 5).

Elementos presentes no dispositivo legal português e que merecem destaque são enumerados a seguir: i) os operadores são livres para explorar o mercado, dependendo apenas da comprovação de critérios técnicos para operação; ii) a Administração Pública deve oferecer igual tratamento aos operadores do transporte; iii) os usuários terão liberdade de escolha entre os modos de transporte e; iv) as políticas de transportes devem estar aliadas às políticas de uso do solo, desenvolvimento regional, qualidade de vida e proteção do meio ambiente (SILVA; MIRANDA e FIRMINO, 2005, p. 5-6).

3.4 REGULAÇÃO DOS TRANSPORTES NA ESPANHA

3.4.1 Regulação dos transportes terrestres na Espanha

O diploma legal que pauta as atividades do transporte terrestre na Espanha é a *Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres* (LOTT), n. 16/1987, de 30 de julho de 1987, contudo diversas são as alterações sofridas pela lei até a presente data. No que se refere ao transporte regular de passageiros, entende-se, ao ler o artigo 69 do referido texto legal espanhol (ESPAÑA, 1987), que os serviços de transporte público e regular de passageiros são de titularidade da Administração Pública, devendo ser permitida a sua utilização a todos que desejem, desde que cumpridas as condições mínimas estabelecidas.

Destaca-se que no desenvolver desta pesquisa a LOTT estava com seu texto atualizado até o mês de novembro de 2006. Retomando a linha de raciocínio, constata-se que no país ibérico qualquer pessoa que tenha o desejo de utilizar o transporte público e regular de passageiros pode fazê-lo, caracterizando essas atividades como serviços públicos de titularidade da Administração Pública.

Indo além na leitura da LOTT (ESPAÑA, 1987), verifica-se, em seu art. 73, que a outorga dos serviços de TRIP naquele país também devem ser precedidas de licitação, nas quais poderão participar apenas as empresas que estejam enquadradas nos seguintes requisitos, como versam arts. 42 e 48 do diploma legal supracitado:

a. Ter nacionalidade espanhola ou de outro país da Comunidade Européia, ou ainda, de outro país estrangeiro que, por virtude de acordo, tratado ou convenção, tenha se estabelecido não ser necessário esse requisito de nacionalidade. Ou igualmente, àquelas empresas que, por força de legislação espanhola sobre direitos e liberdades dos estrangeiros na Espanha, possam desempenhar as atividades de TRIP;

- b. demonstrar que possui as condições necessárias de capacitação profissional, integridade e capacidade econômica para desempenhar as atividades de transporte público;
- c. além, disso, a empresa deve cumprir com as exigências fiscais, trabalhistas e sociais estabelecidas em legislação espanhola vigente;
- d. cumprir, em cada situação particular, as condições necessárias para uma adequada prestação do serviço público, condições essas estabelecidas pelo Poder Público espanhol;

Preenchidos esses requisitos, qualquer empresa pode participar do processo licitatório para a obtenção de outorga de prestação de serviço de transporte público. Ressaltando-se que a perda de qualquer um dos requisitos acima expostos, acarreta na perda da titularidade para a execução do serviço que lhe fora concedido.

Nas atividades de licitação de serviços de transporte público do país espanhol, como escrito no art. 73 da LOTT (ESPAÑA, 1987), devem estar presentes: o projeto aprovado pela Administração Pública; as atividades básicas e complementares a serem desempenhadas pela concessionária; os horários de partida e chegada, os itinerários e os pontos de parada; o regime tarifário; o número mínimo de veículos, bem como o prazo máximo para a amortização desses e; todas as outras circunstâncias que delimitam o serviço e configuram sua prestação.

Insistindo na leitura da LOTT (ESPAÑA, 1987), percebe-se que na Espanha, semelhante à prática brasileira, como se verificará em capítulo oportuno, a empresa vencedora da licitação pode usufruir de privilégios de exclusividade na prestação do serviço de transporte público, sendo esta a escolha, não poderá ser estabelecidas outras outorgas que concorram com a concessão vigente, como prevê o art. 72.

Verifica-se, pelo exposto até então, que a lei espanhola apresenta certa rigidez que limita decisões e ações das concessionárias. No entanto, houve uma preocupação do legislador espanhol em deixar uma brecha para possíveis mudanças no cenário do transporte público, onde a própria empresa, representando pleitos da população, pode sugerir mudanças nas condições de prestação do serviço.

3.4.2 Possibilidade de uma regulação mais flexível: art. 87 da LOTT

Em contrapartida à rigidez apontada, nos casos em que a demanda pelo transporte de um determinado local é insuficiente para que seja assegurado o equilíbrio econômico-financeiro, a legislação espanhola prevê um modelo regulatório mais flexível em seu art. 87 da LOTT (ESPAÑA, 1987) que, dentre outras providências, dispõe sobre os assuntos:

a. Os serviços em que a taxa de utilização é baixa de tal modo que não seja possível garantir o mínimo de rentabilidade ou que, por outro motivo, não seja possível manter a adequação e continuidade na sua prestação, mantidas as condições gerais, os contratos administrativos de concessão podem ser estabelecidos sob condições mais flexíveis, sob a figura de uma autorização especial cedida pelo Estado espanhol;

b. as autorizações previstas no item anterior serão concedidas em um período máximo de cinco anos, com a possibilidade de ser renovado. Considera-se extinta a autorização, independentemente do prazo que lhe foi estabelecida, quando uma empresa operar fora dos padrões pré-estabelecidos em contrato;

c. as empresas que participam desse mercado poderão alterar livremente, dentro dos limites estabelecidos pelo Poder Público espanhol, as condições de frequência, horários de partida e chegada e itinerários, de acordo com a demanda do mercado;

d. para que sejam concedidas as autorizações descritas no art. 87 da LOTT, deve-se justificar, previamente, a impossibilidade de execução do serviço sob os moldes do modelo regulatório tradicional;

Em virtude do exposto, encontra-se no modelo espanhol a previsão de um modelo mais flexível de regulação dos transportes públicos. Tal referência é importante para ilustrar a possibilidade de desregulamentação desses serviços, onde a empresa é incentivada a operar de maneira eficaz, caso contrário, seus custos de operação seriam tão altos que não justificariam a sua continuidade.

3.5 A EXPERIÊNCIA CHILENA DE DESREGULAMENTAÇÃO

A desregulamentação dos serviços de ônibus de longa distância no Chile aconteceu como uma resposta à crise econômica que o país enfrentava no momento. Nesse sentido, é difícil precisar se as mudanças ocorridas no setor de transporte advieram das medidas de desregulamentação do mercado ou das transformações econômicas e políticas que

aconteciam naquele país, marcado por uma forte presença do Estado na prestação dos serviços públicos (BANCO MUNDIAL, 1999, p.3).

Nesse sentido, o processo de desregulamentação chileno foi marcado pelas seguintes características: (i) a emissão de licenças para os serviços de ônibus de longa distância demandavam um processo relativamente longo (cerca de 2 anos); (ii) os operadores deveriam se associar para obterem as licenças; (iii) havia restrição para o uso dos ônibus em outros serviços e; (iv) o governo fixava as tarifas máximas e mínimas para a operação (BANCO MUNDIAL, 1999, p. 3-4).

Observou-se no período compreendido entre 1977 e 1979 a desregulamentação dos serviços de TRIP, permitindo aos operadores maiores tarifas e novos operadores no mercado. Nos primeiros anos de desregulamentação era esperado um aumento nas tarifas o que acabou ocorrendo. No entanto, com o avançar do cenário, novos operadores entraram no mercado e o valor da tarifa recuou e, anos depois, com o mercado consolidado e com diversos novos operadores, a tarifa reduziu consideravelmente (BANCO MUNDIAL, 1999, p. 3-4).

Ainda sobre o processo de desregulamentação chilena observou-se, após a consolidação do mercado que a sua concentração aumentou com o crescimento das empresas de porte, que passaram a administrar as atividades e a infra-estrutura dos terminais. Há que se acrescentar que a oferta dos serviços aumentou e, houve, também, um aumento na qualidade dos serviços, principalmente pelo aumento da competição entre rotas (BANCO MUNDIAL, 1999, p. 4).

Em termos gerais, a desregulamentação resultou em êxito e teve uma pequena pressão política das grandes empresas para que se retomasse o regime sob forte regulação. Isso posto, é interessante observar as lições deixadas pela experiência chilena (BANCO MUNDIAL, 1999, p. 4-5):

- a. Tendência das empresas de grande porte se tornarem economicamente mais fortes;
- b. As empresas que operam nas principais rotas apresentam maiores benefícios aos usuários quando competem com outros operadores;

c. Para que a desregulamentação seja sustentável, o Estado deve controlar as práticas anti-competitivas, como a colusão – acordo entre duas partes para burlar a lei – entre operadores e a prática de preço predatório;

d. Cabe à Administração observar a política adotada para que a competição entre os diferentes modos de transportes permaneçam justas após a desregulamentação.

3.6 NA ARGENTINA

A desregulamentação dos serviços de TRIP na Argentina se iniciou no ano de 1952. Contudo, naquela época, as alterações foram mínimas, não alterando substancialmente as características do mercado. Isso posto, é interessante observar que na década de 90, mais especificamente no período compreendido entre 1990 e 1998, houve uma alteração profunda na política regulatória, afetando fortemente o mercado do TRIP (MÜLLER, 2003, p. 1). Nesse contexto, passa-se a explorar o fenômeno ocorrido no país:

Naquela época, o mercado era composto por 110 empresas, com uma frota total de 2.400 ônibus, operando em cerca de 700 linhas e transportando cerca de 40 milhões de passageiros por ano. Há que se pesar, no entanto, que 9% das 110 empresas possuíam mais da metade das frotas, apontando, assim, em uma alta concentração do mercado (MÜLLER, 2003, p. 2). A Tabela 3.3 aponta os indicadores das empresas antes da reforma:

Tabela 3.3 – Indicadores das empresas argentinas antes da reforma regulatória.

Indicador	1987	1988	1989	1990	1991
Número de operadores	150	150	151	152	158
Ônibus	2.431	2.482	2.523	2.597	2.597
Média de veíc./km. (milhões)	166.027	165.371	163.136	160.243	159.415
Média de lugares por veículo	42	42	42	42	42
Média da idade dos veículos	4,9	4,9	5,3	5,8	5,6
Passageiros (milhões)	45,8	47,1	47,7	48,0	48,0
Média de passageiro/veículo	34,85	31,20	29,62	25,80	29,50

(Fonte adaptada: MÜLLER, 2003, p. 2)

A política regulatória adotada pela Argentina possuía um controle rigoroso na entrada do mercado. Os operadores só poderiam explorar os serviços caso recebessem uma permissão específica da autoridade governamental, Secretaria de Transportes. As tarifas eram

estabelecidas pela Administração, não sendo vedada, no entanto, tarifas promocionais por parte das empresas prestadores dos serviços. Outra liberdade concedida às empresas dizia respeito aos serviços adicionais pelas empresas. Era permitido, também, que as empresas aumentassem em até 100% a frequência estabelecida.

De acordo com a literatura (MÜLLER, 2003, p. 2-3) não havia necessidade de uma reforma nos serviços de TRIP, uma vez que os índices apontavam para uma prestação satisfatória desses serviços. Nesse sentido, a mesma fonte bibliográfica cita que a reforma se deu por questões ideológicas. Diversos foram os estudos surgidos entre os anos de 1988 e 1993 que buscavam uma explicação para a reforma, contudo nenhum foi capaz de provar a necessidade de uma reforma na política regulatória dos serviços de TRIP da Argentina (MÜLLER, 2003, p. 3).

Depois da reforma, eram oferecidos naquele país três tipos distintos de serviços, a saber:

- a. Serviços públicos: foram incluídos nessa categoria os serviços que os operadores eram obrigados a cumprir. Os operadores tinham o dever de observar alguns parâmetros mínimos: frequência semanal, padrão mínimo de conforto e uma tarifa máxima estabelecida pelo poder concedente, com uma concessão de 10 anos;
- b. Serviços livres de tráfego: as linhas operadas pelas empresas dessas categorias eram definidas de forma independente às estabelecidas na categoria de serviço público. Os padrões de conforto, frequência, rota e tarifa ficavam a critério do operador, devendo este, assegurar a operação da linha por, no mínimo, nove meses;
- c. Serviços executivos: eram oferecidos com um padrão de conforto elevado e poderiam ser operados por qualquer empresa, sem restrição, havendo, também, uma liberdade para o estabelecimento da tarifa.

Depois de tipificadas as categorias de serviços oferecidos na Argentina após a reforma regulatória é importante observar alguns dos destaques da nova política (MÜLLER, 2003, p. 4):

- a. Não havia critério técnico para a definição da rede básica de transporte;
- b. Não havia restrições quanto à inter-relação dos diferentes tipos de categoria;

c. Toda a frota de ônibus poderia ser alugada, não havia obrigação dos operadores serem os proprietários dos veículos;

d. Licitações sistemáticas eram abertas para a concessão de novas linhas, sendo essas licitações restritas a novos operadores, de tal forma que se incentivasse a competição.

A reforma de 1992 causou impactos na estrutura e desempenho do TRIP. Ainda que a demanda não tenha crescido consideravelmente, a frota aumentou em cerca de 40%, a produtividade de cada veículo (veíc.-km por veículo), bem como sua capacidade média, aumentou. Porém a alteração mais visível se deu no índice de ocupação dos veículos, que permaneceu abaixo de 45%, tendo em vista os 70% de ocupação anterior à reforma, o que poderia caracterizar um sobre investimento nas frotas (MÜLLER, 2003, p. 4-5).

Ainda sobre o assunto, uma explicação plausível para que tal investimento tenha ocorrido foi o baixo preço dos veículos. Por sua vez a combinação do investimento excedente e de tarifas quase inalteradas onerou os custos das empresas, acarretando em falências de importantes firmas (MARTINS, 2004, p. 58).

As alterações advindas com a reforma argentina foram parcialmente canceladas e o cenário está sendo reestudado para que se alcance um modelo mais eficiente. A situação atual se assemelha ao cenário existente antes da reforma (MÜLLER, 2003, p. 4).

Após a análise desses cenários internacionais, constatou-se que o processo de desregulamentação não é uma tendência privativa dessas regiões. Diversos países se mostram atentos ao assunto, buscando uma melhoria nos serviços de STPP, dentre os quais estão: África do Sul (MASHIRI, MOEKETSI e BALOYI, 1999), Argentina (BRENNAN e RIBEIRA, 1999), Austrália (EVERETT, 2006), Barbados (GREENWOOD e ROBERTS, 2005), Nova Zelândia (GAUNT, 1995) e Sri Lanka (GREENWOOD e ROBERTS, 2005).

Assim, a prática internacional sinaliza na formação de mercados contestáveis com políticas voltadas para desregulamentação econômica dos serviços de transporte público. Nesse contexto, acredita-se que uma nova política regulatória seria capaz de inserir competitividade no mercado brasileiro de TRIP, o que levaria a uma maior satisfação dos usuários e dos operadores, uma vez que esses estariam premiados pela eficiência e aqueles ganhariam pela melhoria do serviço ofertado.

4 REGULAÇÃO BRASILEIRA DO TRIP: LEGISLAÇÃO E DEBATE

Este quarto capítulo apresenta, dentre outros elementos, a regulação brasileira do TRIP e o debate formado em torno do tema. Na primeira seção são discutidos os elementos de análise juntamente com o desenho regulatório do TRIP. Verificar-se-á que constitui tarefa árdua definir esses elementos de análise, uma vez que o objeto é um serviço público e pressupõe uma série de requisitos. Feito isso, serão detalhadas algumas particularidades do desenho regulatório adotado pelo País.

Com o exposto, inicia-se a discussão acerca do caminho que uma empresa deve percorrer para conseguir a licença para operar no mercado brasileiro do TRIP. Será apontada, dentre outros fatores, a questão da exclusividade na prestação dos serviços. Ainda que haja a vedação legal de tal privilégio, percebe-se que não é prática a concorrência na mesma linha. Em seguida, serão expostas algumas especialidades do processo licitatório para delegação de serviços de TRIP.

Em uma terceira etapa do capítulo será exposto o debate formado nos tribunais brasileiros. Neste instante será possível perceber que o STF decidiu pela obrigatoriedade da licitação na delegação dos serviços de TRIP. Vencida essa etapa, passa-se a escrever sobre a avaliação do modelo regulatório adotado pelo País, que terá como critério as diretrizes da filosofia da Administração Pública gerencial, para que, em um último instante, se relate as recomendações da literatura para uma reforma competitiva do modelo regulatório atual.

4.1 ELEMENTOS DE ANÁLISE E DESENHO REGULATÓRIO DO TRIP

4.1.1 Atores interessados no mercado do TRIP

A definição de todos os atores envolvidos no mercado do TRIP constitui tarefa complexa, uma vez que se trata de prestação de serviço público, que pressupõe o interesse da coletividade em detrimento ao interesse do particular. Assim, todo um aparato estatal é mobilizado para que seja garantida a correta prestação do serviço. Há que se pesar, no entanto, que alguns desses órgãos possuem participações eventuais no processo, dentre esses se destacam o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União.

Assim sendo, considerar-se-ão como atores do mercado do TRIP somente os sujeitos mais atuantes no mercado, dentre esses estão: (i) usuário; (ii) poder concedente; (iii) empresa permissionária e; (iv) agência reguladora. Nesse contexto, a Figura 4.1 ilustra os atores

participantes, tendo de um lado o usuário, que usufrui do serviço prestado mediante pagamento de tarifa, de outro lado tem-se a empresa permissionária prestadora do serviço, e no centro da relação encontra-se a agência reguladora, responsável pela harmonia da relação que se formou.



Figura 4.1 – Atores interessados no mercado de TRIP.

Antes de prosseguir, ressalta-se que a relação existente entre os atores, acima discriminados, será detalhada em subseção pertinente, que trata do desenho regulatório e o funcionamento atual do mercado. Definidos os atores do processo, a próxima subseção trata, de forma mais detalhada, como é feita a delegação do serviço de TRIP para as empresas privadas, caracterizada sob a figura da permissão de serviços públicos.

4.1.2 Definição dos limites do objeto de estudo: um comentário acerca da delegação dos serviços do TRIP

Como levantado em capítulo introdutório, o objeto de análise desta pesquisa se confunde com o TRIP. Dessa forma, é importante que se considere a definição encontrada no inciso XXV, do artigo 3º do Decreto n. 2.521 (BRASIL, 1998). No referido artigo, o TRIP é definido como serviço de transporte que transpõe os limites de Estado, do Distrito Federal ou de Território.

Considera-se obrigatória a delegação serviço público pelo Estado, sob a figura da permissão, para que as empresas explorem os serviços do TRIP, como versa o artigo 6º do Decreto n. 2.521 de 1998 (BRASIL, 1998). Caso não aconteça essa delegação, a empresa operará sob a ilegalidade e não estará sujeita à tutela estatal, mas pelo contrário, será

considerada infratora da lei. Antes de continuar com a caracterização dos limites do TRIP é fundamental que se discorra acerca da figura jurídica da permissão dos serviços públicos.

Sobre o assunto, o mesmo artigo 3º do Decreto n. 2.521 de 1998, define permissão como a delegação, a título precário, mediante licitação, na modalidade de concorrência, da prestação do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, feita pela União à pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, por prazo determinado (BRASIL, 1998).

Nesse contexto, inicia-se uma breve discussão acerca da definição acima. Em primeiro lugar é necessário que se entenda sobre delegação de serviço público, uma vez que permissão é uma espécie de delegação de serviço público. Para explicar o assunto, a bibliografia divide em duas as formas de prestação de serviços públicos, a primeira delas está caracterizada como prestação centralizada e, a outra é dita prestação descentralizada dos serviços públicos (ARAGÃO, 2007, p. 559-560).

i) Serviços públicos sob a figura da prestação centralizada e descentralizada

Na prestação centralizada de serviços públicos, o próprio Estado acumula as condições de titular e de prestador do serviço público, ou seja, a Administração Direta é a responsável pela prestação do serviço. Contudo, quando a prestação do serviço público assume a sua forma descentralizada, o poder público transfere sua titularidade, ou simplesmente sua execução, por outorga ou por delegação, a entidade da Administração Indireta ou a particular, observando que este último recebe apenas a execução do serviço, ficando a titularidade com a Administração (ARAGÃO, 2007, p. 559-560).

Dessa forma, a outorga de serviço público se dá quando há transferência a ente federativo e integrante da Administração Indireta, que seja esse, autarquia, empresa pública, fundação pública ou sociedade de economia mista. Já na delegação de serviço público, o Estado transfere, por meio de contrato (concessão) ou ato administrativo (permissão ou autorização), a execução de serviço público a particular, sob as diretrizes e nortes pré-estabelecidos pela Administração Pública (ARAGÃO, 2007, p.560-561).

ii) Precariedade da permissão de serviços públicos

Diz-se que a permissão é delegação feita a título precário. Ao dizer que a permissão é precária e revogável, a doutrina defende que a Lei deixou claro que a extinção das

permissões, ainda que antes do prazo estabelecido em diploma legal, não gera ato de indenização contra o Estado. No entanto, a Lei não impõe uma expropriação de direitos adquiridos pelo permissionário ou a exclusão de responsabilidade do Estado em indenizar seus danos. O que se pretende com o dispositivo legal é destinar o instituto da permissão para os casos em que a extinção unilateral do contrato não seja capaz de gerar prejuízos (ARAGÃO, 2007, p. 721).

Pese-se, no entanto que, de maneira contrária às permissões, a precariedade das concessões de serviço público é justificada pelo poder discricionário da Administração Pública e gera direito a indenizações (ARAGÃO, 2007, p. 720).

Ressalta-se que tal posicionamento, de que a permissão possui natureza de ato administrativo, não é pacífica na doutrina brasileira e há quem se posicione no sentido de que a permissão tenha natureza de contrato administrativo, em vista do art. 40 da Lei n. 8.987/95 (BRASIL, 1995a), porém, não é objetivo deste estudo discutir acerca da diferença entre os institutos jurídicos da concessão e da permissão.

iii) Licitação e suas modalidades

Na Lei n. 8.987/95 (BRASIL, 1995a), os detalhes do processo licitatório encontram-se compreendidos entre os artigos 14 e 22. Em um primeiro instante, se observa, mais uma vez, a obrigatoriedade do processo licitatório nas permissões de serviço público, devendo ser respeitados os princípios inerentes a licitação, tais como: legalidade, moralidade, isonomia e publicidade.

Retomando o foco para o Decreto n. 2.521 de 1998 (BRASIL, 1998), percebe-se a exigência, em seu artigo 16, dos seguintes critérios para o julgamento da licitação: (i) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado após qualificação de propostas técnicas; (ii) melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas e; (iii) a combinação dos critérios referidos.

Além dessas premissas, é exigido que a licitação se dê na modalidade de concorrência, como consta no artigo 6º do Decreto n. 2.521 (BRASIL, 1998). Os conceitos das modalidades de licitação se encontram no artigo 22 da Lei 8.666 (BRASIL, 1993). Nesse sentido, o diploma normativo de 1993 define concorrência como: modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem

possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução do seu objeto.

iv) Prazo da permissão e a sua prestação por pessoas físicas

Ao analisar a legislação federal que trata das concessões e permissões de serviço público, percebe-se, em seu inciso IV do artigo 2º, que as permissões podem ser delegadas às pessoas jurídicas ou físicas (BRASIL, 1995a). Contudo há que se ressaltar que no artigo 3º, inciso XVIII, do Decreto n. 2.521 (BRASIL, 1998) o legislador não contemplou a exploração dos serviços de TRIP às pessoas físicas, restringindo, assim, a sua prestação às pessoas jurídicas que demonstrem capacidade para o seu desempenho.

Ao consultar a bibliografia não se encontrou um fato relevante que motivasse tal restrição e tampouco se conseguiu construir uma explicação lógica para a barreira imposta. Pelo exposto chegou-se a idéia de que os serviços de TRIP poderiam ser prestados por pessoas físicas, desde que comprovem capacidade para operar no mercado. Discutido esse assunto e dando continuidade aos estudos, discute-se acerca da necessidade da permissão possuir prazo determinado.

A literatura entende que a falta de tal previsão não significa a perpetuidade da prestação do serviço, isso porque a fixação de prazo constitui exigência da natureza pública do serviço, que pressupõe o retorno de sua execução ao Estado. Assim, o que se pretendeu ao não aludir a prazo determinado foi apenas deixar claro que o prazo não gera qualquer direito ao permissionário, de tal modo que a permissão para a prestação do serviço pode ser elidida a qualquer tempo sem indenização, salvo se houverem bens reversíveis (ARAGÃO, 2007, p. 723).

Ainda que não necessária, há a previsão legal de 15 anos para a permissão da exploração dos serviços de TRIP, como versa artigo 8º do Decreto 2.521 (BRASIL, 1998). Depois de discutidas algumas das questões acerca da permissão dos serviços de TRIP, antes que se inicie um levantamento dos atores, é essencial observar, respectivamente, os artigos 7º e 18 do mesmo Decreto 2.521 de 1998 (BRASIL, 1998), as empresas operadoras do TRIP não gozarão de exclusividade na prestação do serviço e os agentes públicos devem garantir competitivo do procedimento licitatório e a livre concorrência na execução do serviço.

Com o exposto, conclui-se a breve discussão acerca da delegação dos serviços de TRIP que, segundo legislação vigente, ocorrem em título precário, devem ter prazo determinado, podem ser delegados somente a pessoas jurídicas, devem ser precedidos de processos licitatórios, sob a modalidade de competição e não podem ser permitidas exclusividades na sua prestação pelas empresas particulares. Com isso, e retomando o objetivo desta seção, a próxima subseção detalha as atribuições legais dos atores interessados no processo.

4.1.3 Análise das normas vigentes: direitos e deveres dos atores do processo

Neste ponto serão definidas as atribuições de cada um dos quatro atores ilustrados na Figura 4.1. Assim, neste primeiro momento serão apontados os direitos e deveres dos usuários. Para tanto se recorre ao artigo 29 do Decreto n. 2.521 de 1998, que dispõe sobre a exploração dos serviços de TRIP. Depois dessas considerações, a Tabela 4.1 resume os direitos e deveres dos usuários do TRIP.

Tabela 4.1 – Direitos e deveres dos usuários do TRIP.

Efetuar a compra de passagem com data de utilização em aberto, sujeita a reajuste de preço se não utilizada dentro de um ano da data da emissão;
Estar garantido pelo Seguro de Responsabilidade Civil contratado pela transportadora, sem prejuízo da cobertura do seguro obrigatório de danos pessoais (DPVAT).
Levar ao conhecimento do órgão de fiscalização as irregularidades de que tenha conhecimento, referentes ao serviço delegado;
Obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha;
Receber a diferença do preço da passagem, quando a viagem se faça, total ou parcialmente, em ônibus de características inferiores às daquele contratado;
Receber a importância paga, no caso de desistência da viagem, hipótese em que o transportador terá o direito de reter até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, ou revalidar o bilhete de passagem para outro dia ou horário;
Receber da ANTT, e da transportadora, informações para defesa de interesses individuais ou coletivos;
Receber, da transportadora, informações acerca das características dos serviços, tais como horários, tempo de viagem, localidades atendidas, preço de passagem e outras relacionadas com os serviços;
Receber da transportadora, em caso de acidente, imediata e adequada assistência;
Receber os comprovantes dos volumes transportados no bagageiro;
Receber serviço adequado;

(Continua)

Tabela 4.1 – Direitos e deveres dos usuários do TRIP (cont.)

Receber, às expensas da transportadora, enquanto perdurar a situação, alimentação e pousada, nos casos de venda de mais de um bilhete de passagem para a mesma poltrona, ou interrupção ou retardamento da viagem, quando tais fatos forem imputados à transportadora;
Ser atendido com urbanidade pelos prepostos da transportadora e pelos agentes de fiscalização;
Ser auxiliado no embarque e desembarque, em se tratando de crianças, pessoas idosas ou com dificuldades de locomoção;
Ser indenizado por extravio ou dano da bagagem transportada no bagageiro;
Ser transportado com pontualidade, segurança, higiene e conforto, do início ao término da viagem;
Ter garantida sua poltrona no ônibus, nas condições especificadas no bilhete de passagem;
Transportar, gratuitamente, bagagem no bagageiro observada os limites de peso total de trinta quilogramas, de volume máximo de trezentos decímetros cúbicos e de maior dimensão de um metro, bem como volume no porta-embrulhos limitado a cinco quilogramas e dimensões compatíveis;
Transportar, sem pagamento, crianças de até seis anos incompletos, desde que não ocupem poltronas, observadas as disposições legais e regulamentares aplicáveis ao transporte de menores;
Zelar pela conservação dos bens e equipamentos por meio dos quais lhes são prestados os serviços.

(Fonte: BRASIL, 1998)

Ao observar a Tabela 4.1, percebe-se que apenas a última linha cuida de explicitar um dever do usuário. Uma possível explicação para tal fato remonta na fragilidade econômica do usuário na relação estabelecida entre os atores do mercado do TRIP. Dessa forma, quase a totalidade das linhas da Tabela 4.1 se dedica a explorar os direitos dos usuários. Considerando estes, acredita-se ser necessário comentar o direito do usuário de receber um serviço adequado.

Para sanar a dúvida do que vem a ser um serviço adequado, mais uma vez recorre-se ao Decreto 2.521 de 1998 (BRASIL, 1998), que assim o define no seu artigo 4º: Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, segurança, eficiência, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, conforme estabelecido neste Decreto, nas normas complementares e no respectivo contrato.

Antes que se apresentem os direitos e deveres dos outros atores do processo é necessário observar que o artigo 30 do Decreto 2.521 (BRASIL, 1998) traz algumas possibilidades em que o usuário do TRIP pode ter o seu embarque negado ou decretado seu desembarque imediato, pela empresa permissionária ou autoridade competente.

Antes de continuar é interessante que se descreva acerca do papel das agências reguladoras no Brasil. Ao verificar a literatura brasileira percebe-se que as Agências Reguladoras foram criadas de modo que estas realizassem as tradicionais atribuições da Administração Direta, na qualidade de Poder Público concedente, nas concessões, permissões e autorizações de serviços públicos (MORAES, 2002, p. 25).

Assim, no País, as Agências Reguladoras foram concebidas como autarquias em regime especial integrantes da Administração Indireta, vinculadas ao Ministério competente para tratar das respectivas atividades. Ressalta-se que, ainda que vinculadas ao Ministério, as Agências gozam de independência administrativa, ausência de hierarquia com a instituição ministerial e autonomia financeira (MORAES, 2002, p. 24).

De modo que se entenda o papel do Poder Público concedente no mercado do TRIP é essencial que se perceba que a independência das Agências não pode ser entendida de maneira absoluta, uma vez que a titularidade da iniciativa de criação, alteração e extinção de lei que reflete nas atribuições das Agências continua sob as rédeas da Administração Pública. Tendo esta ainda, a titularidade da indicação dos diretores daquelas (MORAES, 2002, p. 29).

Com o exposto, resta agora estabelecer quais os encargos da Agência Nacional de Transportes Terrestres previstos no artigo 32 do Decreto 2.521 de 1998 (BRASIL, 1998). Dentre os encargos encontram-se, basicamente, atividades de fiscalização, de modo que se garantam a adequada prestação do serviço e o equilíbrio econômico-financeiro da permissão. Segue, nesse contexto, a Tabela 4.3 com os encargos da ANTT nas permissões do TRIP.

Tabela 4.2 – Encargos das Agências Reguladoras

Aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;
Assegurar o princípio da opção do usuário mediante estímulo à livre concorrência e à variedade de combinações de preço, qualidade e quantidade de serviços;
Estimular o aumento da qualidade e da produtividade, a preservação do meio ambiente e a conservação dos bens e equipamentos utilizados no serviço;
Extinguir a permissão ou autorização, nos casos previstos em Lei;
Fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas do contrato de permissão;
Fiscalizar o cumprimento da obrigação da permissionária de garantir a seus usuários contrato de seguro de responsabilidade civil, sem prejuízo da cobertura do seguro obrigatório de danos pessoais (DPVAT);
Fiscalizar, permanentemente, a prestação do serviço delegado e coibir o transporte irregular, não permitido ou autorizado;
Organizar, coordenar e controlar os serviços de TRIP;
Proceder à revisão das tarifas e fiscalizar seu reajustamento;
Promover as licitações e os atos de delegação da permissão ou autorização dos serviços;
Zelar pela boa qualidade do serviço e receber, apurar e adotar providências para solucionar queixas e reclamações dos usuários.

(Fonte: BRASIL, 1998)

Além dos encargos acima citados, observa-se ainda, no artigo 33 do mesmo diploma legal que trata da exploração dos serviços de TRIP (BRASIL, 1998) que no exercício de suas atividades de fiscalização, a ANTT terá acesso aos dados relativos à administração, à contabilidade, aos recursos operacionais, técnicos, econômicos e financeiros da transportadora permissionária.

Dito isso, cabe discutir acerca do papel do Poder Público concedente, figurado pela Administração Pública. Como verificado algumas linha acima, as Agências Reguladoras fazem às vezes do Poder Público permitente, contudo, a titularidade da garantia da prestação do serviço público pertence à União, cabendo a esta também a fiscalização dos parâmetros mínimos de qualidade e segurança.

Neste instante, é necessário que se sejam alguns comentários acerca das atribuições das empresas prestadoras do serviço de TRIP. Essas atribuições são previstas em Decreto 2.521 de 1998, vigente no País (BRASIL, 1998). Essas obrigações, que constam no artigo 34 do referido dispositivo legal, são listados em Tabela 4.3, a saber:

Tabela 4.3 – Encargos das empresas prestadoras do serviço de TRIP

Cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da permissão ou autorização;
Manter em dia o inventário e o registro dos bens utilizados na prestação do serviço;
Permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como seus registros contábeis e estatísticos;
Prestar contas da gestão do serviço ao Departamento de Transportes Rodoviários, nos termos definidos no contrato;
Prestar serviço adequado, na forma prevista em dispositivos legais, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;
Promover a retirada do veículo, cujo afastamento de tráfego tenha sido exigido pela fiscalização;
Zelar pela manutenção dos bens utilizados na prestação do serviço.

(Fonte: BRASIL, 1998)

Existe, também, a ressalva de que as contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela empresa prestadora do serviço serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela transportadora e o delegante (BRASIL, 1998).

4.1.4 Indicadores de desempenho elaborados pela ANTT

No País, os serviços de TRIP são exercidos pela iniciativa privada, por meio de sociedades empresariais legalmente constituídas para tal fim. No ano de 2002, foram coletadas informações de 213 companhias e verificou-se que os 13.500 ônibus a elas pertencentes, percorreram uma distância de 1,5 bilhões de quilômetros nas 4 milhões de viagens registradas, transportando um total de 136 milhões de passageiros (GOMIDE e MARTINS, 2005, p.1).

Indo além, o grau de importância desse serviço pode ser medido quando se observa que este é a principal modalidade na movimentação coletiva de usuários nas viagens de âmbito interestadual, responsável por quase 95% do total dos deslocamentos realizados no País. Sua participação na economia brasileira é expressiva, assumindo um faturamento anual superior a R\$ 2,5 bilhões na prestação dos serviços (ANTT, ?).

Outra característica do mercado do TRIP está na sua alta concentração. Como mostra estudo realizado no final do ano de 2001, a principal unidade produtiva, é responsável pelo

atendimento de 16% de passageiros por quilômetro de todo o mercado (MARTINS, 2004, p. 152). Antes de prosseguir é interessante ressaltar que se entende por principal unidade de produtiva uma empresa isolada ou um grupo de empresas que operam no mercado.

O acompanhamento do desempenho das empresas adotado pela ANTT, regulamentada pela resolução 1.159 de 2005 (ANTT, 2005), estabeleceu cinco indicadores, a saber: (i) índice de regularidade dos serviços; (ii) índice de eficiência do serviço; (iii) índice de eficiência da permissionária; (iv) índice de qualidade da permissionária em relação à frota e; (v) índice de qualidade da permissionária em relação à segurança. As métricas desses indicadores são expostas abaixo:

i) Índice de regularidade dos serviços (IRS): calculado considerando as quantidades de viagens programadas, constantes do cadastro da delegação e as viagens realizadas, informadas pela permissionária para a elaboração do anuário, conforme a Equação 4.1 (ANTT, 2005):

$$IRS = \frac{\text{número de viagens realizadas}}{\text{número de viagens programadas}} \cdot 100 \quad (4.1)$$

(ii) índice de eficiência do serviço (IES): determina a eficiência do serviço prestado considerando o índice de aproveitamento real verificado no serviço (IAP_{real}) e o índice de aproveitamento planejado fixado na planilha tarifária vigente (IAP_{plan}), conforme Equação 4.2 seguinte (ANTT, 2005):

$$IES = \frac{IAP_{real}}{IAP_{plan}} \cdot 100 \quad (4.2)$$

Antes de prosseguir para os próximos indicadores de produtividade e qualidade na avaliação dos serviços de TRIP é essencial que se diga que a Resolução 1.159 de 2005 da ANTT não conceitua índice de aproveitamento real verificado no serviço e nem índice de aproveitamento planejado fixado na planilha tarifária vigente. Isto posto, verifica-se o próximo indicador, que trata da eficiência da permissionária.

(iii) índice de eficiência da permissionária (IEP): calculado considerando o índice de aproveitamento dos serviços operados pela empresa, a extensão percorrida por veículo no mesmo período, o Índice de Aproveitamento (IAP) e o Percurso Médio Anual (PMA) fixados na planilha tarifária vigente, para tanto, segue a Equação 4.3 (ANTT, 2005):

$$IEP = \frac{IAP_{real}}{IAP_{plan}} \cdot \frac{PMA_{real}}{PMA_{plan}} \cdot 100 \quad (4.3)$$

Onde as variáveis IAP_{real} e IAP_{plan}, já citadas, são respectivamente, índice de aproveitamento real verificado no serviço e índice de aproveitamento planejado fixado na planilha tarifária vigente e; as variáveis PMA_{real} e PMA_{plan}, respectivamente, percurso médio anual percorrido por ônibus e percurso médio anual fixado na planilha tarifária vigente.

(iv) *índice de qualidade da permissionária em relação à frota (IFP)*: calculado considerando a idade média da frota em operação (IMF_{real}) e a idade máxima de operação considerada na planilha tarifária vigente (IMF_{plan}), de acordo com a Equação 4.4 (ANTT, 2005):

$$IFP = \frac{IMF_{plan}}{IMF_{real}} \cdot 100 \quad (4.4)$$

(v) *índice de qualidade da permissionária em relação à segurança (ISP)*: índice calculado considerando número de acidentes verificado (NA_{real}) e referência definida pela ANTT (NA_{ref}), ambos expressos em milhão de passageiros por quilômetro de acordo com Equação 4.5, a saber:

$$ISP = \frac{NA_{ref}}{NA_{real}} \cdot 100 \quad (4.5)$$

É necessário chamar a atenção para o fato de que os cenários que optam por modelos de RTL, que pregam a desregulamentação econômica, devem possuir um sistema de indicadores desenvolvido, uma vez que o controle do serviço será avaliado por esses parâmetros, assim é fundamental que seja elaborado um sistema que retrate com fidelidade o cenário regulado.

4.2 ACESSO AO MERCADO DO TRIP NO BRASIL: O CAMINHO PERCORRIDO PARA PERMISSÃO DE OPERAR

Atualmente, a exploração de serviços de TRIP é regulada pela Lei n. 10.233 (BRASIL, 2001), no que couber da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995a), e da Lei n. 9.074, (BRASIL, 1995b). Sendo todos esses dispositivos legais regulamentados pelo Decreto n. 2.521

(BRASIL, 1998), cabendo citar, também, as Resoluções aprovadas pela Diretoria Colegiada da ANTT.

Antes de iniciar as discussões acerca da exploração dos serviços de TRIP pelas empresas privadas, listam-se alguns termos definidos em dispositivo legal vigente (BRASIL, 1998) usados nas próximas linhas deste estudo:

(i) *licença originária*: delegação para realizar transporte coletivo rodoviário internacional de passageiros, feita pelo país signatário de acordo sobre transporte internacional terrestre à transportadora sob sua jurisdição;

(ii) *linha*: serviço de transporte coletivo de passageiros executado em uma ligação de dois pontos terminais, nela incluída os seccionamentos e as alterações operacionais efetivadas, aberto ao público em geral, de natureza regular e permanente, com itinerário definido no ato de sua delegação;

(iii) *mercado*: núcleo de população, local ou regional, onde há potencial de passageiros capaz de gerar demanda suficiente para exploração econômica de uma linha;

(iv) *seção*: serviço realizado em trecho de itinerário ou de sua área de influência, com fracionamento do preço de passagem.

Feitas essas considerações, as subseções seguintes tratarão acerca das etapas para que uma empresa explore os serviços de TRIP. Tais considerações terão seu embasamento legal no Decreto 2.521 de 1998, que dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional coletivo de passageiros e dá outras providências (BRASIL, 1998).

4.2.1 Exclusividade de exploração dos serviços

As delegações de exploração dos serviços de TRIP são formalizadas mediante contrato de adesão com um prazo máximo de 15 anos, como visto algumas linhas acima, o que não foi verificado, no entanto, é que existe a previsão legal no art. 7º do Decreto 2.521 de 1998 (BRASIL, 1998) de não exclusividade na exploração desses serviços. Assim não se considerará um obstáculo à entrada de novas empresas a ocupação de determinada linha por outra empresa.

No entanto, ainda que não exista uma proteção à exclusividade de exploração percebe-se que a operação de duas empresas na mesma linha não é prática comum no cenário brasileiro. Ao recorrer ao sítio eletrônico da ANTT percebe-se que o usuário que deseja percorrer o trecho Brasília – São Paulo tem a sua disposição doze opções, no entanto, todas essas alternativas são operadas por uma única empresa, caracterizando, assim, a concentração do mercado.

Outro dispositivo legal que estabelece barreiras à formação de monopólios no cenário do TRIP diz que é vedada a exploração de uma mesma linha por empresas que mantenham algum vínculo econômico. Nesse sentido, o art. 9º do Decreto 2.521 (BRASIL, 1998) define os vínculos econômicos:

- (i) Participação no capital votante, uma das outras, acima de dez por cento;
- (ii) diretor, sócio gerente, administrador ou sócios em comum, estes com mais de dez por cento do capital votante;
- (iii) participação acima de dez por cento no capital votante de uma e outra das empresas, de cônjuge ou parente até terceiro grau civil e;
- (iv) controle pela mesma empresa *holding*.

Com o exposto, percebe-se que a legislação vigente, que dispõe sobre a exploração dos serviços de TRIP, tenta inserir certa competitividade ao mercado. Há que se ressaltar, porém, que tal tentativa acontece de forma tímida, uma vez que para o ingresso de uma nova empresa no mercado é necessário a realização de processo licitatório lento e burocrático. Assim, as próximas linhas se dedicam a detalhar as etapas desse processo.

4.2.2 Decisão sobre a necessidade e oportunidade de licitação dos serviços de TRIP

Segundo dispositivo legal, (BRASIL, 1998) incumbe ao Poder Público decidir sobre a conveniência e oportunidade de nova licitação para exploração de serviços de TRIP, não sendo, contudo, vedado o requerimento para abertura de licitação por parte da empresa interessada na exploração do TRIP. Nesses casos, a empresa deverá apresentar as seguintes informações: (i) a linha pretendida e o respectivo estudo de mercado; (ii) as características do serviço; (iii) o itinerário da linha; (iv) os pontos terminais e; (v) as seções, se houver

Ao receber as informações, o Poder Público terá um prazo legal de 90 dias para analisar o requerimento elaborado pela empresa interessada, como consta em artigo 14 do Decreto

2.521 (BRASIL, 1998). Caso o requerimento seja pertinente, e o Poder Público entendendo necessário, o processo licitatório acontecerá com a ressalva de que a empresa que apresentou as informações participará do processo sem que lhe seja concedido privilégio. Caso o requerimento seja indeferido, a empresa terá um prazo de quinze dias para recorrer.

Assim, a decisão para a necessidade e oportunidade da realização de processo licitatório para a exploração de serviços do TRIP cabe à Administração Pública, porém os fundamentos que dão suporte para essa decisão podem ser fornecidos pelas empresas interessadas. Caso a decisão seja positiva, haverá um processo licitatório, sob a modalidade da concorrência. Nesse contexto a subseção a seguir se preocupa em discutir acerca de outros detalhes do processo licitatório.

4.2.3 Detalhes do processo licitatório: uma burocracia necessária?

Como verificado em tópico 4.1.2, os critérios de análise de julgamento da Administração Pública serão: (i) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado após qualificação das propostas técnicas; (ii) melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas ou; (iii) a combinação dos critérios referidos nos itens (i) e (ii) deste parágrafo. Contudo, não foi dito naquele tópico, que a prática é que se assuma esse terceiro critério para o julgamento das propostas (BRASIL, 1998, art. 16).

Alguns cuidados devem ser tomados na elaboração do edital, segundo legislação pertinente (BRASIL, 1998, art. 17). Para tanto segue a lista com os onze itens previstos na legislação:

- (i) os objetivos e prazos da permissão;
- (ii) a linha, seu itinerário, seções, se houver, frequência inicial mínima, número mínimo e características dos veículos para seu atendimento;
- (iii) os requisitos e as especificações técnicas exigidas para a adequada prestação dos serviços;
- (iv) o número de transportadoras a serem escolhidas;
- (v) o prazo, local, e os horários em que serão fornecidas aos interessados as informações necessárias à elaboração das propostas;
- (vi) as condições para participar da licitação e forma de apresentação das propostas;

(vii) os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato;

(viii) os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal;

(ix) os parâmetros mínimos de qualidade e de produtividade aceitáveis para prestação do serviço adequado;

(x) os critérios de reajuste e de revisão da tarifa;

(xi) a minuta do contrato, que conterà as cláusulas essenciais.

Presentes esses requisitos essenciais, será declarado o vencedor do processo licitatório a empresa que, atendidas as exigências de habilitação jurídica, de qualificação econômico-financeira, de regularidade fiscal e de comprometimento com o cumprimento dos requisitos técnicos estabelecidos para a adequada prestação dos serviços, apresentar melhor proposta financeira. Caso haja empate entre duas propostas, a classificação far-se-á por sorteio. Caso todas as propostas sejam desclassificadas haverá novo edital (BRASIL, 1998, art. 17).

Declarada a empresa vencedora, essa deverá celebrar contrato com a Administração Pública, que possui poder exorbitante sobre o contrato, podendo alterá-lo unilateralmente, e modificar a prestação do serviço público, de modo que esse se ajuste ao interesse público (BRASIL, 1998, art. 20). São essenciais as cláusulas do contrato de prestação dos serviços de TRIP, relativas:

(i) à linha a ser explorada e ao prazo da permissão, inclusive a data de início da prestação do serviço;

(ii) ao modo, à forma e aos requisitos e condições técnicas da prestação do serviço, inclusive aos tipos, às características e quantidades mínimas de veículos;

(iii) aos critérios, indicadores, às fórmulas e aos parâmetros definidores da qualidade e produtividade na prestação do serviço;

(iv) ao itinerário e à localização dos pontos terminais de parada e de apoio;

(v) aos horários de partida e de chegada e às frequências mínimas;

(vi) às seções iniciais se houver;

- (vii) à tarifa contratual e aos critérios e aos procedimentos para o seu reajuste;
- (viii) aos casos de revisão da tarifa;
- (ix) aos direitos, às garantias e às obrigações do poder permitente e da permissionária do serviço;
- (x) aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço delegado;
- (xi) à fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas da execução do serviço, bem como a indicação do órgão competente para exercê-la;
- (xii) às penalidades contratuais a que se sujeita a permissionária e à forma de sua aplicação;
- (xiii) aos casos de extinção da permissão;
- (xiv) à obrigatoriedade de a permissionária observar, na execução do serviço, o princípio da obrigatoriedade da prestação do serviço adequado;
- (xv) à obrigação de a permissionária garantir a seus usuários contrato de seguro de responsabilidade civil, sem prejuízo da cobertura do seguro obrigatório de danos pessoais;
- (xvi) à obrigatoriedade, à forma e periodicidade da prestação de contas da permissionária ao Ministério dos Transportes;
- (xvii) à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da transportadora permissionária do serviço delegado;
- (xviii) ao modo amigável para solução das divergências contratuais;
- (xix) ao foro, para solução de divergências contratuais.

Com o exposto, verifica-se que o modelo regulatório adotado pelo Brasil prega uma forte intervenção Estatal, onde grande parte os aspectos operacionais e econômicos são previstos em contrato, deixando pequenas brechas para alterações. Assim, se uma empresa optar pela alteração de determinada rota, dependeria de toda uma burocracia legal para que conseguisse tal feito. De igual maneira, a entrada de uma nova empresa no mercado, significa em um processo burocrático muito grande.

4.2.4 Extinção do contrato: hipóteses de saída do mercado do TRIP

Recorrendo ao dispositivo legal que trata da exploração dos serviços de TRIP (BRASIL, 1998, art. 24) verifica-se seis hipóteses de extinção do contrato. São elas: (i) advento ao

termo contratual; (ii) caducidade; (iii) rescisão; (iv) anulação; (v) falência ou extinção da transportadora e; (vi) encampação. Antes que se discuta sobre as hipóteses ressalta-se que o órgão permitente poderá declarar a caducidade do contrato ou aplicação de multa, caso ocorra inexecução total ou parcial dos serviços.

Nesse contexto, inicia-se a conceituação de: (i) advento ao termo contratual. A expressão termo contratual remete à idéia de encerramento dos efeitos legais do contrato, ou ainda, o término de vontade das partes contratantes. Visto isso, descreve-se que essa possibilidade de extinção contratual é a mais natural possível e se dá quando se encerram as obrigações da empresa permissionária em função do término da vigência do contrato (ARAGÃO, 2007, p. 656).

A segunda hipótese prevista no Decreto é a de caducidade. Esse termo, no Direito Administrativo, identifica a rescisão unilateral por parte do Poder Público quando há descumprimento do contrato por parte da empresa exploradora dos serviços de TRIP. Nesse sentido, o referido Decreto (BRASIL, 1998, art. 25) elenca sete possibilidades de caducidade, casos esses que levam a extinção do contrato. Segue a lista:

- (i) descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à prestação do serviço;
- (ii) paralisar o serviço por mais de quinze dias consecutivos, ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;
- (iii) executar menos da metade do número das frequências mínimas durante o período de noventa dias consecutivos ou alternados, salvo por motivo de força maior, devidamente comprovado;
- (iv) perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais necessárias para manter a adequada prestação do serviço;
- (v) não cumprir, nos devidos prazos, as penalidades impostas por infrações cometidas;
- (vi) não atender intimação para regularizar a prestação do serviço;
- (vii) apresentar elevado índice de acidentes, aos quais a transportadora ou seus prepostos hajam dado causa.

Seguindo com a conceituação das hipóteses de extinção do contrato de adesão firmado entre a Administração Pública e a permissionária, cabe escrever sobre a possibilidade de

rescisão contratual, que é forma excepcional de extinção do contrato, uma vez que se dá de forma prematura, em meio à sua execução (MEIRELLES, 1997, p. 216). Nesse sentido, a doutrina (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 417) alerta para o fato de que a rescisão contratual assume dois aspectos, a saber:

(i) por iniciativa simultânea das partes do contrato de adesão, leia-se: Poder Permitente e empresa permissionária, ou ainda;

(ii) por iniciativa unilateral da Administração Pública.

No primeiro caso apresentado, o permitente e o permissionário por acordo mútuo tomam a iniciativa de rescindir o contrato. Da mesma forma que as partes, imbuídas com seus interesses particulares, celebram o instrumento legal que conduzirá o objeto permissionado, podem pelo processo inverso desfazer tal contrato, uma vez que a vontade de contratar não existe mais (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 417).

No segundo caso, o poder permitente por ato unilateral rescinde o contrato de adesão ainda que contra a vontade da empresa permissionária. Sobre o assunto, aponta-se dois aspectos principais onde a Administração Pública de rescisão contratual: por conveniência administrativa, ou ainda, quando o interesse público se vê ameaçado de alguma forma ou; quando uma das obrigações assumidas pela permissionária não for cumprida (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 417).

Retomando os estudos, cabe discutir acerca da anulação dos contratos de permissão de serviço público. Tal hipótese ocorrerá quando houver um vício jurídico no processo de delegação do serviço público, sendo claro que a anulação é admissível a qualquer outro ato administrativo que tenha uma violação do Direito. E caso não exista má-fé do permissionário, cabe indenização pelas despesas até então efetuadas (MELLO, 2002, p. 685).

Além da hipótese de extinção ou falência da permissionária, existe a previsão de retomada da titularidade da prestação do serviço público, esse último fenômeno conhecido como encampação. A literatura (ARAGÃO, 2007, p. 658) aponta que, em princípio, esse instituto jurídico somente será possível quando a Administração Pública declarar que o serviço deva ser prestado pelo Estado, não outorgando o serviço para outra empresa privada.

Concluí-se dessa forma uma breve caracterização acerca dos caminhos a serem percorridos pelas empresas que queiram explorar o mercado do TRIP. Em um primeiro momento apontou-se algumas considerações acerca da exclusividade da prestação desses serviços públicos; em outro instante verificou-se as possibilidades de abertura de processo licitatório para que, em um último momento fossem consideradas as hipóteses de extinção contratual de permissão dos serviços de TRIP.

4.2.5 Resolução 1.928 da ANTT: um reflexo da tendência de desregulamentação econômica do TRIP.

A Resolução 1.928 da ANTT dispõe sobre as tarifas promocionais a serem oferecidas pelas empresas exploradoras dos serviços de TRIP (ANTT, 2007a). O primeiro artigo da citada Resolução versa que as empresas permissionárias poderão estabelecer tarifas promocionais diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos usuários. Indo além, e caracterizando uma maior liberdade para a empresa prestadora do serviço, o Estado diz que essas tarifas podem ser oferecidas em diferentes horários.

Outra característica que merece destaque é que as empresas não estão obrigadas a oferecer a tarifa promocional para todas as poltronas disponibilizadas na mesma vigem (ANTT, 2007a). Além do exposto, é interessante apontar quais as formalidades exigidas pela Resolução para que a empresa prestadora dos serviços de TRIP estabeleça as tarifa promocional. Nesse sentido segue a Tabela 4.5:

Tabela 4.4 – Formalidades para o estabelecimento de tarifa promocional

Aviso com antecedência mínima de 5 dias	a) no caso de descontos superiores a 50% da tarifa máxima autorizada pela ANTT;
	b) no caso de descontos com período de vigência maior que 30 dias contínuos.
Em até 48 horas após o início da promoção	a) no caso de descontos iguais ou inferiores a 50% da tarifa máxima autorizada pela ANTT;
	b) no caso de descontos com período de vigência menor que 30 dias contínuos.

(Fonte: ANTT, 2007a)

Nota-se uma preocupação estatal com as reduções abusivas. Isso porque, as grandes reduções tarifárias poderiam configurar a vontade de uma determinada empresa em estabelecer uma competição predatória, com objetivo de prejudicar outras empresas

prestadoras do mesmo serviço. Por outro lado, observa-se que a Administração Pública permite que a empresa reduza a tarifa e somente após fazê-lo, comunique sobre sua decisão, confirmando assim, a idéia de certa liberdade tarifária.

Isso dito, a próxima seção procura retratar o debate formado nos tribunais brasileiros acerca da prestação dos serviços públicos de TRIP. Em um primeiro instante verificar-se-á que os tribunais das diferentes federações brasileiras se posicionam no sentido de que, em alguns casos de específicos de continuidade de prestação dos serviços públicos, as empresas podem operar, ainda que não tenha sido precedido nenhum processo licitatório.

4.3 JURISPRUDÊNCIA: UM DEBATE ACERCA DO TRIP NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Nesse sentido e, antes de apresentar a discussão, escreve-se sobre a importância do estudo da jurisprudência para o tema em questão. A doutrina brasileira (REALE, 2005, p.168) destaca que a jurisprudência de um país, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam da construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário mediante a separação de preceitos por longo tempo unidos entre si.

Corroborando com o parágrafo anterior e destacando a importância do estudo da jurisprudência, existem no cenário atual cento e dois serviços que operam no mercado sob decisão judicial, que no ano de 2006, realizaram cerca de cinquenta e quatro mil viagens e transportando mais de um milhão e quatrocentos mil passageiros, que se comparados com os serviços regulares representam cerca de um por cento do total de passageiros transportados (ANTT, 2007b).

Pelo exposto, fica clara a relevância da pesquisa da jurisprudência do tema em questão, já que essa pode instituir norma para o caso em concreto, de maneira a completar o sistema objetivo do aparato jurídico do País. Nesse sentido, a discussão apresentada limita-se a sanar uma dúvida: os serviços de TRIP, como serviços públicos que o são, podem ser explorados sem um procedimento licitatório prévio, em nome do interesse da coletividade?

Ou, ainda, o processo licitatório é um requisito necessário ainda que se cesse a prestação desse serviço público que, dentre outros fatores, deve apresentar continuidade na sua prestação? Com intuito de responder a tal questão e auxiliar na hipótese da pesquisa, a presente seção divide-se em duas subseções: a primeira trata de acórdãos proferidos nos

Tribunais Regionais Federais; enquanto que a segunda se dedica em discutir acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

4.3.1 Dispensa de processo licitatório nos serviços de TRIP: uma ofensa à norma máxima brasileira ou uma garantia de continuidade de prestação do serviço?

O que se pretende com essa subseção é mostrar que os tribunais federais brasileiros de segunda instância, em alguns casos, entenderam não ser necessária a realização do processo licitatório (TRF DA 1ª REGIÃO, 2006b). Esse caso de ausência de processo licitatório se justificou, no caso em concreto, nas situações em que as empresas exploravam determinada linha que não foi alvo de processo licitatório, sob o argumento de garantia de ir e vir dos cidadãos e continuidade da prestação de um serviço público.

No entanto, o posicionamento dos Tribunais Regionais Federais está sendo revisto e acredita-se obrigatória a licitação em todos os casos. Entendimento esse compartilhado com o STF, que considera irregular aquele que presta o serviço sem antes ter participado de procedimento licitatório. Por esta razão, e para que seja comprovada a hipótese desta pesquisa, deve-se encontrar um modelo licitatório capaz de abraçar o modelo de RTL, sendo, portanto, difícil o discurso de inexigibilidade de licitação.

Feita essas considerações iniciais é importante observar que, ainda que seja entendimento pela continuidade da prestação do serviço do TRIP, os Tribunais Regionais Federais não se posicionaram no sentido de dispensa ou inexigibilidade do processo licitatório, mas apenas na continuidade de prestação desse serviço, em nome do interesse coletivo de forma que se garanta o direito de cada cidadão de ir e vir. Assim as empresas operariam sob regime provisório até que a Administração Pública organize um processo de licitação.

Pelo exposto, verifica-se que se discutiu nos tribunais: (i) o direito constitucional de ir e vir consagrado pelo inciso XV do art. 5º da Constituição brasileira de 1988 (BRASIL, 1988) configurando, assim, o suposto interesse público de que o serviço de TRIP seja prestado e; (ii) de outro lado percebe-se a obrigatoriedade das licitações na prestação dos serviços públicos, como versa art. 175 da Carta Magna brasileira (BRASIL, 1988). Nesse cenário passa-se a explorar os acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais Federais do Brasil.

Iniciando a discussão pelos acórdãos proferidos Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, que de acordo com art. 1º de seu Regimento Interno (TRF DA 1ª REGIÃO, 2003), tem jurisdição no Distrito Federal e nos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, da Bahia, de

Goiás, do Maranhão, de Mato Grosso, Minas Gerais, do Pará, Piauí, de Rondônia, Roraima e do Tocantins, percebe-se que naquele tribunal o posicionamento foi dado diversas vezes pela obrigatoriedade da licitação.

Foi pleiteado, por diversas vezes, naquele tribunal, a concessão de segurança para exploração de linha não licitada, sob o argumento de continuidade de prestação dos serviços e preavalecimento do interesse público. Contudo o entendimento majoritário (TRF DA 1ª REGIÃO, 1992a; TRF DA 1ª REGIÃO, 1992b; TRF DA 1ª REGIÃO, 1995; TRF DA 1ª REGIÃO, 1997a; TRF DA 1ª REGIÃO, 1997b; TRF DA 1ª REGIÃO, 1997c; TRF DA 1ª REGIÃO, 1997d; TRF DA 1ª REGIÃO, 2006a e TRF DA 1ª REGIÃO, 2007d) dos desembargadores foi no sentido de negar a segurança preterida pelas empresas exploradoras dos serviços de TRIP, entendendo ser necessário o processo licitatório.

Tamanha quantidade de decisões no mesmo sentido, que o Tribunal da 1ª Região editou a súmula 39, que proibia o Poder Judiciário substituir-se à Administração para autorizar, conceder ou permitir a exploração de serviço de transporte rodoviário interestadual (TRF DA 1ª REGIÃO, 1998).

Ressalta-se, contudo, que a súmula 39 foi cancelada em 2002 por mandado de segurança, sob o argumento de que juiz pode avaliar as circunstâncias e suprir, provisória e excepcionalmente, omissão da autoridade administrativa, autorizando a permanência de serviço de transporte coletivo de passageiros, prestado em caráter precário (sem licitação) em linha não servida regularmente, de modo a assegurar-se o direito fundamental de ir e vir (TRF DA 1ª REGIÃO, 2002).

Ainda que não se tenha comentado acerca de outros Tribunais Regionais Federais, percebe-se neles uma semelhança com as opiniões dos magistrados do TRF da 1ª Região, onde alguns asseguram a prestação dos serviços de TRIP, de forma precária, em nome do interesse coletivo mesmo que não tenha sido realizado procedimento licitatório (TRF DA 3ª REGIÃO, 2005; TRF DA 4ª REGIÃO, 2004 e TRF DA 5ª REGIÃO, 1998).

Seguindo a linha de raciocínio iniciada no parágrafo anterior, apontam-se algumas decisões em que os outros Tribunais Regionais brasileiros entenderam ser necessário o processo licitatório para que se conceda a exploração dos serviços de TRIP, não cabendo ao magistrado vestir-se dos poderes da Administração Pública e autorizar a exploração do serviço público, sendo, portanto, considerado clandestino aquele que operar sem que tenha

vencido um processo licitatório. (TRF DA 2ª REGIÃO, 2001; TRF DA 4ª REGIÃO, 2006 e TRF da 5ª REGIÃO, 2000).

Antes que se passe a analisar o posicionamento da corte suprema brasileira, é interessante observar de forma mais cuidadosa a decisão do TRF da 5ª Região de 1998 (TRF DA 5ª REGIÃO, 1998). Naquela oportunidade, o tribunal, com sede em Recife, decidiu pela continuidade da exploração da linha entre Caruaru, no estado de Pernambuco e Fortaleza, no estado do Ceará.

Antes de prosseguir é necessário ressaltar que a exploração se daria de forma precária até que a Administração Pública organize o processo licitatório, sob o argumento de continuidade de prestação de serviço público e interesse público. Com esse cenário em mente, passa-se a discutir o entendimento dos ministros do STF, que decidiram por unanimidade pela reforma do acórdão proferido em segundo grau de jurisdição.

4.3.2 Apreciação do tema pelo STF: obrigatoriedade de licitação

Como já exposto, a corte suprema do Brasil entendeu ser obrigatória a licitação para a exploração dos serviços públicos de TRIP. Os ministros entenderam que não existem interesses públicos fracionados³, apontando que o interesse público se reflete na prestação de licitação para que a Administração possa escolher a proposta que melhor convém, não sendo, portanto, interesse público a vontade de uma parcela da população de que a empresa continue explorando determinado trecho (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2005).

Nesse sentido, a pretensão do TRF da 5ª Região (TRF DA 5ª REGIÃO, 1998) de atender aos interesses de potenciais usuários do serviço de TRIP não está fundada em nenhuma referência a dados ou circunstâncias concretas, não sendo possível, portanto, classificar esse interesse como público. Indo além, percebe-se que a taxatividade das disposições constitucionais, pertinentes ao caso em questão, impõem a observância do procedimento licitatório, como mecanismo adequado para a proteção do interesse público (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2005).

³ Ao observar o tema, o Ministro Joaquim Barbosa apontou que não existem interesses públicos “fracionados”, isso porque o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região pretendeu atender o interesse de potenciais usuários do transporte interestadual, caracterizando esse interesse como público. Nesse sentido, como apontou o Ministro, o acórdão desprestigiou aspectos fundamentais da prestação de serviço público, não sendo possível justificar a falta de licitação pela vontade de uma parcela da população, não existindo assim, interesses públicos fracionados.

Continuando a explorar o acórdão proferido pela corte suprema (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2005), observa-se que a omissão por parte do Estado, em não promover um procedimento licitatório, poderia, quando muito, acarretar em responsabilização em esfera administrativa, ou ainda, uma determinação judicial para a realização do certame licitatório. Contudo, essa omissão jamais poderia justificar a legitimação de uma única empresa, em detrimento de outras, que por ventura estivessem interessadas na exploração do serviço.

Observa-se, então, que o órgão máximo do poder judiciário brasileiro já se posicionou no sentido de que o procedimento licitatório não é dispensável nas hipóteses em que o particular explore os serviços de TRIP. Frisa-se, portanto, que esses serviços públicos devem ser precedidos de licitação. Nesse sentido, é possível trabalhar com a hipótese de que a viabilidade jurídica do modelo de RTL pode ser encontrada em um modelo licitatório capaz de incentivar a competição entre as empresas.

4.4 AVALIAÇÃO DO MODELO REGULATÓRIO ATUAL SOB A ÓTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E RECOMENDAÇÕES PARA UMA REFORMA COMPETITIVA

Esta seção avaliará o modelo regulatório adotado para o mercado do TRIP. Para tanto, definiu-se como critério de avaliação os princípios e diretrizes de um novo modo de se pensar a prestação dos serviços públicos, que ficou conhecido na literatura como Administração Pública gerencial ou, igualmente, Administração Pública estratégica, prática já consolidada no ramo das empresas privadas, que fazem uma administração voltada para resultados.

Definidos os critérios de avaliação, em um segundo momento, tratar-se-á dos resultados da avaliação apontando que o modelo não está de acordo com a mentalidade moderna, em outras palavras, mostrar-se-á que a filosofia regulatória adotada pelo País não é recepcionada em completo pelo novo pensamento da máquina pública funcionando de forma gerencial, abandonando assim, o forte intervencionismo estatal.

4.4.1 Critérios de avaliação do modelo: o conceito de Administração Pública gerencial

Como sugere o título desta subseção, o critério adotado para a avaliação do modelo regulatório do TRIP do Brasil tem suas raízes no conceito moderno de Administração Pública. Conceito esse que surgiu no fim do século XX na Grã-Bretanha, motivada pela busca de meios capazes de enfrentar a crise fiscal do Estado, como estratégia para reduzir

custos e tornar mais eficiente a administração dos serviços que cabiam ao Estado (SANTOS, 2003, p. 4-5).

Em boa hora cabe debater acerca da transformação da máquina estatal no fim do século passado, que em outras palavras, significou a transformação de um Estado burocrático e prestador de serviços públicos para um Estado gerencial. No entanto, cabe dizer que uma reforma nesse sentido não se trata apenas de inserção de competitividade ao setor público, pela implementação de novos critérios de gestão, já acumulados e testados na administração de empresas privadas, mas sim passar a considerar o usuário como o titular do serviço e não apenas seu destinatário (MOREIRA NETO, 1998, p. 37-38).

Como afirmado no parágrafo acima, houve uma mudança no pensamento e na forma de administrar as atividades estatais, onde uma prática, em diversas vezes, burocrática foi deixada de lado e passou-se a observar a Administração Pública sob um enfoque gerencial, que prega por uma administração voltada para os resultados onde o foco da política é o cidadão. Nesse sentido, segue a Tabela 4.6, que aponta as principais diferenças entre o Direito Administrativo Burocrático e Gerencial:

Tabela 4.5 – Diferenças entre o Direito Administrativo Burocrático e Gerencial:

Administração Pública Burocrática	Administração Pública Gerencial
Concentra-se no processo.	Orienta-se para resultados.
É auto-referente.	Orientada para o cidadão.
Definição de procedimentos para contratação de pessoal, compra de bens e serviços.	Combate o nepotismo e a corrupção.
Satisfaz as demandas dos cidadãos.	Não adota procedimentos rígidos.
Controle de procedimentos.	Definição de indicadores de desempenho - utilização de contratos de gestão

(Fonte: SANTOS, 2003, p. 5)

Assim sendo, para uma reforma satisfatória é preciso mudar a mentalidade dos administradores públicos, fazendo com que estes não se considerem mais como senhores da coisa pública, desempenhando uma única função burocrática e, acreditando estar cumprindo com sua função pública. E, talvez o mais importante, é preciso que o usuário se convença de que pode e deve exigir prestação de serviços públicos bons, eficientes e módicos (MOREIRA NETO, 1998, p. 37-38).

Com essa mudança de perspectiva, construiu-se um modelo de administração gerencial, voltada para resultados e procurando atender as vontades dos cidadãos, nesse contexto, a bibliografia aponta cinco características desse novo modelo concebido no final do século XX (SANTOS, 2003, p. 4-5):

- a) Orientada para o cidadão.
- b) Orientada para obtenção de resultados.
- c) Pressupõe que políticos e funcionários públicos sejam merecedores de grau limitado de confiança.
- d) Como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação.
- e) Utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos.

Essa combinação de idéias conduz à formação do novo conceito do Direito Administrativo, fundado em princípios de flexibilidade, colaboração, competição e confiança (MOREIRA NETO, 2005, p. 129).

Em virtude do exposto, passa-se a explorar os critérios de avaliação com base nos princípios, características e objetivos da Administração Pública gerencial, resumidos na Tabela 4.6:

Tabela 4.6 – Critérios para avaliação do atual modelo regulatório do TRIP:

Critério de avaliação definido	Descrição do critério
Orienta-se para resultados	Avalia-se, sob o ponto de vista desse critério, se o atual modelo regulatório do TRIP adotado pelo País orienta-se para resultados.
Orientada para o cidadão	Sob esse critério, avalia-se se a política adotada é voltada para o cidadão, considerando-o como o dono do serviço público e não um mero destinatário desses serviços.
Adota procedimentos flexíveis	Sob esse critério pretende-se avaliar se o modelo vigente no Brasil é caracterizado por procedimentos flexíveis.
Definição de indicadores de desempenho - utilização de contratos de gestão	Esse critério avalia a forma como é feita a concessão dos serviços e; avalia também o conjunto de indicadores de desempenho, procurando saber se de fato esses números são capazes de retratar a realidade.

Assim, acredita-se que esses critérios possam avaliar o modelo regulatório de forma satisfatória. Antes de prosseguir com a pesquisa e apontar os resultados da avaliação, é importante ressaltar que não é objetivo destas poucas linhas exaurirem o assunto da Administração Pública gerencial. É recomendado, portanto, um aprofundamento na literatura corrente para que esses novos conceitos e princípios sejam consolidados.

4.4.2 Avaliação crítica do modelo regulatório atual

Cabe apontar que as formas de avaliação serão três, a saber: (i) Atende, quando as exigências do critério são supridas de forma plena; (ii) Atende insatisfatoriamente, quando o modelo atinge seu objetivo – no entanto, percebe-se que se realizadas alterações algumas melhorias possam aparecer; e, por último, (iii) Não atende, quando o modelo não alcança o objetivo sob o olhar do critério definido. Nesse contexto e com essas considerações em mente expõem-se os resultados encontrados:

Tabela 4.7 – Resultados da avaliação do atual modelo regulatório do TRIP:

Critério de avaliação definido	Avaliação
Orienta-se para resultados	Não atende
Orientada para o cidadão	Atende insatisfatoriamente
Adota procedimentos flexíveis	Atende insatisfatoriamente
Definição de indicadores de desempenho – utilização de contratos de gestão	Atende insatisfatoriamente

Assim sendo, cabe discutir cada critério de forma isolada para que se justifique o resultado encontrado. Dessa forma, seguem, respectivamente, as considerações dos critérios: (i) orienta-se para resultados; (ii) orientada para o cidadão; (iii) adota procedimentos flexíveis e por fim; (iv) definição de indicadores de desempenho – utilização de contratos de gestão:

i) orienta-se para resultados – NÃO ATENDE

Ainda que exista um sistema de indicadores previsto na resolução n. 1.159 de 2005 (ANTT, 2005), não é possível afirmar que o modelo adotado pelo Brasil seja voltado para resultados. Isso porque não há previsão legal que vincule a atitude do gestor aos números dos indicadores, assim sendo, os resultados não são parâmetros obrigatórios nas tomadas de decisão, cabendo ao ocupante de cargo público decidir conforme suas convicções, não

sendo obrigado a decidir de acordo com os resultados apresentados pelos indicadores. De forma a ficar mais claro recorre-se ao seguinte exemplo:

Nesse contexto, acredita-se que o modelo regulatório é falho se observado sob a ótica dos conceitos da Administração Pública gerencial, ao menos no que se refere ao controle dos resultados advindos dos indicadores de produtividade e qualidade dos serviços prestados. Destacando que esses indicadores devem ser revistos, isso porque, para um controle de resultados os parâmetros de desempenho devem ser bem elaborados de forma que a realidade possa ser retratada por números.

ii) orientada para o cidadão – ATENDE INSATISFATORIAMENTE

Pela legislação vigente percebe-se que a política regulatória leva em conta a presença do usuário, tanto é verdade que elenca uma série de direitos e deveres que devem ser respeitados, como visto na Tabela 4.1. Nesse sentido seria injusto apontar que a estrutura regulatória do País não é orientada para o cidadão. Porém, deve-se ressaltar que algumas alterações podem ser feitas no sentido de que a política tenha suas raízes mais fortes no cidadão, considerando-o como o “dono” do serviço e não apenas um destinatário.

Para tanto, sugere-se, em um primeiro momento, que a concorrência entre as empresas prestadoras do serviço seja efetiva. Explorando um pouco melhor o raciocínio, acredita-se que é anseio dos usuários um contexto caracterizado pela concorrência, onde as empresas mais eficientes são premiadas. Não sendo um serviço voltado exclusivamente para o cidadão, portanto, um serviço inserido em um cenário não contestável, caracterizado, além de outros fatores, pela falta de competitividade.

Dessa forma percebe-se a necessidade de inserção de real competitividade ao mercado do TRIP brasileiro, isso porque, como visto algumas linhas acima, ainda que exista a previsão legal de não exclusividade da prestação dos serviços, percebe-se que não é prática comum do modelo a concorrência nas linhas de TRIP. Assim sendo, recomenda-se uma alteração no modelo atual que decide pela abertura dos processos licitatórios, sendo construído um modelo licitatório capaz de injetar contestabilidade ao mercado.

iii) adota procedimentos flexíveis – ATENDE INSATISFATORIAMENTE

Os procedimentos são de fato flexíveis, as empresas podem alterar os horários de saída, desde que cumpridas algumas exigências legais, dentre elas a comunicação com

antecedência ao órgão responsável; outro procedimento que sinaliza na flexibilização dos procedimentos adotados no modelo regulatório do Brasil está relacionado ao fato de que o valor da tarifa pode ser alterado pela empresa, sempre respeitando o valor máximo estabelecido em contrato e os prazos estabelecidos para a comunicação da promoção.

Há que se ressaltar, no entanto, que a decisão pelo início de um processo licitatório não pode ser flexibilizada, o que reduz a possibilidade de novas empresas operarem no mercado. Explica-se melhor: hoje, como consta em dispositivo legal (BRASIL, 1998), o processo licitatório pode ser iniciado apenas por iniciativa do Poder Público, nesse sentido, se uma empresa deseja operar no mercado teria que esperar a abertura de um processo licitatório e, ainda que aberto, não teria a garantia de operar.

Em virtude do exposto, recomenda-se um procedimento mais flexível, no que tange ao processo licitatório, que decide quem pode operar no mercado, para que o modelo esteja sob os princípios que pautam o conceito de Administração Pública gerencial. Antes de prosseguir é essencial apontar que essa discussão será retomada algumas linhas abaixo. Isso posto, é em boa hora que se apresenta as considerações acerca dos indicadores de desempenho e a utilização de contratos de gestão.

iv) Definição de indicadores de desempenho e a utilização de contratos de gestão – ATENDE INSATISFATORIAMENTE

Como visto nas linhas acima, existe a previsão legal, sob a figura da Resolução n. 1.159 de 2005 da ANTT, de indicadores de produtividade e qualidade a serem aplicados na avaliação da prestação dos serviços regulares do TRIP. No entanto, há que se dizer que esses indicadores não são capazes de retratar a realidade como um todo. Muitos parâmetros podem e devem ser aferidos para que a produtividade e a qualidade do serviço prestado possam verificadas.

Antes de prosseguir com os estudos seria injusto não citar a preocupação do Poder Público com a situação descrito no parágrafo anterior, tanto é que foi celebrado um convênio com o Centro de Formação de Recursos Humanos em Transportes (CEFTRU) justamente para que esse o centro de excelência e pesquisa em transportes possa desenvolver um trabalho nesse sentido e apontar quais seriam os indicadores necessários para que o cenário regulado do TRIP pudesse explicar melhor os resultados.

4.4.3 Recomendações para uma reforma competitiva

Como observado, a estrutura regulatória adotada para os serviços de TRIP aponta para um mercado altamente concentrado, fato esse que, aliado às barreiras erguidas para a entrada de novas empresas no mercado, conduzem a um cenário sem contestabilidade (GOMIDE e MARTINS, 2005, p. 5). Assim sendo percebe-se a necessidade de uma reforma regulatória de modo que seja inserida certa competitividade no mercado, incentivando, assim, a eficiência das empresas. Sugere-se que (GOMIDE e MARTINS, 2005, p. 5):

- Seja efetivamente introduzida competição: (a) para o mercado, em termos de medidas regulatórias, configurando a concorrência pública e; (b) dentro do mercado, no que tange à competição entre as empresas;
- Seja fortalecida a regulação sob os aspectos técnicos e seja flexibilizada a regulação econômica, conduzindo o cenário para uma monitoração e controle do desempenho das empresas e, por último, é sugerido que;
- Seja concedido acesso livre ao mercado, permitindo que todos explorem o serviço sob as mesmas condições. Passa-se a analisar mais detalhadamente as propostas sugeridas.

i) Instaurar maior competitividade para o mercado por meio da concorrência pública

A concorrência pública, por meio de processo licitatório, permite ao Estado escolher a proposta que mais lhe convém, o que, pelo menos em tese, representaria o melhor para a coletividade. Com esse pensamento, questiona-se o inciso XVIII do artigo 3º do Decreto n. 2.521 de 1998, que restringe a exploração dos serviços de TRIP às pessoas jurídicas (GOMIDE e MARTINS, 2005, p. 5). Ora, porque impedir que pessoas físicas, que comprovem capacidade de operar, participem do processo?

Outra sugestão encontrada na bibliografia (GOMIDE e MARTINS, 2005, p. 6) prega que a competição no mercado poderia acontecer de forma mais eficiente se a comprovação técnica para operar no mercado não remetesse somente às empresas, mas também aos trabalhadores que compõem o seu quadro de funcionários, que teriam que comprovar capacidade de gerir a atividade que se dispuseram a realizar.

Ao observar os prazos estabelecidos para a permissão de operar recomenda-se que deveriam ser pautados na natureza do investimento e nos insumos utilizados na prestação do serviço. Isso porque os veículos adquiridos para operar no mercado do TRIP podem ser vendidos ou utilizados para desenvolver outra atividade. Nesse contexto, não se encontram justificativas técnicas para prazos tão estendidos (15 anos) (GOMIDE e MARTINS, 2005, p. 6). Passa-se a discutir, no próximo tópico, acerca da competitividade no mercado.

ii) Inserindo contestabilidade no mercado, incentivando a competição entre as empresas

A contestabilidade pode ser inserida no mercado do TRIP pela entrada de novas empresas (melhor dizendo, operadores) no cenário, desde que essas cumpram alguns parâmetros mínimos pré-estabelecidos de qualidade, segurança, proteção ao usuário e algumas regras de saída do mercado para que não se configure descontinuidade da prestação do serviço público (GOMIDE e MARTINS, 2005, p. 6).

Como existe a previsão constitucional de procedimento licitatório para a concessão de serviços públicos, a bibliografia (GUIMARÃES e SALGADO, 2003, p. 21) sugere que sejam abertas as portas para as empresas-espelho, que operariam sob o regime de autorização em paralelo às permissões já existentes, injetando, dessa forma agilidade e flexibilidade ao modelo regulatório atual. Ressalta-se, no entanto, que para isso seriam necessárias algumas alterações na legislação vigente.

É sugerido que seja incluída na Lei n. 10.233 de 2001, em seu art. 14, inciso III, a possibilidade de delegação de serviço público por meio da figura jurídica de autorização das empresas-espelho. Seguindo a mesma linha de raciocínio deve-se acrescentar ao Decreto 2.521 de 1998 em seu art. 6º, inciso II, a previsão de autorização para as empresas-espelho explorarem os serviços de TRIP (GUIMARÃES e SALGADO, 2003, p. 21).

É essencial que se altere o dispositivo legal do Decreto n. 2.521 de 1998 que trata da decisão de abertura de procedimento licitatório. O artigo 11 do referido diploma legal versa que cabe ao Poder Público decidir pela pertinência de novo processo licitatório. Sugere-se, no entanto, um mercado dinâmico onde as empresas, desde que comprovadas algumas condições mínimas para operar no mercado, são livres para a decisão de operar (GUIMARÃES e SALGADO, 2003, p. 21).

iii) Ênfase no monitoramento e controle de aspectos técnicos e qualitativos

Como visto, sugere-se que a regulação dos aspectos técnicos seja mais presente, ao passo que a regulação econômica deve ser mais flexibilizada, conduzindo o cenário para uma monitoração e controle do desempenho das empresas, buscando assim um contexto com empresas que primem pela eficiência na operação. Sugere-se, também, que a participação social nesse controle seja efetiva, fazendo com que a população participe de todo o processo externalizando suas satisfações e inquietações (GOMIDE e MARTINS, 2005, p.5-7).

Com o exposto, conclui-se a pequena exposição de algumas diretrizes para a formação de um mercado contestável para a prestação dos serviços de TRIP. Cabe ressaltar que o modelo de RTL, que absorve grande parte dessas sugestões, dentre elas a liberdade das empresas de operar sem que antes seja necessário um procedimento licitatório burocrático, será detalhado em momento oportuno.

5 DIRETRIZES DO MODELO DE RTL E OS POSSÍVEIS OBSTÁCULOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Este capítulo, como sugere o título, tratará das diretrizes do modelo de RTL, bem como o apontamento de possíveis obstáculos dessas diretrizes com o ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, inicia-se a discussão com o detalhamento do modelo de RTL proposto pela literatura, que tem suas colunas no modelo britânico proposto na década de 80 e, em grosso modo, prega a livre entrada e saída das empresas no mercado que, como já observado, comporta contestabilidade. Ressalta-se que são apresentadas neste capítulo apenas as diretrizes do modelo proposto.

Observam-se, também, os possíveis obstáculos legais encontrados na legislação brasileira ao modelo proposto que, como se verificará nas linhas abaixo, não possui nenhum entrave. Nesse contexto, seguem duas seções: (i) Detalhamento do modelo de RTL e; (ii) Obstáculos legais ao modelo proposto. Após o detalhe do modelo de RTL seguirá, em capítulo próximo, uma análise acerca da viabilidade jurídica desse modelo que prega pela contestabilidade do mercado.

5.1 DETALHAMENTO DO MODELO DE RTL

O modelo de Regulação de Toque Leve proposto por ARAGÃO *et al* (2002) prega a livre entrada das empresas ao mercado, quando muito impõe um controle de qualidade para assegurar um parâmetro mínimo às empresas entrantes. Nesse sentido, observam-se as fronteiras do desenho desse modelo que incentiva a competitividade e insere contestabilidade ao cenário brasileiro (ARAGÃO *et al*, 2002, p. 421):

a) Os candidatos a operar no mercado do TRIP devem obter uma licença preliminar, onde é necessário que o pretendente comprove: (i) veículos adequados; (ii) motoristas qualificados e, por fim; (iii) habilidades para gerenciar o serviço por ele proposto, no sentido de atender todas as exigências regulatórias; caso sejam atendidos esses requisitos o candidato recebe uma pré-licença para operar.

b) Os processos licitatórios devem ser simples e frequentes (a cada três meses) de modo que os operadores, que já operam no mercado e que mantiverem uma pontuação mínima estabelecida poderão participar da nova licitação. Ao passo que, aqueles novos candidatos a operar no mercado recebem uma pontuação superior à pontuação mínima para operar.

Assim, as empresas selecionadas – todas aquelas que operavam no mercado e mantiveram a pontuação mínima; e também aquelas que pretendem iniciar suas operações no mercado – recebem a licença para operar.

c) Após receber a licença, cada operador tem a liberdade para estabelecer sua rota, frequência e tarifa, desde que essas informações sejam fornecidas dentro de um prazo estabelecido pela autoridade responsável, isso para que seja assinado o termo de adesão que pautará a relação entre Poder Público e permissionário. No mesmo sentido, cada suspensão ou alteração nos serviços oferecidos devem ser avisadas com antecedência – e dentro desse mesmo prazo – pelo operador. Opcionalmente, os pequenos operadores podem ser organizados em cooperativas no sentido de otimizar a operação.

d) A responsabilidade pela centralização das informações do mercado é da Administração Pública, ficando também a cargo desta a análise do desempenho da rede e de suas necessárias complementações, devendo, esses últimos serviços, serem concebidos de igual forma, com características de competitividade.

e) A autoridade competente controla o fornecimento dos serviços de acordo com as informações fornecidas pelos operadores, toma nota das irregularidades ocorridas na prestação do serviço, veículo e motoristas; recebe as reclamações dos usuários e; ajusta a pontuação de cada operador de acordo com a política regulatória estabelecida para avaliar o desempenho do serviço prestado. Os operadores com os maiores índices de desempenho obtêm uma pontuação extra, beneficiando as empresas mais eficientes e tornando o mercado competitivo (*benchmark e yardstick competition*)

f) Não há um prazo estabelecido para a permissão, uma vez caracterizada a vontade do operador em continuar no mercado sua licença continuará em vigor. Sendo excluídos, no entanto, do sistema aqueles que tiverem uma pontuação abaixo do mínimo estabelecido por lei e, como punição à sua ineficiência, não participariam do processo licitatório seqüente à sua exclusão, devendo aguardar o próximo processo licitatório.

g) No sentido de evitar uma possível concentração do mercado do transporte rodoviário interestadual de passageiros, a Administração Pública pode impor alguns limites na participação de determinados operadores singulares – pessoas físicas, empresas ou cooperativas.

Sob uma primeira ótica, essas são as diretrizes impostas pelo modelo de RTL. Parece claro que o modelo requer um Estado mais flexível e voltado para os objetivos estabelecidos e os resultados encontrados, assim como a forma de pensar do modelo da Administração Pública gerencial. Observa-se que a presença de uma equipe preparada para a gestão do sistema é essencial para o sucesso do modelo, ainda que os cenários contestáveis sinalizem por si só na eficiência das empresas (ARAGÃO *et al*, 2002, p. 421). Nesse contexto, a Figura 5.1, procura ilustrar o funcionamento do modelo de RTL.

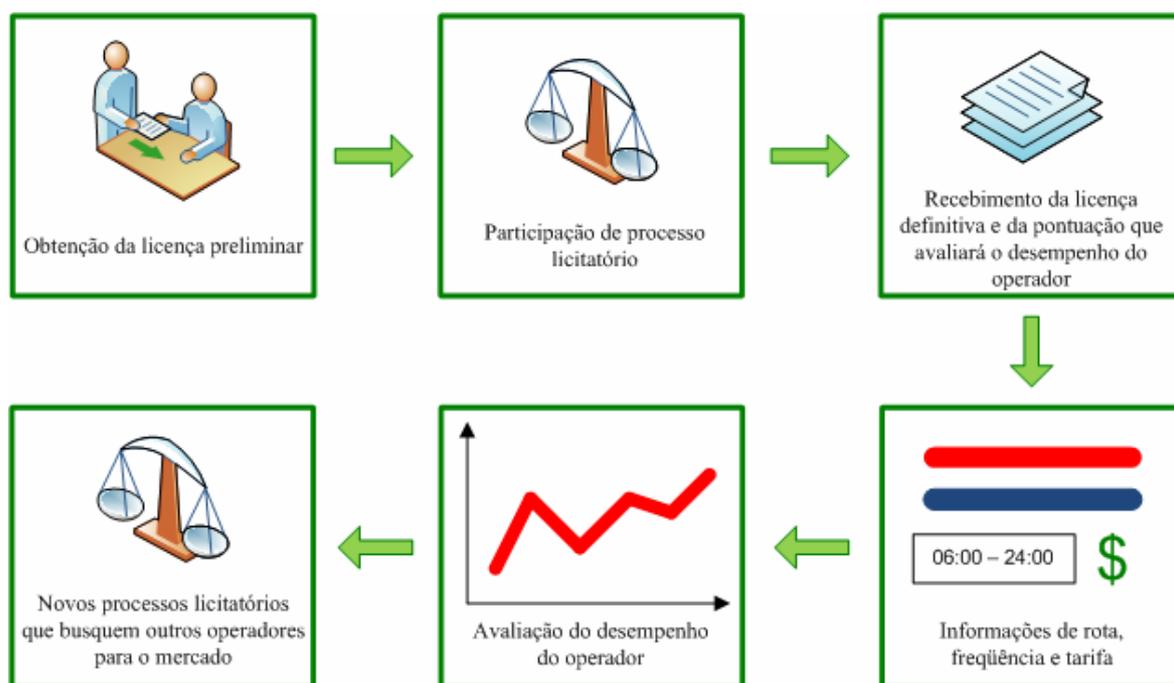


Figura 5.1 – Funcionamento do modelo de RTL.

5.2 ANÁLISE LEGAL DO MODELO PROPOSTO

Como determinado nas linhas acima, é interessante que se discuta acerca das diretrizes legais brasileiras, para tanto foi realizado um apanhado nas seguintes legislações:

- a) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988);
- b) Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências (BRASIL, 1993);
- c) Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências (BRASIL, 1995a);

d) Lei n. 9.074, de 07 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências (BRASIL, 1995b);

e) Decreto n. 2.521, de 20 de março de 1998, que dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional coletivo de passageiros e dá outras providências (BRASIL, 1998).

Nesse contexto, acredita-se que a melhor forma de apresentar o resultado da pesquisa seja por meio das Tabelas 5.1a e 5.1b, que apresentam em sua coluna mais à esquerda as diretrizes do modelo de RTL e, nas outras colunas, apresentam as possíveis dificuldades encontradas nos cinco dispositivos legais, apontados em acima:

Tabela 5.1a – Dificuldades observadas ao modelo regulatório do TRIP

Diretrizes do Modelo de RTL	Impedimentos legais observados				
	Constituição Federal	Lei n. 8.666/93	Lei n. 8.987/95	Lei n. 9.074/95	Decreto n. 2.521/98
Obtenção de licença preliminar que condiciona a participação do processo licitatório.	Não há	Não há	Não há	Não há	Não há
Os processos licitatórios devem ser simples e freqüentes (a cada três meses).	Não há	Não há	Não há	Não há	Não há
Todos que, por ventura, não tenham sido impedidos de participar do processo licitatório, adquirem a licença para operar	Não há	Ainda que exista a possibilidade de mais de um selecionado é necessário estabelecer um critério para a seleção dos participantes (art. 45)	Ainda que exista a possibilidade de mais de um selecionado é necessário estabelecer um critério para a seleção dos participantes (art. 15)	Não há	Ainda que exista a possibilidade de mais de um selecionado é necessário estabelecer um critério para a seleção dos participantes (art. 16)
Acompanhar o desempenho dos permissionados por meio de um sistema de pontuação previamente estabelecido	Não há	Não há	Não há	Não há	Não há
Liberdade do operador para estabelecer (ou suspender) sua rota, freqüência e tarifa	Não há	Não há	Não há	Não há	São cláusulas essenciais do edital: a linha a ser explorada, o itinerário, os horários de partida e chegada, a freqüência mínima, tarifa contratual (art. 20, II)
Opcionalmente os pequenos operadores podem se organizar em cooperativas	Não há	Não há	Não há	Não há	Não há
A responsabilidade pela centralização das informações é da Administração Pública	Não há	Não há	Não há	Não há	Não há
Fica a cargo da Administração Pública, a análise do desempenho da rede e de suas eventuais complementações	Não há	Não há	Não há	Não há	Não há

Tabela 5.1b – Dificuldades observadas ao modelo regulatório do TRIP

Diretrizes do Modelo de RTL	Impedimentos legais observados				
	Constituição Federal	Lei n. 8.666/93	Lei n. 8.987/95	Lei n. 9.074/95	Decreto n. 2.521/98
A Administração Pública controla o serviço prestado de acordo com as informações fornecidas pelos operadores	Não há	Não há	Não há	Não há	Não há
Os operadores com os maiores índices de desempenho obtêm uma pontuação extra, beneficiando as empresas mais eficientes e tornando o mercado competitivo	Não há	Não há	Não há	Não há	Não há
Exclusão do sistema daqueles que obtiverem uma pontuação abaixo do mínimo estabelecido por lei, sendo vedada a sua participação em processo licitatório subsequente à sua exclusão	Não há	Não há	Não há	Não há	Não há

Em um primeiro instante verifica-se que o modelo proposto não encontra nenhuma resistência no texto constitucional brasileiro, no entanto, ao analisar as leis ns. 8.666 (BRASIL, 1993) e 8.987 (BRASIL, 1995a), percebe-se a exigência de um critério de seleção para estabelecer o vencedor, ou vencedores, do processo licitatório, isso, inevitavelmente, sinaliza um possível entrave ao modelo de RTL, que prega pela livre entrada das empresas no mercado, sem que seja estabelecido um critério de seleção – com exceção dos critérios técnicos da fase de habilitação dos candidatos a operar.

Em outro instante constata-se uma objeção à liberdade do operador para estabelecer a rota, frequência e tarifa de sua operação. Isso porque o Decreto 2.521 (BRASIL, 1998) impõe como cláusulas essenciais do edital de convocação ao processo licitatório essas informações de rota, frequência e tarifa, individualizando a permissão para aquela linha específica, não deixando a par do operador a escolha dessas diretrizes. Assim sendo, passa-se a explorar cada uma das diretrizes em separado para um melhor panorama do estudo.

a) Obtenção de licença preliminar para a participação em processo licitatório

O artigo 3º, inciso XVIII do Decreto n. 2.521 (BRASIL, 1998) mostra que a permissão dos serviços de TRIP devem ser delegados sob a modalidade licitatória de concorrência, que pressupõe a existência das seguintes fases: edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação. A segunda fase pode ser prévia a primeira em um caso específico estabelecido em lei, como versa o artigo 114 da Lei n. 8.666 (BRASIL 1993), o referido dispositivo fala em pré-qualificação nos casos em que o Poder Público precisa de uma análise mais cuidadosa dos parâmetros técnicos dos candidatos (DI PIETRO, 2005b, p. 349).

Assim sendo, verifica-se a possibilidade de inversão na ordem em que as fases aparecem, sendo permitida a qualificação prévia dos candidatos a operar. Continuando a pesquisa na Lei n. 8.666 (BRASIL, 1993) constata-se a obrigatoriedade da habilitação das empresas participantes do processo licitatório. Analisando-se o artigo 27 do referido diploma normativo, encontra-se a lista dos documentos exigíveis para a fase de habilitação dos candidatos, que somente podem se referir à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.

Nesse contexto é razoável assumir que uma licença preliminar seja exigida para que os pretendentes a operar no mercado do TRIP possam participar do processo licitatório. Assim, o candidato ao comprovar: (i) veículos adequados; (ii) motoristas qualificados e,

por fim; (iii) habilidades para gerenciar o por ele proposto, no sentido de atender todas as exigências regulatórias, estaria qualificado e habilitado para participar do processo licitatório e conseqüentemente operar no mercado.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, é justo ponderar que os candidatos a operar no mercado que não provarem as exigências estabelecidas são considerados inabilitados e não podem participar do processo licitatório e, por conseguinte, não poderão operar no mercado de TRIP, devendo esperar, portanto, uma próxima oportunidade para comprovar os parâmetros técnicos estabelecidos para que se insiram no cenário do TRIP como prestadores de serviço público.

Assim, a exigência de uma qualificação técnica e econômico-financeira não é fator impeditivo à viabilidade do modelo de RTL, mas, em sentido oposto, está em conformidade com o estabelecido pela legislação, uma vez que essa preza pela obrigatoriedade de tal fase na modalidade de concorrência. Outra particularidade que não deixa o modelo em desconformidade com as diretrizes normativas é a inversão das fases do procedimento da concorrência, deixando em um primeiro lugar a habilitação dos candidatos, como versa o artigo 114 da Lei 8.666.

b) Os processos licitatórios devem ser simples e freqüentes

Ao analisar os documentos legais supracitados nas Tabelas 5.1 a e 5.1b, não foi verificada nenhuma referência à simplicidade ou complexidade dos processos licitatórios. Tão pouco se encontrou algum dispositivo que tratasse da freqüência desses processos. Nesse sentido recorre-se ao artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que vincula a Administração Pública aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Para o estudo considerar-se-á apenas este último.

Antes de iniciar o debate acerca do princípio da eficiência é interessante observar a imperatividade dos princípios constitucionais, que segundo a literatura nacional (ROCHA, 1994, p.25), não se propõe, contudo, de uma forma mais coercitiva, proclama-se.

A literatura (DI PIETRO, 2005b, p. 84) analisa o princípio da eficiência sob duas óticas: a primeira delas trata do modo de atuação do agente público; já a segunda, mais interessante para o estudo ora realizado, aponta que o princípio da eficiência toca o modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública com o objetivo de alcançar melhores

resultados na prestação do serviço público. É nesse contexto que se insere um procedimento licitatório simples que roga pela eficiência da Administração Pública.

Em boa hora discute-se acerca da frequência dos processos licitatórios, para tanto, recorre-se, mais uma vez, aos princípios inerentes ao Poder Público, sendo escolhido para fundamentar a decisão de que os processos devem ser frequentes, o princípio da supremacia do interesse público, que tem como objetivo primordial fazer com que a Administração Pública defenda o interesse da coletividade, servindo de fundamento para todas as suas decisões (DI PIETRO, 2005b, p. 69).

Ora, se o modelo de RTL é mais adequado para a regulação do TRIP que, como verificado em experiências internacionais, insere uma realidade contestável ao mercado onde as empresas operaram com qualidade e preços competitivos, porque não defender um processo licitatório recorrente (a cada três meses) já que essa atitude beneficiaria o interesse da coletividade em detrimento do interesse particular, representado pelo prestador de serviços de TRIP, que opera sob as diretrizes regulatórias atuais em um cenário não-competitivo que roga pela ineficiência das empresas e alto custo de tarifas.

Nesse contexto acredita-se que a diretriz de um modelo licitatório simples e frequente pode ser fundamentada nos princípios inerentes à Administração Pública, não sendo, em nenhum momento, um impeditivo à viabilidade jurídica do modelo de RTL.

c) Todos que comprovem capacidade técnica adquirem a licença para operar

Na legislação pátria observa-se que para a escolha de um vencedor, ou vencedores, dos procedimentos licitatórios é essencial que exista um critério de seleção. Antes de continuar com a discussão é importante apontar que esse critério deve refletir a melhor proposta para a coletividade, a literatura (MELLO, 2002, p. 492) vai além e aponta que a licitação é o meio para que se atinja o interesse público, mostrando que o instituto tem a função de servir, e não de desservir, os anseios da coletividade.

Com essas considerações em mente, é importante analisar neste momento os critérios de seleção existentes na legislação brasileira. Nesse contexto, e na tentativa de expor de forma mais clara os critérios estabelecidos pelos textos normativos brasileiros, apresenta-se a Tabela 5.2, que aponta em sua coluna da esquerda os dispositivos legais pesquisados e, em sua coluna da direita, os critérios para a seleção do vencedor do procedimento:

Tabela 5.2 – Critérios legais para a seleção de vencedores de procedimentos licitatórios

Lei n. 8.666/93 (art. 45)	I - Menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço
	II - Melhor técnica
	III - Técnica e preço
	IV - Maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso
Lei n. 8.987/95 (art. 15)	I - Menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado
	II - Maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão
	III - Combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII
	IV - Melhor proposta técnica, com preço fixado no edital
	V - Melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica
	VI - Melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica
	VII - Melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas
Decreto n. 2.521/98 (art. 16)	I - Menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado após qualificação de propostas técnicas
	II - Melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas
	III - Combinação dos dois critérios acima referidos

Antes de analisar os critérios fixados pelas Leis ns. 8.666 (BRASIL, 1993) e 8.987 (BRASIL, 1995a) há que considerar, neste primeiro instante, que os critérios estabelecidos pelo Decreto 2.521 (BRASIL, 1998) não são adequados para o modelo de RTL, uma vez que o modelo prega pela desregulamentação econômica combinada com a livre entrada das empresas. Assim sendo, critérios que tenham como fundamento aspectos meramente econômicos, tais como valor da tarifa ou pagamento de outorga, não são compatíveis com o modelo proposto.

Em virtude do exposto passa-se a explorar os critérios que envolvem aspectos técnicos e não unicamente econômicos. Em boa hora, inicia-se uma discussão acerca do inciso III, do artigo 45 da Lei n. 8.666 (BRASIL, 1993), que, como se verificará a seguir, se encaixa no tipo de licitação de técnica e preço. Nesses tipos de licitações, combinam-se dois fatores para que a Administração selecione a proposta com a melhor técnica e, em outro instante, com preço mais vantajoso (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 298).

Nesse sentido, para o procedimento licitatório que abraça o RTL, as empresas que comprovarem os requisitos técnicos, já apresentados, estariam em conformidade com a melhor técnica estabelecida no edital. Neste segundo instante, observa-se que o preço mais vantajoso para o interesse público é exatamente o preço estabelecido pelo operador, uma vez que o mercado do TRIP comporta a concorrência, sendo feita a ressalva de que esta prática não se configure como predatória.

Neste contexto e, lembrando que a aplicação das normas deve refletir os fins sociais, como preceitua o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (BRASIL, 1942), o modelo de RTL se vê abrigado pela legislação pátria, devendo-se adotar, para tanto, uma licitação do tipo técnica e preço, sendo que o preço estabelecido pelo operador é o mais vantajoso para a sociedade, uma vez que, como já discutido, a sociedade anseia pela concorrência no setor.

Ainda sobre o assunto, observa-se que a competitividade asseguraria, por si só, o menor preço. Isso porque, o preço oferecido por cada operador em seu serviço único é o menor, visto que se assim não for, o operador perde para sua demanda para outras empresas que se propõem a operar em serviços semelhantes com preços mais competitivos.

d) Acompanhamento do desempenho dos operadores por meio de um sistema de pontuação

Mais uma vez não se encontra nenhum impedimento legal a essa diretriz, mas em entendimento oposto, a lei prega que esse sistema de avaliação seja previsto em contrato ou termo de adesão para o caso das permissões. Para ilustrar o exposto recorre-se a Lei n. 8.987 (BRASIL 1995a), que em seu artigo 23, inciso III, roga como cláusula essencial do contrato (termo de adesão), os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço.

Igualmente, no Decreto n. 2.521 (BRASIL, 1998) em seu artigo 20, inciso III, pode-se encontrar como cláusula essencial do termo de adesão celebrado entre o poder permissionário e o permitente: os critérios, os indicadores, as fórmulas e os parâmetros definidores da qualidade e da produtividade na prestação do serviço. Assim sendo, o instrumento legal que pauta o relacionamento entre os atores do mercado roga pelo estabelecimento de parâmetros de aferição de qualidade e produtividade do serviço.

Há que se ressaltar que o artigo 76 do mesmo Decreto n. 2.521 (BRASIL, 1998) apresenta uma lista de indicadores de boa qualidade de serviço prestado. No entanto, como sugerido algumas linhas acima, essa lista deve ser revista no sentido de elaborar um sistema de indicadores capaz de retratar fielmente a realidade do TRIP. Cita-se, mais uma vez, o esforço da comunidade científica em desenvolver esse estudo que fosse capaz de retratar em números a qualidade do serviço prestado (VASCONCELLOS *et al*, 2007).

e) Liberdade do operador para estabelecer (ou suspender) sua rota, frequência e tarifa

Para que o modelo seja juridicamente viável foi sugerido que as empresas participantes do processo licitatório e que demonstrarem: (i) veículos adequados; (ii) motoristas qualificados e, por fim; (iii) habilidades para gerenciar o por ele proposto, receberiam uma licença provisória para operar no mercado e logo após esse momento o futuro operador estabeleceria sua rota, frequência e tarifa para que fosse celebrado o termo de adesão entre o poder público e o permissionário.

Feitas essas observações, concentra-se no Decreto n. 2.521/98 mais especificamente, em seu artigo 17, que aponta as cláusulas essenciais do edital de convocação para o processo licitatório e trata, especialmente: (i) da linha, seu itinerário, seções, se houver, frequência inicial mínima, número mínimo e características dos veículos para seu atendimento e; (ii) da minuta do contrato, que conterà as cláusulas essenciais previstas no artigo 20.

Assim sendo, para que o modelo seja recepcionado pela legislação brasileira é necessário que não sejam cláusulas essenciais do edital: a linha, itinerário e frequência e, além disso, a minuta do contrato (termo de adesão) não pode conter as mesmas informações, já que essas diretrizes serão estabelecidas pelo operador depois de passado o procedimento licitatório. Ressalta-se, no entanto, que depois de definidos esses parâmetros pelo operador, esses dados devem estar presentes no termo de adesão.

Com todas essas considerações em mente e considerando que o modelo de RTL é mais vantajoso para a coletividade, uma vez que se propõe em estabelecer um mercado contestável, é fácil justificar uma alteração no texto normativo proposto pelo Decreto n. 2.521 (BRASIL, 1998). Isso porque a Administração Pública deve se preocupar não apenas com a garantia de direitos do indivíduo, mas em assegurar a consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo (DI PIETRO, 2005, p.69).

De acordo com a literatura, a lei é a forma moderna de produção do Direito Positivo, sendo um ato do Poder Legislativo que estabelece normas de acordo com interesses sociais. Ressalta-se que esse ato, advindo do Poder Legislativo, não deve refletir a expressão de uma vontade individual, mas sim o anseio da coletividade (NADER, 2005, p.146). Nesse contexto, a adequação das normas brasileiras é justificada pelo anseio público de um mercado do TRIP competitivo e que preze pela eficiência das empresas.

f) Opcionalmente os pequenos operadores podem se organizar em cooperativas

Neste momento, passa-se a analisar a possibilidade de pequenos operadores se organizarem em cooperativas para operar no mercado. Pesquisando os documentos legais não foi encontrada nenhuma vedação a tal diretriz imposta pelo modelo de RTL, no entanto é interessante citar que o artigo 9º do Decreto n. 2.521 (BRASIL, 1998) trás algumas recomendações acerca da exploração de uma linha por transportadoras que mantenham vínculo entre si de interdependência econômica, assim entendido:

- i) participação no capital votante, um das outras, acima de dez por cento;
- ii) diretor, sócio gerente, administrador ou sócios em comum, estes com mais de dez por cento do capital votante;
- iii) participação acima de dez por cento no capital votante de uma e outra das empresas, de cônjuge ou parente até o terceiro grau civil e por fim;
- iv) controle pela mesma empresa *holding*.

Infere-se que não há nenhuma restrição a participação de pequenas empresas sob a organização de cooperativa para que participem do processo licitatório. Há que se pesar, contudo, que existem algumas restrições à participação de empresas que mantenham entre si vínculo de interdependência econômica – foram apontados os casos que a legislação considera como interdependência econômica. Assim passa-se a discutir acerca da diretriz que atribui à Administração Pública a responsabilidade de centralizar as informações.

g) A responsabilidade pela centralização das informações é da Administração Pública

Para analisar esta e a próxima diretriz do modelo de RTL recorre-se aos artigos 29 da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995a) e 32 do Decreto n. 2.521 (BRASIL, 1998). Ao avaliar esses

dois artigos percebem-se os encargos do poder permitente que, em diversos casos, apontam em atividades de fiscalização, organização ou aplicação de penalidades. No entanto, nada se discute acerca da centralização das informações por parte da Administração Pública.

Nesse sentido e, considerando a falha de mercado de assimetria de informação discutida em capítulo anterior, verifica-se pertinente a centralização das informações do sistema por parte da Administração Pública. Outro fator que ajuda a entender o porquê da centralização das informações por parte do Poder Público remonta ao fato de que um modelo que prega pela regulação da qualidade do serviço prestado deve ter o controle das informações para que consiga um fiel retrato da qualidade dos serviços que estão sendo ofertados.

Além da fiscalização da qualidade dos serviços prestados, há que se acrescentar que essas informações, centralizadas pela Administração Pública, também servirão de base para a análise do desempenho da rede e de suas eventuais complementações que, se existirem, devem ser concebidos com características de competitividade, diretrizes essas que serão discutidas nas próximas subseções.

h) Análise do desempenho da rede e de suas eventuais complementações é de competência do poder público

Como sugerido na subseção anterior, recorre-se aos artigos 29 da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995a) e 32 do Decreto n. 2.521 (BRASIL, 1998) que versam sobre os encargos do poder permitente que, dentre outras responsabilidades, é incumbido em organizar, coordenar e controlar os serviços de TRIP. Nesse contexto, nada mais justo do que considerar a Administração Pública como a responsável pela análise do desempenho da rede e de suas eventuais complementações.

Ainda que não fosse essa a redação do conjunto dos dispositivos legais, seria razoável assumir que tal responsabilidade de análise do desempenho da rede e de suas eventuais complementações ficasse a cargo do Poder Público, uma vez que na delegação de serviço de público, mais especificamente na delegação de serviço de utilidade pública como alerta a bibliografia (ROCHA, 1996, p.173), há a transferência da execução do serviço, no entanto, a titularidade continua sob as rédeas da Administração Pública.

Assim sendo a regulamentação e fiscalização dos serviços públicos, ou ainda dos serviços de utilidade pública, são atividades privativas e irrenunciáveis do poder público

permitente. São espécies da fiscalização: (a) técnica, quando dispõe acerca da gestão em si do serviço, os meios técnicos, humanos e materiais mobilizados pelo permissionário para gerir o sistema, que devem ser quantitativa e qualitativamente adequada; (b) financeira, buscando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e; (c) jurídica, buscando o cumprimento das cláusulas contratuais (ARAGÃO, 2007, p. 588).

i) O serviço prestado é controlado de acordo com as informações fornecidas pelos operadores

Para discutir acerca dessa diretriz, recorre-se, mais uma vez, ao artigo 29 da Lei n. 8987 (BRASIL, 1995a). Ao observar esse dispositivo legal percebe-se que são atividades do Poder Público permitente: regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação. Nesse sentido, e considerando a diretriz do modelo de RTL discutida na subseção 5.2.7, que trata da centralização das informações pela Administração Pública, não se encontra impedimentos ao controle do serviço prestado de acordo com as informações fornecidas pelos operadores.

Assim infere-se que, ao centralizar as informações, o Poder Público permitente evita, ou pelo menos diminui o risco, da falha de mercado de assimetria de informação. Seguindo, o raciocínio e sabendo que a Administração Pública é a responsável pelo controle e fiscalização dos serviços de TRIP admite-se que o controle do serviço prestado seja baseado em informações fornecidas pelos operadores, uma vez que as informações possuem qualidade e são centralizadas pelo órgão gestor.

j) Os operadores com os maiores índices de desempenho obtêm uma pontuação extra, beneficiando as empresas mais eficientes e tornando o mercado competitivo

O Poder Público, ao elaborar os termos de adesão, que pautarão o seu relacionamento com os operadores do TRIP, poderá desenhar dispositivos que concedam benefícios àqueles que operarem com índices de desempenho considerados satisfatórios. Ao analisar mais cuidadosamente essa diretriz percebe-se que os benefícios concedidos incentivam a constante melhoria dos operadores, o que tornaria o mercado competitivo.

Assim sendo, além de estar em conformidade com as diretrizes legais estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, essa diretriz incentiva a competitividade entre as empresas, uma vez que, quão melhor for o serviço prestado por um operador, os outros

participantes do mercado se vêm na obrigação de elevar o seu padrão de oferta para que a demanda pelos seus serviços sejam suficientes no sentido de manter a exploração do mercado economicamente atrativa.

k) Exclusão do sistema daqueles que obtiverem uma pontuação abaixo do mínimo estabelecido por lei

Dentre as possibilidades de extinção contratual está a caducidade, que se traduz na rescisão unilateral por parte do poder público permitente, quando acontece o descumprimento do contrato por parte da empresa exploradora dos serviços de TRIP. O Decreto n. 2.521 (BRASIL, 1998), como verificado algumas linhas acima, elenca sete possibilidades de caducidade do contrato, a saber:

- (i) descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à prestação do serviço;
- (ii) paralisar o serviço por mais de quinze dias consecutivos, ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;
- (iii) executar menos da metade do número das frequências mínimas durante o período de noventa dias consecutivos ou alternados, salvo por motivo de força maior, devidamente comprovado;
- (iv) perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais necessárias para manter a adequada prestação do serviço;
- (v) não cumprir, nos devidos prazos, as penalidades impostas por infrações cometidas;
- (vi) não atender intimação para regularizar a prestação do serviço;
- (vii) apresentar elevado índice de acidentes, aos quais a transportadora ou seus prepostos hajam dado causa.

Com essas considerações em mente e analisando o artigo 87 da Lei n. 8666 (BRASIL, 1993) verifica-se que, garantida a defesa prévia do operador, se houver a inexecução total ou parcial do contrato é facultado ao Poder Público aplicar a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos. Encontra-se, então, a previsão legal de uma sanção àquelas empresas que não cumprem com o contratado, não sendo, portanto, um impedimento legal ao modelo a diretriz que sanciona as empresas.

Tendo em vista que as diretrizes impostas pelo modelo de RTL não encontram nenhuma restrição na legislação brasileira, a próxima etapa do estudo se preocupa em mostrar que o procedimento licitatório que abraça as diretrizes do modelo de RTL está em conformidade com os princípios da licitação estabelecidos pelo artigo 3º da Lei n. 8.666/93.

6 VIABILIDADE LEGAL DO MODELO DE RTL: A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO LICITATÓRIO OU A HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE TENDO EM VISTA A IMPOSSIBILIDADE DE CONCORRÊNCIA?

Este capítulo reflete o objetivo da pesquisa que, como visto nas linhas acima, se dedica a encontrar a viabilidade jurídica do modelo de RTL. Para tanto, serão discutidas duas hipóteses, a primeira delas, relatada na primeira seção deste capítulo, trata da construção de um procedimento licitatório que se amolde às diretrizes do modelo de RTL. Nesse sentido, será exposta a adequabilidade dos princípios da licitação, previstos em legislação, com o modelo proposto e, em um segundo instante, porém, dentro dos limites desta seção, será apresentado o procedimento licitatório que abrace o modelo de RTL.

A segunda seção deste capítulo trata da viabilidade alternativa do modelo de RTL. Para tanto, recorre-se à hipótese de inexigibilidade de licitação, tendo em vista a impossibilidade de competição entre as propostas dos candidatos a operar no mercado do TRIP. Nesse sentido, para embasar essa hipótese será discutida a decisão do STF no julgamento da ADI n. 2.990 de 2007, que tratava de constitucionalidade de lei do Distrito Federal que autorizava a venda de terras públicas sem que houvesse um procedimento licitatório para que se estabelecesse o vencedor.

6.1 CONSTRUÇÃO DE UM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA O MODELO DE RTL

6.1.1 Conformidade do modelo de RTL com os princípios da licitação estabelecidos pela legislação brasileira

Ao observar o art. 3º da Lei n. 8.666, (BRASIL, 1993) verifica-se que a licitação destina-se a garantir o princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Indo além na redação do artigo, observa-se que a licitação será processada e julgada em conformidade com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

a) Princípio da legalidade

Como afirma a literatura nacional, (MELLO, 2002, p.487) o art. 4º da Lei n. 8.666 (BRASIL, 1993) reflete o princípio da legalidade. Nesse contexto, o artigo dispõe que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Assim sendo, para que o modelo de RTL esteja em conformidade com o princípio da legalidade é necessário que se observem todos os procedimentos estabelecidos na Lei n. 8.666 (BRASIL, 1993) e, como visto neste trabalho, mais especificamente nas Tabelas 5.1a e 5.1b, não foram encontradas desconformidades com tal diploma legal, a não ser pela discussão acerca da escolha do critério de seleção da melhor proposta para o Poder Público.

b) Princípio da impessoalidade

Sob esse princípio, entende-se que não deve ser concedido qualquer benefício ou discriminação em favor ou desfavor de um participante em detrimento de outro. Devendo o Poder Público tratar com absoluta neutralidade todos os licitantes. Seguindo a mesma linha de raciocínio, a literatura afirma que tal princípio é, senão, uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração (MELLO, 2002, p. 487). Assim sendo, a comissão licitante deverá ser objetiva, deixando de lado o renome dos licitantes e prendendo-se às normas do edital (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 132).

Em virtude do exposto, percebe-se que o modelo de RTL está em conformidade com as diretrizes estabelecidas pelo princípio da impessoalidade, isso porque, como já exposto, o modelo de RTL permite a entrada no mercado de todos, sem distinção, que comprovem capacidade para operar, sendo, dessa forma, uma decisão objetiva por parte do Poder Público. Nesse contexto, o modelo proposto prega pelo tratamento igualitário entre os licitantes, deixando de lado qualquer discriminação que possa comprometer o princípio da isonomia da Administração Pública.

c) Princípio da moralidade

Além dos princípios já explorados da legalidade e impessoalidade, a licitação é igualmente submetida ao princípio da moralidade, que segundo a literatura (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 133) exige da Administração Pública um comportamento não apenas lícito, que remete ao princípio da legalidade, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, enfim as idéias comuns de honestidade arraigadas na sociedade.

Nesse sentido, percebe-se que o princípio da moralidade está intimamente ligado à conduta do servidor público que compõe a comissão licitante e, assim sendo, não diz respeito ao modelo regulatório, mas sim à conduta desse mesmo funcionário público. Em virtude do exposto, acredita-se que o modelo de RTL está de acordo com o princípio da moralidade, uma vez que este depende da conduta dos funcionários que fazem parte dos quadros públicos.

d) Princípio da igualdade

O Poder Público, além de observar o princípio da impessoalidade, que roga pelo tratamento igualitário entre os licitantes, deve obedecer às diretrizes traçadas pelo princípio da igualdade, que roga pelo tratamento isonômico não só entre os licitantes, mas também, a todos interessados em participar do certame licitatório (MELLO, 2002, p. 489). Nesse sentido, exige-se que o modelo de RTL não discrimine nenhum candidato a operar no mercado e, uma vez iniciado o procedimento licitatório, não ofereça tratamento diferenciado a nenhum licitante.

Pelo exposto até o presente momento, verifica-se, portanto, que esse princípio de igualdade é respeitado pelo modelo proposto, isso porque não é feita nenhuma discriminação a nenhum tipo de candidato a participar do certame licitatório, devendo este, comprovar alguns parâmetros técnicos exigidos.

e) Princípio da publicidade

Segundo uma parte da doutrina (MELLO, 2002, p. 104) esse princípio consagra o dever da Administração Pública de manter plena transparência de seus comportamentos. Indo além, o mesmo autor aponta que seria impossível conceber um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside e emana do povo, como consta em parágrafo único do artigo

primeiro da Carta Magna brasileira (BRASIL, 1988), e que os atos tomados pelo Poder Público fossem ocultados dos administrados.

Em alguns casos particulares, as informações devem ser sigilosas por serem imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, como aponta inciso XXXIII, do artigo quinto da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Retomando o foco para o estudo em tela, verifica-se que esse princípio está intimamente ligado à conduta da Administração Pública, que deve fornecer as informações devidas à sociedade de modo que essa possa acompanhar os atos administrativos.

Assim sendo, o modelo de RTL não contraria o princípio da publicidade, uma vez que as informações do procedimento licitatório do modelo proposto são públicas e não exigem nenhum segredo que possa comprometer a licitude da licitação. Nesse contexto, passe-se a explorar mais detalhadamente o princípio da probidade administrativa, que, antes de ser um dos princípios dos procedimentos licitatórios organizados pela administração, é um dever de todo administrador público.

f) Princípio da probidade administrativa

A palavra probidade remete à idéia de honestidade, segunda parte alguns autores esse princípio é redundante, uma vez que moralidade é sinônimo da probidade (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 140). Destaca-se, também, que a probidade é mandamento constitucional e pode conduzir à suspensão dos direitos políticos, à perda da função pública, à indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, como consta parágrafo quarto do artigo 37 da CF (BRASIL, 1988).

Assim como no princípio da moralidade esse princípio está intimamente ligado à conduta do servidor público que faz parte da comissão licitante, motivo pelo qual. Nesse caso, a observância de tal enunciado não depende do modelo licitatório adotado, mas sim da conduta daqueles que integram a comissão licitante.

g) Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Esse princípio, por vezes chamado de vinculação ao edital, obriga a Administração a proceder conforme o estabelecido no edital, ficando aquela vedada a admitir procedimento diverso do previsto no citado edital. Nesse contexto, o edital é a lei interna da licitação, e,

de tal forma, vincula aos seus termos tanto a Administração quanto os licitantes (MEIRELLES, 1997, p. 250). Outra parte da literatura afirma também que, o edital, além de assegurar o requisito de publicidade, vincula a Administração e os seus administrados-concorrentes, ao que nele prescreveu (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 140).

Em outros termos, diz-se que o edital é um instrumento convocatório vinculatório. Convocatório, uma vez que se preocupa em tornar público, além do objeto a ser licitado, os procedimentos que serão adotados para a seleção dos licitantes concorrentes, e vinculatório porque obriga a Administração a adotar os procedimentos ali descritos, não ficando a cargo daquela a escolha de métodos diversos do previsto no elemento fundamental da licitação – o edital (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 140).

Em virtude do apresentado, o modelo de RTL proposto não está em desconformidade com as diretrizes do princípio da vinculação ao instrumento convocatório impostas à Administração, uma vez que as regras a serem seguidas estão previstas no edital e, uma vez ali previstas devem ser obrigatoriamente seguidas, não deixando margem a arbitrariedade dos atos tomados pelos servidores que fazem parte da comissão licitante e, tampouco, dos licitantes concorrentes.

h) Princípio do julgamento objetivo

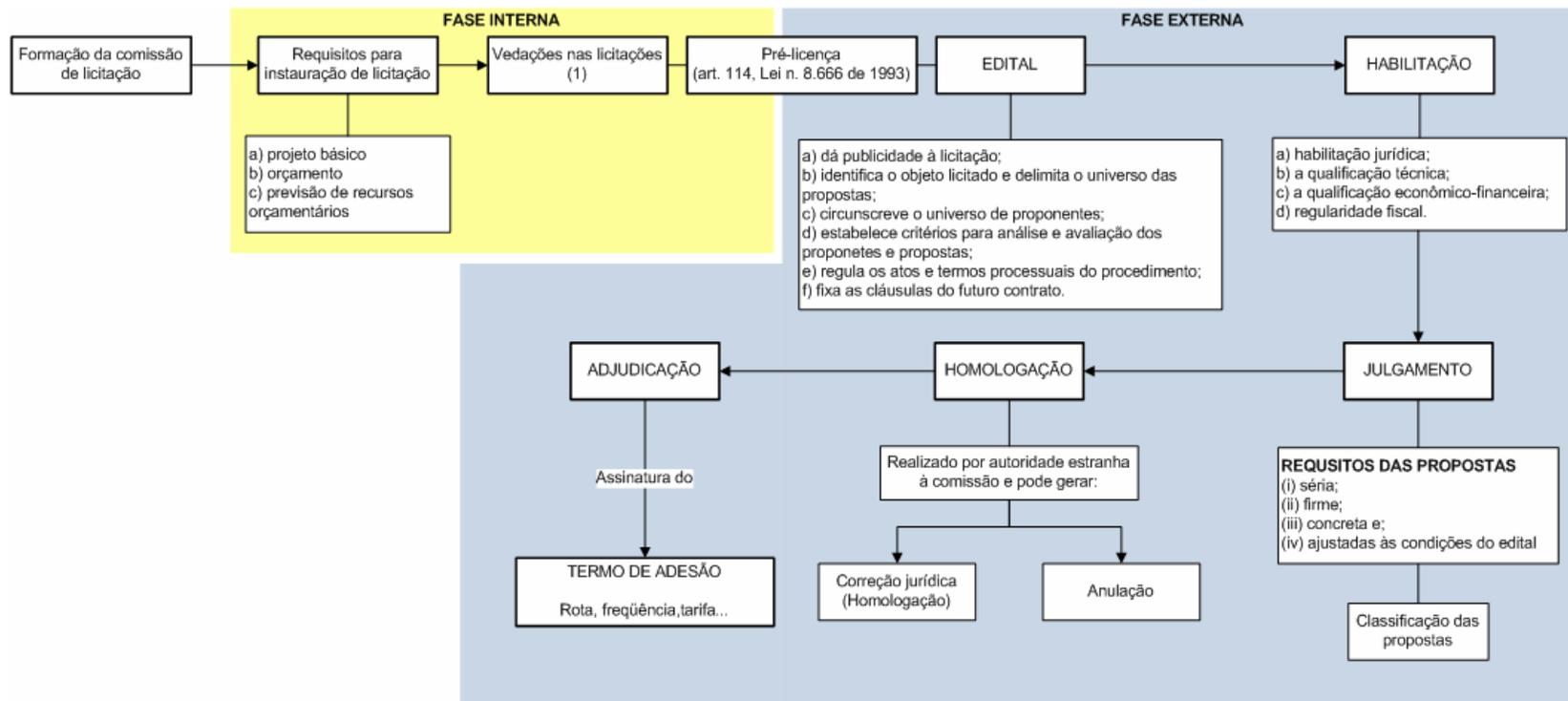
A Administração, também se submete ao princípio do julgamento objetivo, que roga pelo julgamento objetivo do processo licitatório. Assim, o exame das propostas deve ser feito sem qualquer discricionariedade por parte da Administração, ficando essa, vinculada ao que foi deliberado no instrumento convocatório, não podendo julgar nem mais, nem menos. Devendo, portanto, o exame das propostas selecionar a proposta mais vantajosa para a coletividade (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 144).

Nesse cenário, observa-se que o edital que inicia o procedimento licitatório – do modelo de RTL proposto – para a permissão de novas linhas do TRIP deve conter os procedimentos objetivos a serem adotados para a seleção dos candidatos a operar no sistema. Assim, a Administração não poderá adotar critérios discricionários, mas apenas, prender-se ao estabelecido no instrumento convocatório do modelo de RTL, selecionando, dessa forma, todos que se mostrarem capazes para operar no mercado de TRIP.

Em virtude do exposto, demonstra-se que o modelo de RTL não contraria o princípio ora discutido, isso porque o julgamento objetivo é uma característica dos integrantes da comissão licitante, ficando esses obrigados a decidir conforme ao estabelecido no edital. Concluí-se assim a verificação de conformidade dos princípios estabelecidos no artigo 3º da Lei n. 8.666 (BRASIL, 1993).

6.1.2 Detalhes do procedimento licitatório para o modelo de RTL

Antes de continuar com os estudos e apresentar o capítulo que trata da viabilidade alternativa para explorar os serviços de TRIP, desenha-se o procedimento licitatório que abraça o modelo de RTL. Para tanto, será apresentada a Figura 6.1, que trata de forma esquemática o procedimento.



(1) VEDAÇÕES NA LICITAÇÕES

Quanto ao objeto

- a) incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem;
- b) inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo;
- c) incluir serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Quanto aos participantes

- a) autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
- b) empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
- c) servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação;
- d) membros da comissão de licitação.

Figura 6.1 – Procedimento licitatório para o modelo de RTL

6.2 VIABILIDADE ALTERNATIVA PARA O MODELO DE RTL: UM CASO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Nesta segunda seção a preocupação está em apontar uma alternativa à construção de um procedimento licitatório que abrace o modelo de RTL. Nesse contexto, inicia-se uma discussão acerca da inexigibilidade de licitação fundamentada na impossibilidade de concorrência entre as propostas e no interesse público por um mercado contestável do TRIP. Para tanto a presente seção se subdivide em outras três subseções.

A primeira delas aponta para os casos de inexigibilidade de licitação previstos na Lei n. 8.666 (BRASIL, 1993) e indaga se esses casos são exaustivos ou meramente explicativos. Para solucionar a questão, recorre-se à discussão travada no STF para o julgamento da ADI n. 2.990 de 2007, que trata da constitucionalidade de lei que roga pela inexigibilidade na venda de terras públicas. E por fim, a terceira subseção trata de detalhamento da viabilidade alternativa para o modelo de RTL.

6.2.1 Casos de inexigibilidade de licitação da Lei n. 8.666 e art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988

A lei brasileira que trata dos procedimentos licitatórios (BRASIL, 1993), em seu artigo 25, aponta os casos em que é inexigível a licitação, caracterizados pela inviabilidade de competição. O referido artigo trás uma lista de casos em que a competição é inviável. Cabe questionar, neste instante, se essa lista é exaustiva ou exemplificativa, em outras palavras, a listagem ali presente exaure todas as possibilidades de inviabilidade de competição ou existem outras possibilidades não previstas no texto legal?

Nesse sentido, a literatura brasileira (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 240) aponta que a inviabilidade de competição, é o certame em que um dos candidatos reúne qualidades tais que se torna único e exclusivo – note que essa definição se encaixa perfeitamente às propostas do modelo de RTL, pois são únicas e exclusivas – a tal ponto que inibe os demais licitantes, sem condições competitivas. O mesmo autor continua seu texto apontando que a lei enumera taxativamente os casos de inviabilidade de competição.

Ante o exposto, é interessante observar parte da redação do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1998): 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, [...] nos

termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Nesse sentido cabe mais uma vez o questionamento: Caso exista alguma lei específica que reze pela impossibilidade de competição de obra, serviço, compra ou alienação, é possível a inexigibilidade do procedimento licitatório? Para o caso específico do estudo em tela: É possível que uma lei específica regule a prestação dos serviços de TRIP, contendo, dentre outras cláusulas, a inexigibilidade de licitação? Para responder tal questão inicia-se a discussão acerca da ADI n. 2.990 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007)

6.2.2 Posicionamento do STF em relação ao tema

A Corte Suprema do Brasil, no ano de 2007, apreciou o tema em questão para decidir acerca da inviabilidade de competição. Na ocasião o Tribunal foi provocado pela ADI n. 2.990, que alegava a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei n. 9.262 (BRASIL, 1996). Tal artigo assim redige: As áreas públicas ocupadas localizadas [...] poderão ser, no todo ou em parte, vendidas individualmente, **dispensados os procedimentos exigidos pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993** [grifo nosso].

Assim, iniciou-se um extenso debate acerca da constitucionalidade do citado artigo. No caso, o procurador-geral da República, que figura como requerente no processo, alegou que o dispositivo legal contrariava a o princípio de obrigatoriedade de licitação pública, com garantia de igualdade de condições entre os concorrentes. Em outro entendimento, o Congresso Nacional e a Advocacia-Geral da União sustentaram na ocasião que n. 9.262 (BRASIL, 1996) criava nova modalidade de inexigibilidade de licitação, acrescentando ainda que a venda das terras públicas aos seus ocupantes refletia o interesse público.

Na data do julgamento os ministros, acordaram, em unanimidade, por reconhecer da ADI e, por maioria, julgar improcedente o pedido do requerente (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007, p. 181). Para uma melhor visão do julgamento segue a Tabela 6.1, que trás o posicionamento de cada ministro, na ordem em que aparecem no acórdão proferido, para o caso em concreto. Ressalta-se que os votos serão tratados de forma mais detalhada nas linhas adiante.

Tabela 6.1 – Posicionamento dos ministros no julgamento da ADI n. 2.990

MINISTRO	POSICIONAMENTO	OBSERVAÇÕES
Joaquim Barbosa	Procedência do pedido, julgando inconstitucional o artigo 3º da Lei n. 9.262/96	A questão, embora relevante do ponto de vista social, não pode exigir de pretexto para a violação da exigência constitucional da obrigatoriedade da licitação
Carmen Lúcia	Procedência parcial do pedido, julgando inconstitucional apenas o trecho que dispensa todos os procedimentos da Lei n. 8.666 de 1993	O legislador é responsável para verificar os casos em que há a hipótese de dispensa do procedimento licitatório.
Ricardo Lewandowski	Procedência do pedido, julgando inconstitucional o artigo 3º da Lei n. 9.262/96	A redação da lei está mal elaborada, podendo beneficiar não apenas as classes menos favorecidas, do ponto de vista econômico, mas também aquelas que se aproveitam da inércia do poder público para assentarem-se em áreas públicas
Eros Grau	Improcedência total do pedido, julgando constitucional o artigo 3º da Lei n. 9.262/96	Há o entendimento que o caso em tela configura-se como inexigibilidade de licitação, uma vez que não há possibilidade de concorrência.
Carlos Britto	Improcedência total do pedido, julgando constitucional o artigo 3º da Lei n. 9.262/96	Entendimento de que não há nenhuma ofensa às normas vigentes, alertando, dentre outros pontos, para a questão ambiental que deve ser respeitada
Cezar Peluso	Improcedência total do pedido, julgando constitucional o artigo 3º da Lei n. 9.262/96	A lei em tela teve em mira resolver uma questão social de pessoas que, em presunção, são de baixa renda, convalidando assim, o seu texto com o texto normativo vigente no País
Gilmar Mendes	Improcedência total do pedido, julgando constitucional o artigo 3º da Lei n. 9.262/96	O quadro pode ser caracterizado como inexigibilidade de licitação, devendo ficar caracterizada a paz e a tranquilidade social.
Sepúlveda Pertence	Improcedência total do pedido, julgando constitucional o artigo 3º da Lei n. 9.262/96	Trata-se de uma lei excepcional para um caso excepcional vivido no Distrito Federal
Ellen Gracie	Improcedência total do pedido, julgando constitucional o artigo 3º da Lei n. 9.262/96	Pelos motivos até então expostos

(fonte: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007)

Ao analisar a questão, o ministro Joaquim Barbosa alerta que há que se verificar se os princípios constitucionais (impessoalidade, igualdade e moralidade) que se vêem espelhados na obrigatoriedade da licitação pública devem dar espaço à inexigibilidade de licitação tendo em vista a certeza da representação do interesse público que justifique a não realização de procedimento licitatório. No caso, o ministro entendeu que o fato não pode

violar a exigência constitucional de obrigatoriedade de licitação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007, p. 189-192).

Ao proferir seu voto, a ministra Carmen Lúcia entendeu, na ocasião, que apenas uma parte do artigo 3º da lei em questão poderia incorrer em incompatibilidade com o texto constitucional brasileiro. A crítica da ministra remonta às últimas palavras do citado artigo, que dispensa os procedimentos estabelecidos pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Na ótica da ministra fica a cargo do legislador a verificação das hipóteses em que haveria as hipóteses de dispensa de licitação, se fosse o caso (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007, p. 199).

O ministro Ricardo Lewandowski, preocupado com a população de baixa renda, julga procedente o pedido da ADI, considerando inconstitucional o disposto no artigo 3º da Lei n. 9.296 de 12 de janeiro de 1996, alegando que a redação da referida lei está muito mal elaborada, podendo beneficiar indistintamente não apenas as classes menos favorecidas, do ponto de vista econômico, mas também aquelas que se aproveitam da inércia do poder público para assentarem-se em áreas públicas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007, p. 210-211).

Em seu voto, o ministro Eros Grau transparece sua opinião pela constitucionalidade do artigo 3º da Lei n. 9.296 de 12 de janeiro de 1996, alegando ainda que não enxerga nenhuma inovação no que tange ao princípio da licitação. Para o ministro o caso não se trata de dispensa de licitação, mas sim de inexigibilidade, uma vez que um dos seus pressupostos é a competição e, para o caso em concreto, não é possível competir (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007, p. 212-213).

Antes de prosseguir é importante ressaltar que o ministro Eros Grau, no caso julgado, entendeu que o rol previsto no art. 25 da Lei n. 8.666 (BRASIL, 1993) não trás uma lista exaustiva dos casos em que a competição não é possível, mas sim alguns exemplos, devendo o interesse público apontar os casos em que a competição se vê impossibilitada. Tal ocorrerá nas propostas para operar no TRIP, uma vez que cada operador possui uma logística própria para coordenar suas operações, sendo impossível que outro operador compita com essa logística estabelecida.

Note que a competição não se dá impossibilitada na prestação do serviço em si, mas na unificação da proposta, sendo cada proposta para operar no mercado, única e

impossibilitada de competição. Além do que, como visto em capítulos anteriores, o mercado do TRIP comporta contestabilidade sendo interesse da coletividade que tal prática seja inserida ao mercado, já que as empresas primariam pela eficiência do serviço prestado e não apenas se preocupariam em diminuir seus custos sem que haja uma regulação efetiva da qualidade do serviço prestado.

Continuando com a discussão acerca dos votos que julgaram a ADI, o ministro Carlos Britto, além de outras questões, se mostrou preocupado com a questão ambiental, mostrando que os condomínios poderiam ser legalizados desde que preservados os seus mananciais. Depois de alertar para a questão ambiental, o ministro pede vênias ao relator do processo – ministro Joaquim Barbosa – para julgar improcedente o pedido, considerando, assim, o artigo 3º da lei constitucional (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007, p. 222).

Os ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes julgam totalmente improcedente a ação, mostrando-se preocupados com a questão social que a lei aponta, fazendo referências, à finalidade de pacificar e de regularizar uma situação já consolidada buscando a tranquilidade social. Nesse sentido, os ministros, divergem do voto do relator e acompanham o ministro Eros Grau para declarar a constitucionalidade da Lei n. 9.296 de 12 de janeiro de 1996 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007, p. 223-228).

Ao proferir seu voto, o ministro Sepúlveda Pertence pediu vênias ao relator, e àqueles que seguiram o seu voto, para julgar improcedente a ADI, apontando que se trata de uma lei excepcional para um caso excepcional vivido no Distrito Federal. No mesmo sentido votou a ministra Ellen Gracie, pedindo vênias ao relator, e julgando improcedente a ação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007, p. 230-231). Sendo assim, ao final dos votos, a ADI foi julgada improcedente, por maioria dos votos. Nesse sentido, as próximas linhas se preocupam em detalhar a viabilidade alternativa para o modelo de RTL.

6.2.3 Viabilidade alternativa para o modelo de RTL: uma lei específica para regular o tema

Por todo o exposto nesta seção, constrói-se a viabilidade alternativa para o modelo de RTL pela elaboração de uma lei que o detalhe, assumindo, dentre outras hipóteses, a inexigibilidade de licitação, fundada na impossibilidade de competição das propostas, sendo estas elementares para o estabelecimento de um mercado competitivo e atraente para

o interesse público. Assim sendo, passa-se a explorar melhor a idéia de que as propostas para operar no mercado do TRIP são únicas e não passíveis de competição.

Como já escrito, a impossibilidade de competição das propostas não remete à idéia de que o mercado não comporta tal prática, mesmo porque essa afirmação estaria em confronto com os nortes estabelecidos pelo modelo de RTL, mas sim, que a proposta é única e o candidato que a faz é o mais indicado para o seu cumprimento, não ficando sujeito a concorrência de outro. Acontece que os serviços de TRIP podem, e devem segundo a boa doutrina, ser alvo de competição.

Assim, é possível que duas empresas concorram entre si, induzindo assim, uma melhoria constante das mesmas, por uma questão de sobrevivência no mercado. O que não é possível acredita-se, é a competitividade por uma mesma proposta. Nesse sentido, se um candidato A faz uma proposta A, é perfeitamente possível que um candidato B faça uma proposta B, que tenha como concorrente o candidato A. O que não se admite, no entanto, é que o candidato B concorra com o candidato A para a titularidade da proposta A.

Nesse contexto, acredita-se que essa viabilidade alternativa se encontra com a elaboração de um documento normativo capaz de detalhar as diretrizes do modelo de RTL, tomando o cuidado de apontar pela inexigibilidade de licitação, fundada na impossibilidade de competição das propostas e no interesse público por um mercado contestável, caso tal texto normativo seja alvo de críticas quanto a sua validade constitucional, é possível trazer à tona a discussão do STF na ADI n. 2.990 de 2007.

7 CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES FINAIS

Pelo segundo capítulo foi possível observar a importância do Estado no desenvolvimento socioeconômico de uma nação. Mostraram-se os motivos que levam o Poder Público a intervir no domínio econômico e quais diretrizes devem ser tomadas para que se implemente uma boa política regulatória, capaz de remediar as falhas percebidas no mercado. Além disso, foram apresentadas algumas das estratégias regulatórias que dispõe a Administração Pública.

Foi tratado no segundo capítulo que a competitividade pode ser inserida em um cenário em que não é possível (ou não é desejada) uma regulação econômica. Isso porque existem outras variáveis capazes que, se reguladas de maneira correta, podem inserir uma competitividade no mercado. Dentre todas as destacadas pela bibliografia, as que mais se destacam são: i) controle da qualidade do serviço ofertado; ii) controle da segurança e; iii) controle do meio ambiente.

No terceiro capítulo foi possível verificar a tendência mundial da desregulamentação econômica dos serviços de TRIP. Nesse sentido, apresentou-se o caso da Grã Bretanha, Irlanda, Portugal e Espanha. Exploraram-se também o caso da Argentina e Chile, países com características socioeconômicas mais próximas do Brasil.

Recorrendo aos textos disponíveis, constatou-se que diversos países se mostram atentos ao assunto, buscando uma melhoria nos serviços de STPP, dentre os quais estão: África do Sul (MASHIRI, MOEKETSI e BALOYI, 1999), Argentina (BRENNAN e RIBEIRA, 1999), Austrália (EVERETT, 2006), Barbados (GREENWOOD e ROBERTS, 2005), Nova Zelândia (GAUNT, 1995) e Sri Lanka (GREENWOOD e ROBERTS, 2005).

Assim, a prática internacional sinaliza na formação de mercados contestáveis com políticas voltadas para desregulamentação econômica dos serviços de transporte público. Aceitando que a regulação se baseia na premissa de que o mercado não funciona de forma eficiente e que o modelo regulatório tem um custo baixo (PRESTON, 1988, p.3). Adota-se como hipótese de inserção de competitividade para o mercado um novo modelo regulatório. Supõe-se, nesse sentido, que um cenário mais adequado para a realidade brasileira será obtido com o modelo de RTL.

O quarto capítulo apontou que existem diversos atores interessados no TRIP, isso porque se trata de serviço público, sendo disponibilizado, nesse sentido, todo um aparato estatal de forma que seja garantida a correta prestação desse serviço. Verificou-se também que esse serviço é delgado ao particular a título precário, mediante licitação sob a modalidade da concorrência, sendo prestado por pessoa jurídica que demonstre capacidade de operar e por prazo determinado, como versa Decreto n. 2.521 de 1998.

No que tange a exclusividade da prestação dos serviços foi visto que existe vedação legal, de forma que seja garantida a competitividade no mercado. No entanto, deve-se ressaltar que não é a prática do Brasil ter mais de uma empresa operando em uma mesma linha. O que existe, são concorrências entre duas linhas que operam a mesma origem/destino, em função de possuírem seções coincidentes. Ainda assim, há que se dizer que em alguns casos essas seções são operadas pela mesma empresa, não restando escolha ao usuário, senão contratar com aquela empresa.

Foi apresentado também que a Administração Pública está preocupada em inserir certa flexibilidade ao modelo regulatório do TRIP, tanto é verdade que a Resolução 1.928 de 2007 (ANTT, 2007a) introduz a possibilidade de redução tarifária desde que cumpridas algumas exigências legais com relação ao prazo de comunicação à ANTT, de tal forma que a Agência consiga evitar a prática de preço predatório.

Em outro instante do quarto capítulo observou-se que o STF decidiu pela obrigatoriedade da licitação sob o argumento de que na licitação a União poderá escolher a melhor proposta para a coletividade. Em um último momento viu-se que o modelo regulatório atual adotado pelo Brasil não é recepcionado em sua plenitude pelo conceito da Administração Pública gerencial. Verificou-se, também que o modelo de RTL é acolhido pelos pilares da Administração Pública gerencial.

O capítulo 5 demonstrou que as diretrizes do modelo de RTL sinalizam em um cenário aberto onde as empresas são livres para entrar e sair do mercado. Nesse sentido, a competitividade que faltava para o mercado é inserida pelos nortes do modelo proposto pela literatura. Acrescenta-se a essas informações, que o modelo prega por uma regulação qualitativa forte, deixando alguns critérios econômicos a serem estabelecidos pelos operadores.

Observou-se também no quinto capítulo a adequação do modelo com as diretrizes impostas pelos seguintes diplomas legais: (i) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; (ii) Lei n. 8.666/93; (iii) Lei n. 8.987/95; (iv) Lei n. 9.074/95 (v) Decreto n. 2.521/98. Conclui-se que o modelo mostrou-se adequado à legislação brasileira.

O último capítulo demonstrou que as duas hipóteses estabelecidas para este estudo forma válidas, assim é possível que se construa um modelo de licitação conforme às diretrizes do modelo proposto e, caso esse não seja a idéia mais aceita, é possível fundamentar-se na inexigibilidade de competição enraizada pela impossibilidade de competição entre as propostas.

Na segunda hipótese foi discutida a decisão do STF acerca da constitucionalidade do artigo 3º da Lei n. 9.296 de 12 de janeiro de 1996, que autorizava a venda de terras públicas sem licitação. Nesse sentido, ficou demonstrado que aquela Corte, caso provado a impossibilidade de concorrência e esteja presente, de forma clara e inequívoca, o interesse público, entende pela dispensa, ou ainda, inexigibilidade de licitação. Posicionamento esse, que aponta pela não exaustividade dos arts. 24 e 25 da Lei n. 8.666/93. Nesse sentido, acredita-se satisfatório o resultado encontrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTT (?). **Apresentação do transporte rodoviário de passageiros**. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/passageiro/apresentacaopas.asp>>. Acesso em: 29 de ago. 2007.
- _____. (2005). Resolução 1.159 de 05.10.05. Disciplina os indicadores de produtividade e qualidade a serem aplicados na avaliação da prestação dos serviços regulares do transporte rodoviário interestadual e internacional coletivo de passageiros. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/resolucoes/01000/resolucao1159_2005.htm>. Acesso em: 29 ago. 2007.
- _____. (2007a). Resolução 1.928 de 28.03.07. Dispõe sobre as tarifas promocionais oferecidas nos serviços de transporte regular interestadual e internacional de passageiros, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/resolucoes/03000/resolucao1928_2007.htm>. Acesso em: 24 set. 2007.
- _____. (2007b). Anuário estatístico do transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros (Ano Base 2006). Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/passageiro/anuarios/anuario2007/4121.htm>>. Acesso em: 13 set. 2007.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de (2007). **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense.
- ARAGÃO, Joaquim (1995). Transições institucionais nos transportes públicos: A experiência britânica de desregulamentação. *In: Transportes*. Rio de Janeiro: ANPET, v. 3, n. 2, pp. 36-79
- ARAGÃO, Joaquim *et al* (2002). A Light Touch Regulation Model for Public Transit in Small Cities. *In: Tenth International CODATU Conference*, 2002, Lomé. Mobility for all - Proceedings of International Conference CODATU X. Lisse: Balkema Publishers, 2002. v. 1. p. 419-424.
- ARAGÃO, Joaquim; *et al* (2004). Construindo modelos de relações institucionais e regulatórias no transporte público urbano: algumas considerações metodológicas. *In:*

SANTOS, Enílson; ARAGÃO, Joaquim. **Transportes em tempos de reforma: estudos sobre o transporte urbano**. 2 ed. Natal: EDUFRN. p.49-78.

ARAGÃO, Joaquim; MARAR, José Ricardo (1996). Transporte público: um serviço ou uma atividade econômica policiado pelo Estado? O caso de quatro cidades brasileiras. *In: Ônibus urbano: regulamentação e mercados*. ORRICO FILHO, Rômulo Dante *et al.* Brasília: LGE, p.121-136.

ARAGÃO, Joaquim; SANTOS, Enílson (2004). Elementos conceituais para uma regulamentação sistêmica do transporte urbano de passageiros. *In: SANTOS, Enílson; ARAGÃO, Joaquim. Transportes em tempos de reforma: estudos sobre o transporte urbano*. 2 ed. Natal: EDUFRN. p.217-240.

ARMSTRONG, Mark; COWAN, Simon; VICKERS, John (1994). **Regulatory reform: economic analysis and British experience**. London: MIT press.

BADWIN, Robert; Cave, Martin (2002). **Understanding regulation: theory, strategy and practice**. Oxford: Oxford University Press.

BANCO MUNDIAL (1999). **Impact and Benefits of Deregulation**. Publicado em 1999. Disponível em: <www.worldbank.org/transport/roads/rdt_docs/annex4.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2008.

BARRET, Sean D (2001). Bus deregulation in Ireland. *In: Trinity Economics Papers 2001*. Dublin: Trinity College Dublin, Department of Economics. Disponível em: <http://www.tcd.ie/Economics/TEP/2001_papers/TEPNo8SB21.pdf>. Acesso em: 31 jun 2007.

BARROS NETO, João Pinheiro de. O Estado vertebrado (2003). *In: ANDRADE, Rogério Emílio (coord). Regulação pública da econômica no Brasil*. Campinas: Edcamp. pp. 115-130.

BAUMOL, William J.; PANZAR, John C.; WILLING, Robert, D. (1988). **Contestable markets and theory of industry structure**. Revised edition. New York: Harcourt Brace Jovanovich, Publishers.

- BRASIL. (1852) Lei Geral n. 641, de 26.07.52. Autoriza o governo para conceder a uma ou mais companhias a construção total o parcial de um caminho de ferre que, partindo do município da corte, vá terminar nos pontos das províncias de Minas Gerais e São Paulo, que mais convenientes forem. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 12 mar. 2007.
- _____. (1942). Decreto Lei n. 4.657, de 4.09.42. Lei de Introdução ao Código Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 29 jan. 2008
- _____. (1988) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 20 jun. 2007.
- _____. (1990) Lei n. 8.031, de 12.04.90. Cria o Programa Nacional de Desestatização e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 20 jun. 2007.
- _____. (1993) Lei n. 8.666, de 21.06.93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 12 mar. 2007.
- _____. (1995a) Lei n. 8.987, de 13.02.95. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 12 mar. 2007.
- _____. (1995b) Lei n. 9.074, de 07.07.95. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 12 mar. 2007.
- _____. (1996) Lei n. 9.262, de 12.01.96. Dispõe sobre a administração da Área de Proteção Ambiental (APA) da Bacia do Rio São Bartolomeu, localizada no Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 1º fev. 2008.
- _____. (1998) Decreto n. 2.521, de 20.03.98. Dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e

internacional coletivo de passageiros e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 12 mar. 2007.

BRASIL. (2001) Lei n. 10.233, de 5.06.01. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 12 mar. 2007.

BRASILEIRO, Anísio *et al* (2004). Transportes públicos metropolitanos no Brasil: uma pauta para sua reorganização. *In*: SANTOS, Enílson; ARAGÃO, Joaquim. **Transportes em tempos de reforma: estudos sobre o transporte urbano**. 2 ed. Natal: EDUFRN. pp.157-192.

BRASILEIRO, Anísio; ARAGÃO, Joaquim (2000). Agências regulatórias: que contribuições do (ao) setor de transportes no Brasil?. *In*: SANTOS, Enilson; ARAGÃO, Joaquim. **Transporte em tempos de reforma: ensaios sobre a problemática**. Brasília: LGE, pp.233-260.

BRASILEIRO, Anísio; ARAGÃO, Joaquim (2001). Serviço público e reformas regulatórias: experiências européias e o caso brasileiro. *In*: **Revista dos transportes públicos**. São Paulo: ANTP, a. 24, v. 93, pp. 93-107.

BRENNAN, P.; RIBEIRA, A. Urban bus transport regulation in Buenos Aires (1999). *In*: **Thredbo 6**. Cape Town, South Africa. Disponível em: <<http://www.itls.usyd.edu.au/conferences/thredbo.asp>>. Acesso em: 2 jul 2007.

BYRNS, Ralph T.; STONE, Gerald W (1996). **Microeconomia**. São Paulo: Makron Books.

CALDEIRA, Jorge (1995). **Mauá: o empresário do império**. São Paulo: Companhia das letras.

CRETELLA JÚNIOR, José (1999). **Direito Administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense.

- CRETELLA JÚNIOR, José (2006). **Das licitações públicas: comentários à Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Rio de Janeiro: Forense.
- DEMPSEY, Paul Stphen; THOMS, William E. (1986) **Law and economic regulation in transportation**. London: Quorum books.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (2005a). **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (2005b). **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas.
- DODGSON, J.S.; KATSOULACOS, Y (1988). Quality competition in bus services. Some welfare implications of bus deregulation. *In: Journal of Transport Economic Policy*. Setembro, v. 22, n. 3, pp. 263-281. Disponível em: <http://www.bath.ac.uk/e-journals/jtep/archive/economic_themes_pt_2-22.html>. Acesso em: 28 jun 2007.
- ESPAÑA (1987). Ley 16/1987, de 30.07.1987. Ordenación de los transportes terrestres. Disponível em: <<http://www.fomento.es/NR/rdonlyres/33D1670F-2D43-4A4F-B1A3-8A4F64428C1D/23557/LOTTactualización112006.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2007.
- EVERETT, S. (2006). Deregulation and reform of rail in Australia: Some emerging constraints. *In: Transport Policy*. Janeiro 2006, v. 13, n. 1, pp. 74-84. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em 2 jul 2007.
- FAORO, Raymundo (2001). **Os donos do poder**. 3 ed. São Paulo: Globo.
- GAUNT, C (1995). The impact of taxi deregulation on small urban areas: some New Zealand evidence. *In: Transport Policy*, October 1995, v.2, n. 4, pp. 257-262. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com>>. Acesso em 2 jul 2007.
- GIRARDI, Cláudio (2003). Regulação da energia elétrica: uma visão prática. *In: ANDRADE, Rogério Emílio (coord). Regulação pública da econômica no Brasil*. Campinas: Edcamp. pp. 173-211

- GLAISTER, S. (1985). Competition on an urban bus route. *In: Journal of Transport Economic Policy*. Setembro 1985, v. 19, n. 1, pp. 61-85. Disponível em: <http://www.bath.ac.uk/e-journals/jtep/pdf/Volume_X1X_No_1_65-81.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2007.
- GOMIDE, Alexandre Ávila; MARTINS, Francisco Giusepe Donato (2005). Regulation of the interurban coach services in Brazil. *In: Thredbo 9*. Lisbon, Portugal, 2005. Disponível em: <http://www.civil.ist.utl.pt/thredbo9/proceedings/html/ws_d_by_id.htm>. Acesso em: 2 jul 2007.
- GREENWOOD, D.; ROBERTS, C. C (2005). The need for regulatory and ownership change in the road passenger sector - the cases of Barbados and Sri Lanka. *In: Thredbo 9*. Lisbon, Portugal, 2005. Disponível em: <http://www.civil.ist.utl.pt/thredbo9/proceedings/html/ws_d_by_id.htm>. Acesso em: 2 jul. 2007.
- GUIMARÃES, E.; SALGADO, L. (2003). **A regulação no transporte rodoviário brasileiro**. Nota Técnica n. 4, Outubro. Brasília: Ipea. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/notastecnicas/notastecnicas4.pdf>>. Acesso em: 1º out. 2007.
- GWILLIAM, K.M; NASH, C.A.; MACKIE, P.J. (1984). **Deregulating the bus industry**. Institute of Transport Studies, University of Leeds, Working paper 179. Disponível em: <<http://eprints.whiterose.ac.uk/2360/>>. Acesso em: 28 jul. 2007.
- JOHNSON, Bruce Baner *et al* (1996). **Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas**. São Paulo: Edgar Blüncher.
- KUPFER, David; HANSENCLEVER, Lia (2002). **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier.
- LIMA NETO, Oswaldo (coord.) *et al* (2001). **Transportes no Brasil: histórias e reflexões**. Recife: Editora Universitária da UFPE.
- MAJONE, Giandomenico (1996). Regulation and its modes. *In: Regulating Europe*. London: Routledge, 1996, pp. 9-27.

- MARTINS, Francisco Giusepe Donato. (2004). **Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros: regulação e concentração econômica**. Monografia de Especialização em Controle da Regulação de Serviços Públicos Concedidos, Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa, Brasília, 160p. Disponível em: <http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/LISTA_PUBLICACOES/PGCE/TRASPORTE.PDF>. Acesso em: 26 de set. 2007.
- MARTINS, Francisco Giusepe Donato (2007). **Mercados de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros: Uma Análise sob Enfoque Dinâmico de Elementos Determinantes das Condições de Concorrência**. Dissertação de Mestrado, Publicação T.DM-001A/2007, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, 143p.
- MASHIRI, M.A.M.; MOEKETSI, P.N.; BALOYI, V. Increasing public transport market share in South Africa: the options. *In: Thredbo 6*. Cape Town, South Africa, 1999. Disponível em: <<http://www.itls.usyd.edu.au/conferences/thredbo.asp>>. Acesso em: 2 jul 2007.
- MATTHEWS, B.; BRISTOW, A.; NASH, C (2001). Competitive tendering and deregulation in the British bus market - a comparison of impacts on costs and demand in London and the British Metropolitan Areas. *In: Thredbo 7*. Molde, Norway, 2001. Disponível em: <<http://www.itls.usyd.edu.au/conferences/thredbo.asp>>. Acesso em: 2 jul 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública gerencial (1998). *In: Revista do Direito*, v. 2, n. 4, jul./dez. 1998: Câmara municipal do Rio de Janeiro, Procuradoria geral. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est_adminpublica.pdf> Acesso em: 18 out. 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (2005). **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense.
- MEIRELLES, Hely Lopes (1997). **Direito Administrativo brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de (2002). **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores.
- MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras (2002). *In*: MORAES, Alexandre de (org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, pp. 13-38.
- MÜLLER, A. (2003). **Argentina: regulatory reform in intercity bus transportation - impacts and issues**. Argentina: Buenos Aires University. Disponível em: <<http://www.econ.uba.ar/www/departamentos/economia/plan97/orgind/muller/Net/trabajos.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2008.
- NADER, Paulo (2005). **Introdução ao estudo do direito**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense.
- PORTUGAL (1948). Decreto n. 37.272, de 1948. Regulamento de Transportes de Automóvel. Disponível em: <<http://transitoaberto.no.sapo.pt/RTA%201.doc>>. Acesso em: 18 jul. 2007
- PORTUGAL (1990). Lei n. 10, de 17.03.90. Lei de Bases do Sistema de Transportes Terrestres. Disponível em: <<http://www.intf.pt/templates/artigos/detalhe.asp?idc=94&idsc=97&idl=1&ida=590>>. Acesso em: 19 jul. 2007
- POSNER, Richard A. (2004). Teorias da regulação econômica. *In*: MATTOS, Paulo. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, pp. 49-80.
- PRESTON, J. (1988). **Regulation, competition and market structure: a literature review of the stage bus industry**. Institute of Transport Studies, University of Leeds, Working paper 267. Disponível em: <<http://eprints.whiterose.ac.uk/2260/>>. Acesso em: 24 set. 2007.
- QUINET, E (1993). Transport between monopoly and competition: supply side and markets. *In*: POLAK, Jacob; HEERTJE, Arnold. **European transport economics**. Oxford: Blackwell Publishers, pp. 33-51.
- REALE, Miguel (2005). **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (1996). **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva

- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (2004). **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey Editora.
- RUS, Gínes de; CAMPOS, Javier; NOMBELA, Gustavo (2003). **Economía del transporte**. Barcelona: Antoni Bosch Editor.
- RUS, Gínes de; NOMBELA, Gustavo (1996). Deregulación y privatización del transporte público urbano en España. *In: HERCE, J. A.; RUS, G. (coord.) La regulación de los transportes en España*. Madrid: Editoras Civitas, S.A, pp. 149-202.
- SANTOS, Alba Conceição Marquez (2003). **Administração Pública gerencial**. Disponível em: <<http://www.scp.rs.gov.br/uploads/AdministracaoPublicaGerencial.pdf>>. Acesso em: 22 de out. de 2007
- SHIELDS, B. F (1938). An analysis of the legislation, published accounts and operating statistics of the Great Southern Railways Co., 1924-1937. *In: Journal of the statistical and social inquiry society of Ireland*. vol. XVI, part 1, 1937/1938, pp. 87-111. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/2262/5922>>. Acesso em: 2 jul 2007.
- SILVA, J. L. M.; MIRANDA, A. P.; FIRMINO, A. S. (2005). Passenger land transport in Portugal: improving competition by legislative reform. *In: Thredbo 9*. Lisbon, Portugal, 2005. Disponível em: <<http://www.itls.usyd.edu.au/conferences/thredbo.asp>>. Acesso em: 2 jul 2007.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto (2005). **Direito Administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.2 ed.
- STIGLER, George J (2004). A teoria da regulação econômica. *In: MATTOS, Paulo (coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, p. 23-48.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2005). 2ª Turma. RE 264.621-1/CE. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 1º de fev. de 05. DJ de 08.04.05, p. 38. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 19 set. 2007.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2007). Tribunal Pleno. ADI 2.290-8/DF. Relator: Joaquim Barbosa. Relator para Acórdão: Eros Grau, Brasília, DF, 18 de abr. de 07.

DJ de 24.08.07, p. 22. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 31 jan. 2008.

TRF DA 1ª REGIÃO (1992a). 1ª Seção. MS n. 91.01.18108-4/MG. Relator: Hércules Quasímодо. Brasília, DF, 1º de abr. de 92. DJ de 01.06.92, p. 15.106. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2007.

_____ (1992b). 1ª Seção. MS n. 91.01.18157-2/MG. Relator: Eustáquio Silveira. Brasília, DF, 16 de set. de 92. DJ de 19.10.92, p. 32.958. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2007.

_____ (1992c). 1ª Seção. MS 92.01.19389-0/DF. Relator: Aldir Passarinho Júnior. Brasília, DF, 09 de dez. de 92. DJ de 29.03.93, p. 10.410. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2007.

_____ (1995). 2ª Turma. AC 94.01.11824-8/DF. Relatora: Assusete Magalhães. Brasília, DF, 29 de nov. de 95. DJ de 04.08.97, p. 58.692. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2007.

_____ (1997a). 2ª Turma. AG 96.01.49848-6/DF. Relator: Luciano Tolentino Amaral. Brasília, DF, 02 de abr. de 97. DJ de 19.06.97, p. 45.690. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2007.

_____ (1997b). 1ª Turma. AC 93.01.34141-7/DF. Relator: Luciano Tolentino Amaral. Brasília, DF, 25 de mar. de 97. DJ de 20.10.97, p. 86.924. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2007.

_____ (1997c). 1ª Turma. AC 94.01.12317-9/DF. Relator: Almicar Machado. Brasília, DF, 24 de jun. de 97. DJ de 24.11.97, p. 100.823. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2007.

_____ (1997d). 1ª Turma. AC 96.01.44797-0/MG. Relator: Leite Soares. Brasília, DF, 19 de nov. de 97. DJ de 02.02.98, p. 136. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2007.

TRF DA 1ª REGIÃO (1998). Primeira seção. Súmula 39. Brasília, DF, 27 mai. 98. DJ de 05.06.1998, p. 29-30. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2007.

_____ (2002). 6ª Turma. MS 2002.01.00.007504-5/PA. Relator: João Batista Moreira. Brasília, DF, 11 de dez. 02. DJ de 19.02.03, p. 48. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2007.

_____ (2003). Regimento interno. Brasília, 21.08.03. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/institucional/regimentointerno/arquivos/regimentointerno.htm>>. Acesso em: 17 set. 2007.

_____ (2006a). 6ª Turma. AC 2000.01.00.080663-9/DF. Relator: Souza Prudente. Brasília, DF, 22 de mai. 06. DJ de 31.07.06, p. 123. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2007.

_____ (2006b). 5ª Turma. AG 2004.01.00.049496-0/DF. Relator: Fagundes de Deus. Brasília, DF, 03 mai. 06. DJ de 01.06.06, p. 75. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2007.

_____ (2007). 6ª Turma. AC 2005.34.00.031063-1/DF. Relatora: Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Brasília, DF, 16 mar. 07. DJ de 01.06.06, p. 48. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2007.

TRF DA 2ª REGIÃO (2001). 3ª Turma. AC n. 2000.02.01.069252-2/RJ. Relator: Paulo Barata. Rio de Janeiro, RJ, 02 de out. de 01. DJ 24.01.02. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0106310/1/5/6689.rtf>>. Acesso em: 17 set. 2007.

TRF DA 3ª REGIÃO (2005). 6ª Turma. AC n. 2000.03.99.069261-7/SP. Relator: Mairan Maia. São Paulo, SP, 28 de set. de 05. DJ 07.10.05, p. 406. Disponível em: <<http://www.trf3.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2007.

TRF DA 4ª REGIÃO (2004). 4ª Turma. AG n. 2004.04.01.014495-4/RS. Relator: Amaury Chaves de Athayde. Porto Alegre, RS, 15 de dez. de 04. DJ 13.04.05, p. 709. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 18 set. 2007.

- TRF DA 4ª REGIÃO (2006). Turma Suplementar. AGA n. 2005.04.01.044776-1/RS. Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon. Porto Alegre, RS, 27 de jun. de 06. DJ 16.08.06, p. 568. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 18 set. 2007.
- TRF DA 5ª REGIÃO (1998). Pleno. EINFAC n. 97.05.04892-4/CE. Relator: José Maria Lucena. Recife, PE, 04 de mar. de 98. DJ 29.05.98, p. 355. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 18 set. 2007.
- _____ (2000). Pleno. MSPL n. 99.05.03659-8/CE. Relator: Ubaldo Ataíde Cavalcante. Recife, PE, 15 de dez. de 99. DJ 05.05.00, p. 1.298. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 18 set. 2007.
- VASCONCELLOS, Sylvia C. (2007). A proposal of an indicators system for quality evaluation of the Brazilian's interstate and international coach transportation system. *In: Thredbo 10*. Hamilton Island, Austrália, 2007. Disponível em: <<http://www.itls.usyd.edu.au/conferences/thredbo.asp>>. Acesso em: 4 dez 2007.
- VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON Jr., Joseph F (1997). **Economics of regulation and antitrust**. 2 ed. London: MIT Press.
- WHITE, Peter (2000). Experience in the UK Bus and Coach Industry. *In: BRADSHAW, Bill; SMITH, Helen Lawton. Privatization and deregulation of transport*. London: Macmillan Press LTD, p. 23-49.