



Desregulação de serviços públicos e o transporte intermunicipal de passageiros por ônibus: uma proposta viável?

Yahn Rainer

Mestrando em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). Especialista em Mercados Regulados pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas da Universidade de São Paulo (FIPE/USP). Advogado em São Paulo. E-mail: yahn.rainer@gmail.com

Estabelecer uma estrutura regulatória que promova incentivos econômicos eficientes para ambas as partes do mercado (produtores e consumidores) não é, certamente, algo trivial (Vicusi *et al.*, 2005, p. 33). Para tanto, a ciência econômica tem se dedicado a formular, ao longo das últimas décadas, uma série de *frameworks* para emular um mercado dotado de concorrência perfeita em que nenhum produtor ou consumidor possui poder para influir no preço de mercado.

Tal hipotético mercado, dotado de características muito específicas – (i) ausência de poder de mercado; (ii) agentes racionais com amplas informações sobre o mercado; (iii) livre ingresso e saída de agentes do mercado; e (iv) preços equilibrados aos custos marginais de produção – proporcionaria a alocação ótima dos recursos existentes, produzindo ganhos de eficiência. Diante de eventuais falhas detectadas no mercado, caberia às instituições governamentais atuar de modo a corrigi-las por meio da *regulação*.

A regulação da concorrência, outrossim, costumou ser segregada em duas ordens. A primeira, intitulada de regulação passiva (*ex-post regulation*), volta-se à repressão e controle de condutas anticompetitivas, por meio do controle de estruturas de mercado – o chamado direito antitruste. Fazem parte dessa primeira ordem, *exempli gratia*, os processos administrativos de concentração promovidos perante a autoridade concorrencial (o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade).

Uma segunda ordem atua de modo ativo no mercado (*ex-ante regulation*), exercendo um poder regulamentar diretamente nas decisões de



determinado setor econômico, tais como preço, entrada e saída do mercado, e competição (OECD, p. 6) – o direito regulatório. Nessa senda, destaca-se a presença dos “monopólios naturais” sob controle estatal (serviços públicos, essencialmente) que, desde a década de 1990, vêm sendo paulatinamente concedidos à iniciativa privada em regime de monopólio, oligopólio ou, em raros casos, livre-concorrência.

Como bem apontado por Possas, se na seara do direito antitruste (ou concorrencial) a dificuldade de se emular o mercado perfeito já se estabelece, no direito regulatório tal dificuldade se mostra maior “devido exatamente às peculiaridades técnicas, de um lado, e históricas, de outro, que conduziram nessas atividades à formação de monopólios públicos” (Possas *et al.*, p. 3).

O presente texto visa apresentar um estudo introdutório à regulação econômica de um setor específico da economia brasileira que, por ser dotado de características muito peculiares, se desenvolveu com bases próprias e, para muitos, à margem dos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal – o setor de transporte terrestre de passageiros.

Referido setor, formalmente instituído em 1945 com a criação do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) por meio do Decreto-lei nº 8.463, é um fenômeno do pós-guerra (Wright, 1990); surge da decadência do sistema de transporte ferroviário e das facilidades à importação de veículos a partir de 1950 e teve, desde sua criação, *atuação estatal mínima*. Desde então, os serviços de transporte rodoviário intermunicipais são prestados continuamente por “permissionárias de serviço público”, selecionadas sem prévio procedimento licitatório.

Dividido em duas seções, seguida de uma seção conclusiva acerca do cenário observado, buscar-se-á verificar a viabilidade da adoção do modelo de “autorização de serviço público” em regime de livre-concorrência na prestação dos serviços de transporte intermunicipal rodoviário de passageiros, notadamente no Estado de São Paulo – onde o governo do Estado tenta promover, desde 2000 e ainda sem sucesso, a concessão de seus serviços em regime de monopólio.

Para tanto, a primeira seção discute importantes noções preliminares sobre o papel da regulação de serviços públicos, bem como da técnica concessória de concorrência pelo mercado. Abordará, também, a possibilidade de “desregulação” dos serviços públicos, técnica implantada pelas *agencies* americanas a partir dos anos 1970,¹ cada vez mais em voga na comunidade europeia a partir de sua integração econômica.

1. Notadamente no setor aéreo americano, por meio do *Airline Deregulation Act* de 1978.

A segunda seção busca analisar as experiências de desregulação anteriores já realizadas no Brasil. Em razão de suas características similares, optou-se por analisar (i) a experiência do setor aeroviário, altamente regulado nos idos dos anos 1960/1970 e posteriormente desregulado por meio da Lei federal nº 11.182, de 27.09.2005; e (ii) a ainda inicial experiência do setor de transporte interestadual de passageiros (Triip), implantada por meio da Lei federal nº 12.996, de 18.06.2014.

Na seção final, defender-se-á, com base na doutrina atual de serviços públicos, a viabilidade de implantação do modelo de autorização dos serviços de transporte intermunicipal rodoviário de passageiros como meio legal de equalizar um impasse que, desde 1988, ronda o governo do Estado de São Paulo.²

REGULAÇÃO E DESREGULAÇÃO

Aspectos conceituais da regulação de serviços públicos

É sabido que, historicamente, o Estado regula a economia por meio do exercício do seu poder de polícia ou de limitações administrativas (Aragão, 2014). Nesse sentido, o termo “regulação” é plurissignificativo.

Como apontado pelo *The OECD report on regulatory reform*, “regulação se refere a diversos instrumentos por meio dos quais governos estabelecem regras para a atuação das empresas e dos cidadãos” (OECD, p. 6). A regulação compreende, assim, de modo abstrato, não apenas a legislação, mas também todas as ordens e regras (formais ou informais) exaradas de todos os níveis de governo (ou autoridades por ele delegadas) que impactam direta ou indiretamente na atuação dos agentes econômicos.

Em sentido semelhante, a lição de Aragão (2014, p. 235):

Podemos definir a regulação da economia como o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis.

Frise-se que, até o advento da reforma administrativa do Estado, o “paradigma interventivo” (Marques Neto, 2009) brasileiro era implantado de modo direto pelo Estado por meio de seus institutos públicos de regulação³ ou por empresas estatais monopolistas de serviços públicos. Com o advento do fenômeno regulatório (notadamente a partir da década de 1990), mudou-se o “paradigma interventivo” do

2. Referido impasse inclusive é objeto de Inquérito Civil Público promovido pela 2ª Promotoria do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo (Inquérito Civil nº 1082/2014-A).
3. A título ilustrativo cite-se a regulação econômica promovida por meio do Instituto Brasileiro do Café ou do Instituto do Açúcar e do Alcool a partir do governo Vargas (1930).



Estado brasileiro, garantindo-se uma progressiva redução da intervenção estatal direta na economia em prol da subsidiariedade (Pinto, 2010). Tal movimento, como apontado por Justen Filho (2002, p. 21), importou em “reconhecer os princípios gerais da livre iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares”.

Passaram a coexistir no Brasil, então, três tipos de regulação – (i) a regulação econômica, (ii) a regulação social e (iii) a regulação administrativa –, as quais podem ser sinteticamente sumarizadas no quadro abaixo:

Quadro 1
Tipos de regulação e seus efeitos

Tipo de regulação	Conceito do tipo	Efeitos esperados da reforma regulatória
Econômica	Implica intervenção direta sobre decisões de mercado, como a precificação, competição, entrada e saída do mercado	Aumentar a eficiência econômica, reduzindo barreiras à competição e à inovação. Normalmente, isso é feito por meio de desregulação com o uso de instrumentos regulatórios que promovem a eficiência e com a melhoria da estrutura regulatória
Social	Servem para proteger o interesse público como saúde, segurança e meio ambiente, e coesão social. Os efeitos econômicos da regulação social são de interesse secundário ou mesmo inesperados, mas podem ser substanciais	Verificar quais regulações são necessárias e projetar instrumentos regulatórios tais como incentivos de mercado e metas setoriais que são mais flexíveis, simples e eficazes, e de baixo custo
Administrativa	Referem-se às formalidades administrativas por meio das quais o governo coleta informações e intervém nas decisões dos agentes econômicos. Elas podem ter impacto expressivo na performance do setor privado	Eliminar regras que não sejam mais necessárias e simplificar aquelas que ainda são necessárias, assim como melhorar a transparência da sua aplicação

Fonte: VAZ, Alexildo Velozo; OLIVEIRA JÚNIOR, João Alencar. Caracterização regulatória do sistema de transporte ferroviário de cargas (STFC). Mimeo. Disponível em: <<http://academia.edu>>. Acesso em: 30.09.2017.

Interessa à presente investigação, a regulação econômica, principalmente a partir da “teoria dos mercados contestáveis” (Baumol, 1982). Para tal teoria, diante da “inexistência de *sunk costs*, barreiras à entrada/saída, economias de escala e escopo”, é possível ocorrer a contestação de um mercado monopolizado ou oligopolizado (Vinhaes et al., 2000, p. 57) tal qual nos mercados de serviços públicos.

Destarte, mesmo nos mercados monopolistas, o agente econômico atuaria como se em condições de concorrência perfeita estivesse em razão da ameaça de potencial ingresso de novos concorrentes no mercado, o que naturalmente impediria que tal agente praticasse preços de monopolista.

Possas *et al.* (1998, p. 10,11) assim caracterizam um mercado contestável:

Um mercado é dito perfeitamente contestável se os concorrentes potenciais têm acesso à tecnologia disponível e podem recuperar seus custos de entrada, caso posteriormente decidam abandonar a indústria. Assim, o conceito de perfeita contestabilidade está relacionado com liberdade absoluta de entrada e saída das firmas em um determinado mercado. Note-se que esta hipótese pressupõe, ainda que não exclusivamente: a) a ausência de custos irreparáveis (*sunk costs*), tais como os investimentos em ativos específicos; b) que a tecnologia seja um bem livre; e c) a inexistência de ações de retaliação contra os novos entrantes por parte das empresas já presentes na indústria.

Assim, diante da (i) ausência de custos para ingresso com livre acesso à tecnologia e aos insumos – basicamente veículos com especificações técnicas mínimas –, (ii) ausência de *sunk costs* na saída do mercado – uma vez que os ativos móveis (veículos) e imóveis (garagens) podem ser rentabilizados mediante alienação ou locação –, bem como de (iii) eventual impossibilidade de retaliação por parte dos oligopolistas via preços predatórios (Possas *et al.*), poderia ser factível a existência de mercados⁴ contestáveis no setor de transporte rodoviário de passageiros, ao menos naqueles onde os preços estivessem acima dos custos médios da operação (*cream skimming*).

Colaborando com tal afirmação, Wright (1990, p. 21) assevera que a operação do serviço de transporte rodoviário de passageiros possuiria “deseconomias de escala” que justificariam uma maior liberdade no mercado, tal qual ocorrido em mercados já consolidados (como Estados Unidos e Inglaterra), ou então em desenvolvimento (como o Chile).

Ocorre, todavia, que “o modelo de absentismo estatal não supre as necessidades de todos os segmentos econômicos indistintamente” (Diniz, 2010, p. 242) de modo que, dadas as condições fáticas de cada mercado, é igualmente factível o tratamento monopolístico conferido pelo Estado. Tratar-se-ia, na correta dicção de Marques Neto (2002), de “assimetria regulatória” que pressupõe a existência de variados graus de incidência regulatória diferenciados, de acordo com as características concretas do serviço.

4. De acordo com a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT considera-se como “mercado” o “par de localidades que caracteriza uma origem e um destino” (BRASIL. Agência Nacional de Transporte Terrestre. Resolução nº 4.770, de 25.06.2015, art. 2º, X). Tal conceito, ademais, é idêntico ao adotado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nos atos de concentração nº 08012.011214/2008-40, nº 08012.011507/2008-27 e nº 08012.09342/2011-29.



Analisando tais situações, assim versa Coutinho (2002, p. 80):

Os investimentos em infraestrutura são de dois tipos: rentáveis e não rentáveis. Os primeiros estão associados à exploração eficiente dos serviços públicos, isto é, justificam-se em razão da probabilidade de retornos financeiros. Os investimentos não-rentáveis – realizados, entre outras coisas, para expandir as redes de serviço público para localidades e populações desassistidas – justificam-se tão somente como política pública de conteúdo social, uma vez que não geram retornos que traduzem exploração eficiente do serviço.

Nas lições do autor, enquanto os investimentos rentáveis de exploração eficiente admitiriam eventual competição, os investimentos não rentáveis deveriam ser encarados pelo Estado como política pública, dotados de características próprias (como a concessão de incentivos adicionais à sua exploração, *exempli gratia*, subsídios tarifários, demanda mínima garantida, monopólio na exploração etc.). A conformação da opção regulatória, outrossim, dependerá fortemente da “viabilidade operacional” de cada mercado, bem como sua eventual *sustentabilidade*⁵ no caso de ingresso de novas empresas.

Concorrência no mercado x concorrência pelo mercado: a regulação e a competitividade nos serviços públicos

Contrariamente ao que costuma se asseverar, o papel das atividades regulatórias não é promover a concorrência em si, mas, por meio de uma estrutura regulatória, aumentar a eficiência econômica do mercado regulado (Possas *et al.*, p. 4). Frise-se, ademais, que diante da presença de monopólios naturais, a própria promoção da concorrência encontra um forte óbice no racional econômico. Acerca do tema, assim alertam Viscusi *et al.* (2005, 472):

O problema com o monopólio natural é a existência do conflito fundamental entre a eficiência alocativa e a eficiência produtiva. Eficiência produtiva exige que apenas *uma* empresa produza, porque somente assim o valor dos insumos do mercado é reduzido. Por outro lado, um produtor isolado ficará inclinado a estabelecer preços acima de seus custos, objetivando maximizar seus lucros. O que, por sua vez, não produzirá eficiência alocativa. Para gerar eficiência alocativa, são necessárias empresas suficientes para que sua competição reduza os preços para seu custo marginal. Mas, nesse caso, ocorrerá ineficiência produtiva porque existirão muitas empresas produzindo no mercado.

Referido alerta é plenamente aplicável ao objeto investigado.

5. Analisando Baumol *et al.*, Possas *et al.* assim conceituam a sustentabilidade de mercados: “Sustentabilidade significa que não existe espaço para a entrada de novas empresas sem que tal entrada provocasse prejuízo para todas as empresas que atuam no mercado, inclusive a entrante” (p. 18).

Nos termos do artigo 175 da Constituição Federal, compete ao Poder Público a prestação direta ou indireta dos serviços públicos de sua titularidade exclusiva. Nessa senda, uma vez considerado como serviço público pelo ordenamento jurídico, referida atividade econômica é retirada da esfera de livre-iniciativa dos particulares, constituindo-se monopólio estatal em sua prestação.

Tais serviços monopolizados poderiam ser prestados (i) diretamente pela administração pública, por meio de agentes de sua organização direta (órgãos) e indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista), ou (ii) indiretamente, por meio da delegação da execução das atividades a terceiros privados, por meio de concessão e permissão, sempre precedidas de licitação (artigo 175 da Constituição Federal) ou, nos casos expressamente previstos na Constituição, de autorização de serviço público (artigo 21, XI, XII, da Constituição Federal).

Assim, em uma primeira análise, quando delegado a terceiros particulares, os serviços públicos monopolizados deveriam obedecer à lógica de “concorrência pelo mercado”, promovido por meio de um processo de concorrência pública para acesso ao mercado (*franchise bidding*), regulamentado pela Lei federal nº 8.987, de 13. 02.1995.

Tal opção derivaria da ideia de que:

[O]s procedimentos licitatórios para delegação de *public utilities* poderiam funcionar como instrumento de aproximação dos setores caracterizados como monopólios naturais ao ambiente que se observaria em um mercado competitivo (Sampaio, 2012, p. 159).

Ou seja, uma concorrência *pelo mercado* seria suficiente para disciplinar o poder econômico dos agentes de mercado por meio da competição pelo direito de suprir toda a demanda (Demsetz, 1968). É o que explica, sob a ótica do setor de telecomunicações, Turolla *et al.* (2011, p. 31):

No esquema de monopólio natural, a maior eficiência produtiva pode ser conseguida através da operação de um único produtor, embora o critério de eficiência alocativa torne desejável a presença de mecanismos destinados a limitar o poder de monopólio resultante e atingir um nível de bem-estar social. *Esses mecanismos que asseguram eficiência alocativa não necessariamente envolvem a presença de competição direta, sendo possível, por exemplo, o uso da competição à-la-Demsetz [competição pelo mercado], na qual se oferece a outorga de serviços em leilões competitivos.*

Os processos licitatórios competitivos seriam responsáveis por “comprimir” a margem de lucro dos licitantes que, vislumbrando prestar determinado serviço em regime de exclusividade, apresentariam preços mais competitivos, ou seja, mais próximos a seus custos marginais. Ao proceder deste modo, a administração pública titular do

serviço monopolizado extrairia o máximo de renda dos licitantes e, como regulador dos respectivos serviços, atrelaria sua prestação às políticas públicas por ela determinadas.

Ocorre, todavia, que se tal racional pode ser considerado válido para os serviços de energia elétrica e telecomunicações, exemplificativamente, certo é que não constitui uma fórmula imutável e perfeita, aderente a todos os serviços públicos. Tanto assim o é que a própria legislação de regência, em seu artigo 16, expressamente consigna a possibilidade de concorrência *no mercado*, mesmo naqueles mercados em que os empresários se submetem a um processo licitatório para acessá-lo. É ver-se:

Art. 16. A outorga de concessão ou permissão *não terá caráter de exclusividade*, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta lei (Brasil, Lei federal nº 8.987/1995).

E mais, conforme apontado anteriormente, para os serviços públicos discriminados no artigo 21, XI e XII, da Constituição Federal, há a possibilidade de sua prestação em regime de *autorização* com livre acesso ao mercado franqueado a todos os interessados.

Mas qual seria, então, a pedra de toque para delimitar se determinado serviço público submete-se ao regime de concorrência *pelo mercado* ou *no mercado*? Cremos que a resposta se encontre muito mais nas ciências econômicas ou de engenharia do que na ciência jurídica; *um serviço público se submeterá à livre concorrência ou à exclusividade do mercado, quando assim o determinar sua sustentabilidade ou viabilidade operacional.*

Mostra-se imperioso, portanto, quando do processo de criação da política pública pela administração, a elaboração de estudo de viabilidade técnica e econômica – EVTE *específico para a delegação pretendida de serviço público*. Isso porque, na prestação de cada serviço público encontra-se presente um racional econômico próprio, com características específicas que determinarão o modelo concessório bem como a técnica regulatória a ser adotada.

A opção do administrador deve ser embasada por estudos que apresentem (i) a demanda projetada, (ii) os custos de investimentos, (iii) os custos operacionais, (iv) a projeção das receitas operacionais, (v) as condições operacionais da concessão, entre outros, especificamente para cada mercado (ou etapa do mercado) considerado. Isso porque, inclusive no mesmo setor econômico, o racional econômico na prestação de determinadas etapas ou objetos específicos pode ser absolutamente distinto. Ilustrativamente, deve-se citar mercados com elevados *sunk costs*, tal qual o de transmissão de energia elétrica que, apesar de se enquadrar na



www.antp.org.br

mesma cadeia de prestação de serviço ao usuário final, possui um racional absolutamente distinto do mercado de distribuição de energia elétrica. Enquanto no primeiro é mais viável a exploração sob o regime monopolístico, no segundo, a competição é admissível.

Lapidar a lição de Justen Filho (2003, p. 40):

A imposição da exclusividade dependerá, então, de impossibilidade de desempenho do serviço público em regime de competição. Isso se dará por motivos técnicos ou econômicos.

Os motivos técnicos caracterizar-se-ão quando for materialmente impossível o desenvolvimento de uma mesma atividade por dois sujeitos autônomos e distintos entre si. Assim, é tecnicamente impossível promover concessão de serviço antecedida da execução de obra pública a não ser em regime de exclusividade. Não há como uma mesma rodovia ser objeto de manutenção, conservação, ampliação e exploração por mais de um concessionário.

(...)

Os motivos econômicos pressupõem viabilidade técnica de sujeitos diversos desempenhando simultaneamente a mesma atividade. O problema, porém, reside na *impossibilidade de obtenção de resultados econômicos para manter o desempenho da atividade, especialmente quando estabelecidos determinados parâmetros mínimos de qualidade.* Com a pluralidade de sujeitos desempenhando atividades similares, os resultados econômicos obtidos por cada um serão menores. Isso acarretará margens de lucro mais reduzidas e períodos mais longos para retorno dos investimentos. Eventualmente, será impossível obter lucro para os investimentos.

Assim, a opção regulatória pela exclusividade ou não da exploração do serviço público encontrará sua limitação na *sustentabilidade* do próprio serviço de acordo com as suas condições de prestação. Nessa linha é o ilustrado por Vinhaes (2000, p. 57), segundo a qual, de acordo com a teoria dos mercados contestáveis, o modelo regulatório adotado no caso concreto poderia adotar contornos menos restritivos, tais como (i) a desregulação parcial, (ii) a flexibilização das exigências regulatória ou (iii) ambas.

Serviços públicos “desregulados”?

Ao se cogitar da “desregulação” de um serviço público, um alerta inicial deve ser posto. Se o termo “regulação” é plurissignificativo, podendo se referir tanto à intervenção estatal no domínio econômico quando ao movimento da “agencificação”, a utilização do termo “desregulação” se mostra igualmente despido de precisão técnica. *Regulation* e *deregulation* podem ser, a depender do intérprete, termos equivalentes em decorrência de seu contexto fático.



www.antp.org.br

É nesse sentido o alerta de Medauar (2002, p. 123, 124), segundo quem:

Os termos acima apontados vêm sendo objeto de estudos no direito público, mas ainda perdura grande imprecisão conceitual e ausência de uniformidade no seu uso. Por exemplo: às vezes utilizam-se os vocábulos privatização, desestatização e *deregulation* no sentido de transferência, para o setor privado, de atividades até então realizadas pelo setor público; ou no sentido de menor presença do Estado na vida da sociedade; ou no sentido de liberalização dos mercados.

O termo *deregulation* reveste-se também de significado mais restrito, para denominar a eliminação total ou parcial de normas e controles estatais, incidentes sobre o mercado e as atividades econômicas, levando à simplificação e desburocratização.

É habitual encontrar a assertiva de que a *deregulation* significa, na verdade, uma *re-regulation*, pois novas regras e novos moldes são estabelecidos para o desempenho da atividade (...).

O que, em certa medida, também é acompanhado por Menezes de Almeida (2006, p. 126), para quem “aquilo que os norte-americanos, com mais intensidade desde o início da década de 80 do século passado, passaram a denominar *deregulation*, querendo significar diminuição da regulação pelo Estado (...) corresponde mais ao significado atual de regulação no Brasil”, considerando-se que, no contexto de implantação do fenômeno da regulação brasileira, o que se buscou foi uma redução da intervenção estatal na economia. Assim, o termo *deregulation* é utilizado na presente investigação tendo em vista as características próprias do paradigma regulatório intervencionista brasileiro.

Anteriormente à década de 1990, a intervenção estatal na economia era promovida de modo direto (por meio de entes da administração direta ou indireta); com a reforma administrativa promovida a partir de 1995, o Estado se afastou da intervenção direta, estabelecendo normas para o exercício de determinadas atividades econômicas, regulando-as. Por sua vez, pela desregulação ora analisada, vislumbra-se um “aligeiramento” (Azevedo, 2015, p. 191) das pesadas restrições regulatórias, a diminuição da intervenção do Estado nas liberdades dos indivíduos, regulando o mínimo necessário à manutenção de padrões de qualidade e segurança; a desregulação indicaria, nos dizeres de Rached (2009, p. 132):

[U]m processo de supressão de normas, de “eliminação do controle público sobre a produção”. A supressão pode ser quantitativa (eliminação da proliferação desordenada de textos legislativos sem alterar a função das instituições públicas), ou qualitativa (quando afeta o próprio papel desempenhado pela ação reguladora).

A desregulação de serviços públicos não deve ser encarada como simples liberalização do mercado, com eventual abandono da função estatal reguladora. Muito pelo contrário, “a qualificação de uma atividade como serviço público não acarreta, por si só, a adoção do rígido regime de concessões e permissões. Nem, inversamente, a adoção do regime de autorização significará uma despublicização de serviços públicos prestados sob a sua égide” (Saad, 2017, p. 154).

Em clássico artigo publicado em 1990, Wright (1990, p. 8, 9) já asseverava acerca das vantagens de uma regulação menos rígida para os serviços de transporte rodoviário de passageiros, em razão da possibilidade de negociação, entre o usuário e o empresário, das características do serviço tais como (i) tempo de viagem, (ii) conforto, (iii) tempo de espera, (iv) segurança, (v) preço praticado, etc. Veja-se:

De acordo com a moderna teoria econômica, o benefício (ou utilidade) que o usuário recebe de um serviço é função das características que esse serviço lhe apresenta. Estas características são objetivamente mensuráveis (...), porém são valoradas de forma diferente, de acordo com as preferências e com a situação econômica de cada usuário. Dado que a valoração das características varia entre os usuários, normalmente haverá diferentes tipos de serviços oferecidos para atender a diversas preferências da população, na ausência de regulamentos que, artificialmente, uniformizem esses serviços.

(...)

Na ausência de regulação econômica, os usuários, mediante sua escolha de empresas, horários e veículo, implicitamente “negociam” com as empresas de ônibus a qualidade de cada uma dessas características. Assim, empresas que não têm desempenho satisfatório com relação aos conjuntos de características mais apreciados pelos usuários, e aquelas que cobrem tarifas consideradas excessivas, perdem passageiros para outras empresas.

O que se vem analisando, em verdade, é a modificação dos rígidos contornos regulatórios em razão da própria alteração do mercado regulado. Isso porque, como bem pontuam Viscusi *et al.* (2005, p. 650):

Infelizmente, o ambiente em que os agentes econômicos atuam é tudo menos estático. A demanda muda ao longo do tempo por razões como mudanças na preferência do consumidor, bem como a renda e os caprichos do ciclo de negócios. Inovações constantes alteram as tecnologias de produção ou introduzem produtos substitutos não regulamentados. Em resposta a essas mudanças, os reguladores devem adaptar suas políticas.

(...)

Em outras palavras, as condições de custos e demanda podem mudar o ponto de determinada indústria não ser mais um monopólio natural.

Considerando que o setor de transporte rodoviário de passageiros é fortemente bombardeado por tecnologias disruptivas,⁶ altamente pulverizado nos inúmeros mercados⁷ existentes no Brasil, e com insumos e tecnologias de fácil acesso, *não há razão para manter-se um padrão regulatório rígido, arraigado à visão estrita da necessidade de proceder-se à sua concessão mediante licitação.* Ainda mais quando considerado que, até hoje, tal técnica não mostrou resultados satisfatórios.⁸

Trata-se, como apontado por Tuolla *et al.* (2011, p. 32), de uma nova fase no ciclo de vida do setor, *in verbis*:

A situação de monopólio natural não é definitiva em uma indústria. Inovações tecnológicas podem produzir a superação dessa condição, como de fato vem acontecendo em várias categorias de serviços públicos. De fato, *para a maioria dos serviços públicos, conforme Shepherd (1990), o ciclo de vida se dá em quatro estágios:*

1. Início – o sistema é inventado, sendo em geral protegido por uma patente. Esse é um período geralmente curto, mas é decisivo para a forma futura do sistema. No caso da eletricidade, por exemplo, considera-se que este primeiro estágio durou uma década e meia, entre 1870 e 1885. Já para a aviação, este período compreende os cinco anos iniciados em 1920. Para o telefone, a duração foi de meia década, entre 1875 e 1880.
2. Crescimento rápido – o sistema é criado e cresce, normalmente tomando o lugar de um serviço antigo, como no caso em que os ônibus substituíram os bondes, ou do telefone que suplantou o telégrafo. No caso do telefone, esse segundo estágio durou de 1880 até o século XX. Neste estágio, as economias de escala são muito intensas.
3. Maturidade – o sistema cresce e se torna completo em termos tanto de tecnologia quanto de saturação de mercado. As economias de escala tornam-se cada vez menos significativas neste estágio, enquanto novas tecnologias costumam ameaçar partes lucrativas do mercado.



www.antp.org.br

6. A tecnologia disruptiva transforma um setor pré-existente “introduzindo simplicidade, conveniência e acessibilidade onde a complexidade e o alto custo eram a norma. Eles fazem isso em parte aproveitando novas tecnologias, mas também desenvolvendo novos modelos de negócios e explorando tecnologias antigas de novas maneiras”. Disponível em: <http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/qual-o-significado-de-inovacao-disruptiva.aspx>. No setor de transporte de passageiros, cite-se a implantação de serviços operacionalizados por meio de plataformas eletrônicas, tais como o (i) bláblácar, (ii) buser, ou (iii) mesmos grupos de “caronas solidárias” presentes em diversas redes sociais.

7. Conforme exposto na nota de rodapé nº 4, adota-se como conceito de mercado de transporte rodoviário de passageiros, o “par de localidades que caracteriza uma origem e um destino” (BRASIL. Agência Nacional de Transporte Terrestre. Resolução nº 4.770, de 25.06.2015, art. 2º, X).

8. A título de referência, destaque-se que, até o presente momento, o serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no Estado de São Paulo é realizado mediante permissões precárias, em razão de uma série de licitações fracassadas. De igual modo é o exemplo do serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiros; após diversas tentativas fracassadas de proceder à licitação de tais serviços, a União optou por modificar a regulação dos serviços, delegando-os por meio de autorizações de serviço público.

4. Reversão para condições favoráveis à competição – o setor reverte para o processo competitivo convencional, deixando de ser um serviço público e perdendo suas características de monopólio natural.

Em alguns serviços públicos, há segmentos que entram mais rapidamente no estágio quatro. O setor de telecomunicações é o serviço público marcado pela dinâmica tecnológica mais rápida. Essa dinâmica de inovações vem permitindo um incremento da competição no setor, especialmente em serviços como os de longa distância. Já os segmentos que envolvem infraestrutura com custos fixos elevados e capital específico, ainda que em grau variado, exigem atenção regulatória especial, mesmo quando já admitem alguma competição. Note-se que, nesses segmentos, a livre concorrência não é capaz de propiciar o maior bem-estar possível aos consumidores e algum controle de entrada é fundamental.

A desregulação, portanto, visa substituir a regulação pré-existente por uma *nova* regulação, mais flexível, no movimento de re-regulação. Esse, por exemplo, é o modelo adotado nos países integrantes da União Europeia que, após a aprovação do Regulamento (CE) nº 1370/2007 do Parlamento Europeu e seu Conselho, expressamente se preocuparam em prover aos cidadãos europeus um serviço atrativo, de qualidade e com baixos custos por meio da *concorrência regulada*. É ver-se:

Considerando o seguinte:

(...)

(4) Os principais objectivos do Livro Branco da Comissão intitulado “A política europeia de transportes no horizonte 2010: a hora das opções”, de 12 de setembro de 2001, são garantir serviços de transporte de passageiros seguros, eficazes e de elevada qualidade, graças a uma *concorrência regulada* que garanta também a transparência e o desempenho dos serviços públicos de transporte de passageiros, tendo em conta os factores sociais, ambientais e de desenvolvimento regional, ou oferecer condições tarifárias específicas para certas categorias de passageiros (...).

(...)

(7) Os estudos realizados e a experiência dos Estados-Membros onde a concorrência no sector dos transportes públicos vigora há já vários anos demonstram que, com cláusulas de salvaguarda adequadas, a *introdução de uma concorrência regulada entre operadores permite a prestação de serviços mais atractivos, mais inovadores, com custos mais baixos, e não é susceptível de comprometer a execução das missões específicas confiadas aos operadores de serviços públicos* (...).

(...)

(9) A fim de poderem organizar os seus serviços públicos de transporte de passageiros da forma mais adequada às necessidades dos cidadãos, as *autoridades competentes devem poder escolher livremente os seus operadores de serviço público, tendo em conta os interesses das pequenas e médias empresas, nas condições previstas pelo presente regulamento* (...).

(...)



www.antp.org.br

(12) Para o direito comunitário, é irrelevante se os serviços públicos de transporte de passageiros são operados por empresas públicas ou privadas. O presente regulamento baseia-se nos princípios da neutralidade no que se refere ao regime de propriedade consagrado no artigo 295 do Tratado, da liberdade dos Estados-Membros de definir os serviços de interesse económico geral, consagrado no artigo 16 do Tratado, e da subsidiariedade e da proporcionalidade, consagrados no artigo 5º do Tratado.

(...)

(17) De acordo com o princípio da subsidiariedade, as autoridades competentes têm a liberdade de estabelecer critérios sociais e de qualidade, a fim de manter e elevar os padrões de qualidade para as obrigações de serviço público, nomeadamente no que se refere às condições mínimas de trabalho, aos direitos dos passageiros, às necessidades das pessoas com mobilidade reduzida, à protecção do ambiente, à segurança dos passageiros e dos trabalhadores e às obrigações decorrentes de acordos colectivos e de outras normas e acordos relativos aos locais de trabalho e à protecção social no local em que o serviço é prestado. Para garantir a existência de condições de concorrência transparentes e comparáveis entre os operadores e para evitar o risco de *dumping* social, as autoridades competentes deverão poder impor padrões de qualidade específicos no plano social e em matéria de serviços. (...).

O quadro abaixo sintetiza as principais características observadas em diversos serviços de transporte rodoviário de passageiros no interior dos estados-membros da União Europeia.

Quadro 2

Principais características regulatórias de alguns Estados-Membros da UE

País analisado Principais características regulatórias

Alemanha	Qualquer prestação de serviços de transporte de passageiros mediante remuneração, por meio de veículos automotores, deve ser realizada por meio de <i>autorização</i>
	A autorização para prestação do serviço depende de prévia avaliação do interesse público subjacente
	Existência de controle tarifário
Bélgica	Os serviços de transporte rodoviário de passageiros são operados diretamente pela Companhia de Transporte Ferroviário (SNCB/NMBS), por operadores privados por ela contratados, ou por diversas corporações locais de serviço
	Nos serviços de transporte realizados no interior do território belga, os prestadores de serviço estão sujeitos a controles de qualidade na prestação dos serviços, bem como à regulação tarifária, efetuadas pelo Ministério dos Transportes

Continua

Quadro 2 (continuação)

País analisado Principais características regulatórias

Canadá	Entradas de novas empresas no sistema são raras em razão da aplicação estrita do critério de “conveniência pública”, além da realização de testes de entrada Por ser regulado em âmbito provincial, não há uma uniformidade no tratamento regulatório, todavia, os conselhos provinciais geralmente estabelecem (i) a capacidade da rota requerida, (ii) a qualidade obrigatória a ser prestada no serviço e (iii) os padrões de segurança a serem observados
Itália	Nos termos do Parecer 2007/0097 (COD), de 16.07.2007, a prestação dos serviços de transporte nacional e internacional de passageiros depende de autorização do órgão regulador A emissão de autorização para prestação dos serviços de transporte está condicionada à ausência de impacto na viabilidade econômica da prestação de um serviço pré-existente
Irlanda	Existência de empresas estatais e privadas na prestação dos serviços de transporte Os operadores privados necessitam de licenças para execução dos serviços, nos horários previamente determinados pela autoridade pública A concessão de licença para prestação dos serviços de transporte é condicionada à não existência de serviço rodoviário pré-existente na rota solicitada Como resultado da natureza restritiva da legislação, poucas licenças são concedidas a operadores privados
Suíça ⁹	A emissão de licença para exploração do serviço é condicionada a (i) existência de demanda específica para o serviço proposto e (ii) ausência de competição do novo serviço com a rede pré-existente A liberdade tarifária está sujeita à intervenção da Confederação Suíça em caso de prática de tarifas abusivas

Fonte: Extraído a partir das observações relacionadas na Nota Técnica nº 01/2015/MT, de 22.01.2015, encartada nos autos do processo administrativo nº 50500.279849/2014-55, em trâmite perante a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

Aponte-se que tal regulamentação – específica para os serviços intermunicipais (serviços de cabotagem) realizados no interior dos estados-membros – encontra-se agora em uma nova rodada de re-regulação. Após um período de avaliação na regulação implantada em 2007, a União Europeia encontra-se discutindo uma flexibilização ainda maior da regulação setorial, de modo a proporcionar maior efetividade e reduzir barreiras regulatórias para a promoção de negócios no setor. Trata-se

9. Embora externa à experiência europeia de desregulação dos serviços de transporte, insta destacar que, muito similar ao modelo regulatório suíço figura a regulação promovida no Japão na qual (i) a emissão de licença para exploração do serviço é condicionada à (a) existência de demanda definida e (b) ausência de desbalanceamento entre a oferta e a demanda já existentes; bem como (ii) as tarifas devem ser aprovadas pela autoridade reguladora de modo a evitar-se a concorrência indevida entre os transportadores.



www.antp.org.br

da COD 2017/0288, proposta em novembro de 2017 no Parlamento Europeu, que vislumbra estender os termos do Regulamento (CE) nº 1073/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho¹⁰ a todos os serviços de transporte rodoviário de passageiros, eliminando, portanto, as barreiras à entrada aos mercados nacionais até então existentes. Frise-se, todavia, que seja no regulamento então vigente, seja na proposta ora em discussão, é cabal a preocupação com o equilíbrio econômico dos serviços pré-existentes em regime de serviço público.¹¹

A partir do cenário fático acima colacionado percebe-se que a modernização da prestação dos serviços de transporte rodoviário de passageiros passa pela adoção de mecanismos de adjudicação céleres, com acesso franqueado a todos os interessados desde que mantida a sustentabilidade do mercado, ou seja, pela introdução de novos players, mediante a adoção da *autorização de serviço público*.

É correto, todavia, o alerta de Mota (2009). Para referida autora:

[N]em sempre os resultados correspondem ao esperado. A introdução de “mais” concorrência em determinados setores em uma fase inicial implicava, em grande parte das experiências, em nova concentração dos serviços nas empresas que apresentavam maior porte. Na prática, a ampliação do número de empresas existentes no mercado acarretava na expansão daquelas que já existiam e reduzia os preços pelos serviços prestados, o que levava à falência muitas empresas concorrentes e a consequente reconcentração do poder econômico. Entretanto, mesmo que não sejam sempre satisfatórios os resultados da desregulação, em alguns casos essa medida pode ser eficaz, tendo em vista a capacidade de criação de inovações tecnológicas que permitem a entrada de novas empresas no mercado, assim como pode aumentar a eficiência no setor, contribuindo dessa forma para o próprio bem-estar do usuário final (Mota, 2009, p. 177).

Ilustrativamente, é o que ocorreu na desregulação promovida no *coach market* da Grã-Bretanha. Por meio dos Transport Acts de 1980 e 1985, visava o governo britânico reestruturar seu mercado doméstico de transporte – fortemente marcado pela presença estatal da National Bus Company (NBC) e suas subsidiárias (na Inglaterra e no País de Gales), e da Scottish Bus Group (SBG) e suas subsidiárias (na Escócia) – por meio, primeiramente, da desregulação do setor e, posteriormente, da privatização das companhias estatais.

10. Tal regulamento visa estabelecer regras comuns para acesso ao mercado internacional dos serviços de transporte mediante a utilização de ônibus.

11. É o que se extrai, por exemplo, do artigo 8-d (1) da proposta de nova regulamentação, in verbis: “1. Member States may limit the right of access to the international and national market for regular services if the proposed regular services carries passengers over distances of less than 100 kilometres at the crow flies and if the service would compromise the economic equilibrium of a public service contract”.

Se, em um primeiro momento, o mercado mostrou ser fortemente competitivo – principalmente a partir da criação do consórcio de operadores privados British Coachways (BCC) –, com a privatização (e consequente reestruturação) da NBC em 1986, e a falência da BCC, o mercado sofreu uma forte concentração (Aragão, 1995). É o que nos ensina o *Comprehensive study on passenger transport by coach in Europe* (Steer Davies Gleave, 2016):

The first direct impact of deregulation was on market entry. A number of established companies formed a consortium to compete on the national network with the then monopolist (the National Bus Company); however this attempt failed over 1981-1983. Levels of market entry remained high, but so did market exit. New entrants withdrew all services by the mid-1980s, as a result of fierce competition and the persistence of entry barriers (Jaffer and Thompson 1986). The NBC was subsequently privatized in 1986 and became National Express.

(...)

The coach market for regular services in the UK is dominated by the incumbent, now a fully private company, National Express. The company's share of the regular services market is estimated to be between 75% and 87%.

Nesse sentido, a melhor regulação deverá criar incentivos ao ingresso de novas empresas no mercado, sem descuidar, todavia, (i) da viabilidade operacional do próprio negócio, (ii) combatendo-se práticas anticompetitivas pelas empresas incumbentes e (iii) impedindo-se a concentração de mercado.

A EXPERIÊNCIA DE DESREGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS NO BRASIL

Apesar da regulação nos moldes atualmente entendidos ser fruto da reforma administrativa ocorrida no Brasil na década de 1990, o Brasil possui boas experiências com a desregulação de serviços públicos. Cite-se, por exemplo, o sucesso do regime de autorização para prestação privada dos serviços de telecomunicações (artigo 131 e seguintes da Lei federal nº 9.472, de 16.07.1997), bem como o regime de autorização para exploração de terminais de uso privativo (ainda sob a égide da Lei federal nº 8.630, de 25.02.1993) ou de terminais de uso privado (artigo 8º, da Lei federal nº 12.815, de 05.06.2013).

Atendo-se especificamente aos serviços de transporte de passageiros, de igual modo a experiência brasileira com a desregulação é salutar.

Implementado sob forte regulação e vigilância da União, ainda na década de 1920, o serviço de transporte aeroviário de passageiros talvez melhor represente o ciclo mencionado por Turolla *et al.* (2011). De um setor alta-

mente regulado, com inúmeras barreiras à entrada e forte controle de preços,¹² o serviço aeroviário passou por um processo gradual de flexibilização de sua regulação a partir da década de 1990, adotando as sugestões da 5ª Conferência Nacional de Aviação Civil (1992).

Conforme narrado por Oliveira (2007, p. 13), a desregulação do setor ocorreu em três rodadas, (i) a primeira com a abolição dos monopólios regionais e com a introdução de bandas tarifárias mais flexíveis (1992), (ii) a segunda com a abolição das bandas tarifárias e os direitos de exclusividade das companhias aéreas regionais na operação de linhas especiais (1998), e (iii) a terceira com a liberalização tarifária e a flexibilização dos processos de entrada de novas empresas.¹³ A partir de 2003, tem início uma nova re-regulação do setor, favorecendo uma maior concentração do mercado – notadamente com o fortalecimento das companhias aéreas TAM (atual Latam) e Gol. Atualmente, nova desregulação encontra-se na pauta do Congresso Nacional por meio do Projeto de Lei do Senado nº 258, de 2016, elaborado por comissão de especialistas.

Aponte-se, também, a (ainda em período de transição) experiência de desregulação do setor de transporte interestadual e internacional de passageiros (Triip), promovida pela Lei federal nº 12.966/2014. Referida lei, fruto da conversão da Medida Provisória nº 638/2014, visou regulamentar a previsão contida no artigo 21, XII, “e”, da Constituição Federal que prevê a exploração dos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros por meio de *autorização*.

Conforme já narrado anteriormente, os serviços de transporte rodoviário de passageiros (sejam eles intermunicipais, interestaduais ou internacionais) surgiram a partir da década de 1950¹⁴ como resposta



www.antp.org.br

12. Ilustrativos são os casos da Transbrasil S.A. e da Viação Aérea Rio-Grandense S.A. – Varig que, em razão dos congelamentos de tarifas promovidos durante os planos econômicos de 1985 a 1992, tiveram de se socorrer do Poder Judiciário para recuperar tais valores sob a forma de indenização (STF, RE 183.180, min. Octávio Gallotti, e RE 571.969, min. Carmen Lúcia, respectivamente).

13. Imprescindível anotar-se que, em que pese o serviço aeroviário ainda ser considerado pela Lei federal nº 7.565, de 19.12.1986, como “concessão de serviço público” (art. 180), desde a prolação do Acórdão nº 346/2008 – Plenário, pelo Tribunal de Contas da União, têm sido os contornos jurídicos de referida outorga aproximada à das autorizações de serviço público, conforme expresso na Nota Técnica nº 06/Depac/SAC/MD, de 21.10.2008, da Secretaria Nacional de Aviação Civil. De modo a regularizar os mecanismos de outorga dos serviços aéreos, a SAC elaborou projeto de lei, ratificado pela Presidência da República, que visa atualizar o Código Brasileiro de Aeronáutica. Encaminhado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados, o projeto se encontra em tramitação sob o nº 6.961/2010 (tramitação conjunta ao Projeto de Lei nº 6.716/2009).

14. A primeira menção localizada acerca da prestação de serviços de transporte terrestre de passageiros por ônibus remonta ao Decreto 720-A de 1850 por meio do qual foi concedida a Honório Francisco Caldas uma linha de ônibus entre a então capital do Império (Rio de Janeiro) e a vila de Iguaçu. Embora antes da década de 1950 tenham existido regulamentos específicos para a prestação de serviços de transporte de passageiros (Decreto nº 8.324/1910 e Decreto nº 18.323/1928), tais serviços ainda se mostravam incipientes se comparados com o que passaram a ser a partir daquela década (Wright).

à falência do sistema de transporte ferroviário de passageiros e estimulados por políticas favoráveis à importação de veículos.

Considerados serviços de utilidade pública à época, tais serviços se desenvolveram, majoritariamente, sob *permissões de serviço público* (Mei-elles, 1985, p. 296), outorgadas (quase sempre) sem processos licitatórios¹⁵ e reguladas, nos âmbitos estadual e nacional, pelos Departamentos de Estradas de Rodagem. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, todavia, tais permissões foram consideradas ilegais,¹⁶ tendo os entes federativos iniciado um processo de “regularização das outorgas” até o momento (trinta anos após sua promulgação) não finalizado.

Tal fato não é de se espantar. Em que pese nos serviços municipais de transporte de passageiros a utilização da técnica concessória ter sido implantada com relativo sucesso em diversos municípios brasileiros, dada a complexidade dos serviços interestaduais e intermunicipais, bem como a grande quantidade de *players* no setor, tais serviços se mostraram inviáveis de serem concedidos.¹⁷

Na esfera federal, por exemplo, o Decreto federal nº 952, de 07.10.1993, prorrogou as permissões então vigentes por 15 anos. Com seus encerramentos, em 2008, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT tentou diversas vezes licitar os serviços, por meio de “bacias de serviços”, lotes ou linhas. Sem sucesso, a solução encontrada pelo governo federal foi justamente a implantação do sistema de *autorizações* por meio da alteração legislativa promovida pela Lei federal nº 12.966/2014.¹⁸ O imbróglio acerca das outorgas dos Triip foi finalmente solucionado por meio da Resolução ANTT nº 4.770 de 25.06.2015 que estabeleceu (i) os requisitos e condições a serem cumpridas para a obtenção da autorização e (ii) as características mínimas dos serviços a serem prestados.

Pela nova regulamentação, os mercados passaram a ser outorgados (i) por meio de autorização, (ii) sem exclusividade na prestação dos

15. Destaque-se que, embora a maioria dos mercados outorgados à iniciativa privada se desse mediante processo administrativo vinculado, tal qual se destinasse à outorga de licença, é sabido que, em raras exceções, ocorreram outorgas mediante processos licitatórios. A título ilustrativo aponte-se que, a partir da expedição do Decreto estadual nº 52.569/70 do Estado de São Paulo, os mercados que conectassem o município de Santos a outros municípios deveriam ser outorgados mediante licitação.

16. Nos termos do artigo 175 da Constituição federal, “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos serviços públicos”.

17. Apenas para nos manter na esfera federal, dados de novembro de 2015 relatam que 260 empresas operavam 2.962, conectando os diversos mercados interestaduais e internacionais existentes (Processo ANTT nº 50500.346780/2015-63, p. 18).

18. Referida Lei incluiu, na Lei federal nº 10.233, de 05.06.2001, a possibilidade de que os serviços regulares de transporte terrestre coletivo interestadual ou internacional de passageiros fossem outorgados por autorização (art. 13, V, “e”), bem como estabeleceu a livre-concorrência no mercado, nos termos dos artigos 47-A e 47-B.



www.antp.org.br

serviços àquele mercado, (iii) exercido sob o regime de liberdade tarifária^{19 20} e (iv) sem limitação de *players* em cada mercado.²¹ Ressalte-se, porém, a preocupação da agência com a *sustentabilidade* do setor; isso porque, caso haja um número de autorizadas superior ao número máximo suportado para cada mercado (*inviabilidade operacional*) – que exigiria a limitação de entrantes ou a concessão de direitos de exclusividade – a agência deverá promover processo seletivo. É o que se depreende do artigo 47-B da Lei Federal nº 10.233/20012: “Art. 47-B. Não haverá limite para o número de autorizações para o serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, salvo no caso de inviabilidade operacional”. Bem como dos artigos 41 e 42 da Resolução:

Art. 41. A ANTT promoverá processo seletivo público nos casos em que for constatada *inviabilidade operacional*, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

(...)

Art. 42. É considerada *inviabilidade operacional* situações que configurem *concorrência ruínosa* ou restrições de infraestrutura.

(...)

§2º. Na outorga de novos mercados deverão ser considerados possíveis impactos nos mercados já existentes, para que não seja caracterizada sua inviabilidade operacional.

Embora dotado de conceitos indeterminados, que determinam a necessidade de melhor regulamentação por parte da agência, avançou a Resolução ANTT nº 4.770/2015 ao melhor delimitar a qual *inviabilidade operacional* a legislação se refere, qual seja: aquela que configure *concorrência ruínosa* ou *restrições de infraestrutura*.

Compulsando-se os autos do processo administrativo que instruíram a resolução, é possível darmos um passo importante na delimitação de tais conceitos. Analisando versão preliminar da resolução, a assessoria do Ministério dos Transportes, por meio da Nota Técnica 01/2015/MT, assim elucida as possíveis compreensões do termo “inviabilidade operacional”:

19. Artigo 54 da Resolução ANTT nº 4.770/2015.

20. De se apontar que, a despeito de tal previsão encontrar-se, no momento, em fase de transição, a ANTT tem caminhado em largos passos para proporcionar a efetiva liberalização tarifária. Em 03.08.2017, por exemplo, a agência disciplinou a oferta de “tarifas promocionais diferenciadas” por meio da Resolução ANTT nº 5.396/2017. Tal disposição também se encontra sob condição suspensiva, nos termos de seu artigo 3º, devido a não implantação do Sistema de Monitoramento do Transporte Rodoviário (Monotrip); todavia, caso tal mecanismo seja completamente implementado antes do junho de 2019 (quando a liberdade tarifária passará a vigor), certamente será uma importante ferramenta à disposição dos operadores, do regulador e, principalmente, do usuário que passará a usufruir de um serviço mais qualificado e barato.

21. Artigo 4º da Resolução ANTT nº 4.770/2015.

Ainda sobre o tópico, avaliando o verdadeiro alcance do conteúdo da expressão inviabilidade operacional constata-se haver três hipóteses que, no nosso entender, são procedentes:

- a) Pode ser caracterizada por uma linha individual que não apresente demanda suficiente para a sua sustentabilidade econômica;
- b) *Pela introdução de um número maior de empresas, em determinada linha, que a torne deficitária para os operadores, uma vez que, mesmo em mercado de grande densidade, as regras estabelecidas poderiam provocar o que se poderia definir de inviabilidade econômico-financeira, prejudicando a qualidade e aumentando os custos da prestação dos serviços.*
- c) Pela ocorrência de insuficiência de infraestrutura, como deficiência de terminal, ponto de parada ou apoio, observando que na prática esse fato não se conhece no Brasil (...).

Referido parecer foi acatado em sua maior parte, conforme despacho s/n do gabinete da Supas, datado de 02.03.2015,²² sendo adaptada a minuta de resolução para inclusão da *inviabilidade econômico-financeira*, sob o rótulo de *concorrência ruínosa*. Frise-se que

a legislação que rege o transporte rodoviário (...) não veda que uma modificação operacional cause impacto em um outro mercado (...) o que as normas almejam não é que a ANTT vede qualquer impacto na operação de uma transportadora em relação a outra, mas apenas que não se permita que uma eventual entrada de um novo operador no mercado cause sua inviabilidade operacional.²³

Tal preocupação é respaldada em dados fornecidos pela agência quando da divulgação de seu Plano Geral de Outorgas em 2014. De acordo com a agência, à época, 81% dos mercados não permitiam mais de uma operadora, 12,1% dos mercados permitiam a operação por duas empresas distintas, 4,9% dos mercados permitiam a operação de três empresas, e somente 1% dos mercados permitiria a operação simultânea de cinco empresas.²⁴

Em que pese que os dados de 2014 demonstrem uma suposta inviabilidade de concorrência em 81% dos mercados de Triip, é possível que a resolução tenha promovido uma redução, ainda maior da competição por meio da implantação de regras como (i) a exigência de período mínimo de operação de 12 meses²⁵ que estabelece forte bar-

22. Fls. 178 e 179 do Processo ANTT nº 50500.279849/2014-55.

23. BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. *Instruções para solicitar modificações operacionais e dos mercados à ANTT*. 1ª edição. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.antt.gov.br/passageiros/Servicos_e_informacoes_para_empresas_que_operam_o_servico_Regular_Rodoviario.html. Acesso em 29.08.2018, p. 15.

24. Dados obtidos do Processo ANTT nº 50500.279849/2014-55, fls. 55.

25. Artigo 45 da Resolução ANTT nº 4.770/2015.



www.antp.org.br

reira à saída do mercado e (ii) a previsão de frequências mínimas em cada sentido de cada mercado²⁶ em prejuízo ao regime de ampla liberdade e autonomia previsto na Lei.

É sabido, todavia, que a intenção do regulador em prever o período mínimo de operação é evitar a proliferação da atuação *hit and run* de eventuais autorizatários; clara é a justificativa fornecida pela agência em sua Nota Técnica nº 015/2015/Gerot/Supas/ANTT (Brasil, 2015):

Caso seja fixado um prazo inferior a esse, pode ocorrer que empresas requeiram a operação de serviços apenas nos períodos de alta demanda, podendo ocasionar estratégias de funcionamento como *hit and run competition*, em mercados onde as empresas conseguem manter preços acima do custo médio de longo prazo e novas entrantes podem atuar no mercado antes que as já estabelecidas sejam capazes de reagir e sair, assim que esbocem alguma retaliação, ocasionando a proliferação de empresas com viés de curto prazo e a instabilidade da oferta.

Ocorre, todavia, que justamente por criar barreiras à saída, a ANTT reduz a competitividade do mercado. Equivoca-se a agência ao não considerar que, ao sofrer a ameaça constante de ingressantes, o incumbente naturalmente aproximará seu preço do custo marginal, reduzindo a atratividade da adoção de mecanismos de *hit and run* por parte de ingressantes. De igual forma, ao estabelecer um período mínimo de manutenção da operação de determinado mercado, o regulador “amarra” o autorizatário em mercados que, durante sua operação, se mostrem deficitários, criando custos adicionais para o ingresso de empresas em mercados novos.

Analisando tal situação, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – Seae se manifestou pela alteração de tais disposições regulamentares por meio do Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 184/2016-COGCR/Sucon/Seae/MF (Brasil, 2016):

Para ingressar em um mercado é necessário incorrer em diferentes custos. A existência de custos irre recuperáveis ou custos iniciais elevados são fatores que aumentam as perdas e os riscos que o potencial entrante tem em caso de se retirar do mercado. Em outras palavras, é possível que as empresas tenham que suportar custos não planejáveis e contínuos em função, por exemplo, da manutenção de linhas e seções deficitárias pelas exigências estabelecidas pelo órgão regulador. Assim, *a existência de um custo para operar uma linha ou seção deficitária por um período mínimo de doze meses ou um custo para garantir a frequência mínima de, ao menos, uma viagem semanal por sentido eleva o risco de operação daquele serviço, desestimulando a entrada de novas empresas e impondo custos aos usuários do serviço,*

26. Artigo 33 da Resolução ANTT nº 4.770/2015.

uma vez que o comportamento natural das autorizatárias seria aumentar as remunerações esperadas (preços das tarifas) a fim de compensar tais custos regulatórios, gerando perda de bem estar dos usuários.

(...)

A redução potencial de empresas atuando no mercado implica menores pressões concorrenciais, que levariam as empresas a atuarem com maior eficiência seja pela diminuição dos preços dos serviços, melhoria da qualidade ou diversificação dos serviços disponíveis.

Destaque-se (também sob o enfoque negativo) a previsão de abertura paulatina do mercado prevista nas regras de transição.²⁷ Isso porque, até a conclusão dos estudos de avaliação dos mercados, ainda não concluídos, a regulação favorecerá as empresas incumbentes em razão da limitação de entrantes. Tal observação também não passou despercebida pela Seae que, em Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 18 COGTL/Seae/MF (Brasil B, 2016), expressou sua preocupação:

O conteúdo dos artigos citado acima [art. 42, §2º e 69] caracteriza uma reserva de mercado para as empresas que já operam nesses mercados e são incompatíveis com a natureza do regime de autorização de serviços que visa a livre concorrência entre competidores, caracterizado pela livre entrada e saída de empresas. Visto que as vagas são limitadas ao número de empresas que já operaram em cada mercado e a 2 vagas por mercado novo, essas normas tendem a favorecer a continuidade da estrutura atual do mercado, uma vez que os trechos mais rentáveis já estão sendo atendidos e continuarão com as mesmas empresas. Isso desestimula a concorrência e infringe o princípio da isonomia, ao não disponibilizar igualdade de condições para todos os interessados em operar no mercado (p. 6).

Em que pese o modelo ainda estar em fase de transição – que se encerrará em 18.06.2019 com a liberalização total das tarifas – e existirem adequações que ainda se fazem necessárias rumo à melhor regulação, é certo que o processo de desregulação iniciado já traz vantagens ao setor; se ainda não totalmente do ponto de vista da liberdade de iniciativa, ao menos com a concessão de segurança jurídica aos vínculos travados pelos empresários com o Poder Público.

É perceptível que tais preocupações e experiências em muito conversem com os modelos de prestação de serviços prestados em outros países. Mas não só. Conforme narrado por Meirelles em série de pareceres proferidos sobre os serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros prestados sob a égide da Constituição de 1967/1969, os próprios serviços pré-1988 se aproximavam, em mea-

27. Artigo 69 e seguintes da Resolução ANTT nº 4.770/2015.

dos do século XX, àquilo que, atualmente, é praticado no exterior. Embora longa, de rigor a transcrição do cenário fático normativo narrado por Meirelles:

As condições para obtenção de permissão do DER para linhas intermunicipais de transporte coletivo de passageiros estão estabelecidas nas normas e diretrizes aprovadas pelo Decreto Estadual 36.780, de 17.6.1960, e nas suas denominadas “Instruções Complementares”, publicadas em 7.2.1961. (Meirelles, 1977, p. 349)

O transporte coletivo, no sistema brasileiro, é serviço de utilidade pública, que tanto pode ser executado diretamente pelo Poder Público, como indiretamente, por particulares. Muito embora, no que concerne à execução indireta, o Código Nacional de Trânsito admita também a concessão e a autorização (Lei 5.108, de 21.9.66, art. 44), a permissão vem sendo a modalidade preferida pelas Administrações federal, estaduais e municipais, para a delegação dos serviços de transporte coletivo interestadual, intermunicipal e local, respectivamente.

(...)

[A] outorga e alteração de permissões para a exploração de transporte coletivo intermunicipal, pelo DER, sujeitam-se à observância dos requisitos ou condições *técnicas* e *formais* impostas pelas normas que regulam a matéria, sob pena de nulidade.

As *condições formais* decorrem dos preceitos que, entre outras coisas, exigem a publicidade dos pedidos e das decisões; facultam a intervenção de terceiros interessados, assim transformados em partes; determinam critérios de preferência para a solução de pedidos em igualdade de condições; fixam prazos para recursos e indicam as autoridades *ad quem*; e, como no caso das linhas diretas entre Santos e outros Municípios, sob a égide do Decreto 52.569/70, impõem a instauração de licitação.

As *condições técnicas* encontram-se dispersas em vários dispositivos regulamentares, como os que exigem a verificação da idoneidade (moral, técnica e econômica) do candidato à permissão, os que estabelecem limites de população (mínimo) e de distância (máximo) para as localidades a serem servidas e os que vedam ou impõem determinados seccionamentos ou itinerários (cf. além da “Normas e Diretrizes” e suas “Instruções Complementares”, o Decreto 52.569/70, ora revogado pelo Decreto 17.567/81, art. 1º e parágrafo único, e a Resolução DER 167/68). Dessas condições interessa-nos a que erige a *efetiva necessidade de transporte*, que examinaremos a seguir, em fator preponderante para a outorga ou alteração de permissão.

Diz o art. 5º das “Normas e Diretrizes” que as permissões devem ser sempre precedidas da *comprovação da necessidade de transportes*, exigência que o § 5º, do art. 16 das “Instruções Complementares” estendeu às “modificações que impliquem em aumento do número de viagens, aumento e diferença do itinerário e transformação de linha de autolotação em auto-ônibus e vice-versa”.



Justifica-se essa cautela porque, além do atendimento das necessidades do usuário e do eventual estímulo ao desenvolvimento regional, o sistema instituído pelas “Normas e Diretrizes” visa também prevenir “a formação de monopólio, inflação de tráfego, *concorrência ruínosa* e outras práticas contrárias ao interesse geral”, como consta do seu art. 2º. (...) Esta *concorrência ruínosa* a que se refere expressamente o art. 2º das “Normas e Diretrizes” é a que *pode resultar da competição descontrolada na exploração das linhas intermunicipais, com o enriquecimento de alguns permissionários e o empobrecimento de outros, ou a ruína de todos eles, mas sempre com reais prejuízos para a comunidade.*

A *competição entre os permissionários precisa, portanto, ser devidamente disciplinada, a fim de evitar a indesejável concorrência ruínosa* e, conseqüentemente, o desatendimento das finalidades do transporte coletivo de passageiros.

(...)

O E. Tribunal de Justiça de São Paulo, em Acórdão proferido no MS 198.320 pela 3ª Câmara Civil, reconheceu também que a finalidade desses dispositivos é a prevenção da *concorrência ruínosa*, acrescentando que “as normas regulamentares, invocadas acima, refletem os princípios de ordem econômica e social, garantidos pelo art. 160, V, da Constituição da República” (Meirelles, 1983, p. 155 e p. 158)

Temas como a *inviabilidade operacional* e a *concorrência ruínosa* enfrentados – e ainda sem uma definição muito clara – pela Resolução nº 4.770/2015 já eram alvo de reflexões muito tempo antes. Tanto é assim que, anteriormente à vigência da Constituição de 1988, os serviços de transporte intermunicipal rodoviário de passageiros se desenvolveram fortemente sob a roupagem de *permissões* despidas de licitação.

A preocupação com o abuso de poder econômico, a dominação de mercado e a *concorrência ruínosa* já foram dantes expostas no Decreto estadual nº 36.780, de 16.06.1960, do Estado de São Paulo.²⁸ A solução franquada pelo Decreto e por suas “instruções complementares” de 07.02.1961 caminhou em sentido muito próximo ao ora proposto no setor:

- Abertura do mercado limitado à sua *sustentabilidade*;
- Estabelecimento de requisitos mínimos (notadamente de padrão de qualidade) para a prestação dos serviços;

28. Os próprios consideranda demonstram tal preocupação, in verbis: “(...) Considerando a atual rede estadual pavimentada e o interesse observado no estabelecimento de novas linhas, com competição que poderá tornar-se ruínosa, análoga à verificada em outros meios de transportes; Considerando que deve o Estado reprimir o abuso do poder econômico que vise eliminar a concorrência ou dominar o mercado (artigo 115 da Constituição do Estado); (...)”



www.antp.org.br

- Estímulo à concorrência entre os empresários, limitada à ocorrência de concorrência ruínosa em detrimento da prestação dos serviços; e
- Estabelecimento de processo transparente para a outorga das autorizações.

O modelo atualmente em transição para os serviços de Triip, com correções pontuais nas barreiras à entrada/saída previstas, podem ser um bom referencial para os sistemas intermunicipais. Tal regulação, em verdade, por muito se assemelhar aos modelos de regulação pretéritos do setor, possui grande potencial de sanar as dificuldades ainda existentes na regularização das outorgas dos serviços estaduais. Como ressaltado por Castro Júnior (2008), “é muito importante a história específica da regulação numa indústria”; a manutenção das tentativas de outorgar os serviços intermunicipais por meio de concessão em nada coaduna com o histórico regulatório do setor, sendo, muito provavelmente, fadada ao insucesso.

À GUISA DE CONCLUSÃO: A AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO É UM ALTERNATIVA VIÁVEL PARA O TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS?

Outrora em ostracismo, o estudo das autorizações de serviço público tem ganhado relevo após a Constituição de 1988. Como visto anteriormente, o artigo 21 da Constituição federal estabelece regimes especiais para a prestação dos serviços públicos que menciona, afastando o rigorismo de seu artigo 175. Nesse passo, desenvolveram sob a roupagem de *autorizações de serviço público* diversos serviços de titularidade da União tais como (i) telefonia em regime privado, (ii) serviços portuários, (iii) serviços de transporte de cargas por ferrovias, (iv) serviços rodoviários de transporte interestadual e internacional de passageiros, entre outros.

Em todos esses serviços, o Poder Público detectou a necessidade de adotar novos mecanismos e aproveitou a “elasticidade do conceito de autorização para aplicá-lo onde pude[sse] ser utilizado de forma eficiente e eficaz” (Nester, 2017, p. 126). Surgiram, assim, as “autorizações do século XXI” a que faz referência Moreira (2014, p. 62); autorizações vinculadas que proporcionam uma maior concorrência nos serviços, com uma regulação adequada às respectivas realidades setoriais. O conceito de autorização foi, outrossim, apropriado de forma distinta pelos diversos setores da economia que a utilizam (Marques Neto, 2009, p. 39). Sintetizando as linhas gerais dos diversos conceitos, lapidar trecho de parecer da Seae, já mencionado (Brasil B, 2016, p. 6,7):

A autorização constitui modalidade de outorga de serviço de utilidade pública, prevista pela Constituição Federal, usualmente utilizada para aquelas atividades econômicas em que haveria um maior potencial de competição, em decorrência de menores exigências para entrada de novos agentes econômicos. Em geral, a entrada seria facilitada por escalas mínimas viáveis mais reduzidas, bem como pela ausência ou reduzida relevância de barreiras a entrada e saída de empresas. Nesse sentido, de forma a efetivar o potencial competitivo dessas atividades, na modalidade autorização, busca-se minimizar a criação de barreiras à entrada de natureza regulatória, por meio da fixação de requisitos mínimos de qualidade na prestação do serviço. O foco da regulamentação, por parte do setor público, estaria no resultado (qualidade e segurança), em detrimento do processo, privilegiando, assim, a liberdade e flexibilidade do agente econômico na delimitação de seu escopo produtivo e gerencial.

A compreensão dessa opção regulatória, todavia, tem encontrado óbices em interpretações disformes do texto constitucional que, supostamente, atrelaria a prestação indireta de todos os serviços públicos à concessão ou permissão sempre precedida do feticismo procedimental da licitação. Ilustrativo de tal problema é setor ora analisado.

No plano federal – em que a outorga por meio de autorizações encontra-se em fase de transição –, a Procuradoria Geral da República intenta ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei federal nº 12.996/2014, com base em suposta violação ao art. 37, XXI, e ao art. 175, da Constituição federal (ADI nº 5549/DF).

No plano estadual – em que o serviço é prestado até os dias atuais por meio de permissões “precárias” fortemente reguladas – o governo do Estado de São Paulo insiste em tentar outorgar os serviços de transporte intermunicipal de passageiros mediante concessão de áreas operacionais, sob o pretenso argumento de que o art. 175 da Constituição federal determina os serviços sejam assim outorgados.

Em ambos os casos, equivocam-se as partes. Em lição clara e objetiva, esclarece-nos Ferraz & Saad (2018, p. 29) que a atribuição pela Constituição federal da titularidade dos serviços de transporte aos entes federados “importa na atribuição a eles do poder de escolher, para as pertinentes delegações, o modelo que considerarem mais adequado, para a plena consecução dos interesses coletivos visados”. Assim, as disposições contidas no art. 175 da Constituição federal devem ser compreendidas “de forma combinada e harmonizada com as disposições, também de estatura constitucional, que garantem aos estados-membros a competência para dispor, legislativa e administrativamente, sobre os serviços públicos de sua titularidade” (Ferraz & Saad, 2018, p. 65).



www.antp.org.br

Referida linha de raciocínio – elaborada a partir, e não apesar, da Constituição – abre o leque de opções para a política regulatória dos entes federativos e, em especial, dos estados, que não pode ser ignorada. Exemplificativamente, na prestação dos serviços de transporte intermunicipal de passageiros, o Estado de São Paulo conta, atualmente, com cerca de 130 empresas que operam 1.138 linhas, gerenciando uma frota de mais de 5.000 veículos.²⁹ Trata-se de um mercado dinâmico que, apesar da constante insegurança jurídica proporcionada pela regulação setorial e da concorrência com os demais modais de transportes (notadamente o transporte individual), é altamente bem-sucedido. O próprio governo do Estado de São Paulo assim qualifica os serviços atualmente prestados, *in verbis*:

O setor de transporte intermunicipal de passageiros (Serviços de Transporte Intermunicipal de Passageiros) constitui, atualmente, *um dos serviços públicos mais bem sucedidos no âmbito do Governo do Estado de São Paulo. O índice de aprovação dos serviços é de 84% para seus dois serviços, rodoviário e suburbano, sendo que a maioria absoluta dos usuários considera o preço pago pela tarifa justo para o serviço ofertado.* Além da alta aceitação, a permeabilidade da rede, a frequência e a qualidade dos serviços prestados fazem com que a rede de transporte intermunicipal desempenhe um importante papel social, viabilizando o acesso de populações de baixa renda ao trabalho, saúde, lazer e outros benefícios (Artesp, 2018, p. 5).

A despeito de referido cenário, o Estado de São Paulo tem, reiteradamente, objetivado modificar toda a estrutura atualmente existente – fruto de um longo aprendizado institucional – por meio da outorga dos serviços mediante a concessão de áreas operacionais exclusivas com acesso mediante concorrência pelo mercado.

Se é verdade que tal modelo ainda não foi concretamente testado na realidade local, à luz de sua complexidade, bem como do histórico institucional do setor, é provável que a reorganização do setor em cinco áreas operacionais exigirá como contrapartida dos órgãos reguladores (setoriais e concorrenciais) uma forte capacitação institucional, de modo a evitar a concentração do mercado³⁰ e a redução das externalidades positivas atualmente existentes.

29. Cf. <http://www.setpesp.org.br/institucional.aspx?XD=6>. Acesso em: 10.11.2017

30. Da *celeuma judicial* que se instalou em razão da *Concorrência Internacional nº 02/2016*, interessante destaque deve se dar à decisão liminar proferida pela 7ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central de São Paulo (processo nº 1009554-50.2018.8.26.0053), já reformada em sede de *Agravo de Instrumento*: “atualmente há por volta de 90 empresas que atuam no sistema e a divisão de todo o Estado de São Paulo em apenas 05 regiões diminuirá a concorrência e trará prejuízos significativos aos consumidores em razão da concentração do mercado, o que deve ser evitado. O Edital permite a formação de consórcios entre as empresas para atender os requisitos exigidos, mas, mesmo assim, os conglomerados porventura formados impedirão o ingresso de empresas menores no sistema. Em outras palavras: a concentração do vultoso serviço em apenas 5 grandes conglomerados empresariais não atende ao interesse público e fere o princípio da livre concorrência”.

Por ser um setor muito abrangente, com diversas realidades específicas em cada mercado, tais considerações devem ser levadas em conta pelo formulador da política pública. A desregulação de serviços públicos tem sido um bom exemplo no âmbito federal. Por meio do instituto da autorização (com contornos regulatórios mais flexíveis), tem-se proporcionado fortes avanços nos serviços de telecomunicações – com seis concessionárias e mais de 268 autorizatárias nos serviços de STFC³¹ e 45 autorizatárias de serviços de SMP –³² e nos serviços portuários – com 180 terminais de uso privado autorizados até o ano de 2016 –,³³ por exemplo.

É certo, por outro lado, que a técnica de desregulação por meio de autorizações não é aproveitável para todos os serviços públicos e, mesmo quando admitida em determinado setor, não o é em igual intensidade. Apesar da plena liberdade à entrada e à saída ser uma técnica viável nos transportes aeroportuários de passageiros, por exemplo, não necessariamente tal mecanismo será recomendável no campo do transporte rodoviário. *There's no one size fits all*. A própria experiência europeia – importante modelo de desregulação no setor de transporte rodoviário de passageiros – demonstra tal preocupação, principalmente a partir do exemplo britânico. Fatores como a *sustentabilidade*, *viabilidade operacional* e o equilíbrio dos serviços públicos prestados são essenciais na ponderação para adoção da técnica autorizativa.

Assim, é possível que a realidade fática determine que, para um mesmo setor da economia, a regulação seja mais flexível (autorizações) em parcelas contestáveis dos serviços e mais rígidas (concessões) em parcelas não contestáveis, em um exercício de assimetria regulatória. Em ambos os casos, todavia, as opções devem estar à disposição do administrador público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O atual estágio da regulação estatal no Brasil. In: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 227, 260.
- ARAGÃO, Joaquim José Guilherme. Transições institucionais nos transportes públicos: a experiência britânica de desregulamentação. *Revista Transportes, Anpet*, vol. 3, n. 2, 1995. Disponível em: <https://www.revistatransportes.org.br/anpet/issue/view/30/showToc>. Acesso em: 20.12.2017.

31. Cf. <http://www.telebrasil.org.br/panorama-do-setor/consulta-a-base-de-dados>. Acesso em: 10.11.2017.

32. Cf. <https://sistemas.anatel.gov.br/stel/consultas/ListaPrestadorasServico/tela.asp?pNumServico=010>. Acesso em: 10.11.2017.

33. Cf. <http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/investimentos/terminais-de-uso-privado>. Acesso em 10.11.2017.



www.antp.org.br

- ARTESP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo. Concorrência Internacional nº 01/2016, anexo I: Termo de Referência, 2018.
- AZEVEDO, Maria Eduarda. *Temas de direito da economia*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2015.
- BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Nota Técnica nº 015/2015/Gerot/Supas/ANTT. 22.06.2015.
- BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Parecer analítico sobre regras regulatórias nº 184/2016-COGCR/Sucon/Seae/MF. 29.06.2016.
- BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Instruções para solicitar modificações operacionais e dos mercados à ANTT. 1ª edição. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.antt.gov.br/passageiros/Servicos_e_informacoes_para_empresas_que_ope_ram_o_servico_Regular_Rodoviario.html. Acesso em: 29.08.2018. Acesso em: 29.08.2018.
- BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Parecer analítico sobre regras regulatórias nº 18 COGTL/Seae/MF. 22.01.2016.
- CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. A crise brasileira nos transportes e a experiência federalista regulatória norte-americana. *RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 22, 2008, versão obtida digitalmente. Acesso em: 10.04.1017.
- COUTINHO, Diogo R. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65, 86.
- DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities? *Journal of Law and Economics*, vol. 11, n. 1, p. 55, 65, abr. 1968.
- FERRAZ, Sérgio; SAAD, Amauri Feres. *Autorização de serviço público*. Mimeo. 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- _____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *RDA*, Rio de Janeiro: FGV, vol. 228, n. 13, p. 13, 30, 2002.
- _____. *Agências reguladoras independentes. Fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. Regulação econômica e suas modulações. *RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 28, 2009.
- MEDAUAR, Odete. Regulação e autorregulação. *RDA*, Rio de Janeiro: FGV, vol. 228, n. 13, p. 123, 128, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Transporte coletivo intermunicipal. Estudos e pareceres de direito público. *RT*, São Paulo, vol. 7, p. 153, 168, 1983.
- _____. Transporte coletivo intermunicipal. Estudos e pareceres de direito público. *RT*, São Paulo, vol. 2, p. 347, 360, 1977.

- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Teoria da regulação. In: CARDOSO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Mácia Walquíria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo econômico*, vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 119, 148.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MOTA, Carolina Theodoro da Silva. Regulação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 161, 178.
- NESTER, Alexandre Wagner. A evolução do conceito jurídico de autorização na doutrina brasileira. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Guimarães (org.). *O direito administrativo na atualidade. Estudos em homenagem a Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 108, 128.
- OECD. *The OECD report on regulatory reform: synthesis*. Paris, 1997. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>>. Acesso em: 10.09.2017.
- OLIVEIRA, Alessandro V. M. A experiência brasileira na desregulamentação do transporte aéreo: um balanço e propositura de diretrizes para novas políticas. Documento de Trabalho nº 45. Brasília: 2007. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2007/DT_45.pdf>. Acesso em: 10.10.2017.
- PINTO, Joelma Sílvia Santos. A regulação do estado no campo econômico: breve introdução ao direito da concorrência. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Direito concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 259, 276.
- POSSAS, Mario; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Defesa da concorrência e regulação. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, jan./jul. 1998.
- POSSAS, Mario; PONDÉ, João Luiz; FAGUNDES, Jorge. *Regulação da concorrência nos setores de infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*. [s/d]. Mimeo. Disponível em: << http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/regulacao_da_concorrenCIA_nos_setores_de_infraestrutura_no_brasil.pdf >>. Acesso em: 20.09.2017.
- RACHED, Danielle Hanna. Desregulação e telecomunicações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 123, 141.
- SAAD, Amauri Feres. Autorização de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros de titularidade dos estados: reflexões a partir da obra de Hely Lopes Meirelles. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Guimarães (org.). *O direito administrativo na atualidade. Estudos em homenagem a Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 132, 161.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do Cade*. Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, 2012.
- STEER DAVIES GLEAVE. *Comprehensive study on passenger transport by coach in Europe*. Londres, 2016. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/modes/road/studies/doc/2016-04-passenger-transport-by-coach-in-europe.pdf>. Acesso em: 10.12.2017.



www.antp.org.br

- TUROLLA, Frederico Araujo; OHIRA, Thelma Harumi; LIMA, Maria Fernanda Freire de. *Concorrência, convergência e universalização no setor de telecomunicações no Brasil*. 2011. Disponível em: http://www.telcomp.org.br/site/wp-content/uploads/downloads/2011/12/20070913_Estudo-Converg%C3%AAncia_Pezco.pdf. Acesso em: 10.12.2017
- VAZ, Alexildo Velozo; OLIVEIRA JÚNIOR, João Alencar. *Caracterização regulatória do sistema de transporte ferroviário de cargas (STFC)*. Mimeo. Disponível em: << <http://academia.edu>>>. Acesso em: 30.09.2017.
- VINHAES, Elbia; SANTANA, Edvaldo. Mercados contestáveis e competição no novo modelo do setor elétrico brasileiro. *Análise Econômica*, Faculdade de Ciências Econômicas, UFRGS, n. 33, ano 18, mar. 2000, p. 53, 68.
- VISCUSI, W. KIP; HARRINGTON JR, Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. 4ª edição. Cambridge: MIT Press, 2005, versão digital.
- WRIGHT, Charles L. A questão do monopólio no transporte rodoviário de passageiros. *Revista dos Transportes Públicos*, ANTP, n. 49, p. 5, 22, ano 12, 1990.