

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA EMPRESARIAL DA COMARCA DA CAPITAL

Ação Civil Pública n.º 0082365-89.2012.8.19.0001

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO e a AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS, FERROVIÁRIOS E METROVIÁRIOS E DE RODOVIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGESTRANSP, pessoas jurídicas de direito público interno, com endereço para o recebimento de intimações na Rua do Carmo, nº 27, Centro, Rio de Janeiro/RJ, vêm, pelo Procurador do Estado que esta subscreve, nos autos da Ação Civil Pública em referência, ajuizada pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR E TRABALHADOR – ABRADECONT, com fulcro nos arts. 297 e 188 do Código de Processo Civil, oferecer

CONTESTAÇÃO

mediante os fatos e fundamentos que passam a expor.

I – DA TEMPESTIVIDADE

A juntada dos mandados de citação cumpridos deu-se em 16 de abril de 2012. Assim, a teor do que dispõe o art. 241, inciso II, do Código de Processo Civil, iniciou-se o curso do prazo para o oferecimento de contestação no dia seguinte, 17 de abril de 2012.

Sendo o prazo da Fazenda Pública da contestação em quádruplo, por força do disposto no art. 188 do CPC, encerra-se o prazo de 60 (sessenta) dias em 15 de junho de 2012.

Logo, manifestamente tempestiva é a presente contestação.

II – BREVE RESUMO DA EXORDIAL

Cuida-se de ação civil pública, com pedido de medida liminar, em que a Associação Autora se insurge contra a fixação da tarifa de R\$ 4,50 (quatro reais e cinquenta centavos) para o transporte aquaviário de passageiros, vigente desde 3 de março de 2012, no trajeto *Praça XV de Novembro-Arariboia* e vice-versa (*Rio-Niterói*). Afirma que a tarifa sofreu majoração da ordem de 60% (sessenta por cento) – o que corresponderia ao décuplo do reajuste do salário-mínimo –, mas o serviço público prestado seria inadequado às necessidades da população.

O reajuste da tarifa, antes correspondente a R\$ 2,80 (dois reais e oitenta centavos), estaria fundado no Decreto Estadual nº 43.441, de 30 de janeiro de 2012, que se haveria baseado em relatório final da Fundação de Amparo à Pesquisa e Extensão Universitária (FAPEU), da Universidade de Santa Catarina, e em recomendação da AGETRANSP, veiculada na Deliberação nº 323, de 29 de setembro de 2011, segundo a qual haveria desequilíbrio econômico e financeiro no contrato de concessão do serviço público.

Argumenta que o mesmo estudo propôs nova metodologia para o equacionamento do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, segundo o qual o valor da tarifa deveria passar a R\$ 3,18 (três reais e dezoito centavos). Aduz que a Assembleia Legislativa do Estado, por intermédio da Lei Estadual nº 6.138/11, teria aprovado os subsídios concedidos pelo **ESTADO** à **BARCAS S/A**.

Sustenta que o aumento seria irrazoável e desnecessário, na medida em que: (i) teriam sido desconsideradas outras fontes de receita, *v.g.* a publicidade e as linhas seletivas; (ii) como acima relatado, os estudos técnicos demonstrariam que o reajuste poderia ter sido menor; (iii) a Ré **BARCAS S/A** teria “triplicado de tamanho, embora a maioria de seus custos permanecesse igual ou variando entre um aumento de 6% (seis por cento) a 8% (oito por cento) entre os anos de 2002 a 2008”, pelo que exibiria saúde financeira.

Alega a Autora que a definição do art. 1º, § 3º, da prefalada Lei Estadual nº 6.138/2011 da *tarifa de equilíbrio* importaria diluição, na tarifa do serviço, de “valores que já deveriam ter sido investidos pela concessionária e não o foram por razões alheias ao estipulado no processo de licitação.”

Em amparo de sua pretensão, a Autora invoca os arts. 2º, 3º e 4º, I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), para identificar a relação consumerista entre os usuários do serviço público de transporte aquaviário de passageiros e a Ré **BARCAS S/A**. Refere-se, ademais, ao art. 6º, § 1º, da Lei Federal nº 8.987/95, naquilo que define o *serviço público adequado*, exigindo, para a sua configuração, a *modicidade das tarifas*. Em seguida, menciona novamente o CDC, em seus arts. 39, V e X, e 51, IV e § 1º, I a III, para caracterizar vantagem excessiva do prestador do serviço e nulidade da fixação da tarifa.

Requer, ao final, a concessão de liminar para manter a tarifa do trecho Praça XV – Araribóia – Praça XV no valor anterior ao reajuste (qual seja, de R\$ 2,80) ou, em último caso, permitir sua correção no percentual de 6% (seis por cento), que seria o índice aplicado ao salário-mínimo, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00. Postula a condenação dos Réus de absterem-se da cobrança de tarifa de R\$ 4,50 (quatro reais e cinquenta centavos) no indigitado trecho aquaviário ou, alternativamente, a prática de tarifa reajustada em consonância com o índice de correção de 6% (seis por cento), aplicado ao salário-mínimo vigente no país.

Ocorre que, *permissa maxima venia*, não merece prosperar a ação, como adiante restará plenamente demonstrado.

III – DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO MM. JUÍZO DA 4ª VARA EMPRESARIAL

Impende assinalar, antes de tudo, que o **MM. Juízo da 4ª Vara Empresarial é absolutamente incompetente para o julgamento da causa**. É o que se infere do cotejo entre os arts. 97, I, “a”, e 101 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ), *verbis*:

Art. 97. Aos Juízes de Direito das Varas da Fazenda Pública compete, por distribuição:

I – aos da 1ª a 10ª, processar e julgar:

a) as causas em que o Estado, suas Autarquias, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e as Fundações que aquele criar forem interessados como autores, réus, assistentes ou oponentes, e as que delas forem oriundas ou acessórias, ressalvada a competência da 11ª Vara da Fazenda Pública; [...]

Art. 101. Aos Juízes de Direito das Varas Empresariais compete, por distribuição, exercer as atribuições definidas no art. 91, e também processar e julgar as ações coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

É de imediata constatação que existe nítida relação de especialidade do art. 97, I, “a” em relação ao art. 101 do CODJERJ. Vale dizer, a lei atribui aos Juízes das Varas da Fazenda Pública a competência para julgar as causas em que o **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** for réu, qualquer que seja o tema – a única ressalva legal diz respeito justamente à matéria, atribuindo a competência à 11ª Vara da Fazenda Pública quando se cuidar de questão tributária.

Perceba-se que, ao contrário do que sustenta a Autora, a questão ainda não está pacificada no âmbito do E. Tribunal de Justiça. São raros os acórdãos que encampam a tese da competência das Varas Empresariais para casos como o vertente, mesmo porque, *concessa maxima venia*, é de sobejo obviedade a atribuição legal das Varas da Fazenda Pública para os processar e julgar. Releiam-se, aliás, os dispositivos do CODJERJ acima mencionados – há, de fato, um silêncio eloquente na legislação: se a única matéria que a lei excepcionou da competência da 1ª à 10ª Varas da Fazenda Pública foi a matéria tributária, é certo concluir que os demais temas estão dentro de seu feixe de competências funcionais, sempre que o **ESTADO** for parte no feito.

Sem prejuízo dessas considerações, permita-se antecipar em parte a digressão que será aprofundada em posterior capítulo desta contestação. Ainda que não se possa – e nem mesmo se pretenda – afastar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) nas questões que versem sobre serviços públicos concedidos como o transporte aquaviário de passageiros, não é menos correto asseverar que a

legislação consumerista se aplicará com indispensáveis temperamentos. Nos dizeres de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, *verbis*:

“É sob esse prisma que, apesar de o art. 7º, *caput*, da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos – Lei nº 8.987/95 fazer remissão genérica ao Código de Defesa do Consumidor, qualificando, portanto, os usuários de serviços públicos também como consumidores, se entende que, se essa equiparação não é em si incorreta, demanda algumas cautelas, já que muitos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor não poderão ser aplicados por não serem compatíveis com o regime de direito público dos serviços públicos. Nestes, por exemplo, há a possibilidade de alteração das suas cláusulas regulamentares, o que não pode ser obstado pelos eventuais delegatários ou usuários. Ademais, o contrato de concessão de serviço público tem regime jurídico complexo, com vínculos internos – entre Poder Concedente e concessionários – e externos – entre concessionário e usuários, e os usuários entre si, configurando o que a doutrina civilista chama de ‘contratos coligados’.”¹

Portanto, muito embora as normas do CDC sejam aplicáveis aos serviços públicos, suas características específicas impõem a conclusão de que **não se trata, in casu, de uma questão puramente consumerista**. Ao revés, demanda a apreciação de inúmeras outras variáveis, como, por exemplo, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão celebrado entre o **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e a **BARCAS S/A TRANSPORTES MARÍTIMOS**, corréus neste feito. Forçosamente, pois, atrai-se a **incidência do regime jurídico-administrativo** e, por conseguinte, a **competência funcionalmente especializada dos Juízos das Varas de Fazenda Pública**.

Impende, destarte, seja acolhida esta preliminar, com o declínio da competência para uma das Varas da Fazenda Pública, em livre distribuição, a teor do que preceitua o art. 97 do CODJERJ.

IV – DO MÉRITO

Impende verificar que, no mérito, não assiste razão à Autora. Com efeito, a exposição constante da inicial, *data venia*, simplifica em demasia o debate, desconsiderando questões fundamentais para a adequada compreensão da política tarifária dos serviços públicos concedidos, em especial o de transporte aquaviário

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e Direito do Consumidor: Possibilidades e Limites da Aplicação do CDC. In *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008, p. 19. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 4 de junho de 2012.

de passageiros, nos moldes em que prestado no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Confirmam-se.

1. DO CONCEITO DE MODICIDADE TARIFÁRIA E A SUA RELAÇÃO COM O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

A rigor, a *vexata quaestio* gira em torno do atendimento, ou não, da exigência legal de *modicidade tarifária* como requisito para a configuração do serviço *adequado*, nos termos em que estabelece o art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95. Ocorre que a determinação da *tarifa módica*, por se tratar de um *conceito jurídico indeterminado*, vai além do que meramente se poderia considerar *parco, modesto* ou *moderado*, sinônimos que oferece a lexicografia. Explica-se: a determinação da tarifa módica não considera apenas o desembolso a ser praticado pelo usuário do serviço público, mas também a remuneração do concessionário, que contratou com a Administração Pública com vistas à obtenção legítima de lucro na prestação do serviço público. ALINE PAOLA CORREA BRAGA CAMARA DE ALMEIDA, com propriedade, define a ideia de modicidade tarifária nos seguintes termos, *verbis*:

“Constata-se, pois, que a modicidade tarifária expressa conceito de tarifa justa, tanto sob o foco do concessionário – valor suficiente para a remuneração do serviço, sem que importe em lucros exacerbados – como do usuário – quantia que possa ser desembolsada sem sacrifício excepcional.

[...]

Por isso, tarifa módica é a tarifa justa: aquela que remunera o concessionário pela prestação do serviço público *adequada* (de acordo com o que foi estabelecido no contrato) e permite acesso pelo usuário.”²

Como se antecipou em tópico anterior desta peça de bloqueio, a determinação das tarifas dos serviços públicos não pode, sob o signo da *modicidade*, considerar única e exclusivamente a posição do usuário em face do prestador do serviço – valendo dizer, o concessionário; é indispensável que também considere a relação estabelecida por contrato administrativo, entre o concessionário e o poder concedente, de modo a que se mantenha, durante a vigência do contrato, a equação econômico-financeira originariamente pactuada. Trata-se de direito constitucionalmente assegurado ao concessionário de serviço público, como se infere da leitura do art. 37, XXI, da Carta Política de 1988, *verbis*:

² ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. *As Tarifas e as Demais Formas de Remuneração dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 152-153. O grifo é do original.

Art. 37. [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Isso significa que, nos contratos de concessão de serviços públicos, mormente naqueles em que, como no caso em apreço, o concessionário é remunerado exclusivamente por intermédio da cobrança de tarifas, é direito do concessionário a revisão contratual sempre que se verificar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo a restaurar a equação formada quando da celebração da avença. É também o que determina a Lei nº 8.987/95, em textual:

Art. 9ª-A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. [...]

§ 2º-Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

Pois bem: apurou-se, por intermédio do estudo da FAPEU, que **havia desequilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão celebrado entre o ESTADO e a BARCAS S/A**. Trata-se de **fato incontroverso**, expressamente admitido pela própria Autora, do qual decorre, por força de lei, o direito da concessionária ao reajuste tarifário, nos termos do contrato de concessão do serviço público. *In casu*, as Cláusulas Décima Segunda, §§ 1º e 2º, Décima Quarta, §§ 1º e 2º, Vigésima Primeira, inciso VII e Anexo IV, título “Revisão de Tarifa” do contrato de concessão autorizavam a revisão tarifária quinquenal, para fins de reencontro do equilíbrio econômico-financeiro inicial, consoante postulado pela **BARCAS S/A** perante a **AGETTRANSP**.

É bem de ver, a esse propósito, que a questão da saúde financeira da concessionária do serviço público é questão irrelevante para o deslinde da controvérsia, na medida em que pode ser oriunda de razões várias e eventualmente alheias ao contrato de concessão celebrado com o poder concedente. O que importa, na verdade, é o **equilíbrio econômico-financeiro do contrato tal como pactuado**, que, como resta incontroverso neste feito, **foi quebrado**. Logo, **a revisão tarifária, por força do próprio contrato de concessão, é inelutável**.

2. DA EVOLUÇÃO DA POLÍTICA TARIFÁRIA E DA DELIBERAÇÃO AGETRANSP Nº 323/2011

O procedimento de revisão tarifária do transporte aquaviário de passageiros contou com os estudos técnicos da FAPEU, como é cediço. Tais estudos foram acompanhados por Grupo de Trabalho designado pela AGETRANSP (Portaria nº 67/2010) e constituído por servidores da própria Agência Reguladora.

Por intermédio da Deliberação nº 323, de 29 de setembro de 2011 (cópia anexa), o Conselho Diretor da AGETRANSP decidiu, em síntese, no sentido de:

- a) reconhecer a existência do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, relativo ao período de 2003 a 2008, conforme o relatório final da FAPEU, chancelado pelo Grupo de Trabalho;
- b) recomendar ao poder concedente e à concessionária a análise das propostas encaminhadas pela FAPEU, relativas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e à readequação da fórmula tarifária;
- c) homologar as tarifas de equilíbrio propostas para o 3º quinquênio da concessão, tais como estabelecidas no Relatório Final apresentado pela FAPEU;
- d) recomendar ao poder concedente e à concessionária a **aplicação de tarifa única para todas as linhas do sistema aquaviário** no valor de **RS 4,70 (quatro reais e setenta centavos)**, cumprindo ao poder concedente a definição da melhor forma de subsidiar a diferença entre as tarifas homologadas e o valor único recomendado.

Esta última recomendação merece apreciação mais detida. A Deliberação AGETRANSP foi adotada de modo unânime, prevalecendo a posição do Conselheiro Relator, cujo voto (cópia anexa) é esclarecedor quanto à recomendação. Como se observa no histórico dos valores das tarifas (cópia anexa), praticavam-se valores bem distintos nas várias linhas do sistema aquaviário e, em alguns casos, valores diferentes numa mesma linha conforme se tratasse de dia útil ou não. Não é demais registrar que a perspectiva apresentada pela Autora em sua exordial simplesmente desconsidera que as barcas não atendem apenas ao deslocamento Rio de Janeiro-Niterói, contemplando também – e sob a responsabilidade da mesma concessionária – o transporte a Paqueta à Ilha do Governador e à Ilha Grande (neste último caso, saindo de Mangaratiba e de Angra dos Reis).

Consta do voto a remissão às conclusões alcançadas pelo Grupo de Trabalho AGETRANSP, que recomendou a revisão da estrutura tarifária. Reconheceu-se que sem prejuízo do claro desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão

não seria possível a separação contábil exata, por linha de operação, dos custos e despesas operacionais que comporiam a sistemática tarifária. Acolheram-se também as ponderações da concessionária, que relatou dificuldades de adoção de controles eficientes, que seriam:

“[...] decorrentes de *situações que não obedecem planejamento, cronologia ou padrão*”. Entre elas, destacam-se:

- a) barcos de dimensões diferentes, com padrões de consumo e tripulações diferentes, utilizados em mais de uma linha, em horários e frequências diferentes;
- b) a apropriação de custos por embarcação ou terminal fica prejudicada quando, por exemplo, são adquiridos materiais de consumo que vão a estoque para uso e consumo de acordo com a demanda de casa usuário. As quantidades variam de período a período. Existem médias de quantidades e volumes usados para reposição de estoque, somente;
- c) quantidades e tipos de manutenções corretivas nas embarcações. Dependendo da ocorrência, embarcações ficam mais ou menos tempo em manutenção, que pode acontecer ou não em estaleiro, que tanto utiliza material em estoque quanto material a ser adquirido ou, ainda, que pode ser executada por pessoal próprio, contratado ou ambos;
- d) mesmo o consumo de combustível, adquirido em grandes quantidades, varia de acordo com o tipo de embarcação, que pode estar em operação ou não, que pode ir à manutenção de tanque cheio ou não;
- e) das despesas operacionais, as de maior influência sobre o cálculo tarifário são os custos de combustíveis e lubrificantes, que representaram em média 28% dos custos no segundo quinquênio, e pessoal que representaram, em média, 44% no período. Na conta de pessoal estão consideradas as despesas com pessoal contratado (folha de pagamento), cooperados, terceirizados, respectivos encargos sociais e benefícios, além de verbas rescisórias. [...]”

Diante desse quadro, o Grupo de Trabalho AGETRANSP concluiu pela possibilidade de alteração do próprio marco regulatório, uma vez que a simples correção da fórmula tarifária seria, de acordo com o estudo da FAPEU, insuficiente para o equacionamento do incontestável desequilíbrio econômico-financeiro da concessão. Impunha-se a negociação entre o poder concedente e a concessionária, de modo a adaptar o marco regulatório às reais condições de prestação do serviço.

A proposta do Grupo de Trabalho foi acatada pelo Conselho Diretor da AGETRANSP, que recomendou a apreciação, pelas partes do contrato de concessão,

da proposta de fixação de tarifa única, diante da impossibilidade fática, acompanhada pela instância técnica instrutiva da Agência Reguladora, de a concessionária proceder à apropriação dos custos separadamente, por cada linha de operação (segregando-se, por exemplo, os custos do trecho Praça XV – Arariboia ou do trecho Mangaratiba – Abraão). Vale dizer, os custos operacionais das linhas misturam-se de tal maneira que inviabilizam a determinação de tarifas de equilíbrio diferenciadas por linha – a manutenção desse modelo tarifário tenderia a ampliar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Trata-se, é importante frisar, de medida legítima, consagrada pela *teoria das escolhas administrativas* a que se refere SERGIO GUERRA³ quando da definição dos marcos regulatórios. Cumpre ao ente regulador, em observância da *reflexividade administrativa*, adotar justificativas claras e objetivas de decisão, plenamente sindicáveis, baseadas na experiência do mercado regulado, uma vez que se lhe impõe atuar para o seu adequado funcionamento.

No caso em apreço, cumpria à AGETRANSP propor ao poder concedente – ESTADO – que considerasse a adoção de novo marco regulatório que fosse capaz, diante das circunstâncias concretas da prestação do serviço de transporte aquaviário de passageiros, de viabilizar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e, assim, a **própria continuidade do serviço público**, exigência expressa em lei. Nesse sentido, o panorama fático demonstrou que a política tarifária precisaria seguir a lógica vigente para a apropriação dos custos do serviço, o que se daria mediante a fixação de *tarifa única de equilíbrio*, sem prejuízo de, alteradas as condições da prestação do serviço, novo marco regulatório fosse posteriormente instaurado.

Por tais razões, o Poder Executivo encaminhou projeto de lei que veio a redundar na edição da Lei Estadual nº 6.138, de 28 de dezembro de 2011, que dispõe, *verbis*:

LEI Nº 6138, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2011.

ALTERA A LEI Nº 2804, DE 8 DE OUTUBRO DE 1997, E AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A INSTITUIR NOVA ESTRUTURA TARIFÁRIA PARA O SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica revogado o Parágrafo Único do art. 6º da Lei nº 2804, de 8 de outubro de 1997, acrescentando-se-lhe os seguintes parágrafos:

³ GUERRA, Sergio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

“§ 1º A nova estrutura tarifária do transporte aquaviário de passageiros, categoria social, passa a contemplar as seguintes modalidades tarifárias:

- a) Tarifa Aquaviária de Equilíbrio;
- b) Tarifa Aquaviária Social e Temporária;
- c) Tarifa Aquaviária Turística.

§ 2º A partir de 02 de fevereiro a concessionária do serviço público de transporte aquaviário de passageiros é vedada cobrança de valores diferenciados na exploração dos percursos de categoria social dentro da Baía de Guanabara e na linha intermunicipal Angra – Abraão - Mangaratiba, ficando estabelecido como tarifa de equilíbrio única para essas linhas o valor determinado em Decreto do Chefe do Poder Executivo e refletido no contrato de concessão, respeitados os horários e locais de parada já fixados no contrato de concessão.

§ 3º A Tarifa Aquaviária de Equilíbrio será proposta pela Agência Reguladora de Serviços de Transportes Concedidos – AGETRANSP, de forma que atenda à união dos preceitos de retorno do capital investido e integral pagamento das despesas suportadas para prestação do serviço, devendo ser publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro.

§ 4º A Tarifa Aquaviária Social Temporária é o preço público especial fixado em Decreto do Chefe do Poder Executivo, para atender aos princípios da mobilidade, acessibilidade e universalidade.

§ 5º A Tarifa Aquaviária Social Temporária vigorará até o ano de 2016, quando deverá estar entregue e em operação todas as novas embarcações a serem adquiridas pelo Estado, especificadas em aditivo contratual a ser celebrado com a concessionária, quando será feita uma revisão extraordinária para a avaliação da tarifa de equilíbrio e publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro.

§ 6º O Estado subsidiará o usuário da tarifa aquaviária social temporária, pagando a diferença, apurada em equação econômica, entre a tarifa aquaviária de equilíbrio e a tarifa aquaviária social temporária, de que trata o § 1º do art. 1º multiplicando pelo número de passageiros que fizeram jus à tarifa aquaviária social temporária e sejam cadastrados e portadores do cartão do Bilhete Único,

previsto na Lei 5.628, de 29 de dezembro de 2009, ainda que esses usuários utilizem como único modal de transporte o aquaviário.

§ 7º O usuário, portador do cartão do Bilhete Único, terá direito a realizar duas viagens diárias do transporte aquaviário de passageiros, na categoria social, pagando a tarifa aquaviária social temporária, observada a temporalidade prevista na Lei 5.628, de 29 de dezembro de 2009.

§ 8º O usuário que não portar o cartão do Bilhete Único ou que ultrapassar o número de viagens fixados no parágrafo anterior deverá pagar o valor da tarifa aquaviária de equilíbrio, sem prejuízo de a concessionária praticar livremente descontos promocionais.

§ 9º O contrato de concessão através da AGETRANSP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro, poderá fixar, para as linhas da Ilha Grande e Paquetá, Tarifa Turística, para prestação dos serviços especiais aos usuários que não utilizem habitualmente o transporte aquaviário.

§ 10. A concessionária elevará a oferta diária do serviço público de transporte aquaviário de passageiros, conforme vier a ser estabelecido em cláusula contratual.

§ 11. No prazo de 120 dias, a contar da publicação da presente Lei, o Poder Concedente realizará auditoria externa independente das contas da concessionária e os resultados obtidos deverão obrigatoriamente ser apresentados em Audiência Pública conjunta da Comissão Permanente de Transporte e da Comissão Permanente de Orçamento, Finanças, Fiscalização Financeira e Controle;

Art.2º Fica o Poder Concedente autorizado, após a realização da Auditoria, a substituir o subsídio aplicado à nova estrutura tarifária, por subsídio aplicado às tarifas por linha.

Parágrafo Único. Caso o resultado da Auditoria constatare a necessidade de redução da tarifa, o valor do subsídio será reduzido na mesma proporção.

Art. 3º À Tarifa Aquaviária Social Temporária aplica-se integralmente o disposto no artigo 6º ao artigo 21, da Lei 5.628, de 29 de dezembro de 2009, para fins de implementação, fiscalização e ressarcimento à concessionária.

Art. 4º - Deverão ser consideradas as receitas com as linhas seletivas e as receitas acessórias nos cálculos da situação econômico-financeira do contrato de concessão.

Art. 5º As despesas de execução da Tarifa Aquaviária Social Temporária correrão à conta das dotações orçamentárias para o Fundo Estadual de Transportes, utilizando-se a mesma conta prevista no orçamento para Bilhete Único, que poderá ser suplementada.

Art. 6º Os usuários de Barcas da Ilha do Governador e de Paquetá farão jus ao Bilhete Único, independentemente de integração intermunicipal.

Art. 7º Os moradores de Paquetá e Ilha Grande, devidamente cadastrados, terão direito a uma viagem diária gratuita de ida e volta no transporte aquaviário.

Art. 8º A Concessionária Barcas S/A deverá promover a completa acessibilidade nos terminais e nas embarcações, para garantir a cidadania das pessoas portadoras de deficiência e com mobilidade reduzida.

Art. 9º O Poder Executivo regulamentará a matéria por Decreto, no que couber.

Art. 10 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, em 28 de dezembro de 2011.

SÉRGIO CABRAL
Governador

A Lei Estadual em comento foi regulamentada pelo Decreto nº 43.441, de 30 de janeiro de 2012, que fixou os valores das tarifas para o serviço público concedido de transporte aquaviário de passageiros. Este o seu teor:

DECRETO Nº 43.441 DE 30 DE JANEIRO DE 2012
INSTITUI NOVA ESTRUTURA TARIFÁRIA PARA O
SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO
DE PASSAGEIROS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso das atribuições que lhe confere o inciso IV, da Constituição do Estado, CONSIDERANDO:

– a recomendação da AGETTRANSP no bojo da Deliberação nº 323, de 29 de setembro de 2011, em aplicar tarifa única para todas as linhas no Sistema Público de Transporte Aquaviário;

– a redução em 100% (cem por cento) da base de cálculo do ICMS na prestação interna de serviço de transporte aquaviário intermunicipal de passageiros, concedida por meio do Decreto nº 42.897, de 24 de março de 2011, resultando em uma desoneração tarifária; e

– as disposições da Lei nº 6.138, de 28 de dezembro de 2011, e o contido no Processo Administrativo nº E-10/784/2011.

DECRETA:

Art. 1º - Fica instituída, a partir de 01 de março de 2012, a nova estrutura tarifária para o serviço público de transporte aquaviário de passageiros, categoria social, no Estado do Rio de Janeiro, contemplando as seguintes modalidades tarifárias:

- a) Tarifa Aquaviária de Equilíbrio Única;
- b) Tarifa Aquaviária Social e Temporária;
- c) Tarifa Aquaviária Turística.

§ 1º - A Tarifa Aquaviária de Equilíbrio Única será devida pelo passageiro que não esteja inserido na categoria de usuário beneficiário de outros tipos de tarifas previstas neste Decreto.

§ 2º - Sem prejuízo dos benefícios instituídos pela Lei nº 5.628, de 29 de dezembro de 2009, a Tarifa Aquaviária Social e Temporária será devida pelo passageiro portador do cartão do Bilhete Único, para a realização de duas viagens diárias do transporte aquaviário de passageiros.

§ 3º - A Tarifa Turística será devida pelo passageiro destinado às Ilhas Grande e de Paquetá e que nelas não seja residente ou trabalhe.

Art. 2º - Fica estabelecida a Tarifa Aquaviária de Equilíbrio Única em R\$ 4,50 (quatro reais e cinquenta centavos).

Parágrafo Único - O usuário que não portar o Cartão do Bilhete Único ou que ultrapassar o número de viagens fixados no § 2º do art. 1º deste Decreto deverá pagar o valor fixado no caput deste artigo, sem prejuízo de a Concessionária praticar livremente descontos promocionais.

Art. 3º - Para atender aos princípios da mobilidade, acessibilidade e universalidade fica estabelecida a Tarifa Aquaviária Social e Temporária em R\$ 3,10 (três reais e dez centavos).

Parágrafo Único - O Estado subsidiará por intermédio do Fundo Estadual de Transportes o beneficiário da Tarifa Aquaviária Social e Temporária, pagando a Concessionária pela diferença entre a Tarifa Aquaviária de Equilíbrio Única e o valor estabelecido no caput deste artigo.

Art. 4º - O valor da Tarifa Turística será fixada nos moldes estabelecidos pela AGETRANSP, não podendo ser inferior ao valor da Tarifa Aquaviária de Equilíbrio Única.

Art. 5º - Aos residentes nas Ilhas Grande e de Paquetá, portadores do Cartão de Bilhete Único, será concedida gratuidade de uma viagem diária de ida e volta no transporte aquaviário, mediante cadastramento prévio.

Parágrafo Único - O Estado ressarcirá a Concessionária no âmbito do Fundo Estadual de Transportes e do Bilhete Único pela integralidade das gratuidades de que trata o presente artigo, no valor vigente da Tarifa Aquaviária de Equilíbrio Única.

Art. 6º - As disposições deste Decreto não se aplicam à linha seletiva Praça XV de Novembro - Charitas.

Art. 7º - Fica a concessionária responsável pela plena divulgação do novo sistema tarifário objeto deste Decreto, devendo tomar todas as medidas necessárias para que os usuários beneficiários da Tarifa Social Temporária e das Tarifas Gratuitas possam cumprir todos os requisitos previstos neste Decreto para o gozo dos benefícios nele previstos.

Art. 8º - Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, com efeitos jurídicos a partir de 01 de março de 2012.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 2012.

SÉRGIO CABRAL
Governador

Como se nota, cuidou o **ESTADO**, no exercício de suas competências legislativas, de estabelecer novo marco regulatório para a política tarifária, de modo a:

- a) estabelecer Tarifa Única de Equilíbrio para todas as linhas, em observância da *reflexividade administrativa*, em valor até inferior à própria recomendação da **AGETRANSP**;
- b) ressaltar, por outro lado, a possibilidade de revisão da estrutura tarifária após a conclusão de auditoria, bem como a sua revisão extraordinária em 2016, quando estará a concessionária obrigada a ter novas embarcações em plena operação (com a eventual modificação do panorama fático de apropriação dos custos);
- c) respeitar a *modicidade tarifária*, uma vez que:

- i. não apenas houve a redução de tarifas para determinadas linhas (ex.: Mangaratiba – Abraão), como, para outras, a majoração foi consideravelmente inferior aos valores homologados pela **AGETRANSP** (ex.: Praça XV – Cocotá);
- ii. fixou-se a *Tarifa Social Temporária* para os usuários cadastrados no Bilhete Único a R\$ 3,10 (três reais e dez centavos), inferior à homologada para o trecho Praça XV – Arariboia, sendo a diferença tarifária subsidiada pelo poder concedente (para garantia do equilíbrio econômico-financeiro e respeito à *generalidade* do serviço).

Deu-se, na verdade, uma alteração do modelo de estruturação tarifária, passando-se à adoção do *custo médio*, segundo o qual, na lição da já citada jurista ALINE PAOLA CORREA BRAGA CAMARA DE ALMEIDA, calcula-se a tarifa “em função da divisão de tudo o que foi despendido para a execução do serviço por todos os usuários, de modo proporcional ao seu consumo”⁴. A fórmula prevista na lei, de tarifa única, reparte entre todos os usuários os custos da prestação do serviço público de transporte aquaviário de passageiros, de modo a que a arrecadação das linhas economicamente viáveis suporte os custos dos trechos deficitários.

Afirma-se normalmente que a tarifa média será um critério justo entre o concessionário e o usuário – portanto, *módico* – quando a questão primordial dos serviços públicos não seja relacionada com a ideia de inclusão social⁵. Ocorre que, no caso em apreço, não se pode considerar a tarifa média isoladamente, na medida em que a Lei nº 6.138/11 a combina com a Tarifa Social (vinculada ao *Bilhete Único*) e, como antes visto, subsidiada pelo **ESTADO**. Em outras palavras, porquanto combinada com outras medidas de cunho socialmente inclusivo, a *Tarifa Única de Equilíbrio* se apresenta como um justo critério de consecução da modicidade tarifária preconizada pela Lei nº 8.987/95.

⁴ ALMEIDA, ob. cit., p. 171.

⁵ *Idem, ibidem.*

3. DA CONFIRMAÇÃO: A PERSPECTIVA MERAMENTE CONSUMERISTA É INSUFICIENTE À APRECIACÃO DO CASO EM TELA

Resta demonstrado, portanto, que a mera invocação do Código de Defesa do Consumidor no caso vertente não é capaz de oferecer solução juridicamente consistente para a controvérsia instaurada nestes autos, sob pena de ignorar a questão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Ora, esse é um aspecto tão fundamental que, se inobservado, poderá gerar efeitos absolutamente deletérios, que podem chegar à completa inviabilização da prestação de serviço público essencial, com o seu colapso. A determinação de tarifas que não sejam capazes de equacionar a relação entre poder concedente e concessionário gerará, necessariamente, uma destas duas consequências: ou (i) o serviço público poderá ser descontinuado, obrigando a sua encampação pelo **ESTADO**, ou (ii) o poder concedente será obrigado a subsidiá-lo de tal forma que passará a suportar o risco que, pela própria natureza do contrato de concessão de serviço público – nos termos em que o institui a Lei nº 8.987/95 –, cumpre integralmente ao concessionário. Em qualquer das hipóteses, a concessão do serviço restaria inteiramente desfigurada, com prejuízos qualitativos ao serviço e evidentes danos financeiros ao Erário.

4. DA CONCLUSÃO INAFASTÁVEL: TRATA-SE DE SOLUÇÃO TÉCNICA, QUE ESCAPA ÀS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS DO PODER JUDICIÁRIO

Mais se pode dizer. A exposição feita acima estrema de qualquer dúvida a seguinte conclusão: o **ESTADO**, como poder concedente, acolheu recomendação da **AGETTRANSP** de cunho eminentemente técnico, como devem ser, em regra, as manifestações das agências reguladoras, para modificação do marco regulatório.

O que pretende a Autora nesta ação, na verdade, é que o Poder Judiciário substitua-se ao ente regulador para fixar a *tarifa módica* do serviço de transporte aquaviário de passageiros. Como, então, poderia esse MM. Juízo definir a tarifa adequada?

É de imediata constatação que se cuida de **avaliação de cunho técnico**, que ultrapassa uma avaliação meramente jurídica e toca as searas econômica, contábil, logística e operacional, dentre outras. Não é por outra razão que se a confia à agência reguladora, funcionalmente aparelhada e especializada para o exame.

Em outras palavras, a verificação, *in casu*, da modicidade tarifária envolveria o exercício hermenêutico do art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95, missão da qual já se encarregou a **AGETTRANSP**. Reproduzir a missão ou substituir-se ao ente regulador abre ao Poder Judiciário o exercício de mister para o qual não foi institucionalmente concebido. Nos dizeres de CASS SUNSTEIN e ADRIAN VERMEULE, *verbis*:

“Dois pontos são relevantes aqui. Primeiramente, agências [reguladoras] podem estar em melhor posição [em relação aos tribunais] para decidir se o abandono da literalidade do texto realmente faz sentido. Isso se dá principalmente porque as agências possuem grau superior de competência técnica; mas não é irrelevante o fato de que se submetem a certo grau de supervisão democrática. Em segundo lugar, as agências [reguladoras] podem estar em melhor posição para saber se o abandono da literalidade do texto diminuirá seriamente a previsibilidade, se não desestruturar o esquema normativo. [...]”⁶

Portanto, a fixação, neste caso, da tarifa módica – *rectius*, a tarifa de equilíbrio – **escapa** às próprias capacidades institucionais do Poder Judiciário, razão pela qual não é sindicável em juízo. Afirmar o contrário importaria a provocação de indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de decisão administrativa confiada ao Poder Executivo, com evidente afronta à separação de Poderes consagrada no art. 2º da Constituição Federal e no art. 7º da Constituição do Estado. Nesse sentido é a lição de LUÍS ROBERTO BARROSO, em textual:

“[...] Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política. [...]”⁷

Saliente-se, por oportuno, que nem mesmo a proposição alternativa da Autora de se autorizar tão-somente o reajuste da tarifa no mesmo percentual que

⁶ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretations and Institutions. In *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Papers* n. 156. Tradução livre do inglês: “Two points are relevant here. First, agencies are likely to be in a better position to decide whether departures from the text actually makes sense. This is so mostly because agencies have a superior degree of technical competence; but it is not irrelevant that agencies are subject to a degree of democratic supervision. Second, agencies are likely to be in a better position to know whether departures from the text will seriously diminish predictability or otherwise unsettle the statutory scheme. [...]”.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em < http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em 24.05.2012.

o de majoração do salário-mínimo vigente no país é juridicamente aceitável, pela manifesta violação do art. 7º, IV, *in fine*, da Constituição Federal: inviável a pretensão autoral de indexação da tarifa do transporte público aquaviário de passageiros ao salário-mínimo.

Forçoso reconhecer, destarte, que, em face dos limites das capacidades institucionais do Poder Judiciário *vis-à-vis* as decisões regulatórias de cunho eminentemente técnico – como a determinação da política tarifária – e a inconstitucionalidade manifesta do parâmetro proposto pela Autora em caráter alternativo, seja observada a manifestação do agente público democraticamente eleito (o Poder Legislativo, por intermédio da Lei nº 6.138/11, e o Governador do Estado, na edição do Decreto nº 43.441/12), mantendo-se a estrutura tarifária atualmente vigente, com a consequente improcedência de todos os pedidos autorais.

V – DOS PEDIDOS

Em virtude de todo o acima exposto, requerem os Réus que:

1. seja reconhecida a incompetência absoluta do MM. Juízo da 4ª Vara Empresarial, declinando-se a competência a uma das Varas de Fazenda Pública da Comarca da Capital, em livre distribuição;
2. no mérito, sejam julgados **IMPROCEDENTES OS PEDIDOS AUTORAIS**

Protestam pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente o documental, o pericial e o testemunhal.

Termos em que
pedem deferimento.

Rio de Janeiro, 15 de junho de 2012.

FELIPE DERBLI C. BAPTISTA
Procurador do Estado
OAB/RJ n.º 99.423