

SERVIÇOS DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS: AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO



Produzido especialmente
para o informativo do:

Por Antônio Andrada

Assunto que tem recebido grande atenção nos últimos meses em todo o mundo, inclusive no Brasil, diz respeito à prestação dos serviços de transporte individual de passageiros, em decorrência, sobretudo, do surgimento da *Uber*, prestadora de serviços na área que possui grande atuação nas principais metrópoles mundiais.

Especificamente no Brasil, o assunto tem recebido diversas abordagens sob o ponto de vista jurídico. Se, por um lado, diversos autores têm se manifestado pela ilegalidade dos serviços oferecidos por particulares, com fundamento principal nas Leis 12.468/11 e 12.587/12, que consideram o serviço de táxi como público, outros, com fundamento nos princípios constitucionais da livre iniciativa e concorrência, defendem que não há prestação de serviços públicos e, por isso, seria juridicamente impossível a exigência da realização de procedimento licitatório.

Primeiramente, antes de nos posicionarmos quanto ao assunto, é fundamental que se compreenda em que consistem os serviços públicos para, em seguida, avaliarmos se o transporte individual de passageiros pode ser definido como tal. No que se refere à conceituação precisa de “serviço público”, verifica-se grande divergência na doutrina, como reconhecido de forma cristalina por Carvalho Filho¹:

Constitui traço de unanimidade na doutrina a dificuldade de definir, com precisão, serviços públicos. Trata-se, na verdade, de expressão que admite mais de um sentido, e de conceito que, sobre ter variado em decorrência da evolução do tema relativo às funções do Estado, apresenta vários aspectos diferentes entre os elementos que o compõem.

O fato de haver grande divergência em torno de conceituação que busque a essência do serviço público, porém, não significa que não se possa buscar ao menos parâmetros e noções na Constituição da República. É o que nos afirma o Eminent Professor e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau²:

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2012, 25ª edição, p. 319

² GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2012, 15ª edição, p. 107.

Assim, o que efetivamente há de ser determinante para tanto [identificação de uma atividade como serviço público ou não] será o exame da Constituição, desde que o intérprete tenha compreendido que, em verdade, serviço público não é um conceito, mas uma noção, plena de historicidade, conforme explicitado mais adiante.

Recorrendo ao Texto Constitucional, verifica-se que a Carta Magna confere ao Estado papel secundário na atividade econômica da nação, já que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (art. 1º, IV c/c 170, *caput*) e possui como princípios, dentre outros: a propriedade privada; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor e a busca do pleno emprego (art. 170, II, IV, V, VIII). Não se pode esquecer, ainda, que é livre o exercício profissional (art. 170, parágrafo único).

É neste contexto que André Ramos Tavares leciona acerca do papel do Estado brasileiro no âmbito econômico³:

Resta inequívoca na Constituição Federal a presença do princípio da subsidiariedade, a nortear as atividades do Estado no âmbito do domínio econômico propriamente dito.

Encontra-se na redação do art. 173 sua consagração, na medida em que a exploração de atividade econômica pelo Estado, é considerada uma exceção à regra geral. A Constituição apregoa que ao Estado resta um papel restrito, subsidiário, no contexto econômico do país, mas nem por isso de menor relevância econômica.

Considerando ainda a afirmação de Eros Grau de que “a prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podemos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica”⁴, verificamos que resta ao Estado a prestação de serviços que condizem, diretamente, com sua função. Vale dizer, que atendam necessidades coletivas e sociais de grande relevância e relacionados a direitos fundamentais. Veja-se, mais uma vez, o que leciona o nobre autor⁵:

A doutrina brasileira, na expressão de Cerne Lima, diz ser serviço público “todo serviço existencial, relativamente à sociedade, ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de

³ In MARTINS CARDOZO, José Eduardo et al. (Org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122-123.

⁴ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2012, 15ª edição, p. 99.

⁵ GRAU, 2012, p. 125-126

ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa. Vê-se bem, destarte, a caracterização dele no Brasil, pelos mesmos traços que o distinguem na conceituação de Duguit: serviço público é atividade “indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social”

Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social.

O que se percebe, portanto, é que somente haverá “*serviço público quando a atividade se destina a satisfazer necessidade relacionadas direta e imediatamente com os direitos fundamentais*”, conforme leciona Marçal Justen Filho (2006)⁶.

Feitas tais considerações, destaca-se que, quanto ao serviço de transporte individual de passageiros, não se pode dizer que constitui atividade precípua da Administração Pública. Afinal, nele não se identifica natureza essencial e de coesão social, pois não está ligado a nenhum direito fundamental, tal como saúde ou educação, por exemplo.

Não se olvida que o deslocamento do ser humano no âmbito das cidades está intimamente ligado ao acesso a uma série de direitos – como o exercício do trabalho, saúde, educação, alimentação e lazer. Portanto, a forma como se dá o transporte possui grande relevância social. Neste contexto, erigiu a Constituição da República de 1988 o transporte *coletivo* de passageiros à categoria de serviço público (art. 30, V), posto que, conforme afirmado anteriormente, o cidadão somente tem acesso a diversos direitos quando disponível transporte para realizá-los.

Desta forma, ainda que sob o ponto de vista econômico seja discutível a conveniência de se tratar o transporte *coletivo* de passageiros como serviço público, sob o ponto de vista jurídico-constitucional é indiscutível que se trata de atividade precípua do Estado, já que assim previsto expressamente no Texto Constitucional.

Se assim pode-se concluir quanto ao transporte *coletivo*, não se pode dizer o mesmo dos serviços de transporte *individual*. Aqui, além de não haver qualquer disposição constitucional neste sentido – de caracterizá-lo como serviço público – não há, como ressaltado, qualquer obrigação do Estado em conferir esforços para fornecer, por seus meios, deslocamento de

⁶Serviço Público no Direito Brasileiro *in* MARTINS CARDOZO, José Eduardo et al. (Org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 383.

indivíduos pelos centros urbanos (ou rurais), para atendimento a interesses particulares e privados.

Não constituindo prestação de serviço público, configura-se absolutamente inconstitucional submeter tais atividades a procedimento licitatório, já que a Constituição da República reserva a realização de certame apenas às atividades estatais (art. 175, *caput*).

Por fim, ressaltamos que, muito embora sejamos taxativos no sentido de que o transporte individual de passageiros caracterize atividade econômica em sentido estrito, reservada portanto à iniciativa privada, nada impede que tal atividade seja regulamentada e fiscalizada pelo Estado, nos termos do art. 174 da CR/88 – até porque a Administração Pública é dotada de poder de polícia, conforme previsto no art. 78 do Código Tributário Nacional – CTN. Obviamente, respeitando-se os limites constitucionais.