

AUSÊNCIA DE MONOPÓLIO NO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO

Orlando Luiz Zanon Junior*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Conceito de serviço público. 3 Princípios aplicáveis ao serviço público. 4 Exclusividade ou concorrência no serviço público. 5 Concorrência no serviço de transporte coletivo urbano. 6 Considerações finais. 7 Referências.

RESUMO

Serviço público é a atividade de interesse coletivo, voltada à satisfação de necessidade individual ou transindividual, referente à consecução de determinado direito fundamental, prestada pelo Estado de forma direta ou mediante delegação, sob regime jurídico público. Ainda que se enquadre determinada atividade como serviço público a ser prestado por determinado ente estatal (União, Estado ou Município), nada veda que particulares exerçam essa mesma atividade em caráter supletivo e auxiliar, promovendo a redução de preços e o aumento da qualidade decorrentes da ampla concorrência, desde que observem rigorosamente as disposições legais pertinentes e se submetam à fiscalização estatal, ressalvados os monopólios constitucionais. O transporte coletivo urbano consiste no deslocamento de pessoas, dentro da área de abrangência de um município, em veículos de utilização coletiva, pelas vias, terminais e pontos de embarque e desembarque públicos. Não há razão lógica para conferir exclusividade

* Juiz de Direito. Pós-graduado em Preparação à Magistratura Federal pela Univali; pós-graduado em Direito e Gestão Judiciária pela UFSC; mestrando em Direito pela Unesa.

ao serviço de transporte coletivo urbano, mormente em face da viabilidade de sua exploração econômica, desde que observado o regime jurídico administrativo (sobretudo os princípios do art. 37 da CRFB) e obtido prévio consentimento da municipalidade (de acordo com a legislação local). Isso porque, pelo princípio constitucional da livre iniciativa (art. 170, IV, da CRFB), a concorrência no setor é conveniente aos interesses da coletividade, diante da facilidade de utilização da rede instalada (notadamente as vias públicas) por mais de um particular e dos efeitos da concorrência na redução dos preços e na melhoria da qualidade e da segurança em qualquer nicho de exploração mercadológica.

Palavras-chave: Serviço público. Monopólio. Transporte coletivo urbano. Livre iniciativa. Concorrência.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto discorre sobre a possibilidade ou não da concessão exclusiva do serviço público de transporte coletivo urbano para determinada pessoa jurídica, bem como sobre a possibilidade de terceiros, alheios ao processo licitatório de delegação, complementarem tal atividade de cunho imprescindível.

Com tal escopo, inicialmente se abordam os aspectos elementares de *serviço público*, como o seu conceito, a sua classificação e os princípios que o regem, com foco na legislação e na doutrina brasileira.

Fixadas as premissas básicas do fornecimento de serviços essenciais, o trabalho prossegue com a análise da possibilidade de concessão de exclusividade aos entes vitoriosos nos certames públicos. Examina, a seguir, até que ponto poderia ir tal limitação de concorrência na seara de exploração econômica. No mesmo âmbito de discussão, discorre sobre o monopólio das atividades de interesse coletivo.

Sem perder de vista os fundamentos teóricos antes indicados, o texto ingressa no ponto central do estudo, que é o dilema quanto à existência de exclusividade ou de monopólio na prestação do serviço de transporte coletivo urbano, com o objetivo de obter conclusões sobre o tema, com lastro na legislação, doutrina e jurisprudência brasileira.

2 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

O conceito de serviço público pode ser elaborado de acordo com três critérios, quais sejam, o subjetivo ou orgânico (a pessoa que presta a atividade de interesse coletivo, por via de regra o Estado ou um de seus delegados), o material (as peculiaridades da atividade exercida em prol da coletividade) e o formal (o regime jurídico que disciplina a atividade, exorbitante e derogatório das regras comuns).

Moreira Neto (2006, p. 353) lembra que

a noção histórica de serviço público se originou na França, com a chamada Escola do Serviço Público, que, segundo Léon Duguit, se caracterizava por ser uma das atividades asseguradas, disciplinadas e controladas pelos governantes para realizar a solidariedade social, que de outra forma, senão com emprego da coerção estatal, não se lograria, ficando implícita a necessidade de um regime público.

Como lembrado por Bourges (2006, p. 50), “para Duguit a noção de serviço público substitui o conceito de soberania como fundamento do direito público”, no sentido de que

era um novo sistema, não mais fundado no conceito de soberania, mas, em uma noção totalmente diferente. Este sistema seria formado por um conjunto de regras que determinavam a organização dos serviços públicos e asseguravam o seu funcionamento regular e ininterrupto, razão pela qual o direito público passava a ser o direito objetivo dos serviços públicos.

Em breve revisão da doutrina nacional sobre o tema, Meirelles (2002, p. 316) entende que “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Gasparini (1995, p. 209) conceitua serviço público como

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico.

Di Pietro (2003, p. 99) identifica “serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

Justen Filho (2005, p. 478) define serviço público como “uma atividade pública administrativa de satisfação concreta das necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público”.

Mello (1997, p. 423) entende que serviço público

é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Considerando os ensinamentos doutrinários acima expostos e conjugando os principais elementos empregados por eles (subjeto, material

e formal), propõe-se o seguinte conceito de *serviço público*: atividade de interesse coletivo, voltada à satisfação de necessidade individual ou transindividual, referente à consecução de determinado direito fundamental, prestada pelo Estado de forma direta ou mediante delegação, sob regime jurídico público.

Embora se trate de informação não diretamente ligada ao objeto do presente estudo, importa assinalar que as atividades de cunho político-governamental, como os atos de governo do Poder Executivo, a produção normativa do Poder Legislativo e as decisões do Poder Judiciário, não se enquadram estritamente no conceito de serviço público, porquanto apresentam caráter político e expressam a soberania popular, ultrapassando os lindes da atuação meramente administrativa.¹

Nenhum dos conceitos doutrinários, entretanto, esclarece com precisão quais seriam tais atividades enquadráveis na expressão *serviço público*, senão que visam ao interesse coletivo e à concretização de direitos fundamentais. Isso ocorre justamente porque não se pode identificar abstratamente quais seriam os serviços públicos, uma vez que variam conforme as necessidades consideradas vitais ou imprescindíveis pelo povo de cada Estado em determinada época, de acordo com as respectivas conjunturas sociais e econômicas.

Em breve passagem sobre o tema, Meirelles (2002, p. 317) ensina que “não é a atividade em si que tipifica o serviço público, visto que algumas tanto podem ser exercidas pelo Estado quanto pelos cidadãos, como objeto da iniciativa privada, independentemente de delegação estatal, a exemplo do ensino”. Mais adiante esclarece que a escolha acerca da existência ou não de exclusividade na prestação depende da

vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou

1 Cf. JUSTEN FILHO, 2005, p. 478; DI PIETRO, 2003, p. 99.

indireta, pois serviços há que, por natureza, são privativos do Poder Público e só por seus órgãos devem ser executados, e outros são comuns ao Estado e aos particulares, podendo ser realizados por aquele ou estes.

Todavia, o referido jurista adverte que “essa distribuição de serviços não é arbitrária, pois atende a critérios jurídicos, técnicos, econômicos, que respondem pela legitimidade, eficiência e economicidade na sua prestação” .

Na mesma linha de raciocínio, Di Pietro (2003, p. 99) entende que “é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos”. Na sequência, conclui que “isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria”.

Justen Filho (2005, p. 483) complementa tal entendimento ao sustentar que “a instituição de um serviço público depende do reconhecimento jurídico da pertinência daquela atividade para satisfação dos direitos fundamentais”. Afirma que “essa consideração é de extrema relevância porque significa que, na ausência de publicização legislativa, a atividade não é considerada serviço público, presumindo-se sua qualificação como atividade econômica em sentido restrito”.

Também Mello (1997, p. 433) posiciona-se no sentido de que “é realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais”.

Assim, consoante a trilha lógica antes alinhavada, cabe ao Estado estabelecer, mediante o respectivo processo legislativo e de acordo com balizas democráticas, quais são as atividades consideradas como serviços

públicos, a serem prestadas no interesse da coletividade e sob regime jurídico exorbitante e derogatório do direito civil.

No cenário jurídico brasileiro, os arts. 37 e 175 da Constituição Federal estabelecem as pilastras elementares da prestação dos serviços públicos. Os arts. 21, 23 e 30, por sua vez, determinam a repartição de competências (áreas de atuação) dos entes federativos na fiscalização e fornecimento das atividades de interesse coletivo. E, com relação ao objeto deste estudo, importa mencionar que os arts. 21, XII e XXIII, e 177 prescrevem as estritas hipóteses de monopólio estatal.

No âmbito infraconstitucional, os arts. 6º e 22 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC) dispõem sobre os direitos dos usuários dos serviços públicos. Além disso, diversas leis esparsas, nas três esferas federativas (federal, estadual e municipal), definem quais são os respectivos serviços públicos (em observância à distribuição constitucional de atribuições), as suas características e as formas de outorga ou delegação. Impõe-se sobretudo mencionar, para os fins deste estudo, o art. 16 da Lei n. 8.987/1995 (Lei Nacional das Concessões e Permissões de Serviços Públicos), segundo o qual “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”.

3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO SERVIÇO PÚBLICO

Apresenta-se, na sequência, uma síntese dos princípios aplicáveis aos serviços públicos, não para ampliar a abordagem do estudo, mas, sim, para conferir as balizas necessárias à análise do tema central (ausência de monopólio no serviço de transporte coletivo urbano).

O art. 37 da CRFB expõe os cinco princípios basilares explícitos da Administração Pública, quais sejam: a) *Legalidade*, segundo o qual o gestor da *res publica* deve agir em estrita conformidade com a legislação

que disciplina a sua atividade – somente lhe é facultado atuar discricionariamente quando devidamente autorizado –, ao contrário do particular, que pode fazer tudo que não for proibido por lei; b) *Impessoalidade*, o qual apresenta dupla faceta, porquanto para o administrador implica determinação de dispensar atendimento igual a todos, sem conceder favores específicos nem acarretar prejuízos para pessoas ou grupos determinados (tratamento igualitário), enquanto para a Administração Pública significa que os atos administrativos não são imputados diretamente aos seus agentes, mas, sim, à pessoa jurídica administrativa que integram (o agente público apenas veicula a vontade estatal); c) *Moralidade*, que representa o dever do administrador público de agir conforme a ética, a lealdade e a boa-fé objetiva; d) *Publicidade (ou Transparência)*, o qual é o vetor determinante da cientificação do povo quanto ao conteúdo dos atos administrativos (exceto quanto a determinados segredos estratégicos e imprescindíveis à soberania nacional ou à preservação de direitos fundamentais), de forma a possibilitar o controle popular sobre o Poder Público; e e) *Eficiência*, segundo o qual o servidor não pode atuar amadoristicamente, mas, sim, exercer suas funções com presteza, perfeição e rendimento funcional, enquanto a Administração deve organizar-se da melhor forma possível para atender ao interesse público.²

Podem ainda ser apontados outros princípios implícitos do Direito Administrativo brasileiro, relevantes para avaliação da prestação dos serviços públicos, quais sejam: a) *Supremacia do interesse público (ou finalidade pública)*, segundo o qual o interesse coletivo não poderá curvar-se diante de uma expectativa individual; b) *Indisponibilidade do interesse público*, no sentido de que a Administração não pode prescindir da vontade coletiva, já que não gerencia recursos próprios, mas, sim, a coisa pública, que lhe foi confiada pela coletividade (art. 2º da Lei n. 9.784/1999); c) *Continuidade dos serviços públicos*, também chamado de *obrigatoriedade*

2 Cf. ZANON JUNIOR, 2008, p. 21-24.

do desempenho da atividade pública, segundo o qual os serviços públicos não podem sofrer paralisações, pois a sua prestação deve ser ininterrupta, principalmente em se tratando de atividades essenciais (fornecimento de água e de energia elétrica, serviço de esgoto etc.), de segurança pública, de transporte coletivo e de saúde (arts. 22 do CDC); d) *Autotutela e tutela da Administração Pública*, de forma que o Poder Público deve exercer controle sobre os seus atos, podendo revogá-los se inconvenientes ou anulá-los se ilegais ou inconstitucionais (Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal) (o termo *autotutela* é empregado quando um ente de direito público fiscaliza seus próprios atos, e *tutela* quando a Administração Pública direta fiscaliza atos da indireta); e) *Proporcionalidade*, de modo que todos os atos administrativos guardem consonância com o princípio constitucional que os ampara e causem a mínima interferência nos direitos fundamentais dos administrados; f) *Motivação* dos atos administrativos, de sorte que todos os atos administrativos expedidos sejam fundamentados (arts. 1º e 50 da Lei n. 9.784/1999); g) *Especialidade*, segundo o qual o ente administrativo estará sempre vinculado ao fim público para o qual foi criado (função específica a que se destina) e dele não poderá desviar-se; e h) *Segurança Jurídica*, princípio basilar do ordenamento jurídico que visa a garantir a estabilidade das relações jurídicas, segundo o qual o administrador público não pode editar, alterar, revogar ou anular atos em prejuízo de situações já concretizadas juridicamente (não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada).³

Especificamente com relação aos serviços públicos, cabe ainda acrescentar os seguintes princípios: a) *Adequação e Segurança*, segundo o qual as atividades devem estar estruturadas para o atendimento das necessidades às quais se destinam, sem descuido da segurança necessária aos direitos dos administrados (arts. 175, parágrafo único, IV, da CRFB, 7º, I, da Lei n. 8.987/1995 e 22 do CDC); b) *Economicidade (ou modicidade tarifária)*,

3 Cf. ZANON JUNIOR, 2008, p. 21-28.

no sentido de que os valores cobrados sejam suficientes para custear as despesas efetuadas, sem lucros excessivos, de modo a manter o equilíbrio econômico-financeiro na prestação – pode-se até cogitar de prejuízo para o Estado, mas, logicamente, não para o particular concessionário ou permissionário, a exemplo dos serviços assistenciais (arts. 9º a 13 da Lei n. 8.987/1995); e c) *Concorrência (ou possibilidade de escolha)*, de modo a facultar ao administrado a utilização dos serviços mais satisfatórios aos seus interesses, conforme o binômio custo/benefício, garantidas as bases mínimas de funcionamento e operação, de acordo com o regime jurídico administrativo (arts. 170, IV, da CRFB e 7º, III, da Lei n. 8.987/1995).

4 EXCLUSIVIDADE OU CONCORRÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO

As atividades estatais que são inerentes aos poderes políticos e à soberania popular somente podem ser exercidas pelo Poder Público – cabe mencionar a produção legislativa, a jurisdição, o Ministério Público, a polícia investigativa e repressiva, as forças armadas (defesa nacional), a elaboração e confecção de moeda, as vias diplomáticas e a representação governamental. Como já esclarecido anteriormente, com supedâneo na doutrina nacional, tais misteres escapam ao conceito de *serviço público*, porquanto ultrapassam a mera prestação administrativa, refletindo a supremacia do Estado.⁴

Mesmo entre os serviços públicos, existem os que são *exclusivos*, porque só podem ser prestados pelo Estado, por expressa previsão constitucional, não se admitindo seu fornecimento por particulares que não sejam concessionários ou permissionários, ou então, os que são *não exclusivos*, porquanto particulares podem complementar concomitantemente a atividade estatal no âmbito da exploração econômica, ainda que mediante fiscalização ou com prévia permissão ou autorização.⁵

4 Cf. JUSTEN FILHO, 2005, p. 478; DI PIETRO, 2003, p. 99.

5 Cf. DI PIETRO, 2003, p. 106-107.

No concernente a esse assunto (serviços públicos exclusivos ou não), Mello (1997, p. 432) afirma que “não se deve imaginar que todos os serviços postos à compita do Poder Público, e, por isto, qualificáveis como públicos, estejam, todos eles (salvo autorização, concessão ou permissão), excluídos do campo de ação dos particulares”.

Os serviços exclusivos refletem uma reserva de mercado (monopólio), na medida em que foram especificamente excluídos da incidência do princípio da livre concorrência (art. 170, parágrafo único, IV, da CRFB) por preceito constitucional, restringida sua exploração a determinado ente político, ainda que de forma indireta (arts. 21, XII e XXIII, e 177 da CRFB).

Nessa ordem de ideias, Justen Filho (2005, p. 488) afirma que “a exclusividade na prestação do serviço é, em princípio, uma decorrência do monopólio estatal” e que “poderá cogitar-se de ausência de exclusividade nos casos de serviços públicos exercitados por particulares”.

Gasparini (1995, p. 432) sintetiza a noção econômica de *monopólio*, definindo-o como “a abolição da concorrência”.

Meirelles (2002, p. 610-611), por sua vez, esclarece que, “em sentido econômico, monopólio significa controle de produção e de preços na sua acepção mais ampla. [...] É a exclusão da concorrência e a imposição do preço pela vontade unilateral do vendedor único”. Na sequência, conclui que “só há, presentemente, monopólio das atividades expressamente previstas na Constituição”.

A doutrina (MEIRELLES, 2002, p. 611; DI PIETRO, 2003, p. 106) identifica a exclusividade na prestação dos serviços públicos, e o impedimento de particulares, nas atividades listadas nos arts. 21, XII e XXIII, e 177 da Constituição da República, que foram reservadas à União ou aos seus delegados, quais sejam (com fidelidade à redação normativa): a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços

e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; g) os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, bem como o enriquecimento, o reprocessamento, a pesquisa, a lavra, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados; h) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; i) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; j) a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; e l) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

Com exceção das atividades expressamente consignadas como exclusivas (monopólio) na Carta Política, é facultado ao particular desenvolver serviço público em complementação à atuação estatal, ainda que mediante concessão, permissão ou autorização, bem como sujeição, total ou parcial, ao regime jurídico administrativo.

No mesmo sentido, Justen Filho (2005, p. 488) sustenta que “a titularidade estatal do serviço público não impede o desenvolvimento de instituições da sociedade civil, que assumem a prestação de algumas atividades de serviço público”. Mais adiante, afirma que “há tendência a reconhecer que, em alguns setores, o serviço público pode ser exercitado por particulares”.

Aragão (2005, p. 2-3) discorre sobre essa temática, explicando que a razão do fornecimento direto ou indireto dos serviços públicos pelo Estado encontra-se calcada em dois pressupostos: a) *a existência do monopólio natural*, segundo o qual a presença de mais de um prestador seria economicamente inconveniente, porque acarretaria o aumento das tarifas em razão da perda de escala (redução da diluição dos custos em face da diminuição do número de usuários); e b) *a solidariedade social*, no sentido de que os serviços públicos não deveriam estar submetidos ao sistema de busca pela maior lucratividade. O mesmo professor defende, todavia, que ambas as premissas sofreram severas alterações ao longo da década de oitenta, pois o avanço tecnológico e a disseminação dos serviços no plano econômico já estariam permitindo, desde então, uma concorrência entre os fornecedores (e prestadores de serviços), benéfica aos consumidores (usuários). Dentro desse quadro, segundo tal autor, a concorrência deveria ser estimulada, mesmo entre as atividades tidas como essenciais à coletividade e, por isso, englobadas no conceito de serviço público. Assim, afirma que

pelo princípio da proporcionalidade não cabe ao Estado impor restrições à concorrência que não se justifiquem em função dos objetivos de serviço público de espalhar os seus benefícios em todos os setores da sociedade (universalidade), dos mais aos menos privilegiados, a um preço abordável (tarifa módica, ou mais propriamente, acessível).

Não muito distante desse entendimento, Moreira Neto (2006, p. 369) detecta uma “propensão à abertura de espaços de competências aos entes da sociedade, para que o maior número de prestadores possível possa concorrer, em benefício dos usuários, ainda que, em alguns casos, em razão de alguma necessidade de limitação de fato de operadores, se tenha que selecionar”.

Nessa senda, ainda que se enquadre determinada atividade como serviço público a ser prestado por determinado ente estatal (União, Estado ou Município), nada veda que particulares exerçam essa mesma atividade

em caráter supletivo e auxiliar, promovendo a redução de preços e o aumento da qualidade decorrentes da ampla concorrência, desde que observem rigorosamente as disposições legais pertinentes e se submetam à fiscalização estatal, ressalvados os monopólios constitucionais.

Por isso que, no âmbito da promoção da saúde pública, área de inegável interesse coletivo, a existência de hospitais públicos não veda a coexistência de clínicas privadas, independentemente de prévia licitação, desde que observados os rigorismos da fiscalização pelos órgãos sanitários.

Ninguém discorda de que a educação é um serviço público fundamental, tanto que a destinação de percentual do orçamento público para sua manutenção e promoção consubstancia princípio constitucional sensível (art. 34, VII, *e*, da CRFB). Mesmo assim, é notório que tal nicho de mercado também é explorado por diversas entidades particulares.

Também no setor de telefonia celular, nada veda a atuação conjunta, sem exclusividade, de diversas operadoras (Claro, Tim, Oi, Vivo, Brasil-telecom etc.), desde que respeitadas as instruções normativas da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

Ainda exemplificando, a delegação pública do serviço de geração e distribuição de energia elétrica para determinadas concessionárias não veda a instalação de cooperativas energéticas em determinados locais, muito menos que o próprio particular adquira um gerador e produza o necessário para alimentar sua residência e a dos seus vizinhos.

Por fim, aprofundando o posicionamento acima exposto, Justen Filho (2005, p. 486-487) sustenta que o Estado deve fornecer, de forma direta ou indireta (por concessão, permissão ou autorização), o serviço público em patamar suficiente e adequado à satisfação dos interesses da coletividade. Contudo, explicita que tal prestação elementar (ou em bases mínimas) pode ser complementada por particulares, mediante observância do regime jurídico administrativo e fiscalização do Poder Público, o que

estabelece concorrência benéfica à diminuição das tarifas e ampliação da qualidade e da segurança.

Tal posição doutrinária pode ser entendida com o seguinte exemplo, que trata de serviço público de fornecimento de energia elétrica, *in verbis*:

A aplicação prática da tese permite compreender melhor a orientação adotada. Suponha-se o caso da energia elétrica. Considerando o atual estágio tecnológico e cultural, é indispensável à dignidade da pessoa humana a ligação de cada residência à rede de energia elétrica, de modo a assegurar o acesso a utilidades fundamentais. Portanto, a infraestrutura necessária ao atendimento a essa exigência e à prestação dessas utilidades configura serviço público. Mas isso não significa que toda e qualquer atividade relacionada à geração ou à oferta de energia elétrica caracterizará necessariamente serviço público.

Se um sujeito produz energia elétrica para o próprio consumo – por exemplo, para fins industriais –, a atividade não configurará serviço público. Quando muito, haverá a fiscalização por parte do Estado. Essa conclusão é perfilhada de modo incontroverso por parte da doutrina tradicional, a qual afirma que, no caso, estaria ausente um pressuposto do serviço público (consistente no oferecimento de utilidades para pessoas indeterminadas).

Uma empresa privada pode aplicar seus recursos para produzir energia elétrica, colocando essa mercadoria no mercado, segundo as regras da livre iniciativa. Não estará obrigada a atender a todos os usuários possíveis, mas apenas aos que com ela quiserem contratar. Essa alternativa não era técnica e economicamente viável há quarenta anos.

Existem duas situações inconfundíveis. Há o dever estatal de assegurar o fornecimento de energia elétrica a todos os domicílios. Mas isso não significa que toda e qualquer atividade de geração de energia elétrica seja um serviço público. Além da geração de energia elétrica como um serviço público, pode haver geração como atividade econômica privada.

O Estado é obrigado a promover a estruturação de um sistema de serviço público de geração, transmissão e distribuição de energia

elétrica. Mas, uma vez existindo essa estrutura de serviço público, é cabível o aproveitamento de situações marginais sob o regime de direito privado, como atividade econômica em sentido restrito (JUSTEN FILHO, 2005, p. 486-487, grifo nosso).

O entendimento acima exposto não ampara a pretensão de particulares de ingressar na área de serviço público da maneira que lhes parecer mais proveitosa, simplesmente abrindo uma escola ou instalando uma nova rádio ou sistema de telefonia. *Apenas se está mencionando que o ordenamento jurídico brasileiro não consagra monopólios nem reservas de mercado além das exceções constitucionais*, de modo que permite a particulares, mediante observância das prescrições legais e respeito à área de atuação deferida com exclusividade para determinada concessionária ou permissionária, ingressar em ramo de atividade em caráter supletivo ou auxiliar.

Das considerações adrede delineadas, extrai-se a ilação de que aos particulares se franqueia prestar serviços públicos, excetuados aqueles de exclusividade estatal (monopólio), em complementação às bases mínimas fornecidas de forma direta ou indireta pelo Estado, ainda que mediante prévia concessão, permissão ou autorização. Mas, para tanto, devem observar o regime jurídico administrativo, mormente os princípios específicos desse ramo do Direito.

5 CONCORRÊNCIA NO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO

O transporte coletivo urbano consiste no deslocamento de pessoas, dentro da área de abrangência de um município, em veículos de utilização coletiva, pelas vias, terminais e pontos de embarque e desembarque públicos.

Segundo Meirelles (1998, p. 331), “o transporte coletivo urbano e rural, desde que se contenha nos limites territoriais do Município, é de

sua exclusiva competência, como serviço público de interesse local, com caráter essencial”.

Sem embargo, o art. 30, V, da Constituição da República atribui ao Município a competência legislativa (para disciplinar e organizar) e material (de fiscalizar e executar) em relação ao transporte coletivo urbano, considerado de caráter essencial. O art. 175 da Carta Magna, por sua vez, prevê que os serviços públicos (inclusive o de transporte coletivo urbano) podem ser delegados a particulares somente mediante concessão ou permissão, precedida do certame licitatório previsto no art. 37, XXI, da CRFB, o qual foi disciplinado pela Lei n. 8.666/1993 nas três esferas estatais. O art. 230, § 2º, da Lei Fundamental, por derradeiro, garante a gratuidade de tal serviço aos maiores de sessenta e cinco anos de idade. No mais, a disciplina normativa deve ser prevista no ordenamento jurídico municipal, observados os parâmetros constitucionais, mormente os princípios já elencados acima.

Diante desse quadro legislativo, assevera-se que inexistente monopólio (ou exclusividade do Estado e de seus delegados) na prestação do serviço de transporte coletivo urbano, uma vez que não se encontra listado entre aquelas estritas hipóteses descritas nos arts. 21, XII e XXIII, e 177 da *Lex Legum*.

Com efeito, conforme as balizas teóricas traçadas nos itens anteriores deste estudo, não há razão lógica para conferir exclusividade ao serviço de transporte coletivo urbano, mormente em face da viabilidade de sua exploração econômica, desde que observado o regime jurídico administrativo (sobretudo os princípios do art. 37 da CRFB) e obtido prévio consentimento da municipalidade (de acordo com a legislação local). Isso porque, pelo princípio constitucional da livre iniciativa (art. 170, IV, da CRFB), a concorrência no setor é conveniente aos interesses da coletividade, diante da facilidade de utilização da rede instalada (notadamente as vias públicas)

por mais de um particular e dos efeitos da concorrência na redução dos preços e na melhoria da qualidade e da segurança em qualquer nicho de exploração mercadológica.

No ponto, ressalta-se que a suplementação da atividade essencial por particulares deve observar disciplina própria, de acordo com as peculiaridades de cada um dos serviços públicos. Isso porque cada prestação reclamada pela sociedade lastra-se em uma diferente infraestrutura e, assim, seu compartilhamento deve ser estabelecido de forma específica, para melhor atender às suas peculiaridades.

Nessa linha de ideias, a normatização infraconstitucional estabeleceu disciplina específica ao serviço de transporte coletivo urbano, conferindo ao município o poder/dever de implementar os itinerários essenciais de deslocamento, que podem ser concedidos com exclusividade a pessoa jurídica após prévia licitação, enquanto os particulares podem atuar nesse setor ampliando as linhas de deslocamento, desde que obtenham prévia autorização e observem algumas diretrizes básicas.

Notadamente, o inciso III do §3º do art. 2º da Lei n. 9.074/1995 estabelece que “independe de concessão ou permissão o transporte: [...] de pessoas, em caráter privativo de organizações públicas ou privadas, ainda que em forma regular”. O art. 8º da Lei do Estado de Santa Catarina n. 5.684/1980, por sua vez, consagra que

independe de concorrência a licença para: I – fretamento; II – viagem com caráter de linha; III – viagem em caráter eventual; IV – prolongamento e encurtamento de linha; V – alteração de itinerário de linha delegada, em razão do surgimento de novas rodovias ou melhoramentos em outras, que recomendem a modificação dos serviços; VI – fusão de linhas delegadas, desde que inexistente a linha resultante; VII – conexão de linhas; VIII – ampliação, diminuição e alteração de horários em linha delegada; IX – implantação e cancelamento de seção.

O parágrafo único de tal dispositivo, acrescentado pela Lei Estadual n. 13.340/2005, prevê que “a licença para o serviço de fretamento de transporte de estudantes deve merecer prioridade e ater-se única e exclusivamente à questão da segurança do veículo e às leis que regulam a livre concorrência”.

Diante de tal contexto normativo, entende-se que a sociedade empresária, desde que se consagre vitoriosa em processo licitatório para o serviço de transporte coletivo urbano de determinado município e firme o respectivo contrato de concessão, adquire o direito de utilizar terminais públicos de embarque e desembarque (pontos de ônibus) criados pela municipalidade em rotas previamente estabelecidas, e pode até deter exclusividade para tanto, se isso se justificar (art. 16 da Lei n. 8.987/1995). Todavia, de forma alguma tal pessoa jurídica receberá o monopólio para prestação desse serviço e tampouco terá a garantia de reserva de mercado, no sentido de vedar que particulares ingressem em seu ramo de forma suplementar, conforme as disposições do contrato de transporte de pessoas e coisas previstas nos arts. 730 a 756 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil de 2002).

Isso porque, segundo exegese constitucional lastrada nas balizas teóricas desenvolvidas nos itens anteriores deste estudo, o serviço de transporte coletivo de passageiros, a ser prestado diretamente pelo Poder Público ou mediante concessão ou permissão a particulares, engloba tão somente as linhas previstas no itinerário básico consolidado pela Administração Municipal, passa pelas rotas previamente estabelecidas e utiliza os pontos de embarque e desembarque públicos (pontos de ônibus). Outrossim, não abrange as atividades comerciais paralelas, abertas à livre concorrência, de fretamento para transporte de escolares, de funcionários de empresas etc.

Notadamente, a expressão “transporte coletivo essencial”, constante da Carta Política (art. 30, V), diz respeito somente àquele itinerário básico e elementar que deve ser imprescindivelmente oferecido pelo Município, diretamente ou mediante delegação contratual precedida de licitação (art. 175 da CRFB). Apenas o transporte de pessoas pelas vias públicas é que pode ser atribuído com exclusividade para determinada sociedade empresária particular, aprovada em prévio certame licitatório.

Por essa razão, é admissível que particulares desenvolvam atividade empresarial de exploração do setor de transporte coletivo, de interesse local, em caráter suplementar e de acordo com a regulamentação municipal (art. 30, I e V, da CRFB e arts. 730 a 756 do CC/2002), paralelamente ao serviço de transporte coletivo mínimo e essencial que a municipalidade tenha concedido mediante prévia licitação (arts. 30, V, 170, IV, e 175 da CRFB).

Muito embora exista doutrina em sentido contrário à orientação ora exposta (CASTRO, 2006, p. 316 et seq.) classificando a atividade de transporte coletivo paralela à do concessionário como clandestina, Gasparini (1995, p. 242) defende que o Poder Público pode conceder o serviço de transporte coletivo urbano para outros além do concessionário, mesmo havendo previsão justificada da exclusividade, desde que mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, argumentando que

a exclusividade visa assegurar um mercado, no caso de passageiros, que garanta certo lucro ao concessionário ou permissionário. Para o outorgado, a exclusividade só interessa nesse sentido. Logo, se garantido o lucro pelo Poder Público, resta óbvio que a quebra de tal privilégio não só é legítima como a ela não se pode opor o concessionário.

A jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça de Santa Catarina respalda a tese jurídica sob exame, consoante se extrai das ementas abaixo colacionadas:

MANDADO DE SEGURANÇA. FRETAMENTO. Frente à natureza privada do serviço de fretamento, e mesmo ante os princípios constitucionais da igualdade e livre concorrência, é inadmissível que uma transportadora tenha exclusividade para sua prestação, seja este desenvolvido no eixo de sua influência de concessão ou não. Ademais, uma vez concedida uma licença que criou direitos patrimoniais para o seu beneficiário, só pode ela ser revogada, se "precedida de inquérito regular; quando arbitrária não pode prevalecer" (RDA 74/219) (MS n. 88.060437-8 (6.399), Vanderlei Romer).

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE COLETIVO - FRETAMENTO - CARÁTER EVENTUAL - LIMITES DO DIREITO DE CONCESSÃO CONFERIDO À EMPRESA CONCESSIONÁRIA RESPEITADOS - DIREITO DE PREFERÊNCIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM DIREITO DE EXCLUSIVIDADE (Ap. Cív. n. 1999.009984-9, Luiz César Medeiros, 3-6-2002).

ADMINISTRATIVO – TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE ESTUDANTES – CONTRATO DE FRETAMENTO – INICIATIVA PRIVADA – AUTORIZAÇÃO DO DETER – EXISTÊNCIA DE LINHA REGULAR DE TRANSPORTE COLETIVO – FATO DESPICIENDO – FUNÇÃO MERAMENTE FISCALIZADORA DA SEGURANÇA DO TRÁFEGO – RECURSO NÃO PROVIDO. O órgão estadual (DETER) regulador e fiscalizador do transporte coletivo intermunicipal de passageiros não pode negar autorização ao fretamento de ônibus para transporte de estudantes somente pelo fato de haver linha regular de transporte coletivo no mesmo itinerário, cuja concessionária não tem preferência para aquele serviço, que é de natureza privada e não se submete à necessidade de concessão, mas sim ao princípio constitucional da livre concorrência (Ap. Cív. n. 2005.027291-2, Jaime Ramos, 4-7-2006).

Diante de toda fundamentação antes exposta, conclui-se ser admissível que particulares desenvolvam atividade empresarial de exploração do setor de transporte urbano, de interesse local, independentemente de concorrência, em caráter suplementar e de acordo com a regulamentação municipal (art. 30, I, da CRFB e arts. 730 a 756 do CC/2002), paralela-

mente ao serviço de transporte coletivo mínimo e essencial que a municipalidade concede a determinada pessoa jurídica mediante prévia licitação (arts. 30, V, e 175 da CRFB), ainda que com exclusividade justificada para determinados itinerários (art. 16 da Lei n. 8.987/1995), de acordo com o exposto nos arts. 170, IV e parágrafo único, da CRFB, 2º, § 3º, III, da Lei 9.074/1995 e 8º, incisos e parágrafo único, da Lei Estadual de Santa Catarina n. 5.684/1980.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

a) Serviço público é a atividade de interesse coletivo, voltada à satisfação de necessidade individual ou transindividual, referente à consecução de determinado direito fundamental, prestada pelo Estado de forma direta ou mediante delegação, sob regime jurídico público.

b) As atividades de cunho político-governamental, como os atos de governo praticados pelo Poder Executivo, a produção normativa do Poder Legislativo e as decisões do Poder Judiciário, não se enquadram estritamente no conceito de *serviço público*, porquanto apresentam caráter político e expressam a soberania popular, de modo que ultrapassam os lindes da atuação meramente administrativa. Nessa senda encontram-se também o Ministério Público, a polícia investigativa e repressiva, as forças armadas (defesa nacional), a elaboração e confecção de moeda, as vias diplomáticas e a representação governamental.

c) Cabe ao Estado estabelecer, mediante o respectivo processo legislativo e de acordo com balizas democráticas, quais são as atividades consideradas como serviços públicos, a serem prestadas no interesse da coletividade e sob regime jurídico exorbitante e derogatório do direito civil.

d) Entre os serviços públicos, existem os que são exclusivos, porque só podem ser prestados pelo Estado, por expressa previsão constitucional, não se admitindo seu fornecimento por particulares que não sejam concessio-

nários ou permissionários, ou, então, os que são não exclusivos, porquanto particulares podem complementar concomitantemente a atividade estatal no âmbito da exploração econômica, ainda que mediante fiscalização ou com prévia permissão ou autorização. Os serviços exclusivos refletem uma reserva de mercado (monopólio), na medida em que foram especificamente excluídos da incidência do princípio da livre concorrência (art. 170, parágrafo único, IV, da CRFB) por preceito constitucional, restringida sua exploração a determinado ente político, ainda que de forma indireta (arts. 21, XII e XXIII, e 177 da CRFB).

e) Ainda que se enquadre determinada atividade como serviço público a ser prestado por determinado ente estatal (União, Estado ou Município), nada veda que particulares exerçam essa mesma atividade em caráter supletivo e auxiliar, promovendo a redução de preços e o aumento da qualidade decorrentes da ampla concorrência, desde que observem rigorosamente as disposições legais pertinentes e se submetam à fiscalização estatal, ressalvados os monopólios constitucionais.

f) O transporte coletivo urbano consiste no deslocamento de pessoas, dentro da área de abrangência de um município, em veículos de utilização coletiva, pelas vias, terminais e pontos de embarque e desembarque públicos.

g) Não há razão lógica para conferir exclusividade ao serviço de transporte coletivo urbano, mormente em face da viabilidade de sua exploração econômica, desde que observado o regime jurídico administrativo (sobretudo os princípios do art. 37 da CRFB) e obtido prévio consentimento da municipalidade (de acordo com a legislação local). Isso porque, pelo princípio constitucional da livre iniciativa (art. 170, IV, da CRFB), a concorrência no setor é conveniente aos interesses da coletividade, diante da facilidade de utilização da rede instalada (notadamente as vias públicas) por mais de um particular e dos efeitos da concorrência na redução dos

preços e na melhoria da qualidade e da segurança em qualquer nicho de exploração mercadológica.

h) A sociedade empresária, desde que se consagre vitoriosa em processo licitatório para o serviço de transporte coletivo urbano de determinado município e firme o respectivo contrato de concessão, adquire o direito de utilizar terminais públicos de embarque e desembarque (pontos de ônibus) criados pela municipalidade em rotas previamente estabelecidas, e pode até deter exclusividade para tanto, se isso se justificar (art. 16 da Lei n. 8.987/1995). Todavia, de forma alguma tal pessoa jurídica receberá o monopólio para prestação desse serviço e tampouco terá a garantia de reserva de mercado, no sentido de vedar que particulares ingressem em seu ramo de forma suplementar, conforme as disposições do contrato de transporte de pessoas e coisas previstas nos arts. 730 a 756 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil de 2002). Outrossim, é admissível que particulares desenvolvam atividade empresarial de exploração do setor de transporte coletivo, de interesse local, em caráter suplementar e de acordo com a regulamentação municipal (art. 30, I e V, da CRFB e arts. 730 a 756 do CC/2002), paralelamente ao serviço de transporte coletivo mínimo e essencial que a municipalidade tenha concedido mediante prévia licitação (arts. 30, V, 170, IV, e 175 da CRFB).

7 REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços públicos e concorrência. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, Salvador, n. 1, 2005.

Disponível em: <www.direitodoestado.com.br> Acesso em: 8 nov. 2008.

BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro. *In: COSTADELLO, Angela Cassia (Coord.). Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2006.

CASTRO, José Nilo. *Direito municipal positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito municipal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Cervilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica*. 9. ed. Florianópolis: OAB Editora, 2005.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Direito administrativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.