

Revista

JUSTIÇA CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO

PÚBLICA FEDERAL DO BRASIL



ROBERTO BUSATO

A POSIÇÃO DA OAB DIANTE DA CRISE POLÍTICA

Editorial: "Eu assumo"



O TRANSPORTE CLANDESTINO NO BRASIL E SEU IMPACTO

Manuel Zuanela

Advogado do Sindicato das Empresas de Transportes do Estado de São Paulo - SETPESP

O transporte de passageiros por meio de peruas e vans passou a proliferar na década de 90. Conceitua-lo como “transporte alternativo”, constitui erro, pois, na realidade, trata-se de transporte operado ao arrepio da lei, vale dizer, irregular e clandestinamente.

Admitindo-se, *ad argumentandum tantum*, a existência de um de transporte opcional (expressão sinônima de alternativo: in Dicionário Aurélio - pg. 107; Dicionário Houaiss - pg. 169), tanto quanto o regular, deveria integrar os sistemas regulamentados e ser submetido às mesmas regras impostas pelos poderes concedentes aos serviços delegados.

Há uma premissa básica a ser definida, qual seja, se, o que se deseja para o Brasil é o transporte coletivo

como uma atividade meramente comercial, afeta, exclusivamente, às regras de livre mercado, ou como um sistema pré-ordenado, com a conotação de serviço público, de responsabilidade do Estado e por ele tutelado e fiscalizado.

A Constituição Federal de 1988, na esteira das anteriores, definiu o modelo a ser seguido no artigo 175.

Serviço público essencial, assim definido em lei, o transporte coletivo exerce funções sociais e econômicas relevantes. Sobre assegurar o direito constitucional de “ir e vir” e ser indutor de progresso, constitui importante fonte geradora de empregos diretos e indiretos.

Os sistemas de transporte regular de passageiros, sob tutela da União, Estados e Municípios, operados por empresas regulares, atendem às exigências de

regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas (artigo 6º e § 1º da Lei 8.987/95), estando entre os mais perfeitos da América Latina e do mundo.

Os que afirmam que o transporte “alternativo” decorre da má qualidade dos serviços delegados não só erram e cometem suma injustiça, como também propagam a desregulamentação, sem atentar às graves conseqüências do que apregoam, fazendo “tabula rasa” das funestas experiências do México (Cidade do México), do Chile (Santiago) e Peru (Lima).

Já na Carta Constitucional de 1946 o transporte coletivo por ônibus foi definido como serviço público, de caráter essencial, com outorga sujeita às regras impostas pelos poderes públicos competentes para legislar sobre transporte. O Código Nacional de Trânsito, aprovado pela Lei nº 5.108, de 21/09/66, definiu as competências da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios (artigo 44).

A Constituição de 1988 consolidou a exigência de licitação para outorga de concessões e permissões de serviço público, nos termos do disposto no 175:

“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

“Parágrafo único – A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

O diploma legal mencionado no parágrafo único é a Lei 8.987, de 13/02/95.

Ora, a atividade exercitada por proprietários de peruas e vans é idêntica à executada pelas empresas regulares, razão pela qual deve ser submetida às mesmas normas legais. No entanto, usurpando as competências dos órgãos competentes, operam atividade pública ao arrepio da lei, fixando, ao bel talante, as normas a serem observadas como se legisladores fossem. Os veículos utilizados não estão incluídos entre os aptos ao transporte coletivo, pelo Código de Trânsito Brasileiro (artigo 96, inciso II, alínea “a”, itens 8 e 9) e pelas Resoluções CONTRAN 03/68 e 811/96.

A Carta Fundamental distingue duas grandes classes de atividades, seja quanto ao regime que lhes

“Os que afirmam que o transporte ‘alternativo’ decorre da má qualidade dos serviços delegados não só erram e cometem suma injustiça, como também propagam a desregulamentação, sem atentar às graves conseqüências do que apregoam (...)”

são atribuídos, seja quanto à titularidade das mesmas: a atividade econômica e a atividade pública (artigo 170 e seguintes). O exercício de atividades econômicas é reservado aos particulares, ressalvados os casos previstos na própria Carta Fundamental (artigo 173); os serviços públicos estão regulados no artigo 175 verbis:

“Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

O transporte coletivo de passageiros, definido como serviço de caráter essencial (artigo 9º e parágrafo 1º c/c artigo 30, inciso V, ambos da CF e artigo 10, inciso V, da Lei 7.783, de 28/06/89), de titularidade do Poder Público, está incluído entre os serviços públicos.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, os serviços públicos constituem coisa fora do comércio (*res extra commercium*), privativo das pessoas públicas (Municípios; Estados; Distrito Federal; União), afirmando que a execução (atividade pública) pode ser objeto de delegação ao particular, via concessão ou permissão, mediante licitação.

Não obstante o disposto no artigo 22, inciso XI, da Constituição Federal, não padece dúvida que os Estados (artigo 25 e § 1º) e os Municípios (artigo 30, V) são competentes para legislar sobre transporte, nas respectivas jurisdições, ante o que estabelece o respectivo parágrafo único:

Os transportadores clandestinos confundem exercício de atividade econômica (artigo 173 da CF), com a atividade

pública (artigo 175 da CF) e o Poder Judiciário comete o mesmo equívoco ao conceder liminares liberando os veículos envolvidos na clandestinidade. Sem embargo, aos poderes concedentes compete coibir a continuidade do transporte ilegal, exercitando, com máximo rigor, o poder de polícia (poder-dever), zelando pela ordem.

O eminente desembargador Sérgio Cavalieri Filho, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e professor titular da Cátedra de Responsabilidade Civil da Universidade Estácio de Sá (RJ), em brilhante palestra sobre o tema “A Responsabilidade Civil do Estado pelo dano provocado no transporte alternativo”, proferida no “V Congresso Responsabilidade Civil no Transporte Terrestre de Passageiros”, entre 24 e 26 de março de 2000, na Estância de São Roque, promovido em parceria pelo CEPES – Centro de Estudos e Pesquisas do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo e o Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado de São Paulo, foi incisivo ao condenar a inércia e o descaso dos poderes públicos competentes no trato do transporte ilegal:

“Com relação ao tema em debate, eu faria uma primeira observação. Transporte alternativo, para mim, é um eufemismo. É um termo muito brando, pouco expressivo, para retratar o transporte de que estamos falando. Trata-se, na realidade, de um transporte clandestino, pirata, irregular e, por isso mesmo, ilegal, que jamais deveria ter sido permitido, sequer tolerado, pela autoridade administrativa, não só pela concorrência ruinosa que ele faz, como já destacado, mas também, e principalmente, pela absoluta insegurança do serviço que presta.”

Referindo-se à responsabilidade civil das empresas concessionárias e permissionárias de transporte terrestre de passageiros, acentuou:

“É, sem dúvida, uma responsabilidade das mais rigorosas. Ela é objetiva, sim, quer em relação aos passageiros, quer em relação ao pedestre e a terceiros. No meu entender, só pode ser afastada por aquilo que chamo de fortuito externo, e pelo fato exclusivo da vítima”.

Reportando-se ao transportador informal afirmou:

“Em contrapartida, o transportador clandestino não oferece a menor segurança aos seus usuários e também não tem nenhum patrimônio para honrar as suas

obrigações, muito menos para pagar a indenização das numerosas vítimas dos acidentes que causa.

Nem mesmo os veículos utilizados nesse tipo de transporte pertencem aos transportadores, mas sim às instituições bancárias, às instituições financeiras, porque são colocados em circulação através do sistema de *leasing* e alienação fiduciária, e na hora, os bancos pedem de volta os seus veículos.”

Referindo-se à forma como o Poder Judiciário vem decidindo procedimentos judiciais tentados por proprietários de veículos envolvidos na clandestinidade, liberando-os sem ônus, afirmou, peremptoriamente:

“Nem mesmo as multas de trânsito são pagas, porque, lamentavelmente, quando, eventualmente, esses veículos

são apreendidos, conseguem logo uma liminar para liberá-los, o que, de certa forma, no meu entender, torna o Judiciário conivente com esse transporte irregular”.

Adiante, adjuntou:

“Não obstante todos esses inconvenientes, esse transporte clandestino praticamente invadiu as capitais e as grandes cidades do interior, senão pela ação, pelo menos pela omissão das autoridades administrativas ao argumento de que ele iria preencher as eventuais lacunas deixadas pelo transporte regular. Pura falácia!

A FETRANSPOR, no Rio de Janeiro, fez um estudo aprofundado sobre a questão, e os dados apresentados são alarmantes não só no Rio de Janeiro, mas também em

São Paulo e no restante do Brasil. Só a título de exemplo, a pesquisa demonstrou que cerca de 52% (cinquenta e dois por cento) das vítimas de acidente de transporte são vítimas desse transporte clandestino. Essas vítimas quase sempre sofrem, quando não morrem, evidentemente, ferimentos gravíssimos. Nunca ficam internadas menos do que dois meses. Sofrem, no mínimo, duas grandes cirurgias e quase sempre ficam com seqüelas graves, engrossando a fila dos aposentados por invalidez do INSS.

Em São Paulo, ônibus foram queimados (mais de uma dúzia), os passageiros assustados, praticamente expulsos dos ônibus, os fiscais ameaçados, o trânsito interrompido. Donos do mundo! Isso vem acontecendo em grande parte do Brasil e também na América do Sul.”

“Os transportadores clandestinos confundem exercício de atividade econômica, com a atividade pública e o Poder Judiciário comete o mesmo equívoco ao conceder liminares liberando os veículos envolvidos (...).”

As conseqüências decorrentes do transporte clandestino são nefastas à administração pública, à economia, à mão-de-obra utilizada, aos sistemas regulares, aos usuários, ao meio ambiente, enfim, à sociedade como um todo:

- em relação à Administração Pública a principal conseqüência é a perda de governabilidade resultante da não-regulamentação dessa atividade (artigo 175 da CF) e do não-exercício do poder de polícia, por quem de direito;

- no tocante à economia, à saúde, ao meio ambiente e à sociedade, os malefícios causados são múltiplos: desvio de clientela dos serviços regulares comprometendo o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos (Lei 8666/93 e Lei 8.987/95); disputa desenfreada entre os próprios transportadores irregulares, provocando acidentes gravíssimos, que põem em risco a incolumidade física dos passageiros e de terceiros, bem como o próprio patrimônio e o de terceiros; absoluta ausência de benefícios aos usuários, inclusive, em relação às tarifas aprovadas aos sistemas regulares; empregos informais sem quaisquer garantias trabalhistas (jornadas de trabalho; pisos salariais; benefícios sociais; utilização de mão de obra de menor de dezesseis anos; inobservância das normas relativas à Segurança e Medicina do Trabalho); contaminação do meio ambiente (poluição) pelo excessivo acúmulo de fumaça preta e partículas de gás carbônico, responsáveis pelo fenômeno da inversão térmica etc., etc..

Do quanto já exposto, conclui-se que o combate aos desmandos perpetrados pelos proprietários de peruas e vans, que comprometem os sistemas regulares de transporte de passageiros, é necessário para resgatar autoridade dos poderes concedentes e a dignidade das leis que regem os sistemas de transporte coletivo regular.

A experiência demonstra que a caracterização do transporte coletivo de passageiros, como serviço público de caráter essencial gerenciado pelo Estado, delegável à iniciativa privada (atividade pública) é a forma mais clara e transparente para garantir um transporte eficiente, seguro, de qualidade e com modicidade de tarifa, atendendo os anseios dos usuários. As estatísticas mais recentes revelam que sessenta por cento (60%) dos deslocamentos, mesmo nas cidades dotadas de malhas

ferroviárias e sistema metroviário, são realizados por ônibus. Nas demais, essa verdade é mais patente, sendo o ônibus o principal responsável pela garantia do cumprimento do direito constitucional de “ir e vir”.

Importa acrescentar que cada ônibus é responsável por sete (7) postos de trabalho, o que permite afirmar que os sistemas de transporte regular geram dezenas de milhares de empregos diretos, formais, com rigorosa observância das leis trabalhistas e previdenciárias; as Empresas regulares recolhem, em dia, aos cofres públicos, todos os tributos incidentes sobre a atividade que exercitam, por delegação do Estado.

Diversamente, no transporte clandestino, tudo é informal e ilegal, não havendo concessão de gratuidades

impostas aos sistemas regulares (idosos com mais de 65 anos de idade, deficientes físicos e acompanhantes, carteiro e determinados serventuários da justiça), concessão de isenção ou redução de 50% nas tarifas, a estudantes e professores de cursos oficiais e oficializados. Não bastasse isso, os motoristas envolvidos na clandestinidade não são habilitados para o transporte coletivo, por não serem portadores de CNH categoria “D” e, por corolário, não se submetem aos exames periódicos de reavaliação (direção preventiva e direção defensiva), nem realizam os cursos exigidos pelo Código de Trânsito Brasileiro vigente (artigos 145 a 147). Os veículos utilizados (peruas e vans) não são classificados pelo Código de Trânsito Brasileiro

como aptos ao transporte coletivo, por não atenderem às especificações da Resolução CONTRAN 811, de 27/02/96 (recepcionada pelo artigo 314 do CTB) que, de forma clara e objetiva, estabelece os requisitos de segurança em se tratando de transporte coletivo, e são utilizados com inobservância do disposto no artigo 135 do CTB, sem a autorização prévia do poder público competente e não estão emplacados com chapa vermelha.

Resta analisar a atividade em comento sob o prisma da responsabilidade civil que, em relação às empresas concessionárias e permissionárias de linhas regulares delegadas pelo Estado, é objetiva, desde a vigência do Decreto nº 2.681, de 07 de dezembro de 1912 (Lei das Estradas de Ferro), aplicado ao transporte coletivo por ampliação jurisprudencial do artigo 17:

“Operando da forma como vêm fazendo, competindo deletariamente com as empresas (...), os transportadores informais não estão exercitando atividade econômica a que teriam direito, mas sim, atividade pública”

“As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea.

A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário algumas das seguintes provas:

I – caso fortuito ou força maior;

II – culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.”

Destarte, a regra consubstanciada no parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, nada mais fez do que confirmar o que a doutrina e a jurisprudência já haviam consagrado.

A responsabilidade do transportador clandestino em relação aos seus clientes também é objetiva, seja ela analisada sob o prisma do Código Civil vigente, seja sob a ótica do Código de defesa do Consumidor. Nos acidentes com vítimas fatais, ou dos quais resultem lesões corporais incapacitantes para o trabalho (total ou parcialmente; temporária ou permanentemente), a situação é ainda mais grave: a uma, por se tratar de serviço operado sem delegação do Poder Público competente; a duas, porque os motoristas não são portadores de CNH, categoria “D”; a três, vez que os veículos não qualificados para o transporte coletivo, dos quais, sequer, são os legítimos proprietários posto que adquiridos pelo sistema de *leasing*, circunstâncias que, na órbita do direito penal, constituem agravantes.

Por conseguinte, no campo da responsabilidade civil, resta indagar se pode ser atribuída responsabilidade ao Estado, em decorrência de omissão no exercício indeclinável do poder de polícia. De responsabilidade subsidiária não se trata, porque o transportador clandestino não atua como agente do Estado, mas, há os que sustentam a responsabilidade solidária, caso o devedor seja insolvente. Digno de registro o entendimento do desembargador Sérgio Cavalieri Filho:

“Creio que poderá a Administração Pública, o Poder Concedente, ser responsabilizado pelos danos sofridos pelas vítimas dos acidentes do transporte clandestino. A omissão passa a ter relevância causal quando o emitente tem um dever jurídico de agir. E é o caso da Administração. Lembro, todavia, que também aqui não poderemos aplicar a responsabilidade fundada no risco administrativo, a responsabilidade objetiva do artigo 37, parágrafo 6º, porque esses transportadores clandestinos não são agentes do Estado. Também aqui terá a vítima que buscar a eventual indenização com base na culpa anônima ou na falta do serviço à qual já nos referimos”.

Cabe ao Poder Judiciário dissipar dúvidas, a partir do momento em que vítimas de acidentes provocados

por veículos envolvidos na clandestinidade (passageiros e terceiros) passarem pleitear indenizações (patrimoniais e por danos morais), incluindo o Estado no pólo passivo da ação. E, para tanto, contará com a cultura jurídica dos ilustrados magistrados e dos doutos representantes do Ministério Público, que honram e nobilitam as instituições que integram.

Por derradeiro, vale acrescentar que a prática de transporte irregular implica a ocorrência de ilícitos penais, não só decorrentes do exercício, propriamente dito, de atividade pública sem delegação do Poder Público competente, como também, diante do envolvimento dos transportadores clandestinos com o submundo do crime:

a) concorrência ruínosa, capitulada no artigo 178, inciso III, do Código Penal, mantido em vigor pelo artigo 128 da Lei nº 5.772, de 21/12/71 (Código de Propriedade Industrial);

b) usurpação de função pública, crime tratado no artigo 328 do Código Penal, com previsão de pena de reclusão e 2 a 5 anos e multa.

De todo o exposto, conclui-se que a proliferação do transporte clandestino com as conseqüências dele decorrentes está a exigir reflexão. Não se pretende questionar o direito ao trabalho, princípio constitucional pétreo, até porque isso constituiria imperdoável veleidade, mas, há que se atentar, com rigor, ao que dispõe o inciso XIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que consagra “o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Operando da forma como vêm fazendo, competindo deletariamente com as empresas concessionárias e permissionárias, os transportadores informais não estão exercitando atividade econômica a que teriam direito (artigo 173 da CF), mas sim, atividade pública, sem delegação do Estado (artigo 175 da CF), portanto, de forma ilegal.

Bem por isso, o apelo que com acato e respeito se formula ao Poder Judiciário, responsável pela aplicação da lei, ao Ministério Público Federal e Estadual e ao Ministério Público do Trabalho, guardiões da lei e do direito, é no sentido de procederem à análise detida da atividade exercitada pelos transportadores informais, qualificando-a e definindo-a em face da legislação aplicável, a fim de atuarem com eficiência no combate ao transporte clandestino, que assume proporções alarmantes e que tende a agravar-se cada vez mais se a lei e o direito não prevalecerem, como se impõe e se espera, como garantia mínima à manutenção da ordem e da paz social em um Estado Democrático de Direito.