

REGIME DE SERVIÇOS PÚBLICOS E DAS ATIVIDADES PRIVADAS REGULAMENTADAS: UM ESTUDO DE CASO RELATIVO AO TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL NO ESTADO DE SÃO PAULO

Discipline of public utilities and regulated private activities: a case study on intercity road transport in the State of São Paulo

Francisco Acioli Garcia¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. Regime jurídico dos serviços públicos; 2.1 Concepções de serviço público; 2.2 Elementos diferenciadores do regime de serviços públicos; 2.3 Atividades privadas regulamentadas; 3. Estudo de caso: transporte intermunicipal rodoviário de passageiros no Estado de São Paulo; 4. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO O presente trabalho apresenta um estudo sobre o regime de serviços públicos, destacando os critérios que o diferenciam das atividades privadas regulamentadas. Após um exame teórico sobre o tema, busca-se realizar um estudo de caso relativo ao transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no Estado de São Paulo para a aplicação dos conceitos e premissas alcançados.

Palavras-chave: Serviços públicos. Atividade privada regulamentada. Transporte rodoviário intermunicipal.

ABSTRACT This paper presents an analysis on the discipline of public utilities, highlighting the aspects that differentiate it from regulated private activities. After a theoretical examination on the subject, the paper presents a case study on intercity road transport in the State of São Paulo for the application of the concepts and assumptions achieved.

Keywords: Public utilities. Regulated private activities. Intercity road transport.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo visa tratar do regime de serviços públicos, com a apresentação das características essenciais das atividades que se enquadram no conceito em questão, em contraposição às chamadas atividades privadas regulamentadas. À luz de tais conceitos teóricos, será feito um estudo de caso relativo ao transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no âmbito do Estado de São Paulo.

Na primeira parte, serão abordadas as diferentes concepções de serviços públicos, a fim de se investigar a mais adequada para os fins perseguidos neste estudo. A partir de tal definição de concepção de serviço público, serão buscados os elementos diferenciadores dos serviços públicos, isto é, aqueles que justificam a categorização de determinada atividade econômica no regime jurídico dos serviços públicos.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduado em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE).

Ato contínuo, será buscada uma contraposição entre o regime dos serviços públicos e as atividades privadas regulamentadas. Aqui, será demonstrado que, no que diz respeito ao regime de serviços públicos, é reservada ao Estado a competência para organizar a prestação do serviço público, considerando-se também aspectos de conveniência e oportunidade, desde que limitados pelo princípio jurídico da livre iniciativa.

Já na segunda parte, os elementos teóricos apresentados ao longo da primeira parte serão empregados em um estudo de caso relativo ao transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no âmbito do Estado de São Paulo, que envolve tanto a prestação de serviços públicos, no âmbito do serviço regular, como também o regramento e a fiscalização de atividades privadas regulamentadas, no âmbito do fretamento.

2. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1 Concepções de serviço público

A investigação sobre o regime aplicável aos serviços públicos, notadamente no que diz respeito às características próprias das atividades que podem ser classificadas assim, depende, inicialmente, da definição de uma concepção de serviço público a ser usada na presente oportunidade. A opção por uma das concepções possíveis não importa em desprezo às demais, tratando-se apenas de um exercício para conferir maior clareza metodológica ao trabalho.

Com base nas lições de Alexandre Aragão², é possível se falar em quatro concepções distintas de serviço público: concepção amplíssima, concepção ampla, concepção restrita e concepção restritíssima. Passa-se, então, à análise de cada uma delas.

De acordo com a concepção amplíssima de serviços públicos, esses compreenderiam qualquer atividade administrativa exercida pelo Estado, independentemente se tal atividade tenha natureza prestacional ou restritiva de direitos. Portanto, “serviços públicos compreenderiam todas as atividades exercidas pelo Estado em regime jurídico de Direito Público por uma decisão política dos órgãos de direção do Estado (critério formal)”³.

A concepção amplíssima, ao identificar o regime de serviços públicos à atividade administrativa como um todo, acaba por se tornar inócua. Afinal, mostra-se essencial diferenciar os diferentes ramos do direito administrativo para que seja possível a análise de cada um deles. Até mesmo porque há relativo consenso doutrinário de que a atividade administrativa pode se manifestar de diferentes maneiras⁴.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 121-124.

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 121.

⁴ Nas palavras de Marçal Justen Filho, “a grande dificuldade em definir a função administrativa reside na dinamicidade, na abrangência e na heterogeneidade do conceito”. Tal atuação compreende “atividades

Já a concepção ampla de serviços públicos divide a atividade administrativa a depender de seu caráter. De um lado, as atividades de natureza prestacional, que proporcionam utilidades aos indivíduos; do outro, as atividades restritivas de direito, que conformam as liberdades dos administrados. Os serviços públicos corresponderiam, então, às ações administrativas de caráter prestacional, que geram comodidades.

A concepção restrita, por sua vez, inclui no universo dos serviços públicos somente aquelas atividades prestacionais em que há a identificação precisa dos usuários, bem como a quantificação dos benefícios extraídos por cada um deles (serviços *uti singuli*). Estariam excluídos, desse modo, os serviços *uti universi*, nos quais os beneficiários não são identificados com exatidão, como, por exemplo, no caso da iluminação pública de vias urbanas.

Por fim, a concepção restritíssima de serviços públicos abrange apenas os serviços *uti singuli* passíveis de financiamento por taxa ou tarifa. Ficariam de fora, portanto, os chamados serviços sociais, notadamente os de saúde e educação, oferecidos gratuitamente pelo Estado por determinação constitucional e livremente prestados, também, por entidades privadas.

Neste trabalho, a concepção de serviço público a ser usada será justamente a última apresentada acima, qual seja, a restritíssima. Isso porque a investigação ora em curso busca examinar os critérios pelos quais determinada atividade econômica, financiada ao menos em parte pelos próprios usuários, é enquadrada como serviço público.

Portanto, como o elemento comparativo entre as atividades econômicas em geral e as atividades submetidas ao regime de serviços públicos mostra-se importante nesta pesquisa, a adoção da concepção restritíssima acaba se revelando mais proveitosa. Até mesmo porque os serviços sociais (saúde e educação) seguem lógicas absolutamente distintas quando prestadas pelo Estado ou pela iniciativa privada.

2.2 Elementos diferenciadores do regime de serviços públicos

A mera identificação da concepção de serviço público mais adequada para este estudo (atividades prestacionais em que há a identificação precisa dos usuários, bem como a quantificação dos benefícios extraídos por cada um deles, passíveis de remuneração), porém, não soluciona a questão do enquadramento de determinada atividade como serviço público.

Na verdade, a pergunta permanece sem resposta: quais os elementos diferenciadores para que certa atividade econômica seja considerada um serviço público? Afinal, existem atividades econômicas prestacionais, com identificação precisa dos

de fornecimento de utilidades materiais de interesse coletivo”, “atuação de cunho jurídico, imaterial”, “decisão de litígios, inclusive entre particulares”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 16.

beneficiários e a quantificação dos benefícios extraídos por cada um deles, passíveis de remuneração, que não estão submetidos ao regime dos serviços públicos. O fretamento de transportes, a ser analisado posteriormente aqui, é um desses casos.

Ao tratar do tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ aponta que os serviços públicos se caracterizam por três elementos diferentes: o elemento subjetivo, o elemento formal e o elemento material. O elemento subjetivo consistiria na titularidade estatal da atividade prestacional, tendo em vista que o serviço público sempre seria incumbência do poder público. Já o elemento formal seria a incidência do regime de direito público exorbitante, derogatório do direito comum. O elemento material, por sua vez, consistiria na satisfação de necessidades de ordem coletiva, pois a categorização como serviço público exige a presença de interesse público na consecução daquela atividade.

Ao se analisar os elementos listados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é possível notar que ao menos dois deles não são suficientes para diferenciar os serviços públicos das demais atividades econômicas. Com efeito, tanto o elemento subjetivo (titularidade estatal) quanto o elemento formal (incidência do regime de direito público) não servem para justificar a inclusão de certa atividade no rol de serviços públicos.

Na verdade, a titularidade estatal e a incidência do regime de direito público consistem mais em consequência da inclusão de determinada atividade nessa categoria do que propriamente uma razão para tal enquadramento. Desse modo, o que realmente explica a classificação de certa atividade como serviço público é o elemento material, apontado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como a satisfação de necessidades coletivas.

Trata-se, no entanto, de uma definição que merece ao menos ser complementada. Afinal, a própria autora reconhece que “todo serviço público visa atender a necessidades públicas, mas nem toda atividade de interesse público é serviço público”⁶. Portanto, ainda é preciso investigar os critérios pelos quais as atividades que visam atender a necessidades públicas serão ou não enquadradas como serviços públicos.

Nesse particular, existe espaço para a realização de opções políticas na definição do que vem a ser serviço público, visto que não se trata de matéria exclusivamente afeta ao direito. Portanto, seria possível argumentar que os agentes políticos eleitos pelo povo teriam certa discricionariedade para decidir quanto a este enquadramento.

No entanto, justamente por o presente estudo buscar elementos diferenciadores do que vem a ser serviço público, mostra-se mais correto trabalhar aqui não com a discricionariedade, mas com os diferentes graus de vinculação dos agentes políticos ao direito, conforme ensina Gustavo Binbenbojm⁷:

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p.144-148.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 148.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 207-208.

Deste modo, ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais (ato vinculado v. ato discricionário), já superada, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa: a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares); b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares); e c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares).

Embora tal raciocínio tenha sido construído para balizar a atuação do administrador público, a lógica também é aplicável a qualquer agente político responsável pela definição de serviço público, seja integrante do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. Em ambos os casos, haveria vinculação a princípios jurídicos para a escolha das atividades que devem se amoldar à categoria dos serviços públicos, em especial.

Caso contrário, a escolha imotivada, sem critérios diferenciadores bem embasados, acabaria por provocar a violação ao princípio constitucional da livre iniciativa, fundamento tanto da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV, da Constituição Federal)⁸ quanto da ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal)⁹, já que se estaria diante de uma invasão indevida sobre o campo da iniciativa privada.

O primeiro critério diferenciador que ora se propõe é o da essencialidade do serviço. Trata-se de complemento ao já analisado elemento material apontado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que serviços públicos seriam aquelas atividades prestacionais que satisfazem necessidades de ordem coletiva de caráter essencial.

Afinal, outras características típicas dos serviços públicos e positivadas em lei, tais como os princípios da universalidade/generalidade e da modicidade tarifária, previstos no artigo 6º, § 1º, da Lei Federal nº 8.987/1995¹⁰, decorrem da essencialidade da atividade. Por determinada utilidade ser reputada como essencial, todos os integrantes de determinada comunidade devem ter acesso à mesma utilidade (princípio da universalidade/generalidade), o que somente será possível caso a disponibilização não tenha custos financeiros excessivos (princípio da modicidade tarifária).

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

¹⁰ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. *Ibidem*.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Portanto, a essencialidade, na concepção de que toda a população interessada deve ter acesso à prestação material em questão caso dela precise, consiste em uma nota essencial dos serviços públicos, isto é, em um dos elementos necessários para que determinada atividade econômica seja enquadrada em tal regime jurídico, não ficando apenas sujeita à livre iniciativa. Trata-se de condição necessária, mas não suficiente.

Isso porque há outro elemento diferenciador, qual seja, a necessidade de organização estatal da prestação do serviço para assegurar a universalidade de acesso conseqüente da essencialidade tratada acima. Aqui, o raciocínio é bem simples: ainda que determinada utilidade seja essencial, caso a livre iniciativa seja capaz de atender satisfatoriamente às necessidades da população, não há que se sujeitar tal atividade econômica ao regime dos serviços públicos. Há incidência do princípio da subsidiariedade¹¹, ainda que consista em diretriz político-administrativa de organização do estado, tendo em vista as críticas doutrinárias em relação ao seu caráter de norma constitucional¹².

Por outro lado, constatado que um serviço essencial exige, em uma visão integral (que considera o sistema como um todo), a organização estatal para que seja oferecido de maneira universal a toda população interessada, estão presentes os elementos diferenciadores para a categorização da atividade econômica como serviço público.

Portanto, mais do que um conceito de serviço público, o que interessa ao presente trabalho é identificar os critérios pelos quais certa atividade econômica seja assim classificada. À luz do exposto acima, os critérios sugeridos são dois: (i) essencialidade do serviço; e (ii) necessidade de organização estatal da prestação, sempre com um olhar sistemático que considera a consecução do serviço holisticamente.

2.3. Atividades privadas regulamentadas

Após uma análise mais detida sobre os serviços públicos, realizada nos dois tópicos anteriores, entende-se que já há um instrumental teórico mais adequado para contrapô-los às atividades privadas regulamentadas.

Nota-se que, diferentemente do regime dos serviços públicos, o estudo das atividades privadas regulamentadas não recebe tanta atenção da doutrina e do ensino

¹¹ Na definição de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, o princípio da subsidiariedade consiste na “primazia do indivíduo e da sociedade civil no desempenho de atividades sociais, restringindo a atuação direta do Estado aos casos excepcionais”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 500.

¹² “Há alguma polêmica acerca do *status* constitucional do princípio da subsidiariedade econômica. Ela poderia não ser princípio constitucional, como muitos afirmam, mas *diretriz político-administrativa de organização do estado*. A subsidiariedade econômica não poderia gozar da superconstitucionalidade dos princípios constitucionais porque isso significaria a constitucionalização de um modelo econômico, ainda mais diante do caráter compromissório da constituição de 1988. Ela juridicizaria — com a nota da proteção reforçada dos princípios constitucionais — determinado projeto econômico de uma ideologia, quando a constituição de 1988 abrir-se-ia a *muitas ideologias*”. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Intervenção do Estado no domínio econômico. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Tomos: Direito Administrativo e Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021.

jurídico universitário tradicionais, embora tais atividades sejam bastante relevantes no âmbito da atividade administrativa. Alexandre Aragão¹³ traz a seguinte definição para as atividades privadas regulamentadas:

De toda sorte, isto é, independentemente da nomenclatura, são atividades da iniciativa privada para as quais a lei, em face da sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que sejam exercidas, impondo ainda a sua contínua sujeição à regulação do poder público autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial.

Percebe-se, desse modo, que as atividades privadas regulamentadas não envolvem serviços essenciais que dependem da organização estatal para que sejam prestados a contento a toda população interessada. Na verdade, a regulação estatal, com a exigência de ato autorizativo, incide em tais atividades para garantir a observâncias de outros valores reputados como relevantes pela ordem jurídica, tais como a segurança dos usuários, a proteção do consumidor etc.

De todo modo, tal regulação tende a ser mais suave do que aquela incidente sobre os serviços públicos, visto que a lógica predominante nas atividades privadas regulamentadas é a da livre iniciativa. A intervenção estatal nesses casos se dá somente para tutelar os valores considerados importantes naquela atividade específica, sem que o poder público assuma a missão de organizar a prestação em si do serviço.

Não há, por conseguinte, regulamentação de serviços públicos, mas exercício de poder de polícia sobre atividades privadas¹⁴, justamente por tais atividades não reunirem, simultaneamente, as características da essencialidade e da necessidade de conferir ao Estado a competência para organizar a prestação satisfatória a toda a população interessada.

A diferenciação precisa do regime dos serviços públicos das atividades privadas regulamentadas é de fundamental importância para o estudo do caso concreto a ser feito no próximo capítulo, visto que tal análise concreta se pautará nas premissas teóricas ora fixadas.

3. ESTUDO DE CASO: TRANSPORTE INTERMUNICIPAL RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS NO ESTADO DE SÃO PAULO

Com fundamento no instrumental teórico explorado no capítulo 2, passa-se agora a examinar a realidade do transporte intermunicipal rodoviário de

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 154.

¹⁴ Nesse sentido, aliás, vale conferir o entendimento exarado pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo por meio do Parecer CJ/STM nº 123/2015: “juridicamente, não possui a natureza de serviço público, mas de atividade econômica de interesse público relevante, com relação à qual a atuação estatal não é voltada à regulamentação de um serviço destinado à coletividade, mas ao exercício de um poder de polícia voltado a estabelecer requisitos para o desempenho de uma atividade que, embora possua natureza privada, gera reflexos relevante ao interesse público e à segurança do usuário”.

passageiros no Estado de São Paulo, inclusive as controvérsias existentes a respeito do modelo vigente.

Nos termos da legislação paulista, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP) é a agência reguladora incumbida de regular e fiscalizar o transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros, excluídos aqueles sob gestão metropolitana (isto é, de competência da Secretaria Estadual de Transportes Metropolitanos e da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo – EMTU/SP)¹⁵, nos termos da Lei Complementar nº 914/2002 (art. 1º, *caput*, das Disposições Transitórias)¹⁶ e do Decreto Estadual nº 46.708/2002.

O transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros pode operar por dois modos diferentes, com requisitos distintos: há o serviço regular, disciplinado pelo Decreto Estadual nº 29.913/1989¹⁷, e a atividade de fretamento, disciplinada pelo Decreto Estadual nº 29.912/1989.

No que tange a tais decretos estaduais, vale ressaltar que ambos já foram questionados judicialmente, mas que tanto o Supremo Tribunal Federal (STF), em relação ao Decreto Estadual nº 29.912/1989, quanto o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), em relação ao Decreto Estadual nº 29.913/1989, reconheceram, em linhas gerais, a validade de tais atos normativos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTADO-MEMBRO: PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA. ÔNIBUS: FRETAMENTO PARA FINS TURÍSTICOS: DECRETO ESTADUAL REGULAMENTADOR. DECRETO 29.912, DE 1989, DO ESTADO DE SÃO PAULO.

¹⁵ A Lei Estadual nº 17.293/2020, em seu artigo 35, I, autoriza o Poder Executivo a delegar “à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP, criada pela Lei Complementar nº 914, de 14 de janeiro de 2002, as funções de regulação e fiscalização de todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos a entidades de direito privado, inclusive aqueles submetidos à esfera institucional da Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos”. No entanto, tal opção não foi exercida ainda pelo Poder Executivo, visto que inexistiu decreto estadual nesse sentido. SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 17.293, de 15 de outubro de 2020**. Estabelece medidas voltadas ao ajuste fiscal e ao equilíbrio das contas públicas e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020.

¹⁶ Artigo 1º - As competências exercidas pelo Departamento de Estradas de Rodagem - DER, no tocante ao transporte coletivo intermunicipal de passageiros, passarão à ARTESP no momento de sua instalação. SÃO PAULO (Estado). **Lei complementar nº 914, de 14 de janeiro de 2002**. Cria a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2002.

¹⁷ Embora o Decreto Estadual nº 61.635/2015 tenha revogado o Decreto Estadual nº 29.913/1989, o artigo único das disposições transitórias manteve a produção de efeitos daquele até o presente momento: “Artigo Único - Ao serviço de transporte coletivo intermunicipal rodoviário regular de passageiros atualmente prestado por linhas, permanecem aplicáveis as disposições do Decreto nº 29.913, de 12 de maio de 1989, até que se inicie, efetivamente, a operação do serviço nos moldes do Regulamento que integra o Anexo II deste decreto”. SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 29.913, de 12 de maio de 1989**. Aprova o Regulamento dos Serviços Rodoviários Intermunicipais de Transporte Coletivo de Passageiros (serviço regular). São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989.

I. - FRETAMENTO DE ÔNIBUS PARA O TRANSPORTE COM FINALIDADE TURÍSTICA, OU PARA O ATENDIMENTO DO TURISMO NO ESTADO. TRANSPORTE OCASIONAL DE TURISTAS, QUE RECLAMA REGRAMENTO POR PARTE DO ESTADO-MEMBRO, COM BASE NO SEU PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA, COM VISTAS À PROTEÇÃO DOS TURISTAS E DO PRÓPRIO TURISMO. CF, ART. 25, § 1º. INOCORRÊNCIA DE OFENSA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TRÂNSITO E TRANSPORTE (CF, ART. 22, XI).
II. - RE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(RE 201865, RELATOR(A): CARLOS VELLOSO, TRIBUNAL PLENO, JULGADO EM 28/10/2004, DJ 04-02-2005 PP-00021 EMENT VOL-02178-02 PP-00290 LEXSTF V. 27, N. 315, 2005, P. 173-182 RTJ VOL-00193-03 PP-01078)

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 113, VI “a” e 117 do Decreto Estadual nº 29.913, de 12 de maio de 1989. Multa e apreensão de veículo por trafegar sem autorização formal. Transporte coletivo intermunicipal. Norma recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Competência remanescente dos Estados. O Código de Trânsito Brasileiro exige licença da autoridade, sob pena de cometimento de infração. Preliminar de inadequação da via afastada. Prazo mínimo de apreensão do veículo de quarenta e oito horas exigido no referido decreto ofensivo ao princípio da razoabilidade. Inteligência do art. 111 da Constituição Bandeirante. Inconstitucionalidade apenas da última frase do indigitado Decreto. Ação julgada parcialmente procedente. (TJSP; Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei 9056468-50.2008.8.26.0000; Relator (a): Reis Kuntz; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Cível - São Paulo; Data do Julgamento: 20/05/2009; Data de Registro: 29/06/2009)¹⁸.

O transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros, na modalidade de serviço regular, destina-se à condução de pessoas com cobrança individual de passagem, sendo franqueado a quaisquer passageiros interessados. É o típico “ônibus de rodoviária”, com venda aberta ao público, bem como horários e itinerários predefinidos.

Já o transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros, na modalidade fretamento contínuo ou eventual, é destinado à condução de pessoas sem cobrança individual de passagem, pois não é franqueado livremente ao

¹⁸ Trecho relevante do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei 9056468-50.2008.8.26.0000: “Daí que, mediando novação constitucional, recepcionou-se, diante da CF/88, a legislação paulista em matéria de trânsito e transporte, inclusos, pois, como é de relevo para o caso, seus Decretos nº 29.912 e nº 29.913, neles não se vislumbrando vício de inconstitucionalidade material. [...] Nesse sentido também o entendimento esposado pelo Douto Procurador de Justiça: “[...] nada obstante os argumentos despendidos na petição inicial, não são inconstitucionais os dispositivos legais impugnados, pois, de fato, os Estados-membros detêm competência remanescente para regulamentar a prestação de serviços de transporte coletivo intermunicipal/rodoviário”.

público. Ou seja, não há um serviço à disposição de qualquer um que deseje, mas somente daqueles que se uniram e contrataram juntos determinada empresa para viagem(ns) específica(s).

Para fins de exemplificação, os casos clássicos de fretamento são aqueles de transporte contratado por uma escola para uma excursão de seus alunos, por agências de turismo para a realização de um passeio específico, por uma torcida organizada de futebol para assistir a uma partida no estádio do adversário. Em todas essas hipóteses, há um vínculo prévio entre as pessoas que usarão o serviço, e elas reservam um veículo para realização de determinada viagem, sem a venda de passagens a qualquer interessado.

No entanto, recentemente, determinadas empresas passaram a praticar, por conta própria, uma modalidade nova de fretamento, denominado pelas mesmas empresas de “fretamento colaborativo”.

Nessa nova modalidade, qualquer indivíduo pode se cadastrar no *site* da empresa e demonstrar seu interesse em determinada rota intermunicipal, fora da região metropolitana (objeto de estudo deste trabalho), com a indicação de horários e itinerários. Após o atingimento de determinado número de pessoas interessadas na mesma rota, uma empresa de fretamento eventual é contratada para a realização da viagem.

As empresas responsáveis pela criação do modelo de negócio em questão suscitam que apenas fazem a intermediação virtual entre as transportadoras de fretamento, de um lado, e os clientes, de outro, bem como que o “fretamento colaborativo” é lícito no Estado de São Paulo, razão pela qual não pode ser coibido pela ARTESP, agência competente pela fiscalização do serviço regular e da atividade de fretamento.

A análise da juridicidade da prática descrita nos parágrafos acima, no entanto, passa pelo exame da legislação aplicável sob a ótica da diferenciação entre o regime dos serviços públicos e das atividades privadas regulamentadas.

Isso porque o serviço regular, no âmbito do transporte intermunicipal rodoviário de passageiros no Estado de São Paulo, é considerado um serviço público, pois reputado como essencial. Mais do que isso, a existência de linhas menos atrativas, com menos interessados na respectiva viagem intermunicipal, faz com que a livre iniciativa não atenda satisfatoriamente toda a demanda existente. É necessária, portanto, a organização estatal para que o serviço seja oferecido de modo universal a toda população interessada.

Nesse caso, o regime de serviços públicos, a fim de garantir a universalidade que o justifica, impõe a concessão de gratuidades legais, a observância de rotas obrigatórias, a fixação de um número mínimo de partidas, a realização de viagem independentemente da quantidade de passageiros, entre outras constrações destinadas ao parceiro privado da Administração Pública que efetivamente executa os serviços.

Já o serviço de fretamento, por sua vez, é considerado atividade privada regulamentada, pois não foi considerado essencial pelo Estado de São Paulo. Afinal, não está em jogo aqui o direito fundamental social ao transporte (artigo 6º da

Constituição Federal)¹⁹, mas a realização de viagens por um grupo de pessoas com um vínculo em comum. Atividade, portanto, inserida no âmbito da livre iniciativa, com regulamentação pelo Estado de São Paulo a fim de assegurar direitos básicos do usuário do serviço, tal como a segurança, tendo em vista a periculosidade inerente às atividades de transporte.

Por estar fora do regime de serviço público, a atividade de fretamento não se sujeita às mesmas constrações. Desse modo, a normatização vigente no Estado de São Paulo impede expressamente a equiparação entre os serviços regulares e a atividade de fretamento, nos termos do artigo 5º do “Regulamento do Serviço Intermunicipal de Transporte Coletivo de passageiros sob fretamento”²⁰, contido no Decreto Estadual nº 29.912/1989.

Dessa norma é possível extrair duas características básicas do regime de fretamento no Estado de São Paulo: (i) impossibilidade de a atividade assumir caráter de serviço aberto ao público; (ii) necessidade de as viagens ocorrerem em circuito fechado. A primeira característica está explicitamente estipulada no artigo 4º do “Regulamento do Serviço Intermunicipal de Transporte Coletivo de passageiros sob fretamento”²¹, contido no Decreto Estadual nº 29.912/1989, inexistindo maiores dúvidas quanto a ele.

Em relação às viagens em circuito fechado, é possível defini-las, na linha do artigo 3º, XIV, da Resolução ANTT nº 4.777/2015, da seguinte forma:

XIV - Circuito fechado: viagem de um grupo de passageiros com motivação comum que parte em um veículo de local de origem a um ou mais locais de destino e, após percorrer todo o itinerário, observado os tempos de permanência estabelecidos nesta Resolução, este grupo de passageiros retorna ao local de origem no mesmo veículo que efetuou o transporte na viagem de ida²².

¹⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

²⁰ Artigo 5º - Os serviços de transporte de passageiros sob fretamento não poderão operar o regime de linha regular, salvo autorização justificada do departamento de estradas de rodagem. SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 29.912, de 12 de maio de 1989**. Dispõe sobre a aprovação do Regulamento do Serviço Intermunicipal de Transporte Coletivo de passageiros sob fretamento. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989.

²¹ Artigo 4º Entende-se por serviço de transporte intermunicipal coletivo de passageiros sob fretamento aquele que se destine à condução de pessoas, sem cobrança individual de passagem, não podendo assumir, caráter de serviço aberto ao público. *Ibid.*

²² BRASIL. Ministério dos Transportes. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. **Resolução nº 4.777, de 6 de julho de 2015**. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015.

Embora a regulamentação federal não se aplique ao Estado de São Paulo, a exigência do circuito fechado para o fretamento, conforme dito acima, deriva da inviabilidade de equipará-lo ao regime de serviço público, que opera em circuito aberto, com a comercialização de passagens individuais, em que a ida não está vinculada à volta.

Caso tal equiparação ocorresse, haveria o risco de um desequilíbrio concorrencial no setor. Afinal, as prestadoras de serviços públicos, em tese, continuariam tanto com as linhas menos atrativos do ponto de vista comercial quanto com aquelas mais atrativas do ponto de vista comercial, sujeitando-se ainda às restrições típicas do serviço público. As empresas de fretamento, no entanto, ofereceriam serviço muito similar sem se submeter às restrições em questão, além de ter ampla liberdade na escolha das viagens a serem realizadas – no caso, as mais lucrativas.

A consequência natural seria a asfixia econômica das prestadoras de serviço público, com prejuízos diretos à população, especialmente àqueles interessados na realização das viagens menos demandadas. A organização do serviço público pensada pelo poder público, no legítimo exercício de suas competências estatais, estaria então comprometida.

Percebe-se, portanto, que o “fretamento colaborativo” atualmente proposto, ao operar em circuito aberto e assumir caráter de serviço aberto ao público (qualquer interessado pode se cadastrar e adquirir viagens no *site* da empresa que faz a intermediação virtual), acaba por violar o regime de serviços públicos elaborado pelo Estado de São Paulo para o serviço regular.

Afinal, tal modelo de negócios acabaria por atentar contra a organização do serviço nos moldes em que concebida pelo poder público, obstaculizando, por conseguinte, a universalidade de atendimento imposta pela essencialidade da prestação material.

Os dois elementos diferenciadores dos serviços públicos, portanto, sofreriam prejuízo direto nessas circunstâncias concretas, o que justifica a limitação da atividade sem que haja qualquer violação à livre iniciativa, cujo âmbito de incidência pode ser limitado justamente pelo regime dos serviços públicos. Nessa linha, inclusive, são as lições de Vitor Rhein Schirato²³, que admite a possibilidade da retirada da atividade de um ambiente competitivo caso necessário para que o regime de serviços públicos atinja a sua finalidade:

Ao afirmar que a prestação dos serviços públicos é um instrumento para a satisfação de determinados direitos fundamentais *status positivus* ou mistos, afirmamos, por consequência, que ao Estado é imposto o dever de atuar de forma positiva para garantir a satisfação do direito fundamental em questão.

²³ SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos serviços públicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 108-109.

Com isso, afirmamos também que a instituição de um determinado serviço público demanda que o Estado empreenda determinada atividade econômica ou imponha à sua exploração significativas restrições (como adiante se detalhará), o que diminuirá o acesso dos particulares à atividade, seja pela concorrência promovida pelo agente estatal, seja pela sua retirada de um ambiente competitivo, trazendo impactos sobre o direito fundamental da livre iniciativa (inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal).

Percebe-se, portanto, que, no caso do transporte intermunicipal rodoviário de passageiros no Estado de São Paulo, a criação desse novo modelo de negócio, denominado como “fretamento colaborativo”, acabou por descaracterizar o fretamento como atividade privada regulamentada, tornando-o mais próximo do serviço regular, sujeito ao regime dos serviços públicos.

Mais do que isso, ao instalar uma competição direta entre transportadoras de fretamento e as empresas do serviço regular, com apenas estas últimas sujeitas às constrictões típicas do serviço público para assegurar a universalidade de acesso, o “fretamento colaborativo” acaba por proporcionar um ambiente de concorrência desleal. Trata-se de hipótese em que a assimetria regulatória impede que a disputa por mercado se dê em bases minimamente isonômicas.

4. CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho é demonstrar que a classificação como serviço público de determinada atividade econômica prestacional, com identificação precisa dos beneficiários e a quantificação dos benefícios extraídos por cada um deles, passível de remuneração, tem efeitos práticos importantes. Por conta disso, deve ser feita de modo criterioso.

Assim, foram sugeridos dois elementos diferenciadores entre os serviços públicos e as demais atividades econômicas, inclusive aqueles objetos de regulação para assegurar valores jurídicos relevantes: (i) essencialidade e (ii) necessidade de organização estatal da prestação, sempre com um olhar sistemático que considera a consecução do serviço holisticamente.

A partir daí, passou-se a um estudo de caso do transporte intermunicipal rodoviário de passageiros no Estado de São Paulo, pois tal ramo abrange tanto serviço público (serviço regular) quanto atividade privada regulamentada (fretamento). A existência de uma controvérsia existente sobre o modelo vigente, causada pela prática do “fretamento colaborativo” por certos agentes econômicos, permitiu a contraposição mais clara entre esses dois universos e deixa uma importante lição: a inovação no campo da livre iniciativa tem limites.

Não se está a defender uma visão estagnada de serviços públicos, infensa à possibilidade de concorrência com o setor privado em toda e qualquer hipótese. Entretanto, eventual atuação de agentes do mercado em setor sujeito ao regime de serviços públicos não pode desconfigurar a organização da prestação instituída pelo poder público, sob pena de prejuízo à universalidade de acesso.

É exatamente o que pode ocorrer no âmbito do transporte intermunicipal rodoviário de passageiros no Estado de São Paulo, razão pela qual são legítimas ações administrativas da entidade fiscalizadora (ARTESP) visando coibir o chamado “fretamento colaborativo”, tendo em vista os artigos 4º e 5º do “Regulamento do Serviço Intermunicipal de Transporte Coletivo de passageiros sob fretamento”, contido no Decreto Estadual nº 29.912/1989.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Ministério dos Transportes. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. **Resolução nº 4.777, de 6 de julho de 2015**. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1393005. Acesso em: 2 out. 2024.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Intervenção do Estado no domínio econômico. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/109/edicao-2/intervencao-do-estado-no-dominio-economico->. Acesso em: 6 mar. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 29.913, de 12 de maio de 1989**. Aprova o Regulamento dos Serviços Rodoviários Intermunicipais de Transporte Coletivo de Passageiros (serviço regular). São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1989/decreto-29913-12.05.1989.html>. Acesso em: 02 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 29.912, de 12 de maio de 1989**. Dispõe sobre a aprovação do Regulamento do Serviço Intermunicipal de Transporte Coletivo de passageiros sob fretamento. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1989/decreto-29912-12.05.1989.html>. Acesso em: 02 out 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 46.708, de 22 de abril de 2002**. Aprova o Regulamento da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte no Estado de São Paulo - ARTESP, criada pela Lei Complementar nº 914, de 14 de janeiro de 2002. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2002. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto-46708-22.04.2002.html>. Acesso em: 02 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 61.635, de 19 de novembro de 2015**. Dispõe sobre a concessão dos serviços rodoviários de transporte coletivo intermunicipal regular de passageiros nas áreas de operação do Estado de São Paulo, aprova seu respectivo regulamento, e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2015/decreto-61635-19.11.2015.html>. Acesso em: 02 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Lei complementar nº 914, de 14 de janeiro de 2002**. Cria a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2002. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2002/lei.complementar-914-14.01.2002.html>. Acesso em: 2 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 17.293, de 15 de outubro de 2020**. Estabelece medidas voltadas ao ajuste fiscal e ao equilíbrio das contas públicas e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2020/lei-17293-15.10.2020.html>. Acesso em: 02 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **ADI nº 9056468-50.2008.8.26.0000**. Relator: Reis Kuntz. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1989. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=17738364&cdForo=0>. Acesso em: 2 out. 2024.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos serviços públicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

