

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Rafael Jantsch Wille

**A DISTINÇÃO ENTRE SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA EM
SENTIDO ESTRITO E O TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS**

Porto Alegre

2017

RAFAEL JANTSCH WILLE

A DISTINÇÃO ENTRE SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E O TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Rafael Da Cás Maffini

Porto Alegre

2017

RAFAEL JANTSCH WILLE

A DISTINÇÃO ENTRE SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E O TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em 18 de julho de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Rafael Da Cás Maffini (orientador)

Professor Gustavo Fontana Pedrollo

Professor Juliano Heinen

AGRADECIMENTOS

Agradeço à sociedade, financiadora desta Universidade, sem a qual a realização deste curso não seria possível. Agradeço também ao professor Rafael Maffini, pela disponibilidade na orientação deste trabalho.

Por fim, agradeço aos amigos que esta Faculdade me deu nos últimos anos, pelos valiosos ensinamentos e pelo companheirismo.

RESUMO

Esta pesquisa busca responder à seguinte questão: o serviço de transporte individual de passageiros é um serviço público ou uma atividade econômica em sentido estrito? O tema central deste trabalho é, portanto, averiguar se o transporte individual de passageiros seria uma atividade sujeita às normas de Direito Público - merecendo, por conseguinte, tutela especial do Estado -, ou uma atividade típica do Direito Privado - abarcada, assim, pelos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência -, podendo, nesse caso, ser exercida livremente pelos entes privados. Para tanto, é fundamental estabelecer os conceitos de serviço público e de atividade econômica *stricto sensu*, visto que somente com a precisa delimitação do alcance desses institutos será possível classificar de maneira adequada o serviço de transporte individual de passageiros. Assim, também será necessário analisar as seguintes questões: de que maneira o tema está regulamentado na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional? Quais entes federativos detêm competência legislativa sobre esta matéria? Existem critérios objetivos para a diferenciação de uma atividade entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito? Tais questionamentos são o ponto de partida do presente estudo e serão enfrentados por meio de pesquisa junto aos tribunais superiores e à doutrina nacional.

Palavras-chave: Serviço Público; Atividade Econômica em Sentido Estrito; Transporte Individual de Passageiros; Competência Legislativa; Direito Administrativo.

ABSTRACT

This research seeks to answer the following question: is individual passenger transportation a public service or an economic activity in the strict sense? The central theme of this work is therefore to investigate whether individual passenger transportation would be an activity subject to the norms of Public Law - deserving, thus, special protection of the State -, or a typical activity of Private Law - encompassed, therefore, by the constitutional principles of free enterprise and free competition - and in that case it may be exercised freely by private entities. For this, it is fundamental to establish the concepts of public service and economic activity in the strict sense, since only with the precise delimitation of the scope of these institutes it will be possible to classify in an adequate way the service of individual passenger transportation. Thus, it is also necessary to analyze the following questions: in what way is the issue regulated in the Federal Constitution and in infraconstitutional legislation? Which federal entities have legislative competence on this matter? Are there objective criteria for differentiating an activity between public service and economic activity in the strict sense? Such questions are the starting point of the present study and will be confronted through research along with the higher courts and the national doctrine.

Keywords: Public Service; Economic Activity in the strict sense; Individual Passenger Transportation; Legislative Competence; Administrative Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF - Constituição da República Federativa do Brasil

PL - Projeto de Lei

MS - Mandado de Segurança

RE - Recurso Extraordinário

RMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJ - Tribunal de Justiça

TRF - Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO.....	10
2.1 SERVIÇO PÚBLICO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E ALCANCE.....	10
2.1.1 Conceito.....	10
2.1.2 Princípios.....	18
2.1.3 Classificação.....	22
2.1.4 Alcance.....	25
2.2 ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA: OS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	28
2.2.1 A Ordem Econômica Brasileira.....	29
2.2.2 O Papel dos Princípios.....	33
2.2.3 O Princípio da Livre Iniciativa.....	37
2.2.4 O Princípio da Livre Concorrência.....	40
2.2.5 Atividade Econômica em Sentido Estrito.....	43
3 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	51
3.1 A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO E DOS MUNICÍPIOS.....	51
3.1.1 Competência Legislativa e Competência Material.....	51
3.1.2 A Competência dos Municípios.....	54
3.1.3 A Competência da União.....	56
3.1.4 Competência Legislativa quanto à Regulamentação do Transporte Individual de Passageiros.....	57
3.2 AS POSSÍVEIS INTERPRETAÇÕES DAS LEIS Nº 12.468/2011 e 12.587/2012.....	60
3.2.1 A Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012).....	60
3.2.2 A Lei nº 12.468/2011.....	66
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	69
5 REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

Impulsionada pela entrada no país de empresas que realizam a intermediação entre o usuário final e o prestador do serviço, a utilização do serviço de transporte individual privado de passageiros teve um expressivo aumento desde o ano de 2015, trazendo consigo diversas polêmicas quanto à legalidade e a necessidade de regulação da matéria. Destaca-se como ponto central do debate a controvérsia acerca da classificação do serviço como “transporte público individual de passageiros” ou “transporte individual privado de passageiros” e os reflexos dessa decisão nas demais questões relacionadas à regularidade do serviço.

Apesar de uma interpretação literal da legislação sugerir a irregularidade, no momento, dessa atividade - como, por exemplo, o art. 2º da Lei n. 12.468/11, o qual determina que “é atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros” -, muitos defendem que uma interpretação da Lei n. 12.587/12 (Política Nacional de Mobilidade Urbana) à luz dos princípios da ordem econômica constitucional garantiria a legalidade e a possibilidade do pleno exercício de tal atividade.

Na prática, entretanto, a utilização de aplicativos como *Uber* e *Cabify* está cada vez mais consolidada na sociedade, configurando-se como uma importante alternativa de transporte para a população e, ao mesmo tempo, garantindo renda para os motoristas prestadores do serviço. Por outro lado, ao expandir o seu alcance de mercado, mostra-se cada vez mais necessária a intervenção estatal, ainda que de forma indireta, de forma a evitar indesejáveis incorreções de mercado e incrementar a qualidade do serviço para o consumidor.

Dessa forma, a fim de pacificar a questão e atualizar a legislação vigente quanto a este tema, tramita no Congresso Nacional o PL nº 5.587/2016, o qual prevê, entre outras medidas, o reconhecimento do serviço de transporte privado individual de passageiros, que poderia ser exercido por motoristas de forma autônoma, independentemente de concessão ou permissão.

O tema desta pesquisa é, portanto, averiguar a legalidade ou não da prestação dessa modalidade de transporte. Para tanto, será imprescindível estudar as Leis nº 12.587/2012 e 12.468/2011, e suas respectivas interpretações por diferentes setores da doutrina, bem como o instituto do serviço público e a atividade econômica em

sentido estrito, de forma a analisar as possíveis classificações do transporte individual de passageiros e suas consequências jurídicas.

A repercussão econômica e social do tema é inegável, haja vista a parcela cada vez maior de usuários e também de trabalhadores envolvidos no serviço. Dessa forma, o julgamento do RE 1.054.110/SP pelo STF ou a eventual aprovação do aludido Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional trará consequências diretas a uma parcela significativa da população, seja para os usuários do serviço ou para os seus trabalhadores, que dependem do serviço para auferição de renda.

Aponta-se, ainda, que a entrada de empresas intermediadoras desse serviço no país modificou, provavelmente de maneira permanente, o mercado do transporte individual de passageiros, alterando a essência da prestação desse serviço, de forma a facilitar a sua utilização pelos usuários e a sua prestação pelos motoristas.

Ademais, a solução da controvérsia acerca da natureza do serviço de transporte individual trará consequências tanto no campo teórico quanto no prático: neste, resolverá a questão da regularidade ou não da atuação de empresas prestadoras desse serviço e dos seus motoristas parceiros, enquanto naquele, contribuirá na consolidação de uma posição definitiva do Poder Judiciário com relação aos serviços públicos e quanto à distribuição de competências, em especial à delimitação do “interesse local” dos municípios.

Na primeira parte do trabalho, procura-se apresentar e distinguir os conceitos de serviço público e atividade econômica em sentido estrito, apresentando as divergências na classificação de atividades concretas e a repercussão jurídica da definição da atividade entre uma das classificações.

Na parte final do presente estudo, busca-se apresentar o transporte individual de passageiros e a mudança recente no seu funcionamento devido ao ingresso no mercado de empresas que utilizam novas tecnologias para a prestação desse serviço. Dessa forma, enfrenta-se também a possibilidade de Lei municipal regulamentar essa atividade e, por fim, apresenta-se a divergência quanto à interpretação das normas vigentes sobre a matéria.

Com isso, se espera oferecer subsídios suficientes para contribuir com o debate acerca da legalidade ou da ilegalidade da prestação desse serviço.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO

No presente capítulo será analisada a distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. Tomando como base o regramento insculpido na CF, analisa-se de maneira aprofundada os respectivos institutos, sempre com foco no seus respectivos níveis de abrangência, buscando verificar os casos práticos onde há divergência doutrinária e jurisprudencial na classificação de determinada atividade entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito.

2.1 SERVIÇO PÚBLICO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E ALCANCE

Nesta seção busca-se apresentar um panorama geral do instituto dos serviços públicos, exibindo a sua definição, suas principais características, principalmente com base nos princípios a eles aplicáveis, e sua classificação.

Após situar os serviços públicos no interior da esfera do Direito Administrativo, apresenta-se as diversas tentativas de definição deste instituto, o que, em última análise, significa tentar definir a própria função do Estado. Ato contínuo, são examinados os princípios e as características apontadas pela doutrina como geralmente presentes nos serviços públicos. Analisa-se, por fim, o âmbito de abrangência deste instituto, verificando-se quais atividades são classificadas como serviço público e quais não são, tomando por base também o posicionamento dos tribunais superiores.

2.1.1 Conceito

Inicia-se o estudo da definição de serviço público trazendo a previsão constitucional deste instituto, que encontra arrimo no art. 175, *in verbis*:

Art. 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.

Primeiramente, impende salientar que, na lição de Eros Grau (2010), serviço público é também uma atividade econômica, tomada na sua acepção mais ampla. De acordo com o autor, por haver mobilização de recursos escassos para a satisfação de necessidades sociais, o tema deve ser visto como uma atividade econômica que, no entanto, foi retirada da órbita da iniciativa privada e foi titularizado pelo Estado, que poderá intervir na área econômica de maneira direta ou indireta.

Tratando-se o serviço público de instituto pertencente ao Direito Administrativo e ao Direito Público, deve se ter em mente que discutir serviço público conduz a enfrentar questões políticas e jurídicas de grande importância e igualmente grande divergência na sociedade. Trata-se, em última análise, de definir a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado à livre iniciativa dos particulares. O professor Justen Filho (2014, p. 733) ressalta que essa é uma questão histórica, e cada Estado desenvolve um modelo peculiar, de modo que o elenco de serviços públicos reflete determinada concepção política em determinado momento histórico. A Constituição de cada país, indica o autor, busca identificar e, dentro do possível, promover uma diferenciação entre a disciplina adotada para o serviço público e a atividade econômica.

Antes de continuarmos, devemos atentar para a natureza institucional do serviço público. Com efeito, Justen Filho indica que trata-se de instituto que busca o atendimento às necessidades mais essenciais, garantindo valores fundamentais, por meio de diminuição da autonomia individual em prol da satisfação de direitos fundamentais. Serviço Público se caracterizaria, portanto, por ser

uma instituição, constituindo-se em uma estrutura social produzida pelos esforços conjuntos de uma pluralidade indeterminada de sujeitos, que conjugam permanentemente seus esforços em vista de um conjunto de valores ideais.

O serviço público institucionalizado transcende a identidade e a existência das pessoas físicas e jurídicas, passando a ser um elemento formador da vida social. Como uma instituição social, o serviço público norteia a conduta das pessoas (JUSTEN FILHO, 2014, p. 731).

A prestação de serviços públicos é tida por muitos doutrinadores como uma das funções mais básicas do Estado, ao lado do poder de polícia. Cuida-se, na lição do professor Rafael Maffini (2016), do instituto Direito Administrativo que talvez possua

maior contato com os cidadãos, que são usuários diários de diversos serviços públicos.

Conforme aponta a professora Di Pietro (2013), a conceituação de Serviço Público é uma das tarefas mais difíceis do direito administrativo, havendo a noção sofrido profundas modificações desde a sua origem no tocante à sua abrangência e aos seus elementos constitutivos. Contudo, tendo em vista a importância vital da conceituação deste instituto para o trabalho, analisaremos a fundo os diferentes posicionamentos quanto à sua definição.

Segundo a autora, as primeiras noções que se tem conhecimento de serviço público surgiram na França, com a Escola de Serviço Público, e eram tão abrangentes que englobavam todas as atividades do Estado. O surgimento desse conceito teve importância fundamental na época pois passou a separar a competência administrativa da judicial, sendo utilizado posteriormente como critério para definição do próprio direito administrativo. (DI PIETRO, 2013)

Ainda de acordo com a autora, a Escola do Serviço Público, liderada por Leon Duguit, Gaston Jèze e outros, conceituava serviço público de acordo com duas ideias principais:

(a) trata-se de atividade ou organização assumida por uma coletividade pública (a chamada *publicatio*); e (b) o seu objetivo é o de satisfazer a uma necessidade de interesse geral. A esses dois elementos tem-se que acrescentar um terceiro, que era a submissão dos serviços públicos a regime jurídico derogatório do direito comum. (DI PIETRO, 2013, p. 101)

O doutrinador Mello (2013) adiciona que, durante esse período, a noção de serviço público estava ligada à prestação de atividades de caráter material, servindo como critério de definição de competência entre a jurisdição comum e a administrativa. Posteriormente, o conceito teria englobado também a exploração de atividades econômicas que o Estado Francês passou a assumir, chegando, inclusive, a abarcar atividades exercidas por entes privados, onde se entendia que tal atividade era demasiadamente relevante e mereceria estar sob a tutela das regras do serviço público.

Nesse sentido, aponta Riviero: “A escola do serviço público acreditava poder explicar todas as particularidades do Direito Administrativo pelas necessidades do serviço público” (1962 apud MELLO, 2013, p. 688).

Tais elementos foram, com o passar do tempo, sendo gradualmente importados para o ordenamento jurídico brasileiro, ainda que algumas vezes a adaptação de determinadas matérias para o direito pátrio tenha ocorrido de maneira incompleta ou incorreta. A isso, soma-se a importação também de elementos do direito estadunidense, e tem-se, ao fim, a formação de normas muitas vezes conflitantes entre si, gerando grande dificuldade na formulação de conceitos jurídicos básicos.

Buscando a superação dessa chamada esquizofrenia do direito brasileiro, a doutrina costuma utilizar diversos critérios para definir a expressão serviço público, geralmente empregando o critério subjetivo ou orgânico, o critério formal e o critério material.

Quanto ao aspecto subjetivo, Di Pietro (2013) aponta dois elementos consubstanciados nesse critério: (i) a criação por Lei, por opção do Estado, que assume a execução de atividade, afastando-a da iniciativa privada, e (ii) a gestão da atividade também realizada pelo Estado, de forma direta ou, ainda, indireta. O magistrado Maffini (2016) sublinha que tal elemento está previsto no art. 175 da CF, que determina que o serviço público deve ser prestado pelo Estado, que deterá a sua titularidade, ou por particulares, por meio de delegação.

O critério orgânico, apesar de não ser tratado de maneira muito recorrente pela doutrina, encontra ressonância na obra de Carvalho Filho, que assim o define: “é o prestado por órgão público, ou seja, pelo próprio Estado.” (2015, p. 332).

Quanto ao critério formal, este é definido por Di Pietro (2013) como o que considera o regime jurídico a que se submete a atividade realizada, ou seja, somente as atividades exercidas sob o regime exorbitante do direito público seriam classificadas como serviço público. Nesse sentido, as atividades não comerciais ou industriais, geralmente caracterizadas como serviço público estariam sujeitas ao regime de direito público, com bens públicos, agentes estatutários, responsabilidade objetiva, contratos com características exorbitantes, etc. O magistrado Mello, considerado um grande defensor desta definição, afirma que só existirá serviço público “se o regime de sua prestação for o regime administrativo, ou seja, se a prestação em causa configurar atividade administrativa pública, em uma palavra, atividade prestada sob regime de Direito Público” (2009, p. 674).

Tal noção é, contudo, criticada por parte da doutrina, onde se destaca a obra de Eros Grau (2010), que vê nessa posição uma subversão da hierarquia constitucional, visto que, adotando-se tal interpretação relativa ao critério formal,

poderia o legislador ordinário criar serviço público simplesmente determinando a incidência do regime de Direito Público a uma área específica de atuação econômica, retirando de sua órbita os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Tal interpretação poderia levar a graves inconstitucionalidades, na medida em que o legislador poderia determinar a incidência do regime de Direito Público a atividades onde a CF não permitiria que se transformassem em serviços público. Para o magistrado, o que ocorre é justamente o contrário: é por assumir o caráter de serviço público que a atividade deve ser prestada pelo Estado à sociedade, sob o regime de Direito Público. Tal raciocínio será oportunamente recapitulado.

Por fim, Di Pietro (2013) aponta que o critério material considera a atividade que é exercida, devendo ela ser correspondente a uma atividade de interesse público. Ou seja, serviço público seria a atividade cujo objetivo primordial seria essencialmente a satisfação das necessidades públicas. O professor Maffini (2016) salienta que só pode ser considerada serviço público a atividade que seja prestada em proveito da coletividade, ainda que os beneficiados possam ser individualizados, ou em proveito do próprio Estado, visto que a coletividade se aproveitará do serviço, ainda que de modo indireto.

O professor Carvalho Filho (2015), entretanto, aponta fortes inconsistências nos critérios apresentados: quanto ao critério orgânico, aponta que as novas formas de execução das atividades públicas muitas vezes são delegadas aos particulares, afastando o Estado da prestação do serviço; quanto ao critério formal, o autor sublinha que existe, em alguns casos, a incidência de regras do direito privado para a prestação de serviços públicos, como, por exemplo, no caso das empresas públicas e nas sociedades de economia mista; quanto ao critério material, sustenta que há atividades prestadas pelo Estado que não se apresentam como essenciais para a comunidade, ainda que sejam definidas como serviço público.

Conclui, portanto, o autor, que não seria possível definir serviço público utilizando somente um critério, visto que todos possuem inconsistências quando comparados com a realidade. Deduz, assim, que,

insuficientes os critérios, tomados de forma isolada, devem todos eles ser considerados na formação da moderna fisionomia que marca a noção de serviço público. Esse o sentido moderno que, segundo entendemos, se deve prestar à noção. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 332)

Assim, para aprofundar o estudo sobre o tema, e também para demonstrar a grande divergência doutrinária quanto ao tema, colaciona-se a seguir os conceitos de serviço público utilizados por diferentes autores.

O magistrado Mello denomina serviço público tendo por base o critério formal, entendendo ser essencial a existência do regime de Direito Público para a sua classificação. Serviço Público seria, portanto,

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (MELLO, 2009, p. 665).

Hely Lopes Meirelles, dando ênfase para a acepção de serviço público com base na atividade econômica que satisfaz as necessidades da população, assim define serviço público:

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" (MEIRELLES, 2016, p. 418).

Serviço Público é definido por Marcelo Caetano da seguinte forma: "Chamamos serviço público ao modo de atuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idôneos para satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida" (1973 apud CARVALHO FILHO, 2015, p. 333).

A seu turno, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro define 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 às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público (DI PIETRO, 2013, p. 106).

Eis o conceito de Marçal Justen Filho:

serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais e transindividuais, materiais ou imateriais,

vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público (JUSTEN FILHO, 2014, p. 727).

Aprofundando mais o conceito, o autor sublinha que é possível afirmar que serviço público é uma atividade econômica em sentido amplo, a qual o Estado tomou a titularidade para si. Nesse sentido, tendo em conta que a prestação de serviços públicos pressuporia a necessidade de emprego de recursos limitados, trataria-se ele de atividade econômica em acepção ampla. Sendo essa atividade, contudo, prestada pelo Estado, caracterizaria-se nesse caso uma intervenção direta do ente estatal no domínio econômico, o que, segundo o autor, consubstanciaria o serviço público e afastaria os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (2014, p. 732-733).

Paulo Modesto define-os como a

atividade de prestação administrativa material, direta e imediatamente a cargo do Estado ou de seus delegados, posta concretamente à disposição de usuários determinados ou indeterminados, sob regime de Direito Público, em caráter obrigatório, igualitário e contínuo, com vistas a satisfazer necessidades coletivas, sob a titularidade do Poder Público (MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços públicos ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviços públicos, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas, 2005, p. 25 apud MAFFINI, 2016, p. 222).

O magistrado Eros Grau estuda a noção de serviço público colocando-o em contraposição à noção de a atividade econômica em sentido estrito, classificando, assim como o professor Justen Filho, ambas como atividade econômica em sentido amplo, o que será pormenorizado oportunamente. Primeiramente, afirma o autor que

assume o caráter de serviço público qualquer atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) — ou, em outros termos, qualquer atividade que consubstancie serviço existencial relativamente à sociedade (Cirne Lima) (GRAU, 2010, p. 134).

Chama a atenção o fato de o autor criticar a definição utilizado por outros doutrinadores no sentido de afirmar como serviço público a atividade prestada pelo Estado sob o regime de Direito Público. Na sua definição, Grau afasta o critério formal, entendendo que é por assumir o caráter de serviço público que a atividade deve ser prestada pelo Estado à sociedade, somente então podendo receber a aplicação do regime público.

Desse modo, Eros Grau chega ao seguinte conceito para o instituto:

Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) - ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima) (GRAU, 2010, p. 135).

Por fim, Carvalho Filho conceitua serviço público como “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade” (2015, p. 333).

A despeito disso, Roberto Dromi salienta que os conceitos dados pela doutrina a serviços públicos referem-se, na verdade, a leituras diferentes do instituto:

os serviços públicos, numa interpretação positiva, podem corresponder a três leituras possíveis: a) uma leitura máxima, pela qual serviço público seria toda atividade de Estado cujo desempenho deva ser garantido e regulado; b) uma leitura média, pela qual os serviços públicos representariam toda e qualquer atividade da administração pública; c) uma leitura mínima, segundo a qual os serviços públicos representaria um importante, mas não único, compartimento da atividade estatal de Administração Pública (DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*, 1995, p. 529 apud MAFFINI, 2016, p. 220).

Dessa forma, Rafael Maffini (2016) aponta que as divergências existentes na definição de serviço público pela doutrina muitas vezes não se tratam efetivamente de diferenças, pois muitas vezes se tratariam apenas de definições de diferentes dimensões do instituto, classificadas pelo autor como “amplíssima”, “ampla” e “estrita”.

A correta delimitação de uma atividade como serviço público ou atividade econômica na sua acepção estrita é fundamental: se classificada como serviço público, determinada atividade será de titularidade do Estado, que deve prestá-la diretamente ou delegá-la a um particular, por meio de concessão ou permissão, conforme dispõe o art. 175 da CF. Em sendo o caso, não incidiriam os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, visto que o Estado poderia prestá-lo inclusive sob o regime de monopólio. A atuação normativa do Estado também será, no caso, mais aprofundada, delimitando o modo de prestação do serviço, preços, tarifas, horários, etc.

Contudo, se a atividade não se tratar de serviço público, e sim de atividade econômica no seu sentido estrito, o Estado não poderia, a princípio, estabelecer os preços a serem praticados nem o modo como os agentes privados atuarão no mercado. Observa-se, assim, que, no caso dos serviços público, a regra é a escolha discricionária do Estado pela melhor prestação do serviço, enquanto que tratando-se de atividade econômica, a regra é a liberdade na atuação de mercado dos agentes privados.

Para melhor perceber a diferença prática na classificação de determinada atividade em serviço público ou atividade econômica na sua acepção estrita, veja-se a lição do magistrado Barroso:

No regime jurídico de direito privado, vigoram princípios como os da livre iniciativa e da autonomia da vontade. As pessoas podem desenvolver qualquer atividade ou adotar qualquer linha de conduta que não lhes seja vedada pela ordem jurídica. O particular tem liberdade de contratar, pautando-se por preferências pessoais. A propriedade privada investe seu titular no poder de usar, fruir e dispor do bem. As relações jurídicas dependem do consenso entre as partes. E a responsabilidade civil, como regra, é subjetiva. Violado um direito na esfera privada, seu titular tem a faculdade de defendê-lo, e para tanto deverá ir a juízo requerer a atuação do Estado no desempenho de sua função jurisdicional.

(...)

Já o regime jurídico de direito público funda-se na soberania estatal, no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público. A autoridade pública só pode adotar, legitimamente, as condutas determinadas ou autorizadas pela ordem jurídica. Os bens públicos são, em linha de princípio, indisponíveis e, por essa razão, inalienáveis. A atuação do Estado na prática de atos de império independe da concordância do administrado, que apenas suportará as suas consequências, como ocorre na desapropriação. Os entes públicos, como regra, somente poderão firmar contratos mediante licitação e admitir pessoal mediante concurso público. E a responsabilidade civil do Estado é objetiva. Violada uma norma de direito público, o Estado tem o dever - não a faculdade - de restabelecer a ordem jurídica vulnerada. Além disso, normalmente os atos do Poder Público são auto-executáveis, independendo de intervenção judicial. Os atos públicos sujeitam-se a controles específicos, tanto por parte do próprio Poder que o praticou como dos demais (BARROSO, 2009, p. 56).

2.1.2 Princípios

Os serviços públicos são, talvez pela falta de regulamentação legislativa adequada ou pela grande variedade de atividades prestadas pelo Estado à população, uma matéria deveras dependente da aplicação de princípios, que costumam suprir a ausência de regras aplicáveis aos casos concretos. Corolário disso, torna-se

indispensável a análise dos princípios geralmente apontados como relevantes na solução das controvérsias resultantes da prestação dos serviços públicos.

Inicia-se tomando a lição da professora Di Pietro, que afirma existirem três princípios inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos: o princípio da continuidade, o princípio da mutabilidade e o princípio da igualdade dos usuários.

Inaugurando a questão com o exame do princípio da continuidade, cumpre sinalar o ensinamento de Justen Filho:

a continuidade significa que a atividade de serviço público deverá desenvolver-se regularmente, sem interrupções. Dela derivam inúmeras consequências jurídicas, entre as quais a impossibilidade de suspensão dos serviços por parte da Administração ou do delegatário e a responsabilização civil do prestador do serviço em caso de falha (JUSTEN FILHO, 2014, p. 738).

A professora Di Pietro, a seu turno, aponta implicações do princípio da continuidade tanto nos contratos administrativos quanto no exercício da função pública. No tocante ao primeiro, a autora aponta as seguintes consequências: existência de prazos rigorosos ao contraente, inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração¹, possibilidade de encampação, uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando indispensável para a continuidade do serviço; já no que respeita o exercício da função pública, as consequências são: limitação ao direito de greve, com obrigatoriedade de declaração prévia à autoridade competente, e a possibilidade de utilização dos institutos da substituição, suplência e delegação (2013, p. 112).

Quanto à possibilidade de interrupções na prestação de serviços públicos, Rafael Maffini (2016) assinala que a Lei de Concessões (Lei 8.987/1995) prevê situações onde a interrupção é possível, sem caracterizar-se a violação ao princípio. O autor aponta como exemplos as situações emergenciais, onde, por motivo de acidentes naturais, é necessário interromper o serviço - como o serviço de energia elétrica em casos de alagamentos -, e as situações onde é necessário paralisar a prestação do serviço por motivo de ordem técnica - como reparos na rede elétrica - ou inadimplência dos usuários, havendo em ambos os casos a exigência de aviso prévio aos usuários afetados pela interrupção.

¹ Tal cláusula possui arrimo no art. 476 do CC, o qual assevera que “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.” O entendimento da autora, portanto, é no sentido de que a administração, ainda que não cumprisse a sua obrigação contratual, poderia exigir a execução das obrigações da contratada.

Prosseguindo-se ao exame do princípio da mutabilidade, aponta Justen Filho que tal princípio “significa a adaptação permanente e contínua das condições jurídicas e técnicas pertinentes à atividade, de modo a incorporar avanços e aperfeiçoamentos” (2014, p. 742). Portanto, o autor pontua que o serviço público deve se atualizar conforme se modificam as necessidades da população e surgem novas formas de prestação do serviço, devendo a administração incorporar modificações técnicas, jurídicas e econômicas supervenientes.

No ponto, Rafael Maffini (2016) ressalta que o princípio da mutabilidade decorre do princípio da atualidade, previsto no art. 6º, § 2º, da Lei n. 8.987/95, na medida em que as condições da prestação do serviço podem ser alteradas com o objetivo de assegurar condições mais vantajosas aos usuários, com a consequente revisão tarifária para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A professora Di Pietro (2013) ressalta, na ocasião, que os servidores, os usuários e os contratados não têm direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico, sendo permitido à administração, em nome do interesse público, alterar e até mesmo rescindir contratos unilateralmente.

Sobre o princípio da igualdade, trazemos novamente a obra do magistrado Justen Filho, que aborda o princípio com ênfase na prestação do serviço aos usuários. Para o autor, o princípio

envolve o tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários. Não se pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontrem em igualdade de condições (JUSTEN FILHO, 2014, p. 741).

A professora Di Pietro complementa a passagem, afirmando que, se a pessoa satisfaz as condições, ela deve receber a prestação do serviço, não sendo possível fazer diferenciações de caráter pessoal. Existem, entretanto, as diferenciações previstas no próprio ordenamento jurídico, como, por exemplo, a isenção de tarifa para idosos ou a redução dela para pessoas de baixo poder aquisitivo. Tais diferenciações não se caracterizam como violação ao princípio da igualdade, mas sim a afirmação deste, ao proporcionar acesso mais isonômico por meio de uma diferenciação positiva.

É possível apontar, ainda, de acordo com o professor Carvalho Filho, a existência dos princípios da eficiência e da modicidade. De acordo com o autor, o princípio da eficiência, com arrimo no art. 175, parágrafo único da CF, “reclama que o

poder público se atualiza com novos processos tecnológicos, de modo que a execução seja mais proveitosa com o menor dispêndio” (2015, p. 348). Quanto ao princípio da modicidade, tal conceito

traduz a noção de que o lucro, meta da atividade econômica capitalista, não é objetivo da função administrativa, devendo o eventual resultado econômico positivo decorrer da boa gestão dos serviços, sendo certo que alguns deles, por seu turno, têm de ser, por fatores diversos, essencialmente deficitários ou, até mesmo, gratuitos” (FERREIRA, 1985, p. 235 apud CARVALHO FILHO, 2015, p. 348).

Nesse sentido, importante trazer o apontamento do magistrado Mello, que analisa a situação sob um ponto de vista social:

Aliás, em um país como o Brasil, no qual a esmagadora maioria do povo vive em estado de pobreza ou miserabilidade, é óbvio que o serviço público, para cumprir sua função jurídica natural, terá de ser remunerado por valores baixos, muitas vezes subsidiados (MELLO, 2013, p. 695).

O professor Maffini (2016) entende, ainda, ser relevante para a prestação dos serviços públicos o estudo dos seguintes princípios: regularidade, segurança, atualidade, generalidade e cortesia.

O princípio da regularidade, afirma o autor, diz que “os serviços públicos devem ser prestados em quantidade e com periodicidade exatamente necessária e suficiente para atender à demanda de seus usuários” (MAFFINI, 2016). O autor explica, também, que o princípio da segurança garante que os serviços públicos não podem proporcionar riscos a terceiros e aos usuários maiores do que aqueles inerentes à própria atividade prestada.

De acordo com Rafael Maffini, o princípio da generalidade possui duas acepções:

(...) o primeiro consiste em buscar atender o maior número possível de usuários (generalidade-universalidade); o segundo consiste em se impor a quem estiver incumbido da prestação do serviço um tratamento isonômico em relação aos usuários (generalidade-igualdade) (MAFFINI, 2016, p. 225-226).

Nesse sentido, conclui o autor que generalidade significa “prestar o serviço de modo a atingir o maior número possível de usuários, tratando-os de forma isonômica” (MAFFINI, 2016, p. 226).

Por fim, a cortesia, segundo Rafael Maffini (2016), possui como um dos sentidos jurídicos possíveis o dever dos prestadores dos serviços de massa (telefonia, energia elétrica, etc) de atender os usuários de modo mais cortês possível.

2.1.3 Classificação

Existem diversas formas de se reunir serviços públicos em grupos, cada uma com a sua utilidade. A relevância de se classificar os serviços públicos está, conforme aponta Carvalho Filho (2015), em agrupar de maneira precisa essas atividades tendo em conta a natureza, a extensão, o âmbito de incidência, etc. A importância da classificação, portanto, está em reunir de maneira sistemática e organizada as informações pertinentes àquele tipo de atividade, facilitando, dessa forma, o estudo do tema.

O professor Maffini (2016) classifica os serviços públicos em “serviços públicos propriamente ditos” e “serviços de utilidade pública”. Segundo o autor, os serviços públicos propriamente ditos devem ser prestados privativamente pelo Poder Público, sendo vedada a sua delegação a terceiros, haja vista o seu caráter essencial. De acordo com o autor, esses serviços se concretizariam por meio de atos de império intransferíveis para os particulares, como as atividades relacionadas à segurança pública.

Os serviços de utilidade pública, por sua vez, dizem respeito às atividades que melhoram a qualidade de vida da população, não possuindo caráter essencial. O autor assinala que essas atividades podem ser delegadas a terceiros, assegurando-se, contudo, a titularidade pública do serviço.

Carvalho Filho, de outro giro, classifica serviços de utilidade pública em oposição aos chamados serviços administrativos. De acordo com o autor, serviços de utilidade pública “se destinam diretamente aos indivíduos, ou seja, são proporcionados para sua fruição direta. Entre eles estão o de energia domiciliar, fornecimento de gás, atendimento em postos médicos, ensino etc” (2015, p. 336). Já os serviços administrativos seriam os executados pelo Estado para melhorar a composição da sua própria organização, beneficiando a coletividade somente de maneira indireta.

Essa questão, na verdade, é apenas uma pequena parcela de uma disputa política muito mais ampla, onde pôde ser observada uma mudança no paradigma do ordenamento jurídico nacional a partir da parte final do século XX, com uma alteração

na correlação de forças que levou a um afastamento do direito administrativo brasileiro do modelo consagrado principalmente pelo direito francês e a uma aproximação com o modelo jurídico estadunidense.

Nesse sentido, aponta o professor Barroso que

Não é segredo para ninguém que, à medida em que se aproximava o final do século XX, o modelo americano foi se tornando crescentemente dominante. No Brasil, inclusive, a delegação à iniciativa privada e a introdução do regime concorrencial passou a ser a tônica (BARROSO, 2013, p. 6).

Nesse sentido, realizando um exame da repercussão dessa mudança de paradigma na questão dos serviços públicos, o autor identifica as seguintes diferenças entre o modelo francês e o modelo estadunidense:

O modelo francês identifica a prestação dos serviços públicos com a soberania estatal. Nesse modelo, o serviço público é cometido ao Estado, sem a participação direta da iniciativa privada, em um regime não concorrencial. Com o tempo, o Estado, sem perder a titularidade, passou a delegar, em certos casos, a prestação do serviço público a empresas privadas. O modelo americano de *public utilities* gira em torno da prestação privada dos serviços, em regime concorrencial. O estado, no entanto, participa como regulador. O que dá o toque público ao serviço é a sua regulação muito mais extensa e profunda, e não a titularidade do Estado (BARROSO, 2013, p. 6).

Tendo como base essa diferenciação, o professor Daniel Sarmiento defende que o serviço público “pode ser eventualmente prestado por particulares, mediante concessão ou permissão, sempre precedidas de licitação pública, nos termos do art. 175 da Constituição” (2015, p. 27), à proporção que o serviço de utilidade pública “se enquadra no campo da atividade econômica, mas se sujeita a intensa regulação e fiscalização estatal, em razão do interesse público inerente à sua prestação” (2015, p. 27).

Vale, nesse diapasão, trazer o ensinamento de Alexandre Aragão, segundo o qual os serviços de utilidade pública

são atividades da iniciativa privada para as quais a lei, face à sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades ou assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo ainda a sua contínua sujeição à regulação do poder público autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Direito dos serviços públicos, 2007, p. 191-2 apud SARMENTO, Daniel, 2015, p. 27).

Importa, aqui, ressaltar a recente alteração legislativa que sofreu a Lei n. 12.587/2012, que disciplina a Política Nacional de Mobilidade Urbana. No caso, a redação original do art. 12 da referida Lei afirmava ser o transporte individual de passageiros um serviço público, como se constata:

Art. 12. Os serviços públicos de transporte individual de passageiros, prestados sob permissão, deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas.

Entretanto, com a superveniência da Lei n. 12.865/2013, alterou-se completamente a redação do artigo, retirando-se a menção a serviço público e incluindo-se a expressão “serviço de utilidade pública”. O artigo restou, assim, com a seguinte redação:

Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas.

A mudança prática que essa alteração trará à interpretação da atividade de transporte individual de passageiros ainda é opaca, haja vista inclusive a divergência na delimitação do próprio serviço de utilidade pública. Entretanto, pode ser observado que a alteração veio para aprofundar a relativização da noção clássica de serviço público, buscando a possibilidade de delegação do serviço a terceiros.

Quanto ao tema, importante trazer a lição de Carvalho Filho (2015) com relação aos serviços delegáveis e indelegáveis. Para o autor, os serviços delegáveis podem ser executados pelo Estado ou por terceiros, pois assim dispõe o ordenamento jurídico ou a própria natureza do serviço. Os serviços indelegáveis, de outra banda, são aqueles que poderiam ser prestados somente pelo Estado, de maneira direta, como a defesa nacional, a título exemplificativo.

O Ministro Barroso (2013), por outro lado, classifica os serviços públicos em três grandes categorias: inerentes, por opção político-normativa e serviços públicos franqueados aos particulares. Nas palavras do autor, a classificação ocorreria do seguinte modo:

- a) inerentes: ligados à soberania estatal, ao exercício do poder de império: prestação jurisdicional, diplomacia, defesa externa (Forças Armadas).
- b) por opção político-normativa: atividades de natureza econômica que, por decisão do constituinte, são subtraídas (sic) da iniciativa privada e atribuídas ao Estado: telecomunicações, energia elétrica, radiodifusão. Estes serviços são os normalmente delegados à iniciativa privada. V. arts. 21, XI, XII, 25, § 2º e 30, V).
- c) serviços públicos franqueados aos particulares: referem-se a setores em que o Estado e a sociedade têm interesse na maior oferta possível: educação, saúde, previdência (BARROSO, 2013, p. 6).

Cumprido, neste momento, realizar a devida classificação dos serviços públicos no que tange à sua titularidade. Tomamos por base a lição de Justen Filho, o qual afirma que: “Segundo os conceitos clássicos do direito administrativo, o serviço público é de titularidade do Estado, ainda que sua gestão possa ser atribuída a particulares” (2014, p. 738).

A despeito disso, existe mais de uma maneira de se atribuir a titularidade do serviço público ao Estado, motivo pelo qual evoca-se o ensinamento de Carvalho Filho (2015), que realiza a distinção entre serviços privativos e serviços comuns. Para o autor, serviços privativos seriam aqueles atribuídos a apenas uma esfera da federação, por exemplo a emissão de moeda, que seria de competência privativa da União, e a distribuição de gás canalizado, que seria tarefa privativa dos Estados-Membros. De outro giro, os serviços comuns caracterizariam-se por poderem ser prestados por pessoas de mais de um ente federativo, como, a título exemplificativo, a saúde, caso onde o art. 23, inc. II da CF atribuiu a competência de maneira comum para a União, Estados e municípios.

2.1.4 Alcance

A delimitação do alcance dos serviços públicos, no sentido de verificar o que pode vir a se tornar um serviço público, é tarefa essencial para a correta delimitação do instituto. Poderia o legislador ordinário, com base no art. 175 da CF, atribuir a qualquer atividade o rótulo de serviço público ou existiriam limitações na própria CF ao poder de legislar sobre essa matéria? Verifica-se, portanto, nesta seção, se a chamada *publicatio* poderia atingir qualquer atividade econômica tomada em seu sentido amplo e se existem atividades econômicas que não podem ser rotuladas como serviços públicos.

Ab initio, é necessário sublinhar que é possível lei ordinária atribuir o caráter de serviço público a uma atividade econômica. Essa posição, adotada também por Mello, aponta que o poder legislativo pode criar um serviço público por meio de lei, desde que respeite os limites constitucionais:

afora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outro podem ser assim qualificados, contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa. É que a exploração da atividade econômica, o desempenho de 'serviços' pertinentes a esta esfera, assiste aos particulares e não ao Estado. Este apenas em caráter excepcional poderá desempenhar-se empresarialmente nesta órbita (MELLO, 2013, p. 707-708).

O autor sublinha, entretanto, que o texto constitucional não define de maneira muito precisa a expressão "atividade econômica", remetendo ao legislador infraconstitucional a tarefa de qualificar certas atividades como serviço público, o que afastaria da sua esfera, por exclusão, as demais atividades (MELLO, 2013). O professor Justen Filho (2014) complementa a afirmação, ponderando que, na ausência de lei qualificando uma atividade como serviço público, presume-se a sua qualificação como atividade econômica em sentido estrito.

A doutrina majoritária acompanha o posicionamento do autor no sentido de que a Lei pode caracterizar uma atividade como serviço público, em uma atividade chamada de *publicatio*, ou publicização. Nesse sentido também discorre Justen Filho: "Em suma, cabe à lei ordinária determinar a publicização de certas atividades e as hipóteses em que configurará serviço público" (2014, p. 737).

Em vista da limitação constitucional aos serviços públicos, que não podem ultrapassar a barreira das atividades reconhecidas como atividade econômica em sentido estrito, a questão referente à classificação da atividade econômica permanecerá, portanto, como um limitador, ainda que, em caráter excepcional, poderia o Estado atuar nessa área, explorando atividade econômica.

Quanto à ausência de definição constitucional para a devida delimitação da expressão "atividade econômica", Mello afirma que "há de se entender que o constituinte se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na Sociedade" (2013, p. 708). Dessa forma, além de conferir maior abertura para o legislador ordinário, atribui-se certa flexibilidade para a sociedade, que pode, com tempo, alterar

a sua cultura dominante e, com isso, alterar também a atuação do Estado por meio dos serviços públicos.

Nesse sentido, Justen Filho aponta que a Constituição Federal refere-se a certas atividades como serviços públicos, como, por exemplo, os incisos X, XI e XII do art. 21. Entretanto, o autor ressalta que essas atividades poderão ou não ser classificadas como serviços públicos de acordo com as seguintes circunstâncias:

Se houver cabimento de satisfação dos direitos fundamentais por meio da atuação empresarial privada, sob regime de direito privado, poderá haver a despublicização da atividade. Em tal caso, surgirá uma atividade econômica em sentido estrito (o que compreende, inclusive, um serviço de interesse coletivo) (JUSTEN FILHO, 2014, p. 734).

De acordo com o magistrado, a interpretação literal do art. 21 da CF poderia levar a resultados indefensáveis, como a classificação da atividade de transmissão de som por ondas de rádio como serviço público. Portanto, defende o autor que somente poderiam ser classificadas pelo legislador como serviços públicos as atividades vinculadas diretamente a um direito fundamental (2014). O magistrado Grau (2010) acompanha o posicionamento, ao primar pela existência de atividade de caráter essencial à coletividade para admitir a existência de serviço público.

Na mesma linha, Sarmiento (2015) afirma que o legislador não poderia rotular qualquer atividade econômica como serviço público, pois, dependendo do caso, estaria suprimindo a iniciativa privada e violando os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência. Ao formular o exemplo da publicização do comércio de perfumes, o autor demonstra a inviabilidade prática de tal medida com os padrões culturais vigentes, bem como o seu total desacordo com o regramento econômico constitucional. Conclui o autor afirmando que

o legislador não pode se valer de qualquer alquimia legal para transmutar em serviço público aquilo que, à luz dos padrões culturais e jurídicos vigentes, é considerado atividade tipicamente econômica, sob pena de absoluto esvaziamento normativo da garantia constitucional da livre iniciativa (SARMENTO, 2015, p. 20).

Ademais, o magistrado Justen Filho aponta que a sistemática adotada na CF quanto aos serviços públicos essenciais é a de reconhecer que os particulares podem desenvolver, sob regime de direito privado, atividades equivalentes a serviço público. E afirma que “não teria cabimento que a solução constitucional para os serviços

públicos sociais e culturais fosse diversa daquela contemplada para os serviços comerciais e industriais” (2014, p. 737). Com efeito, finaliza o autor do seguinte modo:

Não atende ao princípio da razoabilidade que o Estado seja obrigado a manter escolas públicas e que um particular possa explorar a atividade de escola privada, mas que idêntica solução seja vedada no tocante a outras atividades de cunho comercial e industrial (JUSTEN FILHO, 2014, p. 737).

Há uma decisão paradigmática do STF afirmando existirem limites à atuação do poder legislativo no ato de definir certas atividades como serviço público. Com efeito, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como a própria cultura da população brasileira atuam como garantidores da permanência da atuação de empresas privadas nas áreas onde não haveria falar-se em serviço público. No caso concreto, no âmbito do RE 220.999, o STF afirmou que o transporte fluvial de cargas não se configuraria como serviço público por não se constituir entre os fins do Estado, ou seja, por não ser um serviço essencial à sociedade ou um serviço indispensável ao desenvolvimento social.

2.2 ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA: OS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Nesta seção busca-se demonstrar como a CF organizou a ordem econômica nacional, apresentando os princípios elementares do seu funcionamento, bem como discorrendo sobre a noção de atividade econômica em sentido estrito.

Após realizar breve introdução sobre a função dos princípios e das regras no ordenamento jurídico nacional, disserta-se acerca dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, os quais, tomados em conjunto, oferecem importantes subsídios para a compreensão da estrutura constitucional da ordem econômica. Desloca-se, em seguida, para o estudo aprofundado da atividade econômica em sentido estrito, apresentando-se seu conceito, suas características e suas hipóteses de aplicação, buscando-se sempre a sua comparação com o instituto dos serviços públicos.

2.2.1 A Ordem Econômica Brasileira

Analisando historicamente a intervenção estatal na economia, Barroso (2013) afirma que essa atuação foi inevitável para o desenvolvimento do país, haja vista a existência de uma frágil iniciativa privada, decorrente da sua industrialização tardia. Assim, como resultado da política desenvolvimentista da Era Vargas, criou-se durante as décadas de 40 e 50, diversas empresas estatais, tais como a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia Vale do Rio Doce, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, a Petróleo Brasileiro S.A., entre outras.

A atuação do Estado na economia, aponta o autor, aprofundou-se de maneira acentuada durante a ditadura militar, principalmente durante a década de 70, observando-se a criação de empresas como Eletrobrás, Nuclebrás, Siderbrás, etc. Barroso aponta que “em setembro de 1981, recenseamento oficial arrolava a existência, apenas no plano federal, de 530 pessoas jurídicas, de teor econômico, inclusive autarquias, fundações e entidades paraestatais” (2013, p. 3).

A CF, destaca, consagrou o modelo de atuação estatal direta na economia, mantendo também o modelo protecionista ao capital estrangeiro. Contudo, após a promulgação da Constituição, “em 5 de outubro de 1988, o mundo passou por uma enorme reviravolta política e ideológica, representada pela simbologia radical da queda do Muro de Berlim” (2013, p. 3). O descrédito do Estado como condutor do desenvolvimento econômico e social resultou, ao longo da década de 90, em profundas transformações econômicas que modificaram o perfil do Estado brasileiro.

Nas palavras do próprio autor,

“(...) o Estado percorreu, ao longo do século XX, uma trajetória pendular. Começou liberal, com funções mínimas, em uma era de afirmação dos direitos políticos e individuais. Tornou-se social após o primeiro quarto, assumindo encargos na superação das desigualdades e na promoção dos direitos sociais. Na virada do século, estava neoliberal, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica direta, em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas sociais. E assim chegou ao novo século e ao novo milênio” (BARROSO, 2009, p. 68).

O magistrado aponta como decorrência direta dessa ampla modificação cultural a ocorrência de três mudanças práticas e de grande relevância no período, realizadas

também por meio de emendas constitucionais, visto que a CF originalmente consagrava um modelo mais participativo Estado na economia:

a) a extinção de parte das restrições ao capital estrangeiro (recursos minerais, navegações de cabotagem, retirada da Constituição da empresa brasileira de capital nacional, propriedade de empresas jornalísticas); b) a flexibilização dos monopólios estatais (gás canalizado nos Estados, petróleo e telecomunicações); c) privatização ou desestatização (BARROSO, 2013, p. 4).

O jurista Eros Grau (2010) assinala que, tendo em conta a inviabilidade do capitalismo liberal, o Estado acabou por ampliar a sua penetração na esfera econômica e o seu escopo de serviços públicos, assumindo, dessa forma, o papel de agente regulador da economia. No ponto, Eros Grau, citando Miguel Reale, afirma que “o Estado deixa de ser, às escâncaras, um simples árbitro das competições econômicas, destinado a garantir aos vencedores os frutos de uma luta socialmente desigual” (2010, p. 24).

O Estado, realizando suas novas funções, age, dessa forma, como um agente de implementação de políticas públicas, o que, segundo Eros Grau (2010), aumentaria a sua legitimação capitalista e as suas funções de integração e de modernização. O autor ressalta, todavia, que essa atuação

não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição - seja pela via da transição para o socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo - que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico (GRAU, 2010, p. 43).

Demais disso, a atuação estatal na ordem econômica também estaria limitada, de acordo com o magistrado, ao modelo econômico de bem-estar social, previsto tanto nos arts. 1º e 3º quanto no art. 170, todos da CF. O disposto no mencionado texto constitucional “não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia” (GRAU, 2010, p. 45).

O professor Vital Moreira (A ordem jurídica do capitalismo, 1973, p. 67-71 apud GRAU, 2010, p. 64-65) ressalta a existência de três sentidos para a expressão “ordem econômica”. Primeiramente, ordem econômica pode corresponder ao modo de ser de uma determinada economia concreta, referindo-se a fenômenos econômicos materiais, sendo um conceito de fato, não um conceito normativo. Ordem econômica, assinala, também pode ser a expressão que indica todas as normas relacionadas ao

comportamento dos sujeitos econômicos. Por fim, o autor afirma que tal expressão também pode significar a ordem jurídica da economia.

Quanto aos diferentes significados para a expressão “ordem econômica”, Grau declara que “é de supor que a alusão, nesse contexto, a ‘ordem econômica’ indique uma parcela da ordem jurídica. Isso, contudo, nem sempre ocorre” (2010, p. 65). O autor, assim, sublinha que a redação do próprio art. 170 da CF, apesar de possuir um enunciado normativo, utiliza a expressão para indicar o modo de ser da economia brasileira. Portanto, a expressão “ordem econômica” constante de art. 170 da CF não teria sido utilizada no seu sentido normativo, mas apenas para indicar a maneira que a economia nacional deveria se comportar.

Conclui o autor pela ambiguidade da expressão “ordem econômica”, na medida em que, ainda que o artigo acima referido traria em si um caráter normativo, a expressão “ordem econômica” é utilizada para designar uma realidade do mundo do ser.

Quanto à definição do mercado, tomado ele próprio como uma instituição, discorre Avelãs Nunes no sentido de que ele deve ser entendido como

uma instituição social, um produto da história, uma criação histórica da humanidade (correspondente a determinadas circunstâncias econômicas, sociais, políticas e ideológicas), que veio servir (e serve) os interesses de uns (mas não os interesses de todos), uma instituição política destinada a regular e a manter determinadas estruturas de poder que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sobre os interesses de outros grupos sociais (NUNES, Noção e objecto da economia política, p. 63 apud GRAU, 2010, p. 28).

Nesse sentido, conclui o autor que, “a deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males” (2010, p. 28). E finaliza no mesmo sentido, percebendo uma gradual diminuição das funções do Estado:

O Estado, que inicialmente regulava a vida econômica da nação para atender a necessidades ditadas pela suas finanças, desenvolvendo políticas mercantilistas, passou a fazê-lo para assegurar o *laissez faire* e, concomitantemente, prover a proteção social, visando à defesa e preservação do sistema. (GRAU, 2010, p. 29-30).

De acordo com Di Pietro (2013), o Estado pode executar três tipos de atividade econômica: A primeira atividade passível de execução pelo Estado seria aquela que

a CF, no seu art. 173, reservou à iniciativa privada. Nesse caso, quando o Estado, por motivo de relevante interesse coletivo ou de segurança nacional, executada essa atividade, o faz, via de regra, sujeitando-se ao regime das empresas privadas, não caracterizando-se como serviço público.

A segunda possibilidade de execução estatal de atividade econômica encontra amparo nos arts. 176 e 177 da CF, configurando-se nas atividades expressamente previstas como monopólio do Estado, como é o caso da exploração de minerais nucleares e de petróleo.

O último cenário, conclui a autora, corresponde aos serviços públicos, onde o Estado executa atividade econômica de maneira direta ou indireta, por meio concessão ou permissão, caso das atividades de transporte, telecomunicações, energia elétrica e outros serviços. Nesse caso, aplicar-se-ia a regra prevista no art. 175 da CF.

Di Pietro (2013) entende que os serviços públicos, que possuem sustentação no art. 175 da CF, não se confundem com a atividade econômica, a qual está prevista no art. 173 da CF, devendo esta ser prestada pelo Estado somente em caráter suplementar à iniciativa privada e nos casos onde há previsão constitucional nesse sentido.

O professor Eros Grau (2010), ao ressaltar que toda atuação estatal é, ao fim, um ato de intervenção, classifica em três as espécies de intervenção do Estado na economia: (i) intervenção por absorção ou participação, (ii) intervenção por direção e (iii) intervenção por indução.

Apresentado outra classificação para a questão, o professor Barroso aponta existirem três modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico, quais sejam, disciplina, fomento e atuação direta. De acordo com o autor, “o Estado disciplina a economia mediante a edição de leis, regulamentos e pelo exercício do poder de polícia”. (BARROSO, 2013, p. 5). O fomento, por outro lado, evidencia-se quando o Estado “apoia a iniciativa privada e estimula determinados comportamentos” (BARROSO, 2013, p. 5), por meio de incentivos fiscais e financiamento público. A atuação direta do Estado na economia, aponta, ocorre mediante a prestação de serviços públicos e a exploração de atividade econômica.

2.2.2 O Papel dos Princípios

Na presente seção, analisaremos a definição de princípio e a sua diferenciação com outras espécies de normas jurídicas. Superada essa análise preliminar, serão estudados os efeitos que os princípios podem produzir no direito, em especial a sua função interpretativa.

Apesar de, em um passado relativamente recente, os princípios existirem apenas como texto sem efeitos jurídicos, dependendo da regulação infraconstitucional para ganharem eficácia, há, na atualidade, grande aceitação de que os princípios são, de fato, normas jurídicas e possuem força normativa própria.

No tocante ao conceito de princípio, impende trazer a lição de Ávila, que formulou relevantes contribuições nessa área. Afirma o autor que os princípios

são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre os estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, Humberto, 2005, p. 70).

As regras, de outra banda, não se confundiriam com os princípios, sendo definidas pelo autor como normas

imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.” (ÁVILA, Humberto, 2005, p. 70).

Para dissecar o conceito de princípio trazido pelo autor, é necessário retroceder para a análise da norma. Para Ávila, normas são “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (2005, p. 22). Consequentemente, norma e texto são institutos distintos e não há entre eles correspondência biunívoca, i. e., pode haver norma sem existir texto e pode haver texto sem existir norma, assim como de um único dispositivo podem ser extraídas mais de uma norma, bem como de mais de um dispositivo pode ser construída apenas uma norma. Partindo-se desta premissa, podemos, então, aprofundar a definição de conceito trazida pelo autor supracitado.

Os princípios, para o autor, determinam a realização de um fim juridicamente relevante, ou seja, “são normas imediatamente finalísticas”, e para o atendimento deste fim será necessário a adoção de um comportamento determinado. Os princípios, portanto, estabelecem um dever de praticar o comportamento imprescindível para se alcançar o estado de coisas desejado. As regras, de outra banda, restringiriam-se a estabelecer obrigações e proibições tendo por base a conduta que deve ser adotada, sendo, então, “normas imediatamente descritivas”, e somente “mediatamente finalísticas”.

Segue o autor observando a existência de um elemento finalístico na justificação dos princípios, bem como apontando o seu caráter primariamente prospectivo, visto que prevê a construção de um estado de coisas futuro. Contudo, também há, em certa medida, um caráter retrospectivo nos princípios, ainda que de forma secundária, haja vista que, para determinar o comportamento da sociedade que seria necessário para atingir o fim desejado, é inevitável a análise de experiências passadas e os objetivos conquistados com tais comportamentos.

Por último, Ávila (2005) ressalta que a pretensão de complementaridade e de parcialidade do princípio decorre da sua característica de abranger apenas parte das questões importantes necessárias para uma tomada de decisão, e de não buscar apresentar uma solução exclusiva para aquele problema. Os princípios, assim, buscariam somente apresentar medidas que podem ser harmonizadas com outras para promover os fins desejados pelo legislador.

Esse não é, obviamente, o único conceito de princípio existente na doutrina, assim como as distinções trazidas acima também não são unívocas. Adicionamos a essa, portanto, as propostas de definição abaixo colacionadas.

Para Alexy, princípios e regras são normas que não se confundem, na medida em que as regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” (2015, p. 91), enquanto os princípios são

mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2015, p. 90).

Para o autor, então, os princípios jurídicos consistiriam em normas jurídicas através das quais são instituídos deveres de otimização que podem, de acordo com

as possibilidades jurídicas e fáticas, ser aplicados em diversos graus. Os princípios, ainda, pelo fato de exigirem a realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, dependem dos fatos e de outros princípios para conhecerem a exata extensão do seu conteúdo, o que Alexy chama de caráter *prima facie* dos princípios (2015, p. 103-4).

Quanto à necessária indicação de uma solução para os casos de colisão entre princípios, o autor indica que essa situação poderia ser solucionada não com a determinação imediata da prevalência de uma norma sobre a outra - que seria a solução dada ao conflito entre regras, com a declaração da invalidade de uma delas - , mas com a ponderação entre os princípios colidentes, decidindo-se qual deles deveria, no caso concreto, ter a prevalência sobre o outro (ALEXY, 2015, p. 93-4).

Quanto à ponderação entre os princípios como técnica de solução para a sua colisão, Barroso alerta que, ainda que a técnica busque preservar a convivência entre os princípios,

a ponderação encontra limites no conteúdo próprio e típico de cada princípio. Não fosse assim, a interpretação constitucional seria um mero jogo de palavras sem conteúdo e sem valor. Bastaria afirmar que se está “ponderando” um determinado princípio para, por essa expressão mágica, o intérprete encontrar-se autorizado a transgredir livremente o que o princípio determina (BARROSO, 2008, p. 5).

Outra conceituação merecedora de destaque é a de Karl Larenz (*Richtiges Recht*, 1979, p. 26 apud ÁVILA, 2005, p. 27), que define princípios como normas dotadas de relevância para o ordenamento jurídico, haja vista o seu papel na formulação de normas de comportamento decorrentes de fundamentos normativos de interpretação e de aplicação do Direito. Os princípios não seriam, assim, regras aptas a serem aplicadas, visto que lhes faltaria a conexão entre uma hipótese de incidência e uma correspondente consequência jurídica, resumindo-se o seu escopo a uma norma que somente indicaria a direção da regra aplicável ao caso.

Superada a difícil tarefa preliminar de conceituar os princípios, passa-se à análise de matéria com maior relevância prática ao presente estudo, qual seja, a dos princípios na ordem econômica brasileira. Iniciamos esta tarefa explorando a obra do professor Daniel Sarmento, que realizou os seguintes apontamentos sobre os possíveis efeitos que os princípios podem produzir:

Como normas jurídicas, os princípios constitucionais estabelecem limites para o legislador infraconstitucional e para a Administração, cuja inobservância enseja a invalidade das normas e dos atos que os contravenham. Eles também incidem diretamente sobre as relações sociais, impondo comportamentos positivos e negativos ao Estado e a particulares. Além disso – e este é o ponto que nos interessa no momento –, os princípios constitucionais são vetores fundamentais na interpretação da ordem jurídica (SARMENTO, 2015, p. 4).

Tomando a função interpretativa dos princípios para uma análise mais aprofundada, Eros Grau (2010) aponta que esta atividade tem um caráter verdadeiramente constitutivo, e não meramente declaratório, ou seja, a interpretação produz a própria norma jurídica para o caso concreto a partir do texto normativo e dos fatos do próprio caso, não se tratando de uma atividade exclusivamente retórica. Ademais, o autor explica que a interpretação é justamente o ato que dará concretude ao direito, na medida em que ele é retirado do seu caráter geral e abstrato previsto no texto e ingressa na realidade do caso concreto. A interpretação, portanto,

opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida. A interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [= do direito] no mundo do ser [= mundo da vida]. Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto. Interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial e particular (GRAU, 2010, p. 161).

E os princípios constitucionais, dentro dessa atividade interpretativa, consistiriam em orientações para guiar a análise do sentido e do alcance das normas jurídicas, como bem pontuou Barroso (2009). A denominada eficácia interpretativa dos princípios constitucionais constituiria-se, segundo o autor,

em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente (BARROSO, 2009, p. 319).

O magistrado Daniel Sarmento complementa, ainda, que os princípios “operam como verdadeiras bússolas, que devem guiar a interpretação de regras constitucionais mais específicas, mas também a exegese da legislação infraconstitucional” (2015, p. 4-5).

Ao considerar as diferentes funções que exercem os princípios da ordem econômica, Barroso os divide em dois grupos: os princípios de funcionamento da ordem econômica e os princípios-fins:

Em linhas gerais, os princípios de funcionamento estabelecem os parâmetros de convivência básicos que os agentes da ordem econômica deverão observar. Os princípios fins, por sua vez, descrevem realidades materiais que o constituinte deseja sejam alcançadas. (BARROSO, 2008, p. 8)

O autor ressalta, ainda, que, os princípios de funcionamento referem-se à dinâmica das cadeias produtivas, visto que são endereçados precipuamente às atividades do setor privado, vinculando também os agentes da ordem econômica.

Por outro lado, os princípios-fins traduzem objetivos que a ordem econômica deve alcançar como um todo, ou seja, determinam a política econômica estatal por meio da descrição pelo constituinte de uma realidade fática desejada por este. Conclui o autor que tais princípios “representam os objetivos sociais do Estado dentro dessa mesma ordem, informando a política econômica do Governo no sentido da plena realização dos preceitos constitucionais.” (BARROSO, 2008, p. 12).

Dessa forma, os princípios constitucionais da ordem econômica previstos no art. 170 podem, por possuírem força normativa, orientar a interpretação do transporte individual de passageiros, na medida que trata-se de atividade econômica, ainda que em sentido amplo, contando, inclusive, com previsão constitucional no capítulo nomeado “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”.

Tal aplicação, todavia, deve ser feita com a ressalva de que nenhum princípio é absoluto, devendo, na lição de Barroso, ser ponderado com os demais valores constitucionais, bem como sujeitar-se à fiscalização e à regulação típicas do Estado, “cujo fundamento é a efetivação das normas constitucionais destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento” (2008, p. 5).

2.2.3 O Princípio da Livre Iniciativa

As origens do princípio da livre iniciativa remetem à França revolucionária, como expoente da luta contra as limitações e os privilégios corporativos típicos da Idade Média. Grau (2010) aponta que o princípio pôde ser observado com ineditismo

no Édito de Turgot e, posteriormente, no decreto d'Allarde, de março de 1791, cujo art. 7º determinava que

a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprovesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma "patente" (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis (GRAU, 2010, p. 205).

As corporações de ofício, que detinham o poder de autorizar tanto o acesso ao mercado como o próprio exercício da atividade comercial (GOMES, 2008), acabaram sendo também eliminadas meses depois, por meio da Lei Le Chapelier (GRAU, 2010, p. 205).

No ordenamento jurídico brasileiro, Bensoussan, citando Carlos Gomes, afirma que “o marco histórico da positivação do princípio da livre iniciativa deu-se com D. João VI, que, pelo alvará de 1º de Abril de 1808, concedeu às colônias portuguesas a liberdade de indústria” (2015, p. 132).

Hodiernamente, Barroso (2013) ressalta não se tratar a livre iniciativa somente de um princípio puramente econômico. Tal princípio, na verdade, funciona como um dos fundamentos do Estado brasileiro, ou seja, é um dos princípios fundamentais inscritos no art. 1º CF, revelando-se como uma expressão da ideia geral de liberdade em todos os domínios. Demais disso, o autor afirma que a livre iniciativa é também um princípio geral da ordem econômica, porquanto presente no rol do art. 170. Com efeito,

isso significa uma clara opção por um regime de economia de mercado - que gravita em torno da lei da oferta e da procura - e não de uma economia planificada, em que os agentes econômicos são obrigados a seguir as diretrizes estatais (BARROSO, 2013, p. 7).

O jurista, ainda, ressalta que é possível deduzir da própria CF os elementos primordiais desse princípio, quais sejam: a propriedade privada (art. 5º, XXII), a liberdade de imprensa (art. 170, parágrafo único) e de trabalho (art. 5º, XIII), a livre concorrência (art. 170, IV) e a liberdade de contratar (art. 5º, II) (BARROSO, 2013).

Quanto a isso, tem-se que o referido princípio consagra a ordem jurídica capitalista, indicando a liberdade dos particulares na prática de atividades econômicas. Caracterizar-se-ia, portanto, por abarcar tanto a liberdade de iniciar uma

atividade econômica quanto de coordenar a sua gestão e a sua execução, conforme apontou Sarmiento (2015).

O professor Daniel Sarmiento afirma, ainda, que esse princípio encontraria sustentação nos fundamentos da liberdade individual e no desenvolvimento econômico da coletividade. Haveria, nesse sentido, uma restrição à liberdade e à personalidade do indivíduo se não houvesse garantia de autonomia também na esfera econômica, o que justificaria a necessidade de liberdade na promoção de atividades econômicas. Quanto ao aspecto do desenvolvimento econômico coletivo, o autor aponta que “a sociedade tende a ser mais próspera quando assegura a liberdade aos agentes econômicos, do que quando o Estado se apropria dos meios de produção ou planifica completamente a economia” (SARMENTO, 2015, p. 9).

O magistrado Eros Grau, contudo, afirma que a liberdade de iniciativa econômica não se identifica somente com a liberdade de empresa, assim como não se resume ao princípio básico do liberalismo econômico ou à liberdade de desenvolvimento da empresa. O aludido princípio albergaria todas as formas de produção, seja as da iniciativa econômica privada, cooperativa, autogestionária e pública (2010, p. 204). O princípio da livre iniciativa, continua o autor, também não seria absoluto, visto o disposto no parágrafo único do art. 170 da CF, traduzindo-se, em verdade, como uma garantia da legalidade, essa sim, absoluta:

(...) liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei. O que esse preceito pretende introduzir no plano constitucional é tão-somente a sujeição ao princípio da legalidade em termos absolutos — e não, meramente, ao princípio da legalidade em termos relativos (art. 5º, II) — da imposição, pelo Estado, de autorização para o exercício de qualquer atividade econômica (GRAU, 2010, p. 204).

E é justamente pelo fato de o mencionado princípio albergar a necessidade de intervenção estatal para evitar as chamadas falhas de mercado, (BENSOUSSAN, 2015) bem como para promover objetivos fundamentais como a igualdade e a justiça, que não se configuram como violação ao princípio as restrições legais mais rígidas impostas à entrada de empresas em setores como o mercado financeiro, mercado de seguros e indústria tabagista². Ademais, o passe livre para pessoas portadoras de

² Vide decisão proferida no julgamento da Ação Cautelar 1657, onde o STF confirmou a legalidade do cancelamento do registro especial de empresa fabricante de cigarros e da interdição do seu estabelecimento.

deficiência no transporte coletivo interestadual, concedido por meio da Lei 8.899/94, bem como a meia entrada para doadores de sangue em locais públicos de cultura, esporte e lazer, concedida pela Lei Estadual 7.737/2004 do Espírito Santo, também são casos paradigmáticos onde o judiciário posicionou-se no sentido da legalidade de tais atos, afastando a violação ao princípio da livre iniciativa³.

Impende, nesse passo, observar o estudo feito por Barroso (2008), onde o autor decompôs o princípio da livre iniciativa em elementos que lhe integram e lhe dão conteúdo. São eles: (i) a propriedade privada, visto ser necessário existir apropriação particular de bens para haver livre iniciativa, (ii) liberdade de empresa, a fim de garantir a existência de atividade econômica independentemente de autorização, salvo as exceções legais, (iii) livre concorrência, que será posteriormente analisada, (iv) liberdade de contratação, que decorreria do princípio da legalidade.

O princípio da livre iniciativa deve, desse modo, ter a sua aplicação garantida onde for pertinente, reiterando-se a ressalva formulada na seção anterior, qual seja, a de que não existe princípio cuja aplicação é absoluta, como também abordado por Moreira Neto:

O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa complementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do abuso de poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade (NETO, Moreira. Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988, 1989, p. 28 apud BARROSO, 2008, p. 7).

2.2.4 O Princípio da Livre Concorrência

Primeiramente, deve ser notado que o princípio da livre concorrência está prevista no rol de princípios da ordem econômica do art. 170 da CF, mais precisamente, no seu inciso IV, estando intimamente ligado ao princípio da livre iniciativa.

Cuida-se, na lição de Barroso (2008, p. 8), de princípio de funcionamento, pois refere-se à dinâmica das relações produtivas, vinculando, assim, todos os seus

³ Quanto ao passe livre para pessoas portadoras de deficiência, ver ADI 2.649. Quanto à meia entrada para doadores de sangue, ver ADI 3.512.

agentes. Não se trata, assim, de um princípio-fim, por não representar um objetivo que a ordem econômica deve alcançar, como, por exemplo, a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Apesar deste princípio possuir relações próximas com o princípio da livre iniciativa, Salomão Filho (Regulação da atividade econômica apud BENSOUSSAN, 2015) defende que os dois não se confundem, na medida em que a livre iniciativa seria uma espécie de cláusula geral que teria o seu conteúdo preenchido pelos incisos do art. 170 da CF, entre eles a livre concorrência, prevista no inciso IV. Tem-se, portanto, que a livre concorrência pressuporia a existência da livre iniciativa, a qual, por si só, não garantiria a livre concorrência, ou seja, seria possível haver livre iniciativa sem a existência de livre concorrência, mas a recíproca não é verdadeira.

Esse pensamento também encontra abrigo no posicionamento exposto na obra de Barroso, que acredita ser o princípio da livre concorrência uma consequência direta da liberdade de iniciativa. O princípio traria em si a ideia de que “a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo (BARROSO, 2008, p. 9)”.

Nesse sentido, complementa Sarmento:

A premissa básica é a de que, em um mercado competitivo, amplia-se o direito de escolha do consumidor, os preços das mercadorias e serviços tendem a cair, e a sua qualidade a se elevar, em proveito de todos. A competição proporciona também uma melhoria na eficiência alocativa da economia, ao fazer com que os preços dos produtos correspondam aos valores que a sociedade lhes atribui, assim como na eficiência produtiva das empresas, que são levadas a reduzir os seus custos e aperfeiçoar os bens e serviços que fornecem, no afã de prosperarem no mercado (SARMENTO, 2015, p. 10).

A concorrência seria, desse modo, benéfica para o mercado como um todo, pois produziria melhores serviços por preços mais baixos, estimulando a inovação e proporcionando igualdade de oportunidades entre os agentes econômicos.

O princípio seria, portanto, segundo o professor Barroso, uma via de mão dupla, pois, por um lado, o Estado não poderia substituir a atuação de agentes privados e a sua regulação pela sua atuação direta, salvo nas exceções previstas na CF, e, por outro, os agentes privados teriam um direito à livre concorrência e também um dever jurídico de observar a livre concorrência, visto que a prática de atividades anticoncorrenciais ensejaria a punição estatal.

Nesse sentido, o autor aponta que

a opção por uma economia capitalista se funda na crença de que o método mais eficiente de assegurar a satisfação dos interesses do consumidor de uma forma geral é através de um mercado em condições de livre concorrência, especialmente no que diz respeito a preços.

A experiência demonstrou, todavia, que o sistema de auto-regulação do mercado nem sempre é eficaz em relação a um conjunto de outros aspectos dos produtos e serviços, como qualidade e segurança, veracidade das informações ao consumidor, vedação de cláusulas abusivas, atendimento pós-consumo etc. Daí a necessidade de uma regulamentação específica de proteção ao consumidor, que veio inscrita inclusive como um direito individual constitucionalizado (BARROSO, 2008, p. 9-10).

O princípio da livre concorrência é, portanto, destinado a garantir um mercado com concorrência efetiva entre os seus agentes, bem como para buscar minimizar as desigualdades materiais existentes entre as partes, assegurando a existência da boa-fé negocial no mercado. O autor aponta, assim, que, ainda que tenhamos um mercado fundado na livre iniciativa e na autonomia empreendedora das pessoas, não podemos afirmar a existência de um modelo econômico aos moldes do *laissez faire*, visto que essa livre iniciativa está condicionada à valorização do trabalho humano (BARROSO, 2008, p. 15).

No mesmo sentido, é defendido por Bensoussan (2015, p. 140) que a defesa constitucional das empresas de pequeno porte busca a defesa da livre concorrência, fazendo coro com o jurista Barroso no sentido de inexistir hoje o mencionado Estado liberal clássico.

O Estado deve encontrar, segundo Sarmiento (2015, p. 11), um meio termo na garantia do princípio da livre concorrência, de modo a não limitar completamente um setor e inviabilizar a sua atuação econômica e também para garantir que o mercado funcione de forma razoavelmente regulada, combatendo os abusos do poder econômico. Também Barroso sublinha nesse mesmo sentido, aduzindo que o Estado não pode limitar tanto a atuação de determinado setor para determinar que

a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre-iniciativa. Isto seria dirigismo, uma opção por um modelo historicamente superado. O Poder Público não pode supor, e.g., que uma empresa esteja obrigada a admitir um número *x* de empregados, independentemente de suas necessidades, apenas para promover o pleno emprego. Ou ainda que o setor privado deva compulsoriamente doar produtos para aqueles que não têm condições de adquiri-los, ou que se instalem fábricas obrigatoriamente em determinadas regiões do País, de modo a impulsionar seu desenvolvimento.

Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimular práticas redistributivistas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária. Poderá desincumbir-se dela por iniciativa própria ou estimulando comportamentos da iniciativa privada que conduzam a esses resultados, oferecendo vantagens fiscais, financiamentos, melhores condições de exercício de determinadas atividades, dentre outras formas de fomento (BARROSO, 2008, p. 16).

O jurista Eros Grau (2010), por seu turno, ressalta que o referido princípio constitucional significa liberdade de concorrência, desdobrando-se em liberdades privadas e liberdades públicas. Não se trataria o princípio de uma garantia de um “livre jogo das forças de mercado”, visto que isso suporia a existência de igualdade jurídico-formal no tratamento das empresas e a própria CF rechaça essa condição, como pode ser observado no tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte (art.170, IX, e art. 171).

Na aplicação prática desse princípio, cumpre observar o RE 158.676, no qual o STF declarou a inconstitucionalidade, ainda que sob a égide da Constituição de 1969, do art. 2º da Lei n. 6.879/1980, que determinava a exclusividade na comercialização de listas telefônicas para as empresas concessionárias dos serviços de telecomunicações, por considerar tratar-se de reserva de mercado inconstitucional em favor das empresas concessionárias.

Há, ainda, que se atentar para a redação da Súmula Vinculante n. 49, que resultou da conversão da Súmula 646, dispondo o seguinte: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

Pode ser percebido dessa forma o reconhecimento pacífico nos tribunais superiores da incidência do princípio da livre concorrência no âmbito econômico, garantindo um mercado mais competitivo, de modo a ampliar os direitos do consumidor e elevar a qualidade dos serviços por meio da alocação mais eficiente de recursos escassos.

2.2.5 Atividade Econômica em Sentido Estrito

Inicialmente, cabe observar a disposição do *caput* do art. 173 da CF, *in verbis*: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

As situações onde é permitida a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado estão previstas no art. 173, e, além disso, o estatuto jurídico que deve ser seguido por empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias nessas condições está previsto no parágrafo 1º do referido artigo, cuja Lei regulamentadora foi recentemente alterada, haja vista a superveniência da Lei n. 13.303/2016. Além disso, o art. 174, discorre acerca da atuação estatal como agente normativo e regulador da atividade econômica, realizando as atividades de fiscalização, incentivo e planejamento. No art. 175, ainda, a CF entrega ao Poder Público a prestação de serviços públicos, apesar de não defini-los.

Percebe-se, dessa maneira, que a CF entregou ao Estado diversas atividades relacionadas à atuação econômica, sem contudo, definir com clareza o alcance que a atuação estatal deveria ter em cada uma dessas áreas. É imperioso, portanto, realizar uma correta definição de atividade econômica, a fim de diferenciá-la do conceito de serviço público, e, assim, delimitar com maior precisão a atuação estatal em cada um dos institutos supracitados.

Digna de destaque a análise do magistrado Barroso (2013), que, ao interpretar o texto do artigo 173 da CF, afirma que a regra é a exploração da atividade econômica ser realizada pelos entes privados, do mesmo modo que se configura como exceção a exploração pelo Estado dessas atividades, em regime de livre iniciativa, o que só poderia ser admitido nas situações constitucionalmente previstas no caput do art. 173 (imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo) e também nos incisos do art. 177, que trata dos monopólios outorgados à União, como, por exemplo, os ciclos econômicos do petróleo e dos minérios e minerais nucleares.

Para iniciar a sua análise, Eros Grau aponta inexistir, a princípio, uma dicotomia entre serviço público e atividade econômica, visto que serviço público estaria abarcado dentro do próprio conceito de atividade econômica. O autor explica que serviço público seria um tipo de atividade econômica pois estaria voltado para satisfazer necessidades por meio da utilização de bens e serviços, assim como a atividade econômica. Dessa forma, o autor conclui pela existência de um gênero atividade econômica em sentido amplo, que englobaria duas espécies: o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito:

Serviço público — dir-se-á mais — é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não

exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.

"Desde aí poderemos também afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado."

Salientei, no próprio texto, o fato de, no trecho aqui transcrito, utilizar-me da expressão atividade econômica em distintos sentidos:

"Ao afirmar que serviço público é tipo de atividade econômica, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a espécie, serviço público.

"Ao afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado, a ela atribuí a significação de espécie".

Daí a verificação de que o gênero — atividade econômica — compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica (GRAU, 2010, p. 101).

Haveria, ainda, de acordo com o magistrado (GRAU, 2010), uma terceira espécie para o gênero da atividade econômica, que corresponderia às atividades propriamente ilícitas, mas esse tema não será aqui aprofundado, limitando-nos aos dois primeiros.

No que respeita a distinção entre o sentido amplo e restrito da atividade econômica, Eros Grau (2010) ressalta que o art. 173 e o seu § 1º fazem referência à atividade econômica no seu sentido estrito, ressaltando situações nas quais pode o Estado explorar a atividade econômica de forma direta. Estas seriam hipóteses onde é permitida a atuação do Estado propriamente como um agente econômico, intervindo em uma área que seria, a princípio, de titularidade do setor privado.

O art. 174 da CF, contudo, apesar de utilizar a mesma expressão, faz alusão, segundo Grau (2010, p. 107), a um outro assunto, utilizado a expressão "atividade econômica" no seu sentido mais amplo, visto que estabelece a atividade estatal de fiscalização, o que abrangeria tanto a prestação de serviços públicos quanto a atividade econômica em sentido estrito. A CF, nesse momento, estaria utilizando a expressão "atividade econômica" no sentido da globalidade da atuação do Estado como agente regulador e normativo, ou seja, na sua acepção mais extensa.

O autor aponta, ainda, que art. 170 da CF faz também referência ao gênero atividade econômica, i. e., faz menção à atividade econômica no seu sentido mais amplo. Para tanto, Eros Grau afirma que

toda a atividade econômica, inclusive a desenvolvida pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, atividade econômica, repita-se) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, etc (GRAU, 2010, p. 107).

A conceituação de serviço público, de acordo com o autor, deve, acima de tudo, considerar a realidade social e a cultura da época, de forma que, conseqüentemente, a distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público também deve depender da correção das forças sociais presentes na disputa conceitual. Isso decorre do fato de que serviço público é um conceito aberto, que deve ser preenchido com os dados existentes na realidade, que pode mudar a cada época, juntamente com as relações sociais (GRAU, 2010).

Com efeito, sublinha o autor que essa dicotomia exsurge do fato das empresas privadas pretenderem reservar para si como atividade econômica em sentido estrito todas as matérias que podem ser potencialmente lucrativas, enquanto os trabalhadores esperam que o Estado desenvolva de forma não especulativa essas atividades econômicas em sentido amplo. Em conclusão, afirma o autor:

A definição, pois, desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é — permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal — decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho (GRAU, 2010, p. 108-109).

A correta classificação da atividade como serviço público ou atividade econômica em sentido estrito é de relevância fundamental para o ordenamento jurídico e inclusive para a segurança jurídica, na medida em que a intervenção do Estado em atividade econômica em sentido estrito sujeita-o ao regime jurídico do art. 173 da CF, que prevê a aplicação da Lei n. 13.303/2016, ao passo que a atuação do Estado na prestação de serviços públicos está sujeita ao regramento específico dos serviços públicos.

Apesar de existir na doutrina a tentativa de classificação de serviços públicos simplesmente como aquela atividade que estaria sujeita ao regime de Direito Público, Grau rejeita essa classificação, apontando que

Ao afirmar-se tal — que serviço público é atividade desempenhada sob esse regime — além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público (GRAU, 2010, p. 117).

Como bem destacou o autor, trata-se de confusão existente em parte da doutrina, que talvez ocorra justamente pela dificuldade na definição desses institutos. Entretanto, afirmar que uma atividade seria serviço público somente porque está sujeita ao regime de serviço público trata-se de verdadeira incongruência, pois a mera realização de qualquer atividade pelo Estado não a caracterizaria como serviço público, visto que desconsideraria completamente a noção de atividade econômica.

Uma atividade não pode ser classificada como serviço público somente porque está sendo prestada pelo Estado, assim como não pode ser definida como atividade econômica em sentido estrito somente porque o Estado não está atuando neste nicho. Ou seja, a atuação de Estado em determinada atividade econômica não interfere na sua classificação como serviço público ou atividade econômica em seu sentido estrito. Também a simples alteração na prestação de um serviço pelo Estado não pode ensejar a alteração na conceituação de uma atividade econômica em sentido amplo entre as suas duas espécies.

Para tratar do tema com maior didatismo, trazemos novamente a lição do professor Grau, que aponta na saúde e na educação exemplos de serviços públicos não privativos, ou seja, que podem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. Tais atividades, aduz, serão consideradas serviços públicos mesmo quando prestadas exclusivamente por particulares, sem a participação do Estado:

Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino - não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais. Não importa quem preste tais serviços - União, Estados-membros e Municípios ou particulares; em qualquer hipótese haverá serviço público. (GRAU, 2010, p. 123).

Conforme exposto acima, a atuação do Estado em um setor destinado à iniciativa privada não torna, por si só, essa atividade econômica um serviço público. Essa exploração estatal, que pode ser realizada nas modalidades previstas no art. 173 e também no caso de monopólio previsto no art. 177, não torna o setor sujeito às regras de direito público, muito menos transforma o setor em serviço público. Dúvidas não há, nesse sentido, de que o comércio de minerais nucleares e a pesquisa de gás

natural não se tratam de serviços públicos, ainda que prestados em regime de monopólio pela União. Daí conclui Grau que

a verificação de que a mera atribuição de determinada competência atinente à prestação de serviços ao Estado não é suficiente para definir essa prestação como serviço público. Cumpre verificar, sempre, quando isso ocorra, se a atribuição constitucional do exercício de determinada competência ao Estado atende a imposição dos interesses do trabalho, no seu confronto com os interesses do capital, ou se, pelo contrário, outras razões determinaram a atribuição desse exercício pelo Estado (GRAU, 2010, p. 126).

Já pode ser percebido, desse modo, que a concepção formal de serviço público deve ser rechaçada, na medida em que não basta a menção constitucional à prestação de uma atividade pelo Estado para transformá-la em serviço público, assim como não é suficiente somente a CF determinar a exploração de atividade econômica pelo setor privado para classificá-la como atividade econômica em sentido estrito.

Após essa necessária análise prévia, é imperioso estudar de forma mais detalhada os conceitos de serviço público e de atividade econômica em sentido estrito. Para Eros Grau (2010, p. 135), a atividade econômica em sentido amplo que não pode ser serviço público será atividade econômica em sentido estrito. É desse choque frontal entre os dois institutos que exsurge a necessidade incontornável de se conceituar serviço público para alcançar a atividade econômica em sentido estrito. A atividade econômica *lato sensu* será sempre um ou o outro, mas nunca os dois ao mesmo tempo.

Serviço público estaria, portanto, na definição de Grau, vinculado a uma

atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social (GRAU, 2010, p. 128).

Assim, toda a atividade econômica em sentido amplo que não se enquadrar na definição de serviço público seria, necessariamente, abarcada pelo regime da atividade econômica em sentido estrito. A classificação adotada por Grau harmoniza-se com os preceitos constitucionais na medida em que permite, por um lado, que a atividade econômica realizada pelo Estado, em função de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (art. 173, *caput*, CF), seja definida como atividade econômica em sentido estrito, e, por outro, que o Estado realize atividade econômica com vistas a satisfazer o interesse social. No primeiro caso, a atuação

estatal não estaria ocorrendo para garantir a coesão social, motivo pelo qual não cuidaria-se de serviço público, ao passo que, no segundo exemplo, a atuação do Estado buscando o acatamento do interesse social caracterizaria-se como desenvolvimento de serviço público (GRAU, 2010, p. 129).

Nesse sentido, explica o autor:

Daí por que, v.g., a afirmação isolada de que o texto constitucional eleva determinadas parcelas da atividade econômica em sentido amplo à categoria de serviço público (os chamados serviços públicos por definição constitucional) é equívoca, pois inúmeras vezes ocorre incluírem-se tais parcelas na categoria das atividades econômicas em sentido estrito (GRAU, 2010, p. 131).

Para exemplificar a situação, Grau (2010, p. 131) traz a situação julgada pelo STF no âmbito do RE 220.999. No caso, tratava-se de pedido de indenização da empresa “Inove” pela cessação das atividades da “Franave” - empresa estatal que realizava transporte fluvial de cargas pelo Rio São Francisco. A autora sustentava que tinha firmado contrato de prestação de serviços com a Franave para o transporte de grãos de soja, e que, com a interrupção das atividades da ré, houve prejuízo para autora, visto que tornou-se economicamente inviável a produção de soja, pois as outras alternativas para o transporte da safra eram expressivamente mais caras.

A discussão aqui reside no fato de que a leitura do art. 21, XII, d, da CF, poderia levar à conclusão de tratar-se a atividade de transporte aquaviário de serviço público, por ser atividade de competência da União. Contudo, afastando-se o critério formal e adotando-se o critério material, tem-se que a previsão de prestação do serviço pela União não o caracteriza, por si só, como serviço público.

No caso, sustenta o autor que a prestação de transporte aquaviário de cargas não é indispensável para o desenvolvimento da interdependência social e também não diria respeito a um serviço essencial para a sociedade:

Sucedo que, no caso, a empresa estatal federal prestava fundamentalmente serviços de transporte fluvial de produtos agrícolas, não sendo possível sustentarmos — o exemplo, na versão que dele tomo, é assim, definitivamente — que a sua prestação é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social (Duguit) ou que ele corresponda a um serviço essencial, relativamente à sociedade (Cirne Lima) (GRAU, 2010, p. 132).

O autor deduz, por conseguinte, tratar-se o caso de atividade econômica em sentido estrito, visto não estar presente o interesse social. Nesse sentido, inclusive, cumpre reiterar a distinção entre as hipóteses de atuação do Estado na atividade

econômica em sentido amplo. Nas palavras de Eros Grau, assim, tem-se que: “o interesse social exige a prestação de serviço público; o relevante interesse coletivo e o imperativo da segurança nacional, o empreendimento de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado” (2010, p. 131-132).

3 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Neste capítulo aborda-se essencialmente a regulamentação infraconstitucional do transporte individual de passageiros. Averiguando-se previamente as competências de cada ente federativo para legislar sobre a matéria, analisa-se de que forma as Leis 12.587/2012 e 12.468/2011 trataram da matéria, assim como quais foram as principais interpretações conferidas pela doutrina a esses diplomas legais.

3.1 A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO E DOS MUNICÍPIOS

Na presente seção são debatidas as competências legislativas e também materiais dos entes federados. Tendo em conta o surgimento de inúmeras leis municipais versando sobre o transporte individual de passageiros, estuda-se se esses entes federativos possuiriam, de fato, competência para legislar sobre a matéria.

3.1.1 Competência Legislativa e Competência Material

Com a expansão das atividades de empresas privadas que oferecem à população um serviço de transporte individual de passageiros, alguns municípios do país aprovaram ou estão discutindo a aprovação de Leis tratando sobre a possibilidade ou não de tais serviços atuarem na respectiva municipalidade⁴. Com isso, restou amplificado o debate sobre as competências legislativas municipais, especialmente a existência ou não de competência municipal para regular o transporte individual de passageiros.

O professor Carvalho Filho (2015) aponta que, em se tratando de serviços públicos, é imperioso perquirir qual seria o ente competente para prestar e regulamentar a atividade. Deve ser salientado que a discussão sobre a eventual competência material para a prestação do serviço público de transporte individual de passageiros depende que a respectiva atividade seja, primeiramente, caracterizada de fato como um serviço público. Sem essa condição, não haveria falar em

⁴ Veja-se, a título exemplificativo, a Lei municipal n. 4.738/2016 de Aracaju, a Lei municipal n. 12.162/2016 de Porto Alegre, a Lei municipal 429/2016 de São Luís e a Lei municipal 16.279/2015 de São Paulo.

competência material para a prestação do serviço, pois simplesmente inexistiria serviço público a ser prestado.

Há, contudo, de se ressaltar que o debate de fundo presente tanto na discussão acerca da competência legislativa quanto no debate sobre a competência material do transporte individual de passageiros é o mesmo. A CF, conforme se verá, estabelece que a competência legislativa e também material tanto para regulamentar quanto para prestar serviço público somente será do município se houver “interesse local” (art. 30, incisos I e V, CF). Dessa forma, em ambos os casos o conflito permanecerá, devendo ser resolvido com base na análise da existência de interesse local na realização da atividade de transporte individual de passageiros.

É imperioso, neste momento, apresentarmos o conceito de competência. Apesar de não ser a única definição existente, utilizaremos aqui a seguinte noção construída por José Afonso da Silva: “Competência é faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões” (2014, p. 483).

A CF instituiu na sua repartição de competências o chamado princípio da predominância do interesse, onde o legislador constituinte construiu um modelo que leva em conta a superioridade do interesse dos entes na competência que está “em disputa” entre diferentes entes federativos. Com efeito, assuntos de interesse eminentemente nacional, como assegurar a defesa nacional e a emissão de moeda, são, via de regra, de competência da União; assuntos de interesse predominantemente regional, como a segurança pública, são de competência dos Estados; matérias de interesse primordialmente local, como o tempo de espera em fila para atendimento ao público, são de competência dos municípios; O Distrito Federal, por fim, tendo em conta o disposto no art. 32, § 1º da CF, cumula as competências dos Estados e dos municípios (SILVA, 2014, p. 482).

Há, também, o chamado critério horizontal de competências, segundo o qual separa-se o governo por setores, cada um responsável pela sua competência. De acordo com o critério, a competência para explorar serviço de transporte rodoviário entre diferentes municípios, mas no mesmo Estado, seria do Estado, na medida em que a CF atribui a competência de explorar transporte intramunicipal aos municípios, bem como o transporte interestadual e internacional à União. Nesse caso, com o silêncio da CF, deve ser interpretado que o legislador constitucional outorgou

implicitamente essa competência aos Estados-Membros. Esse foi o conteúdo da decisão proferida pelo STF no âmbito do RE 549.549-RJ.

Nesse sentido, Carvalho Filho salienta a importância do critério da extensão territorial nos interesses buscados pela atividade na definição das competências. Seria necessário, aponta o autor, analisar a extensão territorial do serviço prestado:

tratando-se de serviço que abranja toda a extensão territorial do país, deverá ele ser prestado pela União. Se abranger todo o Estado, ultrapassando, pois, os limites municipais, deve ser prestado por aquele. E aos municípios caberá prestar aqueles que sejam de interesse local e, portanto, dentro dos seus limites territoriais (CARVALHO FILHO, 2015, p. 341).

O autor também assinala que o legislador aplicou o critério da extensão territorial quanto ao transporte público de caráter urbano, conferindo à União a tarefa de prestar o serviço de transporte público internacional ou interestadual, aos Estados, o transporte intermunicipal e aos municípios o transporte dentro da sua área. Assim, conclui o autor:

Por fim, aos municípios foi reservada a prestação do serviço de transporte urbano dentro da própria área municipal, caracterizado como serviço essencial de interesse local (art. 30, I e V, CF) (CARVALHO FILHO, 2015, p. 341).

Cumprе ressaltar as diferentes espécies de competência que podem ser outorgadas: pode outorgar-se a competência legislativa, que concede ao ente federativo a possibilidade de legislar sobre a matéria, assim como a competência material, que confere ao ente a capacidade de realizar atividades político-administrativas, como explorar determinada atividade econômica.

No que respeita a competência material dos entes federados, também se faz necessária uma breve análise quanto aos possíveis conflitos na determinação da competência. Percebe-se que a CF consagrou um sistema de repartição entre serviços comuns a todas as pessoas federativas e outros de competência privativa de algumas esferas. Com efeito, aponta Carvalho Filho que os serviços privativos são aqueles atribuídos a apenas uma das esferas da federação:

Como exemplo, temos a emissão de moeda, serviço postal e polícia marítima e aérea, privativos da União (art. 21, VII, X e XXII, CF); o serviço de distribuição de gás canalizado, privativo dos Estados (art. 25 § 2º, CF); a arrecadação de tributos municipais e o transporte coletivo intramunicipal, conferidos aos municípios (art. 30, III e V, CF) (CARVALHO FILHO, 2015, p. 338).

Serviços comuns, ademais, seriam aqueles “que podem ser prestados por pessoas de mais de uma esfera federativa” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 339). Nesse caso, incluem-se os serviços de saúde pública, promoção de programas de construção de moradias, proteção do meio ambiente, entre outros.

3.1.2 A Competência dos Municípios

A CF instituiu a federação como forma de Estado, repartindo atribuições entre seus entes federados, incluindo-se aí os municípios, que somente com a atual Constituição foram alçados à condição de ente federado. Apesar de existirem raras posições doutrinárias que não admitem o município como unidade federada, acreditamos que ele deve ser visto como ente federado, visto que dotado de autonomia política, administrativa e financeira, conforme previsto inclusive nos arts. 1ª e 18 da CF. Nessa linha de pensamento discorre José Afonso da Silva:

A Constituição de 1988 modifica profundamente a posição dos Municípios na Federação, porque os consideram componentes da estrutura federativa. Realmente, assim o diz em dois momentos. No art. 1º declara que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. No art. 18 estatui que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

(...)

Nos termos, pois, da Constituição, o Município brasileiro é entidade estatal integrante da Federação, como entidade político-administrativa, dotada de autonomia política, administrativa e financeira. Essa é uma peculiaridade do Município brasileiro. A inclusão do Município na estrutura da Federação teria que vir acompanhada de consequências, tais como o reconhecimento constitucional de sua capacidade de autoorganização mediante cartas próprias e a ampliação de sua competência, com a liberação de controles que o sistema até agora vigente lhe impunha, especialmente por via de leis orgânicas estabelecidas pelos Estados (SILVA, 2014, p. 646).

A delimitação das competências dos municípios está prevista no art. 30 da CF, merecendo relevo os incisos I, II e V, referentes à competência legislativa em assuntos de interesse local e a competência material de prestação de serviços públicos de interesse local, *in verbis*:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Observa-se que tanto o inciso I quanto o V aludem à necessidade de existência de interesse local para configurar-se a atribuição da competência para o município. A noção exata de interesse local, contudo, apesar de, em um primeiro momento, parecer óbvia, é, na verdade, um grande debate no direito brasileiro, que dificilmente encontrará uma resposta satisfatória. O interesse local, com efeito, deve ser analisado em cada caso e, a bem da verdade, em cada município, haja vista que o próprio interesse local pode variar entre diferentes municipalidades.

Pode-se, contudo, afirmar que o interesse local não se caracteriza quando há somente interesse do município, visto que sempre haverá também interesse do Estado e da União envolvido na questão. O que deve ser analisado é a predominância do interesse dos habitantes do município sobre os demais entes federados. É nesse sentido a posição do jurista Celso Bastos:

O conceito-chave utilizado pela Constituição para definir a área de atuação do Município é o de interesse local. Cairá, pois, na competência municipal tudo aquilo que for de interesse local. É evidente que não se trata de um interesse exclusivo, visto que qualquer matéria que afete uma dada comuna findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional. Interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de ordem lógica: sendo o Município a parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte do todo acresce a este próprio todo. Os interesses locais dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais (BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional, 2010, p. 311 apud SOARES, p. 8).

Necessário, desse modo, investigar a existência de interesse local a fim de avaliar a competência dos municípios.

Há, ainda, a possibilidade do inciso II do art. 30 da CF, que prevê a possibilidade de suplementação da legislação estadual e federal no que couber. Conforme se demonstrará, entretanto, o STF tem entendido que essa atribuição não pode ser utilizada para invadir a competência privativa dos outros entes federados, pois

caracterizaria-se violação à CF se não existir, no caso concreto, Lei federal ou estadual autorizadora da competência suplementar municipal.

3.1.3 A Competência da União

A CF atribuiu à União a maior parte das competências da federação, dispondo o ente federado de competência material exclusiva, constante do art. 21, competência legislativa privativa, conforme o disposto no art. 22, competência comum com os Estados, municípios e o Distrito Federal, prevista no art. 23, e competência legislativa concorrente com os Estados sobre os temas previstos no art. 24.

A União, ao que importa ao presente estudo, detém competência legislativa privativa quanto às diretrizes da política nacional de transporte e também quanto ao trânsito e ao transporte, conforme dispõe a CF, *in verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
(...)
IX - diretrizes da política nacional de transportes;
(...)
XI - trânsito e transporte;

Tem-se, assim, a partir de interpretação literal do texto constitucional, que somente a União pode legislar sobre matéria de trânsito, transporte e política de transporte, cabendo aos Estados e aos municípios somente suplementar a legislação, no que couber, com base na sua própria competência suplementar.

Quanto à competência legislativa da matéria de transporte, o Ministro Barroso defende a posição adotada pelo legislador constituinte:

Tal como ocorre nos exemplos citados das normas de direito civil e penal, a competência legislativa ampla em matéria de transporte não diz respeito apenas à União como ente central. Muito ao revés, o tema afeta a todos os entes federativos e à população de um modo geral, assumindo caráter claramente nacional. De fato, imaginar as competências da União na matéria como algo diverso de competências nacionais não faria sequer sentido. O ente central não tem uma população ou um território autônomos e o transporte, referido nos dispositivos transcritos, será realizado no território de diferentes Estados e Municípios” (Federação, Transportes e Meio Ambiente: interpretação das competências federativas, 2010, p. 492-3 apud SARMENTO, 2015, p. 36).

Conforme exposto pelo autor, portanto, não faria sentido atribuir uma questão de órbita nacional para cada município ou Estado regulamentar por si próprio, devendo a matéria ser tratada pela União.

3.1.4 Competência Legislativa quanto à Regulamentação do Transporte Individual de Passageiros

As novas tecnologias que oferecem à população um serviço de transporte individual de passageiros conectam o passageiro e o motorista do carro por meio da internet, em um aplicativo para celular. A regulamentação desta atividade poderia ser amoldada nas hipóteses de competência privativa da União sobre as “diretrizes da política nacional de transporte” (inciso IX) e sobre “trânsito e transporte” (inciso XI) ou, de outro giro, poderia ser enquadrada na competência dos municípios, no tocante aos assuntos de interesse local (inciso I), bem como quanto a suplementação da legislação federal e a estadual no que couber (inciso II).

Com relação à suposição de cabimento da competência municipal por suplementação à legislação federal ou estadual, tal posição encontra ressonância em parte da doutrina, por entender que a legislação municipal poderia complementar a Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei n. 12.587/2012). Entretanto, o STF já firmou decisão no sentido de que a competência privativa da União não pode ser exercida pelo município com base na sua competência complementar do inciso II do art. 30:

- A competência para legislar sobre trânsito é exclusiva da União, conforme jurisprudência reiterada desta Corte (ADI 1.032, ADIMC 1.704, ADI 532, ADI 2.101 e ADI 2.064), assim como é a competência para dispor sobre a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança (ADIMC 874). - Ora, em se tratando de competência privativa da União, e competência essa que não pode ser exercida pelos Estados se não houver lei complementar – que não existe – que o autorize a legislar sobre questões específicas dessa matéria (art. 22 da Constituição), não há como pretender-se que a competência complementar dos Municípios, prevista no inciso II do artigo 30, com base na expressão vaga aí constante ‘no que couber’, se possa exercitar para a suplementação dessa legislação da competência privativa da União. (RE 227.384)

No caso, portanto, tratando-se de matéria atinente à política de transporte e ao trânsito - competências, ressalta-se, de competência privativa da União -, não poderia admitir-se a suplementação da matéria pelos municípios, sob pena de violação à distribuição de competências estabelecida na CF.

No tocante à possibilidade de atribuição de competência aos municípios por existência de assunto de interesse local, imperioso tecer algumas considerações.

Apesar de encontrar grande divergência na uniformização da jurisprudência sobre o tema, o STF já fixou alguns posicionamentos que podem nos guiar para uma noção mais precisa da definição de interesse local. O horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais⁵, segurança de estabelecimentos financeiros com terminais de autoatendimento⁶ e tempo máximo de espera em filas⁷ são exemplos de matérias onde há reconhecido interesse local; contudo, impor sanção mais gravosa do que a prevista no Código de Trânsito Brasileiro⁸ e estabelecer distância mínima entre estabelecimentos comerciais⁹ são casos onde não resta configurada a existência de interesse local.

Já a possibilidade de amoldar a regulamentação do serviço de transporte individual de passageiros com base no art. 30, inciso I, da CF encontra dificuldade de ultrapassar a jurisprudência consolidada do STF. No caso, o Pretório Excelso fixou entendimento no sentido de que a competência dos municípios para legislar com base na existência de interesse local não pode estabelecer normas sobre matérias que a própria CF não atribuiu como competência dos municípios, reservando-a à União ou aos Estados. Nesse sentido:

a competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição de competências, atribui à União ou aos Estados. O legislador constituinte, em matéria de legislação sobre seguros, sequer conferiu competência comum ou concorrente aos Estados ou aos Municípios (RE 313.060).¹⁰

A competência para legislar sobre as diretrizes da política nacional de transporte, assim como sobre trânsito e transporte, contudo, não se caracterizam como competências comuns ou concorrentes, mas sim, conforme está expressamente prevista na CF, como competências privativas da União.

⁵ Vide Súmula vinculante 38

⁶ Vide ARE 784.981

⁷ Vide RE 432.789

⁸ Vide ARE 639.496

⁹ Vide RE 203.909

¹⁰ Veja-se também o Ag.Reg. no RE 668.285.

Deve, contudo, ser analisado se a regulação municipal com relação ao serviço de transporte individual de passageiros não se enquadraria nas hipóteses de competência residual dos municípios, prevista no art. 30, inciso I, ou de suplementação da legislação federal e estadual, prevista no art. 30, inciso II.

No ponto, impende registrar a existência de ação debatendo a questão no âmbito do STF. Trata-se do RE 1.054.110/SP, interposto pela Câmara Municipal de São Paulo contra decisão do TJ/SP que julgou inconstitucional a Lei municipal n. 16.279/2015. O recurso, cuja decisão repercutirá nos demais casos em tramitação no país, foi distribuído para a relatoria do Min. Barroso e atualmente aguarda manifestação da Procuradoria-Geral da República.

O magistrado Grau apresenta divergência no ponto, sustentando que “a regulação da prestação de transporte individual remunerado de passageiros no âmbito local compete ao município” (2015, p. 6), ressaltando, todavia, a necessidade da prestação do serviço se dar por profissional taxista, nos termos da Lei n. 12.468/2011.

Por fim, Carvalho Filho assinala que o legislador aplicou o critério da extensão territorial quanto ao transporte público de caráter urbano, conferindo à União a tarefa de prestar o serviço de transporte público internacional ou interestadual, aos Estados, o transporte intermunicipal e aos municípios o transporte dentro da sua área. Assim, conclui o autor:

Por fim, aos municípios foi reservada a prestação do serviço de transporte urbano dentro da própria área municipal, caracterizado como serviço essencial de interesse local (art. 30, I e V, CF) (CARVALHO FILHO, 2015, p. 341).

Merece destaque, ainda, as razões dos vetos da Presidência da República aos arts. 4º e 7º da Lei n. 12.468/2011. De acordo com a Mensagem nº 341 de 26 de agosto de 2011, tais artigos foram vetados por invadir a competência dos municípios para regulamentar os serviços de interesse local. Veja-se que tais artigos previam, respectivamente, a classificação dos profissionais taxistas em autônomos, empregados, auxiliares de condutor autônomo e locatários, e os itens obrigatórios no contrato entre o condutor autônomo de veículo rodoviário e o seu auxiliar.

3.2 AS POSSÍVEIS INTERPRETAÇÕES DAS LEIS 12.468/2011 e 12.587/2012

Esta seção trata das interpretações doutrinárias dadas às Leis 12.468/2011 e 12.587/2012. Após introduzir os conceitos inaugurados pelos referidos diplomas legais, apresenta-se as duas principais interpretações possíveis a eles, uma no sentido da legalidade da atividade prestada por motoristas privados no transporte individual de passageiros, e a outra no sentido da ilegalidade de tal atividade, por entender ser o transporte individual de passageiros uma atividade exclusiva dos profissionais taxistas.

3.2.1 A Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012)

A Lei n. 12.587/2012, publicada no Diário Oficial da União do dia 04/01/2012, é considerada um dos maiores avanços legislativos no sentido de aprimorar a mobilidade nas cidades brasileiras, trazendo

importantes contribuições para a sistematização das ações, com destaque ao planejamento e à gestão, à repartição de competências e obrigações entre os entes federados, e traçar princípios, diretrizes e objetivos da Política Nacional de Mobilidade Urbana (GROTTI, 2015, p. 82).

Ademais, a Lei destaca-se por buscar o aperfeiçoamento da acessibilidade e da integração entre os diferentes modos de transporte, dando ênfase ao transporte público coletivo, reservando um capítulo exclusivo para o tema. Merece destaque ainda o estabelecimento da exigência da elaboração de um Plano de Mobilidade Urbana compatível com o Plano Diretor municipal, que deve priorizar o transporte público coletivo e os modos de transporte não motorizados.

O art. 1º aponta que a política de desenvolvimento urbano possui como instrumento a Política Nacional de Mobilidade Urbana, que objetiva, de acordo com o art. 7º, as seguintes metas:

- I - reduzir as desigualdades e promover a inclusão social;
- II - promover o acesso aos serviços básicos e equipamentos sociais;
- III - proporcionar melhoria nas condições urbanas da população no que se refere à acessibilidade e à mobilidade;
- IV - promover o desenvolvimento sustentável com a mitigação dos custos ambientais e socioeconômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas nas cidades; e

V - consolidar a gestão democrática como instrumento e garantia da construção contínua do aprimoramento da mobilidade urbana.

Contudo, por ser instrumento do desenvolvimento urbano, a Política Nacional de Mobilidade Urbana também está vinculada aos objetivos da própria política de desenvolvimento urbano, os quais possuem, inclusive, previsão constitucional: “art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

O parágrafo 2º do art. 3º da Lei 12.587/2012 classifica os serviços de transporte urbano quanto ao objeto (de passageiros ou de cargas), quanto à característica do serviço (coletivo ou individual) e quanto à natureza do serviço (público ou privado).

A definição dos objetos abordados, por sua vez, está presente no art. 4º, e traz os seguintes conceitos:

I - transporte urbano: conjunto dos modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana;

II - mobilidade urbana: condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano;

[...]

VI - transporte público coletivo: serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público;

VII - transporte privado coletivo: serviço de transporte de passageiros não aberto ao público para a realização de viagens com características operacionais exclusivas para cada linha e demanda;

VIII - transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas;

É importante ressaltar que a Lei, apesar de trazer o conceito de transporte público individual, não apresenta a definição de transporte privado individual. Aliás, o referido diploma legal não faz nenhuma menção à existência de um transporte privado individual, disciplinando somente o transporte privado na sua modalidade coletiva, como se percebe no seu art. 11.

Primeiramente, impõe-se diferenciar o transporte individual do transporte coletivo. Nesse sentido, Geraldo Guimarães ensina que o que diferencia o transporte individual de passageiros do transporte coletivo

não é o número de passageiros, mas justamente o fato da viagem ser individualizada, isto porque se trata de serviço específico, aleatório, personalizado, sem itinerário ou rota predefinidos. O transporte coletivo é serviço público não apenas porque a lei afirma, mas porque suas características evidenciam uma prestação pública de atendimento contínuo à coletividade e de caráter essencial, e que, por isso mesmo, impõe obediência ao princípio da modicidade (GUIMARÃES, Geraldo Spagno, Comentários À Lei de Mobilidade Urbana, 2012, p. 183, apud GROTTI, Dinorá Adelaide Mosetti, Apontamentos sobre serviços públicos e serviços privados de transporte, p. 85).

Ainda, é relevante trazer a decisão proferida pelo STJ no âmbito do RMS 21.922, onde o Tribunal classificou o serviço de táxi como transporte individual de passageiros, afastando desse serviço a aplicação das normas relativas ao transporte coletivo, ainda que prestado para mais de um passageiro, pois, como se viu, não é esse o fator determinante para a classificação do serviço, mas sim o caráter individualizado da viagem.

No tocante à classificação do transporte individual de passageiros, o art. 12 da Lei 12.587/2012 trazia, na sua redação original, a seguinte previsão:

Os serviços públicos de transporte individual de passageiros, prestados sob permissão, deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas.

Daí, poderiam ser tiradas as seguintes conclusões: (i) o transporte individual de passageiros seria serviço público; (ii) a exploração do transporte individual de passageiros somente poderia ser feita por meio de permissão; (iii) a organização e a fiscalização do transporte individual de passageiros competiriam às prefeituras.

Contudo, já no ano seguinte sobreveio relevante alteração na redação do aludido artigo. A conversão em Lei da Medida Provisória n. 615, de 17 de maio de 2013, da qual resultou a Lei n. 12.865/2013, além de alterar a redação do art. 12, acresceu à Lei 12.587 o art. 12-A, resultando na seguinte disposição, que se mantém até hoje:

Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas.

Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local.

§ 1º É permitida a transferência da outorga a terceiros que atendam aos requisitos exigidos em legislação municipal.

§ 2º Em caso de falecimento do outorgado, o direito à exploração do serviço será transferido a seus sucessores legítimos, nos termos dos arts. 1.829 e seguintes do Título II do Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 3º As transferências de que tratam os §§ 1º e 2º dar-se-ão pelo prazo da outorga e são condicionadas à prévia anuência do poder público municipal e ao atendimento dos requisitos fixados para a outorga.

Art. 12-B. Na outorga de exploração de serviço de táxi, reservar-se-ão 10% (dez por cento) das vagas para condutores com deficiência.

§ 1º Para concorrer às vagas reservadas na forma do caput deste artigo, o condutor com deficiência deverá observar os seguintes requisitos quanto ao veículo utilizado:

I - ser de sua propriedade e por ele conduzido; e

II - estar adaptado às suas necessidades, nos termos da legislação vigente.

§ 2º No caso de não preenchimento das vagas na forma estabelecida no caput deste artigo, as remanescentes devem ser disponibilizadas para os demais concorrentes.

A aludida Medida Provisória tratava, em um único texto, de assuntos absolutamente desconexos, como, por exemplo, o pagamento de subvenção econômica aos produtores da safra 2011/2012 de cana de açúcar da região Nordeste e a emissão de títulos da dívida pública mobiliária federal. Com a conversão da Medida Provisória em Lei, o número de temas sem qualquer relação abordados no texto aumentou ainda mais, em total desatenção ao art. 7º da Lei Complementar n. 95/1998, conforme aponta Dinorá Grotti (2015, p. 86).

Dessa forma, a alteração na definição da natureza do transporte individual de passageiros, a previsão da outorga do direito à exploração do serviço pelo poder público local e a possibilidade de transferência da outorga a terceiros foram também conteúdos extravagantes que acabaram incluídos na redação final da Lei 12.865/2013.

Desse modo, o transporte individual de passageiros passou a ser, portanto, de acordo com a redação atual do art. 12 da Lei 12.587/2012, qualificado como serviço de utilidade pública, e não mais como serviço público.

Dinorá Grotti (2015), ressalta que não há na norma supracitada violação ao art. 30, V, da CF, na medida em que existe no texto constitucional a menção expressa ao transporte de caráter coletivo no rol de competências dos municípios, devendo ser excluído da sua aplicação o transporte individual de passageiros. O STF, em julgamento relativo à exploração de transporte coletivo por meio de linha de ônibus,

reconheceu que o transporte coletivo de passageiros é serviço público, devendo ser prestado diretamente ou indiretamente, nesse caso sempre por meio de licitação¹¹.

A interpretação de parte significativa da doutrina com relação a esta Lei refere que o seu art. 4º trataria das formas de transporte de maneira exaustiva, principalmente pelo fato de ter previsto o transporte privado coletivo mas silenciado quanto ao transporte privado individual. Decorre daí a visão de que, nos termos da Política Nacional de Mobilidade Urbana, só seria possível a prestação de transporte individual na sua modalidade pública, que deve ser exercida em conformidade com a Lei 12.468/2011, que regulamenta a profissão de taxista.

Contudo, em parecer proferido onde defende a legalidade das atividades desempenhadas pela empresa *Uber*, o professor Daniel Sarmiento (2015) defende que o § 2º do art. 2º da referida Lei deve ser interpretado de modo a reconhecer a existência de transporte individual de passageiros de natureza pública e privada, por meio da aplicação em conjunto dos incisos I, II e III, da seguinte forma:

- § 2º Os serviços de transporte urbano são classificados:
- I - quanto ao objeto:
 - a) de passageiros;
 - b) de cargas;
 - II - quanto à característica do serviço:
 - a) coletivo;
 - b) individual;
 - III - quanto à natureza do serviço:
 - a) público;
 - b) privado.

Para o autor, combinando-se o inciso I, “a” com o inciso II, “b” chegaríamos à previsão legal da existência de transporte individual de passageiros. Daí, poderíamos utilizar o inciso III para adicionar as alíneas “a” ou “b” para chegar à existência de um transporte individual de passageiros de caráter público e outro de caráter privado.

Ainda, quanto à ausência de previsão expressa da Lei quanto ao transporte privado individual de passageiros, o autor defende que o legislador deve ter considerado desnecessário definir esta modalidade de transporte, na medida em que a Lei simplesmente não regularia essa espécie de transporte.

Ademais, o professor Sarmiento (2015) sustenta não se tratar de serviço público o transporte individual de passageiros, conforme se percebe da análise do regime

¹¹ Vide RE 140.989/RJ

jurídico e da natureza da atividade. No que tange ao regime jurídico aplicável à atividade, não há a garantia de continuidade, na medida em que o motorista não é obrigado a prestá-lo, nem o Estado teria obrigação de fazê-lo. Além disso, não há prévia licitação e o título que autoriza a prestação do serviço pelos taxistas pode ser transmitido hereditariamente, nos termos do art. § 2º do art. 12-A da Lei 12.587/2012, o que, segundo Sarmiento, seria totalmente incompatível com a lógica dos serviços públicos. No mesmo sentido, no que respeita a natureza da atividade, o transporte individual não seria dotado, aponta o autor, de essencialidade, que seria somente o caso do transporte coletivo.

Dessarte, por não haver no ordenamento jurídico a publicização do transporte individual de passageiros, conclui o autor pelo seu caráter de atividade econômica em sentido estrito, tendo em conta a presunção já estudada na seção correspondente aos serviços públicos, de que, na ausência de lei qualificando uma atividade como serviço público, presume-se a sua qualificação como atividade econômica em sentido estrito.

Sucessivamente, o professor Sarmiento defende, ainda, a possibilidade de, ainda que se reconheça a existência de serviço público no caso do transporte individual público de passageiros (caso dos táxis), admitir-se a exploração de atividade econômica em coexistência com a prestação de serviço público, a exemplo de áreas como energia elétrica e telefonia.

Por fim, o autor argumenta que uma interpretação da Lei 12.587/2012 que restrinja o exercício da atividade de transporte individual privado de passageiros afrontaria os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, nestes termos:

Ora, uma interpretação da Lei nº 12.587/2012 que não reconhecesse à iniciativa privada a faculdade de levar aos consumidores alternativas para o transporte individual de passageiros se afastaria das referidas diretrizes hermenêuticas vinculantes, violando gravemente os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. (SARMENTO, 2015, p. 30)

Cumprir registrar a existência de Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional que busca promover significantes alterações na redação dos arts. 4º e 12 da Lei 12.587/2012 e incluir o art. 12-C à referida Lei¹². A redação atual do PL pretende manter a classificação do transporte individual de passageiros como serviço de

¹² PL 5587/2016

utilidade pública bem como proibir a utilização de veículos particulares na prestação do serviço, garantindo a exclusividade do serviço para os profissionais taxistas.

3.2.2 A Lei nº 12.468/2011

A Lei n. 12.468/2011, publicada no Diário Oficial da União do dia 29/08/2011, regulamenta, nas palavras do próprio texto legal, a profissão de taxista. Já no seu art. 2º, a Lei confere exclusividade aos profissionais taxistas para o transporte público individual de passageiros, nestes termos:

Art. 2º É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros.

A interpretação imediata que parte da doutrina realiza sobre esse dispositivo é a de que somente poderiam exercer a atividade de transporte individual de passageiro os profissionais taxistas. Analisaremos, nesse sentido, a obra do magistrado Grau.

O magistrado, ao proferir parecer sustentando a ilegalidade da atuação da empresa *Uber*, afirma, com base no art. 2º da Lei n. 12.468/2011, que “o transporte público individual remunerado de passageiros - atividade privativa dos profissionais taxistas - consubstancia, no Brasil, um serviço público.” (GRAU, 2015, p. 4). Ao ser, dessa forma, classificado como serviço público, a atividade passaria a ser de titularidade estatal, na medida em que estaria enquadrada na esfera de incidência do art. 175 da CF.

O professor Sarmiento, noutro giro, defende que a interpretação mais adequada ao caso deve ser a de que o art. 2º da Lei regulamentou exclusivamente a atividade de transporte individual de passageiros na sua modalidade pública, omitindo-se com relação à sua modalidade privada. A existência de previsão legal do transporte privado individual de passageiros tem base, conforme exposto anteriormente, na interpretação em conjunto dos incisos I, II e III do § 2º do art. 2º da Lei n. 12.587/2012.

Não haveria, portanto, sustenta o autor, monopólio dos taxistas ao exercício de toda a atividade de transporte individual de passageiros, mas somente na sua modalidade pública. A modalidade privada da atividade, defende, não foi regulamentada pelas Leis nº 12.587/2012 e 12.468/2011, havendo apenas sido

prevista como uma atividade possível para realizar o transporte individual de passageiros pela Lei nº 12.587/2012.

Em contraposição, Eros Grau (2015) sustenta que essa afirmação parte da premissa de que no, transporte individual de passageiros, reinaria a autonomia da vontade de qualquer motorista, que poderia firmar contratos com os consumidores de acordo com a sua conveniência. Tal fato, sustenta o jurista, não seria compatível com o regime dos serviços públicos, visto que a atividade, por conseguinte, deveria ser prestada diretamente pelo Estado ou por terceiros, por meio de concessão ou permissão, o que não se verifica no caso. Alega o autor que, em última análise, a suposição corresponderia a afirmar-se que o exercício da medicina poderia ser prestado por qualquer pessoa, ainda que não tenha diploma de médico e inscrição no órgão classista.

Segundo o autor, a única forma legalmente admissível de prestação de transporte individual de passageiros seria aquela que preenchesse os requisitos do art. 3º da Lei 12.468/2011, nestes termos:

Art. 3º A atividade profissional de que trata o art. 1º somente será exercida por profissional que atenda integralmente aos requisitos e às condições abaixo estabelecidos:

I - habilitação para conduzir veículo automotor, em uma das categorias B, C, D ou E, assim definidas no art. 143 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997;

II - curso de relações humanas, direção defensiva, primeiros socorros, mecânica e elétrica básica de veículos, promovido por entidade reconhecida pelo respectivo órgão autorizatário;

III - veículo com as características exigidas pela autoridade de trânsito;

IV - certificação específica para exercer a profissão, emitida pelo órgão competente da localidade da prestação do serviço;

V - inscrição como segurado do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, ainda que exerça a profissão na condição de taxista autônomo, taxista auxiliar de condutor autônomo ou taxista locatário;

e
VI - Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, para o profissional taxista empregado.

Digna de nota a existência, no projeto original da Lei, de proposta de classificação dos profissionais taxistas em autônomos, empregados, auxiliares de condutor autônomo e locatários, *in verbis*:

Art. 4º Os profissionais taxistas são classificados da seguinte forma:

I - autônomo: motorista que detém autorização, emitida pelo órgão competente, para prestar, por conta própria, serviço de transporte público individual remunerado de passageiros, nos termos do art. 1º desta Lei;

II - empregado: motorista que trabalha, com subordinação, em veículo de propriedade de empresa autorizada pelo órgão competente a prestar serviço de transporte público individual remunerado de passageiros, nos termos do art. 1º desta Lei;

III - auxiliar de condutor autônomo: motorista que possui certificação para exercer a atividade profissional, em consonância com as disposições estabelecidas na Lei nº 6.094, de 30 de agosto de 1974;

IV - locatário: motorista que aluga veículo de propriedade de pessoa jurídica titular de autorização, regido por contrato de locação, nos moldes dos arts. 565 e seguintes da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

Parágrafo único. Somente uma única autorização será delegada ao profissional de que trata o inciso I.

Tal disposição foi, todavia, vetada pela Presidência da República, ao argumento de invasão da competência dos municípios para regulamentar os serviços públicos de interesse local.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho de monografia teve como objeto o estudo do transporte individual de passageiros e a análise da legalidade ou ilegalidade da prestação dessa atividade na modalidade de transporte privado, ou seja, sem a outorga do direito de exploração do serviço pelo poder público local.

Assim, para que se procedesse ao presente estudo, pesquisou-se, inicialmente, os atributos dos serviços públicos, investigando-se a sua definição e as suas características principais. Concluiu-se que, tendo em vista a ausência de definição legal sobre o instituto, há grande divergência doutrinária sobre o seu conceito. Há, contudo, certa concordância quanto ao fato de serviço público tratar-se de atividade econômica em sentido amplo que o Estado, por entender como essencial para o desenvolvimento social, toma para si, podendo, contudo, prestá-lo direta ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão. Além disso, verificou-se que, pelo fato dos serviços públicos possuírem um caráter essencial para a população, aplicam-se a eles princípios que buscam garantir a regular prestação dessas atividades, tais como o princípio da continuidade, o princípio da mutabilidade e o princípio da igualdade dos usuários.

Quanto ao questionamento sobre o alcance do instituto do serviço público, observou-se que, apesar da CF não estipular nenhum limite expresso para a *publicatio*, há um entendimento consolidado no sentido de que existem balizas a serem observadas pelo legislador ordinário, tais como a cultura predominante de uma época e até mesmo o princípio da livre iniciativa. Demonstrou-se que o STF manifestou entendimento semelhante com relação ao caso de transporte fluvial de cargas, onde prevaleceu o entendimento de não se tratar de serviço público no caso concreto.

Pôde ser constatado que a atividade econômica em sentido estrito trata-se de atividade econômica no seu sentido amplo que não sofreu a publicização pelo Estado, restando livre a sua exploração pelos entes privados. Nessa esfera de atuação, concluímos pela existência da autonomia da vontade, com liberdade entre os privados para desenvolver atividades que não sejam vedadas pela ordem jurídica. Ao estudar a atuação do Estado, concluímos que ele também pode atuar nas situações onde se configura atividade econômica em sentido estrito, desde que presente o relevante interesse coletivo ou o imperativo da segurança nacional, ou ainda nos demais casos

previstos na CF. Distinguiu-se, oportunamente, essa atuação daquela relativa aos serviços públicos, na medida em que nesta deve estar presente o relevante interesse social, indicando a presença da supremacia do interesse público e do princípio da legalidade.

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são, como foi analisado, verdadeiras normas jurídicas dotadas de força normativa, devendo ser utilizadas no estabelecimento de limites e na indicação de vetores interpretativos. Viu-se que o princípio da livre iniciativa, mais do que um princípio puramente econômico, revela-se como um dos fundamentos do Estado brasileiro, traduzindo-se numa ideia geral de liberdade em todos os âmbitos. Concluiu-se, também, com relação ao princípio da livre concorrência, que esta seria, via de regra, benéfica para o mercado como um todo, por proporcionar a redução de preços, elevar a qualidade dos produtos e ampliar direitos para o consumidor. Como resposta ao quesito formulado, percebemos a existência de autores que defendem a aplicação desses princípios para dar interpretação conforme a CF à Lei nº 12.587/2012, no sentido de garantir o livre exercício da atividade, independentemente de outorga pelo poder público municipal.

A despeito do surgimento de diversas Leis municipais versando sobre a atividade de transporte individual privado, viu-se que há uma certa tendência na doutrina e no Poder Judiciário de considerar os municípios incompetentes para legislar sobre este objeto, considerando a política de transporte como matéria privativa da União, ainda que, contudo, exista pendência de julgamento do tema pelo STF. Como resposta ao questionamento, então, conclui-se que ainda não há um posicionamento definitivo para afirmar-se com convicção se os municípios poderiam proibir ou autorizar a atuação de motoristas que prestam transporte individual sem o direito de exploração do serviço outorgado pelo poder municipal.

Por fim, com relação ao questionamento sobre a legalidade ou ilegalidade da atividade de transporte individual de passageiros sem a devida outorga do direito de exploração do serviço, no chamado transporte individual privado de passageiros, conclui-se que há duas posições principais na doutrina nacional.

Existe parcela da doutrina que afirma a ilegalidade dessa atividade, por entender tratar-se de serviço público e, por conseguinte, necessitar de permissão para o seu exercício, na forma prevista nos arts. 175 da CF, 2º e 3º da Lei nº 12.468/2011 e 12 e 12-A da Lei nº 12.587/2012. Também há parcela da doutrina que sustenta a legalidade da atividade mencionada, refutando a rotulação da atividade como serviço

público e defendendo uma interpretação constitucionalmente adequada da Lei nº 12.587, no sentido de garantir a livre iniciativa e a livre concorrência, bem como arguindo que a Lei nº 12.468 regulamentou somente o transporte individual público de passageiros, silenciando quanto à sua modalidade privada.

No âmbito judicial, contudo, à exceção de algumas decisões esporádicas, aguarda-se o julgamento do RE 1.054.110/SP pelo STF, o qual debate a constitucionalidade de Lei nº 16.279/2015 do município de São Paulo que proibia o uso de carros particulares para o transporte individual de passageiros. O julgamento da ação, que possui a relatoria do Ministro Barroso, possui o condão de determinar o posicionamento do Poder Judiciário quanto ao tema.

Demais disso, a tramitação do PL nº 5.587/2016 também pode alterar integralmente a discussão acerca da legalidade da aludida atividade, na medida em que, ao modificar diversos artigos da Lei 12.587/2012, pode solucionar diversos problemas interpretativos e alterar as normas jurídicas aplicáveis ao transporte individual de passageiros.

5 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo, Malheiros, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 33, janeiro/fevereiro/março de 2013, Salvador. Extraído de <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=683>. Acesso em 6 de maio de 2017.
- _____. **A ordem econômica constitucional e os limites e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 14, maio/junho/julho de 2008, Salvador. Extraído de <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 8 de maio de 2017.
- BENSOUSSAN, Fabio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Manual de direito econômico**. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988.
- _____. **Lei n. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995.
- _____. **Lei n. 9.472**, de 16 de julho de 1997.
- _____. **Lei n. 12.468**, de 26 de agosto de 2011.
- _____. **Lei n. 12.587**, de 3 de janeiro de 2012.
- _____. **Lei n. 12.865**, de 9 de outubro de 2013.
- _____. **Medida Provisória n. 625**, de 17 de maio de 2013.
- BREGA, José Fernando Ferreira. **Governo eletrônico e direito administrativo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer**. Coimbra, 2015.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. Salvador: Jus podivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O princípio constitucional da livre concorrência: corolário da livre iniciativa ou princípio autônomo da ordem econômica?** Extraído de <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iv-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-estado-e-economia-em-vinte-anos-de-mudancas/principios-gerais-da-ordem-economica-o-principio-constitucional-da-livre-concorrencia-corolario-da-livre-iniciativa-ou-principio-autonomo-da-ordem-economica>. Acesso em: 5 de maio de 2017. 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Parecer**. São Paulo, 2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Apontamentos sobre os serviços públicos e serviços privados de transporte**. Revista da Faculdade de Direito da PUC-SP, v. 3 n. 1, 2015, São Paulo. Extraído de <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/issue/download/1594/6>. Acesso em: 7 de maio de 2017.

MAFFINI, Rafael. Elementos de direito administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Editora Lamen Juris, 2005.

_____. **Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “caso uber”**. Rio de Janeiro, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Wilcinete Dias; ESPINOSA, Marcello. **O município na constituição de 1988**. Extraído de: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/o_municipio_na_constituicao_de_1988.pdf. Acesso em: 14/5/2017.