

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

Aline Cantos Pires

**A NATUREZA JURÍDICA DO SERVIÇO DE TÁXI E AS IMPLICAÇÕES DA
ALTERAÇÃO DO SEU MODELO DE PRESTAÇÃO**

Porto Alegre

2022

Aline Cantos Pires

**A NATUREZA JURÍDICA DO SERVIÇO DE TÁXI E AS IMPLICAÇÕES DA
ALTERAÇÃO DO SEU MODELO DE PRESTAÇÃO**

**Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.**

Orientador: Prof. Dr. Rafael Da Cás Maffini

Porto Alegre

2022

Aline Cantos Pires

**A NATUREZA JURÍDICA DO SERVIÇO DE TÁXI E AS IMPLICAÇÕES DA
ALTERAÇÃO DO SEU MODELO DE PRESTAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 05 de maio de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael Da Cás Maffini
Orientador

Prof. Dr. Lúcio Antônio Machado Almeida
Membro da Banca

Luís Felipe Rypl
Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por me proporcionarem essa conquista.

Às amigas Kamila Dalbem Rodrigues e Michelle Kühn Fornari pela amizade durante a graduação e pelo apoio neste trabalho de conclusão.

Ao José Carlos Carvalho, pelo incentivo antes e durante a faculdade.

Ao Prof. Rafael Maffini, pela disponibilidade na orientação deste trabalho.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul e à sociedade que a financia.

Obrigada!

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de explorar a natureza jurídica do serviço de táxi e as implicações da alteração no seu modelo de prestação. A fim de melhor compreender o tema, inicialmente, a autora examinou a previsão de serviço público na Constituição Federal, a sua definição na doutrina e na jurisprudência do STF. Ainda, verificou que o conceito de serviço público no Brasil descende do direito francês. Após, analisou o conceito de utilidade pública, originário dos Estados Unidos onde não existe uma noção de serviço público, mas apenas a ideia de um Estado regulador das atividades econômicas. A autora verificou que o direito administrativo brasileiro, ora pendeu para a noção francesa de serviço público, ora para a noção americana de utilidade pública, e que, nesse contexto, a Lei da Mobilidade Urbana importou o conceito de utilidade pública para reclassificar o serviço de táxi de serviço público para serviço de utilidade pública. Ademais, verificou que na ordem econômica brasileira, a regra é a atividade econômica ser de titularidade do setor privado, mas para algumas atividades a Constituição determinou que o Estado atuasse diretamente por meio do serviço público ou da atividade econômica em sentido estrito. Uma vez examinados esses conceitos, a autora abordou o tema da assimetria regulatória, a qual é caracterizada pelo uso de regras diferenciadas de regulação para prestadores de serviço de uma mesma cadeia regulatória, o que significa uma mesma atividade ser prestada como serviço público, por meio de concessão ou permissão e como atividade econômica em sentido estrito, por meio de autorização. A autora também analisou os conceitos de permissão e autorização em que o primeiro se caracteriza por ser um modelo de delegação de serviço público, que deve ser precedido de licitação e o segundo se caracteriza por ser um modelo relacionado à atuação do Estado como regulador de uma atividade econômica em sentido estrito. Por fim, a autora examinou a alteração realizada na Lei Geral de Táxi de Porto Alegre, que, por pressão dos operadores do serviço, desde 2018 passou a prever a delegação da atividade por autorização e não mais por permissão, afastando também a exigência de licitação para a distribuição das outorgas. Desse modo, com base no exposto, observou que houve a intenção do legislador em simplificar o modelo de prestação do serviço de táxi com o propósito de aumentar a competitividade do setor, todavia, mesmo com a mudança, o serviço de táxi continua sendo altamente regulamentado e regulado pela Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço de Táxi. Natureza Jurídica. Permissão. Autorização. Assimetria Regulatória.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo explorar la naturaleza jurídica del servicio de taxi y las implicaciones del cambio en su modelo de prestación. A fin de comprender mejor el tema, inicialmente, la autora hizo un análisis de la previsión del servicio público en la Constitución Federal y de su definición en la doctrina y en la jurisprudencia de STF. Aunado, se ha verificado que el concepto de servicio público en Brasil procede del derecho francés. A continuación, se analizó el concepto de utilidad pública, originario de Estados Unidos, donde no existe una noción de servicio público, sino la idea de un Estado regulador de las actividades económicas. La autora verificó que el derecho administrativo brasileño, ora se inclinó para la noción francesa de servicio público, ora para la noción americana de utilidad pública, y que, en ese contexto, la Ley de la Movilidad Urbana importó el concepto de utilidad pública para reclasificar el servicio de taxi de servicio público para servicio de utilidad pública. Además, verificó que en el orden económico brasileño, la regla es la actividad económica ser de titularidad del sector privado, pero para algunas actividades la Constitución determinó que el Estado actuase directamente por medio del servicio público o de la actividad económica en sentido estricto. Una vez examinados esos conceptos, la autora abordó el tema de la asimetría regulatoria, la cual se caracteriza por el uso de reglas diferenciadas de regulación para prestadores de servicio de un mismo grupo de regulación, lo que significa una misma actividad que se presta como servicio público, por medio de concesión o permiso y como actividad económica en sentido estricto, por medio de autorización. La autora también analizó los conceptos de permiso y autorización, en que el primero se caracteriza como un modelo de delegación de servicio público, que se debe preceder de licitación y el segundo se caracteriza como un modelo relacionado a la actuación del Estado como regulador de una actividad económica en sentido estricto. Por fin, la autora examinó la alteración hecha en la Ley General de Taxi de Porto Alegre, que, por presión de los operadores del servicio, desde el 2018 pasó a prever la delegación de la actividad por autorización y no más por permiso, alejando también la exigencia de licitación para la distribución de las otorgas. De ese modo, con base en el expuesto, se pudo observar que hubo la intención del legislador de simplificar el modelo de prestación del servicio de taxi con el propósito de aumentar la competitividad del sector, sin embargo, a pesar del cambio, el servicio de taxi sigue sufriendo alta reglamentación y regulación pela Administración Pública.

PALABRAS-CLAVE: Servicio de Taxi. Naturaleza Jurídica. Permiso. Autorización. Asimetría Regulatoria.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 ATIVIDADE ECONÔMICA: SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO	9
2.1 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO SERVIÇO PÚBLICO E SUA DEFINIÇÃO NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STF.....	9
2.2 O CONCEITO DE SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO E SUA INSERÇÃO NA LEI DE MOBILIDADE URBANA (LEI 12.587/12)	22
2.3 ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO.....	32
2.4 ASSIMETRIA REGULATÓRIA NO SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS	36
3 FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TÁXI POR PARTICULARES	43
3.1 MODELO DE PRESTAÇÃO POR PERMISSÃO	43
3.2 MODELO DE PRESTAÇÃO POR AUTORIZAÇÃO	46
3.3 ANÁLISE DA LEI GERAL DOS TÁXIS EM PORTO ALEGRE E A ALTERAÇÃO NA FORMA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.....	52
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

A mobilidade urbana é um tema que vem recebendo crescente atenção na construção das políticas de planejamento das cidades. Esse crescimento é uma resposta às novas demandas do setor, que vão do descontentamento de usuários, principalmente nos grandes centros urbanos, à entrada de novos modelos de transporte no mercado. Diante dessa demanda, os gestores públicos estão sendo constantemente provocados a criarem soluções que atendam às necessidades de mobilidade dos usuários e que também sejam economicamente viáveis aos prestadores.

Nesse contexto, buscando contemplar o disposto nos art. 21, XX e 182 da Constituição Federal de 1988, de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, incluindo transportes urbanos, que tenham por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes, a Lei da Mobilidade Urbana inaugurou a Política Nacional de Mobilidade Urbana. Antes dessa lei, cada município organizava seu sistema de transporte público de acordo com a legislação municipal, mas sem uma regra geral que vinculasse essas normas. Assim, o transporte público individual de passageiros (táxi) era caracterizado como um serviço público prestado sob delegação por permissão, que ocorria por meio de licitação pública.

Esse entendimento era amplamente difundido nos municípios, a quem, por força da norma constitucional, compete organizar e prestar os serviços públicos de interesse local. Dessa maneira, a primeira edição da Lei da Mobilidade Urbana reproduziu o posicionamento que prosperava, qual seja, que o serviço de táxi era serviço público e deveria ser prestado sob permissão.

Entretanto, uma alteração na Lei da Mobilidade introduziu uma nova visão de serviço de transporte individual de passageiros, que deixou de ser considerado serviço público e passou a ser classificado como serviço de utilidade pública. Com o advento de uma norma que instituiu diretrizes para o transporte urbano, os municípios passaram a alterar suas legislações municipais.

Diante do exposto, a proposta deste trabalho é examinar a natureza jurídica do serviço de táxi e compreender o movimento de alteração da forma de prestação do serviço de permissão para autorização. Esse exame será realizado por meio de revisão dos conceitos relacionados ao tema na doutrina, da análise da Constituição Federal, das normas infraconstitucionais e das decisões judiciais. Assim, busca-se observar o que mudou na prestação do serviço de táxi com a alteração.

Na primeira etapa do trabalho será analisado o conceito de serviço público na Constituição Federal de 1988, na doutrina e na jurisprudência do STF. Busca-se verificar suas origens e como essa noção de serviço público foi recepcionada pela Constituição Federal e interpretada pela doutrina e pela jurisprudência. Procura-se também identificar os elementos que compõe uma atividade para classificá-la como serviço público. Em seguida, será examinado o conceito de utilidade pública, sua origem no direito norte-americano, a abordagem na doutrina brasileira e o confronto que esse instituto representa frente a ideia de serviço público no Brasil. Analisar-se-á a inserção do conceito de utilidade pública na Lei 12.587/12, que passou a classificar o serviço de transporte individual de passageiros como um serviço de utilidade pública e não mais serviço público.

Na sequência, será examinado o conceito de atividade econômica em sentido estrito a partir da dicotomia serviço público *versus* atividade econômica em sentido estrito presente na Constituição Federal. Verificar-se-á que na ordem econômica brasileira vigora a regra que a atividade econômica é de titularidade do setor privado e que cabe ao Estado atuar como fiscalizador, incentivador e planejador.

Após o exame dos conceitos de serviço público, utilidade pública e atividade econômica em sentido estrito, analisar-se-á o conceito de assimetria regulatória, que consiste em um modelo de regulação em que se admitem diferentes níveis de incidência regulatória para prestadores de um serviço do mesmo setor. Também será verificado o posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre o tema e o seu emprego nos setores de telecomunicações, energia elétrica e, finalmente, como modelo regulatório do serviço de transporte individual de passageiros.

Em seguida, discorrer-se-á sobre as formas de prestação do serviço de táxi por particulares, analisando os institutos da permissão e da autorização, bem como as suas características, as suas variações, a sua previsão constitucional e o posicionamento de diferentes doutrinadores sobre a matéria. Ainda, como comparativo, serão brevemente comentadas as legislações que regulam o serviço de táxi nos municípios de Curitiba e Florianópolis.

A seguir, prossegue-se com a análise da Lei Geral de Táxi de Porto Alegre, com enfoque principal na alteração do modelo de prestação do serviço. Serão comentadas as razões que justificaram a mudança e seus possíveis efeitos.

Por fim, nas considerações finais do trabalho serão expostas as percepções obtidas sobre o tema a partir do exame dos conceitos da doutrina especializada, da norma constitucional, da legislação infraconstitucional e da Lei Geral de Táxi de Porto Alegre.

2 ATIVIDADE ECONÔMICA: SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO

O presente capítulo visa demonstrar a previsão de serviço público e atividade econômica em sentido estrito a partir da dicotomia expressa na Constituição Federal, que compõe a concepção de atividade econômica no Brasil. A retomada desses conceitos é necessária para a compreensão da problemática em que está inserida a questão da natureza jurídica do serviço de táxi.

2.1 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO SERVIÇO PÚBLICO E SUA DEFINIÇÃO NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STF

Começamos pelos Princípios Gerais da Atividade Econômica na Constituição Federal, em que a atuação do Estado na economia apresenta-se sob duas formas: atuação indireta, na qual o Estado exerce as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174 da CF/88¹) e sob a forma direta, em que o próprio Estado atua como agente econômico.

A atuação direta do Estado pode ocorrer (i) quando empresas estatais exercem a atividade em regime de concorrência, ou seja, o Estado cria empresas para competir no mercado art. 173 da CF/88²), (ii) quando as estatais atuam em regime de monopólio (art. 177 da CF/88³)

¹ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

² Art. 173. 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.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

³ Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem

ou (iii) através da prestação de serviços públicos, do qual ele, o Estado, é o titular, mas pode prestar a atividade diretamente ou delegá-la sob a forma de concessão ou permissão (art.175 da CF/88⁴).

A busca de uma definição para o conceito de serviço público deve, inevitavelmente, iniciar-se pelo ordenamento jurídico-positivo do país, no qual a Constituição ocupa a mais alta posição.⁵ Mesmo que a nossa Carta Magna não tenha definido o que é serviço público, diferentemente das Constituições dos países que influenciaram o direito administrativo brasileiro (França e Estados Unidos), ela estabeleceu parâmetros para esse tema.⁶

Um dos fatores tratados pela Constituição brasileira é a dicotomia entre serviço público *versus* atividade econômica em sentido estrito, no qual a Carta faz uma importante opção político-econômica, colocando de um lado o serviço público (art. 175 CF/88), em que limita a liberdade dos particulares para acessar o mercado e praticar a atividade e, de outro, a atividade econômica em sentido estrito, para a qual limita a atividade estatal (art. 173, CF/88).⁷

Assim, considerando a atividade econômica em sentido amplo, a Constituição concede tratamento diferenciado àquelas prestadas pelo Estado, denominando-as de serviço público, ao passo que chama de atividade econômica em sentido estrito aquelas reservadas à iniciativa privada.⁸

Também, na Carta Constitucional, encontramos a expressão serviço público no sentido de pessoa, sujeito ou órgão que realiza uma atividade, em um significado orgânico do serviço público⁹, nos artigos 37, XIII, 40, §§1º e 16 da Constituição e nos artigos 8º, §4º, 19 e 53 do ADTC¹⁰. Todavia, o sentido dado pelo texto constitucional que importa investigar para o

assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

⁴ 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.

⁵ CONRADO, Regis da S. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. *E-book*.

⁶ GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte**, v. 17, p. 209-250, abr./jun. 2017. p.217. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/809>. Acesso em: 11 jan.2022.

⁷ *Ibidem*, p.218.

⁸ *Ibidem*.

⁹ CONRADO, Regis da S. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. *E-book*.

¹⁰ Art. 37, XIII - É vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público. O texto do caput do art. 40 foi alterado pela EC 103/2019, do qual foi retirada a expressão ente público. []

presente estudo, se refere ao serviço público no sentido material, como atividade de interesse público¹¹, que está previsto no do art. 175 da CF/88.

Da leitura desse artigo extrai-se que o serviço público deve ser prestado pelo Poder Público diretamente ou indiretamente sob regime de concessão ou permissão e sempre por meio de licitação. Importa aqui mencionar a diferença entre o conceito de titularidade e a prestação de serviços, indicada por Rafael Maffini.¹² Ele menciona que a titularidade dos serviços sempre será da Administração Pública, mas a prestação poder ser realizada diretamente pela Administração ou por terceiros que farão o papel do Estado. Ser titular do serviço público, importa regular, fiscalizar e controlar a atividade. Ainda, existem serviços de titularidade compartilhada e outros que a União, Estado, Distrito Federal ou Município são titulares. Em geral os serviços *uti universi* (serviços públicos gerais), em razão de uma priorização constitucional, são de titularidade compartilhada enquanto os serviços individuais *uti singuli* são de titularidade ou da União, ou dos Estados e Distrito Federal ou dos Municípios.¹³

São serviços *uti singuli* de titularidade da União aqueles elencados no art. 21, X, XI, e XII da CF/88¹⁴ e de titularidade do Município os previstos no art. 30 da CF/88.¹⁵ Os serviços que não forem titularizados pela União ou pelo Município, em razão da competência residual

Art. 40, §16 Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

Art. 8º, §4º, ADTC. Aos que, por força de atos institucionais, tenham exercido gratuitamente mandato eletivo de vereador serão computados, para efeito de aposentadoria no serviço público e previdência social, os respectivos períodos.

Art. 19, ADTC. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

Art. 53, I, ADTC. aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade

¹¹ CONRADO, Regis da S. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

¹² MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.pg. 188-189

¹³ *Ibidem*, p. 189.

¹⁴ Art. 21. Compete à União: X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres

¹⁵ Art. 30. Compete aos Municípios: 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;

atribuída prevista art. 25§1º da CF/88¹⁶, serão de titularidade do Estado, bem como os serviços de fornecimento de gás canalizado (art. 25, §2º da CF/88).¹⁷

Com relação ao art.175 da CF/88, cabe referir a observação de Almiro do Couto e Silva, que ressaltou a inexistência do modelo de autorização no referido dispositivo, mas indicou que o art. 21, incisos XI e XII, determinam a competência da União para explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços ali descritos.¹⁸

A ideia de prestação de serviços pelo Estado, conforme se pode inferir nas palavras de Aragão, origina-se nos princípios sociais previstos pela Constituição brasileira, que prevê um Estado garantidor da prestação de atividades necessárias para assegurar a dignidade da pessoa humana e a diminuição das desigualdades sociais e regionais. Segundo o autor, o princípio da dignidade da pessoa humana limita a atuação do Estado no sentido de garantir a proteção do cidadão diante da ação desse ente e, ao mesmo tempo, obriga o Estado a promover uma vida digna aos cidadãos.¹⁹

Para Maria Sylvia Zanella de Pietro,²⁰ o que se pode concluir é que o serviço público no direito brasileiro possui amparo Constitucional e que a própria Carta determina quais são as atividades que o Estado deve prestar, fazendo essa referência nos artigos 21, X, XI, XII, XV e XXIII e 25, § 2º.²¹ Esse fato afasta a possibilidade de se definir através de critérios objetivos o que é serviço público ou não. A atividade será privada enquanto o Estado não a assumir como própria.²²

Mas o que caracteriza um serviço como público no Brasil? Quais são os elementos presentes em uma atividade para assim classificá-la? A busca por uma resposta passa por entender que o nosso conceito de serviço público nasceu sob forte influência do direito francês,

¹⁶ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

¹⁷ MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pg. 188-189.

¹⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. Privatizações no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”?. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p.45-74, out./dez. 2002.p 57. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45915/45101>. Acesso em: 11 jan.2022.

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos D. **Direito dos Serviços Públicos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013. *E-book*.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

²¹ Art. 21. Compete à União: XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados [...]. Art. 25 § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

que concebeu e desenvolveu a ideia do *service public*. Ao explicar a noção de serviço público naquele país, o autor Régis da Silva Conrado nos mostra que lá não há uma definição precisa do que é serviço público, entretanto identifica a presença de três elementos que o caracterizam: (i) o interesse geral (como critério material), (ii) a presença de uma pessoa pública (critério orgânico) e (iii) a aplicação de um regime exorbitante do direito (critério formal).²³

O interesse geral é o interesse público, ou seja, a atividade deve ser revestida de importância social e de relevância para a sociedade, seja por sua importância ou pelo número de pessoas que atinge. O critério orgânico revela o vínculo do serviço com o Estado e significa que a prestação do serviço é feita por uma pessoa pública. No entanto, desde o início da conceituação do serviço público, verificou-se situações em que a atividade poderia ser realizada por pessoa privada, demonstrando que esse critério não é absoluto.²⁴

No direito brasileiro, esse elemento é de grande importância, pois aqui há o entendimento que delegação de um serviço público não significa a perda do vínculo da atividade com o Estado. Desse elemento deriva a ideia que habilitação de uma pessoa pública ou privada para realizar um serviço público deve preceder de uma decisão estatal. Há ainda o elemento formal, o qual determina que a prestação do serviço público deve ser realizada sob regime jurídico público.

O autor também refere a existência de três grandes princípios que constituem o chamado núcleo duro dos serviços públicos: princípio da continuidade, igualdade e mutabilidade. O princípio da continuidade determina que o serviço público deve funcionar de forma contínua pois é uma atividade de interesse público. Tal princípio, por exemplo, fundamentou a restrição do direito à greve para os funcionários públicos.²⁵

O princípio da igualdade orienta que o serviço público deve ser prestado nas mesmas condições a todos os usuários, o que não significa que ele será prestado da mesma maneira a todos, pois para promover a igualdade, muitas vezes é necessário aplicar critérios desiguais. Por fim, o princípio da mutabilidade está relacionado à ideia do interesse geral, que caracteriza o serviço público. Esse interesse pode sofrer variações no tempo e no espaço, o que impõe ao serviço público a necessidade de adaptação a eventuais modificações tecnológicas, sociais, culturais e econômicas, entre outras.²⁶

²³ CONRADO, Régis da S. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. *E-book*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ CONRADO, Régis da S. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. *E-book*.

Segundo o mesmo autor, a caracterização do serviço público está vinculada diretamente à maneira como o Estado presta ou realiza o controle da prestação do serviço, alterando-se conforme a relação do Estado com o prestador do serviço e a natureza da atividade. No entanto, no direito francês, a regra é o vínculo da atividade com o Estado, prestado diretamente ou sob delegação, e foi ancorada nessa ideia que nasceu a noção do serviço público brasileiro.²⁷

Mas o mito do *service public* francês, como assim refere Guilherme Giacomuzzi, não passou incólume a crises. Também lá não há unanimidade sobre o referido conceito, que foi desde o início questionado sobre os seus critérios de identificação, como também sua utilidade jurídica, econômica, social e política.²⁸ Foi na década de 1990, em um contexto liberal, que a noção de serviço público foi questionada sob esses aspectos virando alvo da comunidade europeia que era claramente contrária à ideia francesa.²⁹ O autor explica que ao questionar a noção de serviço público que influenciou o direito de vários países, entre eles o Brasil, se atingiu o coração republicano daquela nação, dando, indiretamente, razão à filosofia norte-americana.

Não obstante, mesmo com as crises, a noção de serviço público na França possui relevância política e social o que ajudou a manter o ambiente nacional mesmo com a criação da União Europeia, que foi concebida com a intenção de integrar os países e uniformizar as políticas econômicas.³⁰ Ainda, é de grande relevância assinalar que o conceito de serviço público francês é tomado de valores políticos e ideológicos e a escolha por importar esse modelo para o Brasil significou uma escolha política.³¹

No Brasil, Almiro do Couto e Silva identifica no conceito de serviço público brasileiro os três elementos necessários para uma composição na linha do modelo francês: atividade de interesse geral, prestada pelo Estado ou mediante delegação dele e submetida inteiramente ao direito público.³² O autor ainda assinala que o nosso modelo é totalmente diverso do modelo norte-americano, onde não existe o conceito de serviço público, mas sim a ideia de que toda a

²⁷ CONRADO, Regis da S. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

²⁸ GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte**, v. 17, p. 209-250, abr./jun. 2017. p.227. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/809>. Acesso em: 11 jan.2022.

²⁹ *Ibidem*, p. 228.

³⁰ CONRADO, Regis da S. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. *E-book*.

³¹ *Ibidem*.

³² COUTO E SILVA, Almiro do. Privatizações no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p.45-74, out./dez. 2002.p.47. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45915/45101>. Acesso em: 11 jan.2022.

atividade econômica compete ao setor privado, cabendo ao setor público a regulação de algumas.³³

Para Maria Silvia Zanella Di Pietro, as constantes alterações no conceito de serviço público prejudicam a sua definição. Ela refere-se à divisão feita por autores, em que alguns adotam um conceito amplo de serviço público, enquanto outros utilizam um conceito mais estrito. Embora haja essa separação, é consenso para as duas vertentes a identificação dos mesmos elementos para a conceituação de serviço público: a atividade deve ser de interesse coletivo, o Estado deve estar presente e a atividade deve ser regida pelo direito público.³⁴

A autora explica que o conceito amplo, utilizado por alguns autores, abrange todas as atividades exercidas pelo Estado, não havendo separação entre atividade jurídica (poder de polícia), atividade material (serviço público) e atividade econômica, incluindo a atividade legislativa.³⁵ Na Constituição Federal, no artigo 37, §6º³⁶, que versa sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, o conceito aparece sob a sua forma ampla, compreendendo todas as atividades do Estado (administrativa, judicial e legislativa), sem diferenciar o serviço público em sentido estrito da atividade de polícia, do fomento e da intervenção.³⁷

O serviço público em sentido estrito, segundo Di Pietro, excluiria as atividades legislativas e jurisdicionais e seria uma atividade administrativa apartada do poder de polícia do Estado. Essa noção aparece nos artigos 175 e 145, II³⁸ da Constituição, que, respectivamente, tratam sobre o fornecimento de serviços que o cidadão pode utilizar individualmente e da prestação de serviço como fato gerador de taxas.³⁹ A doutrinadora assenta 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.”⁴⁰

³³ COUTO E SILVA, Almiro do. Privatizações no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”?. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p.45-74, out./dez. 2002. p.47. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45915/45101>. Acesso em: 11 jan.2022.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

³⁸ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, existem atividades que são destinadas à satisfação de necessidades da coletividade e, em razão disso, o Estado impõe, em um determinado recorte de tempo e espaço, que elas fiquem sob sua responsabilidade e que sejam disciplinadas pelo direito público.⁴¹ Ou seja, a depender da importância social da atividade, o Estado a distingue das atividades comuns, sujeitas ao direito privado, e determina que a sua prestação seja realizada por um ente público.

O autor conceitua serviço público como toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material que se destina à satisfação dos interesses coletivos e que o Estado entende como relacionadas aos seus propósitos, realizando-as diretamente ou por quem o substitua, sob o regime de direito público.⁴² Tal disciplina consagra as prerrogativas de supremacia e restrições especiais concedidas em favor dos interesses identificados como públicos no direito e tem a finalidade de assegurar os interesses da coletividade, a boa prestação do serviço com relação a terceiros, ao próprio Estado ou a quem esteja desempenhando a atividade.⁴³

Celso Bandeira explica que a noção de serviço público é inevitavelmente composta pelo elemento material, que se refere à prestação de uma atividade usufruída pelos administrados (água, luz, gás, transporte coletivo) e pelo formal, que determina a submissão do serviço público a um regime jurídico-administrativo de Direito Público, sendo este último de grande valor, pois confere o caráter jurídico à noção de serviço público.⁴⁴ O administrativista ainda ressalta que a figura de destaque no serviço público é o usuário, visto que é para ele e por ele que existe o serviço.

A conceituação de serviço público também passa pela identificação dos princípios que irão orientar a ação do Estado no desempenho das atividades. Sobre eles o autor relaciona (i) o dever inescusável do Estado de prestar o serviço, direta ou indiretamente, cabendo ação judicial no caso de não prestação do serviço; (ii) a supremacia do interesse público, orientando para que as decisões tomadas no desempenho do serviço público sejam para atender conveniências da coletividade, nunca interesses do Estado ou de quem está no seu lugar; (iii) a adaptabilidade, a qual se refere à modernização para a prestação do serviço; (iv) a universalidade, que garante a prestação do serviço a todos; (v) a impessoalidade, da qual decorre a inadmissibilidade de tratamento discriminatório entre os usuários; (vi) a continuidade, que impõe a não interrupção

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 716.

⁴² *Ibidem*, p. 717.

⁴³ *Ibidem*, p. 717-718.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 720-722.

na prestação do serviço; (vii) a transparência, que determina o livre acesso ao usuário a todas as informações relacionadas à prestação do serviço; (viii) a motivação, que impõe ao Estado o dever de fundamentar todas as decisões relacionadas ao serviço; (ix) a modicidade das tarifas, orientando que, dada a importância do serviço para a coletividade, o Estado não cobre tarifas que sejam onerosas aos usuários e (x) o controle interno e externo sobre a condição da sua prestação.⁴⁵

Hely Lopes Meirelles conceitua serviço público como “[...]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”.⁴⁶

De acordo com o autor, não é possível que a doutrina indique o que é e o que não é serviço público, pois o conceito varia de acordo com a época e o lugar. Ele também afirma que ser uma atividade coletiva vital não caracteriza um serviço público, pois existem outras atividades assim consideradas e que são prestadas pelo Estado, entretanto são dispensáveis. No seu entendimento, não é a atividade que caracteriza o serviço público, uma vez que mesmo havendo o atendimento a um interesse da coletividade, a exemplo do serviço de assistência técnica para veículos, essa atividade não se submete a um regime jurídico de direito público. Em suma, é o Estado, por força de lei, que qualifica uma atividade como pública ou de utilidade pública.

O autor agrupa os serviços considerando os critérios de (i) essencialidade, (ii) adequação, (iii) finalidade e (iv) destinatários, o que resulta na classificação, respectivamente, como serviços públicos (propriamente ditos) e de utilidade pública; próprios e impróprios do Estado; administrativos e industriais e *uti universi e uti singuli*.

Os serviços públicos propriamente ditos são aqueles prestados diretamente pela Administração, sem delegação a terceiros, por serem reconhecidos como essenciais e necessários à sobrevivência da sociedade e do Estado.⁴⁷

Os serviços de utilidade pública são aqueles considerados como não essenciais e que são prestados diretamente pela Administração ou por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), mediante pagamento dos usuários. Como exemplos têm-se o transporte coletivo⁴⁸, a energia elétrica, o gás e o telefone. Devido a essas características, o

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 724-725.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 43ª edição. São Paulo: Malheiros, 2018.p.425

⁴⁷ *Ibidem*, p.427.

⁴⁸ Sobre o tema do transporte público, o art. 30, V da CF/88 reconhece o caráter essencial do transporte coletivo e determina que cabe ao município organizá-lo e prestá-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Ainda, a EC 90/2015 inclui o transporte no rol dos direitos sociais da Constituição.

autor denomina o serviço público como serviço pró-comunidade, pois há, na sua prestação, o interesse do bem comum, enquanto no serviço de utilidade pública, a serventia ocorre de forma individualizada aos cidadãos.

Quanto à adequação, o autor classifica como serviços públicos próprios aqueles ligados diretamente às obrigações do Estado, como segurança, saúde, higiene e judiciário, e para os quais a Administração exerce sua supremacia para executá-los. São impróprios os serviços que não geram impacto relevante nas necessidades da comunidade, mas que acabam satisfazendo interesses comuns de seus membros. Geralmente são serviços que geram lucro e que são exercidos com ou sem privilégio, mas sempre controlados pelo Poder Público. Quando prestados pela Administração, são feitos por entidades descentralizadas, como autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações. No caso de prestação por particulares, esses atuam como concessionários, permissionários ou autorizatários.⁴⁹

As últimas classificações utilizadas pelo autor são de acordo com os critérios de finalidade e os destinatários do serviço. Para a primeira, ele separa entre serviços administrativos, que são aqueles realizados pela Administração para atender suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, e serviços industriais, os quais produzem renda para o prestador. Como essa rentabilidade é sempre fixada pelo Poder Público, ela é chamada de tarifa ou preço público, sendo o serviço prestado pelo próprio órgão ou por quem o preste em seu lugar.⁵⁰

Quanto aos destinatários, os serviços podem ser *uti universi* ou gerais, que são aqueles destinados a toda a população para atender ao interesse coletivo, como a polícia e a iluminação pública, e geralmente são mantidos por meio de impostos, pois são serviços imensuráveis, ao passo que taxas e tarifas são utilizadas para serviços que podem ser medidos proporcionalmente ao uso individual do serviço. Ademais, podem ser classificados como *uti singuli* ou individuais, os quais têm usuários determinados e utilização particular e podem ser mensurados individualmente, como água, luz, transporte público coletivo e individual.

Por fim, Marçal Justen Filho aponta que a prestação de serviços públicos pressupõe o uso de recursos escassos para a satisfação de necessidades da forma mais eficiente e satisfatória. Com efeito o serviço público é considerado uma atividade econômica em sentido amplo cuja a titularidade pertence ao Estado, o que representa uma intervenção direta do Estado no domínio

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 430.

⁵⁰ *Ibidem*.

econômico. Essa característica afastaria os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, pois a titularidade do serviço passa a ser do Estado e, a princípio, sob monopólio estatal.⁵¹

Sobre os elementos que compõem o conceito de serviço público, o autor cita a tradicional presença dos aspectos material ou objetivo, subjetivo e formal na construção do conceito de serviço público, respectivamente, como a prestação de uma atividade que satisfaça as necessidades individuais ou transindividuais essenciais, realizada pelo Estado ou por quem o substitua e sob regime jurídico de direito público. Para ele, o aspecto material ou objetivo é o mais relevante, pois sendo uma atividade dirigida a satisfazer de forma imediata e direta os direitos fundamentais, ela conseqüentemente é submetida ao regime de direito público e sua titularidade é do Estado na maior parte dos casos.⁵²

Do exame da doutrina pode-se concluir que é consenso entre os autores a inexistência de uniformidade na conceituação de serviço público no direito brasileiro, mas que em toda a tentativa de definição estão presentes os elementos de interesse coletivo, a presença do Estado e a realização sob as regras do direito público, com alguma variação no peso que alguns autores dão a cada elemento.

Conclui-se que só é considerado serviço público o que a lei determina, ou seja, o Estado deve indicar por meio de norma constitucional ou infraconstitucional se a atividade é serviço público e sob que forma ela será prestada. Também nem toda a atividade prestada pelo Estado é serviço público e a sua configuração depende da conjunção dos três elementos referidos.

Ademais importa compreender que a noção de serviço público no Brasil foi influenciada pelo conceito de serviço público francês e que a importação desse modelo significou que os legisladores fizeram uma importante escolha política e a solidificaram por meio de sua inclusão na norma máxima da legislação brasileira. Por fim, um conceito jurídico reflete a situação política, econômica e social de um Estado e pode se alterar a depender de mudanças ocorridas no tempo.

No que se refere à jurisprudência sobre o tema, o autor Régis Conrado observa que em uma análise preliminar dos julgados do STF, nos quais se debateu o tema serviço público, a abordagem do conceito, assim como ocorre na Constituição Federal e na doutrina, ocorre sob variadas perspectivas, o que prejudica a delimitação do assunto e colabora para a ocorrência de confusões terminológicas.⁵³

⁵¹ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p.636.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ CONRADO, Regis da S. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. *E-book*.

Neste contexto, destacam-se três casos paradigmáticos que foram analisados pelo autor na obra *Serviços públicos à brasileira*, os quais abordam o serviço público sob a perspectiva da dicotomia serviço público *versus* atividade econômica em sentido estrito, presente na maior parte das análises sobre o tema, e também a questão da extensão a empresas públicas e sociedades de economia mista de prerrogativas próprias da fazenda pública.

Começa-se recordando o julgamento da ADPF 46⁵⁴, na qual se discutiu a constitucionalidade da Lei 6.538/78, que regula os serviços postais no Brasil. A ação foi julgada improcedente pela Corte, que entendeu que o serviço postal era serviço público e que, portanto, não caracterizava atividade econômica em sentido estrito. A tese firmada reforçou a dicotomia presente na Constituição sobre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, reconhecendo que a atividade econômica é gênero que compreende as espécies serviço público e atividade econômica em sentido estrito. Sobre a caracterização do serviço público, é interessante destacar o posicionamento do Ministro relator do Acórdão, Eros Grau, que ressalta a necessidade de diferenciar o regime de privilégio, que caracteriza o serviço público, do regime de monopólio, atinente à atividade econômica em sentido estrito.

Destaca-se os seguintes trechos do voto do Ministro: ele aponta que os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos acarretam que sejam feitos sob privilégios, incluindo o da exclusividade, e que é isso justamente que torna atrativa a prestação por particulares em regime de concessão ou permissão. Outro trecho que chama a atenção é quando o Ministro menciona que a Constituição Federal de 1988 impõe um “(..) Estado forte, vigoroso, capaz de assegurar a todos uma existência digna”⁵⁵ e que a ideia de o substituir pela sociedade civil não acompanha a nossa Carta Magna. Essa decisão referendou a noção de um serviço público forte e que assegura a prestação de serviços que possibilitem ao povo uma existência com dignidade.

No que se refere à extensão de prerrogativas próprias da fazenda pública a empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, no Recurso Extraordinário 220.906⁵⁶, a Corte Constitucional decidiu pela aplicabilidade do regime de precatórios à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, reconhecendo a ela o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, serviços e rendas e afastando a restrição contida no art. 173,

⁵⁴ BRASIL, Superior Tribunal Federal. ADPF 46. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173526/false>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁵⁵ BRASIL, Superior Tribunal Federal. ADPF 46. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2009. p.92. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173526/false>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁵⁶ BRASIL, Superior Tribunal Federal. RE 220.906-9. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99158/false>. Acesso em: 11 mar. 2022.

§1º, II, da CF/88⁵⁷ que submete as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras atividades ao regime próprio de empresas privadas.

A extensão desse privilégio também a empresas públicas, frise-se, prestadoras de serviço público, reconhece o aspecto formal como elemento caracterizador do serviço público, já que a submissão ao regime de precatórios é característica exclusiva do regime jurídico de direito público. Esse privilégio não é extensível às empresas estatais que exerçam atividade econômica em regime de concorrência.

Também no Recurso Extraordinário 580.264⁵⁸, o Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A teve reconhecido o direito à imunidade tributária com relação aos impostos estaduais em razão do entendimento da maioria dos julgadores de que a atividade prestada pelo hospital era serviço público e por isso se justificaria o pleito.

Sobre esses julgados Régis Conrado concluiu que a legislação brasileira adotou o critério orgânico para determinar o regime jurídico das entidades estatais, ou seja, ser de natureza pública ou privada determinaria o seu regime jurídico. No entanto, a partir dos anos 2000, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar mais a atividade exercida pela entidade para determinar seu regime jurídico, passando, portanto, a adotar um critério material.⁵⁹

O autor aponta o risco de se utilizar exclusivamente o critério material para a caracterização do serviço público, pois pode resultar na concessão de benefícios próprios da Fazenda Pública a entes sem nenhum vínculo com o Estado, permitindo que eles desfrutem dos benefícios do regime de direito público, sem, no entanto, sujeitarem-se ao ônus.

Ainda, não se verificou nos julgados o debate sobre a caracterização da atividade como serviço público, pois, segundo o autor, os julgadores partem da premissa de que algumas atividades são serviços públicos e outras não, demonstrando pouca relevância dispensada à natureza das atividades para a determinação do regime jurídico das empresas estatais.⁶⁰

Em uma análise geral, a leitura dos julgados permite concluir que ao tratar de uma possível determinação de serviço público, o Supremo Tribunal Federal utiliza uma abordagem em sentido amplo para a expressão e não faz correspondência direta entre ele e o regime estabelecido no art. 175 da CF/88. No que se refere à identificação de uma atividade como serviço público, as decisões se utilizam do rol de atividades previstas no art. 21 da CF/88 para

⁵⁷ Art. 173§1º, II: (...) a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

⁵⁸ BRASIL, Superior Tribunal Federal. RE 580.264. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2010. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199639/false>. Acesso em 21/03/2022.

⁵⁹ CONRADO, Régis da S. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. *E-book*.

⁶⁰ *Ibidem*.

definir se a atividade é ou não serviço público, sendo quase inexistente a fundamentação nas decisões.⁶¹

Por fim, o autor aponta que as decisões do STF não se aproximam das discussões a respeito do conceito de serviço público no ordenamento brasileiro e que ainda se fundamentam na dicotomia serviço público *versus* atividade econômica em sentido estrito, a qual não mais atende às exigências impostas pela complexidade das relações atuais que ocorrem, principalmente, em razão da evolução tecnológica e da implementação de reformas setoriais.⁶²

2.2 O CONCEITO DE SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO E SUA INSERÇÃO NA LEI DE MOBILIDADE URBANA (LEI 12.587/12)

Inicialmente, importa compreender que o conceito de utilidade pública tem origem nos Estados Unidos, onde sempre prevaleceu a ideia de que o Estado deve atuar no jogo econômico apenas como ente regulador.⁶³ Naquele país não existe a noção de serviço público que prevalece no Brasil. Lá tudo é atividade econômica, e é dentro desse contexto que se desenvolve o conceito de serviço de utilidade pública, que nos Estados Unidos é chamado de *public utilities*.

Se no Brasil o debate sobre o serviço público opera no contexto da dicotomia serviço público *versus* atividade econômica em sentido estrito, nos Estados Unidos o serviço de utilidade pública é estudado dentro do único âmbito existente para eles, que é o da atividade econômica.⁶⁴ As *public utilities* são atividades econômicas que serão mais ou menos reguladas pelo poder de polícia, a depender do quanto forem dotadas de utilidade pública.⁶⁵

Assim como no direito francês também no direito americano não há um conceito de *public utilities* que conforme a todos. Haveria naquele país uma carência na definição do conceito de *public utility*⁶⁶ e uma confusão deste conceito com as atividades afetadas pelo

⁶¹ CONRADO, Regis da S. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. *E-book*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ COUTO E SILVA, Almiro do. Privatizações no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”?. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p.45-74, out./dez. 2002. p.45-52. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45915/45101>. Acesso em: 11 jan.2022.

⁶⁴ GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte**, v. 17, p. 209-250, abr./jun. 2017.p.232 Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/809>. Acesso em: 11 jan.2022.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Utilidade pública (tradução minha).

interesse público, o que acabou refletindo-se nas decisões das cortes americanas.⁶⁷ Normalmente, as definições de *public utilities* são exemplificativas e partem do caso concreto para o geral, em um raciocínio típico da *common law*, indicando atividades que foram prestadas ao longo da história norte-americana por grandes empresas privadas e que foram mais ou menos reguladas ao longo do tempo.⁶⁸ São exemplos de atividades consideradas como *public utilities* os serviços telefônicos, de eletricidade e de água.⁶⁹

A discussão que ocorre no direito dos Estados Unidos sobre o tema restringe-se a identificar o quão pública é a atividade a ser realizada para assim definir se será mais ou menos regulada pelo Estado, ou seja, quanto mais ela se aproximasse de uma *public utility*, mais controle do poder de polícia ela teria. No entanto, mesmo que os debates sobre as *public utilities* ocorressem a partir de casos concretos e não de forma abstrata, como no caso do *service public* francês, permanecia a dificuldade de se encontrar um critério pelo qual se conceituasse o serviço público ou a *public utility* por meio da noção de interesse público. Assim, percebe-se que mesmo sendo sistemas jurídicos totalmente diversos, os debates ocorriam em torno do mesmo problema.⁷⁰

Sobre o regime jurídico pertinente às relações do Estado ou entre Estado e particulares, Almiro do Couto e Silva aponta que nos Estados Unidos não existe um regime jurídico público diferenciado do privado que trate as questões em que o Estado atue. Lá o mesmo direito, o qual orienta as relações dos indivíduos entre si, também orienta as relações entre Estado e particulares.⁷¹

Na doutrina brasileira, como exposto no item anterior do presente trabalho, encontra-se o conceito de serviço de utilidade pública no capítulo de serviços públicos, como uma classificação destes, pois estaria vinculado à ideia de essencialidade de uma ou outra atividade, classificando-a como mais ou menos relevante e, portanto, sujeita ao controle estatal.

De acordo com o critério de essencialidade é que Hely Lopes Meireles conceitua como serviço de utilidade pública aquela atividade de caráter não essencial, que a administração reconhece a sua conveniência para a coletividade, prestando-a de forma direta ou por meio de

⁶⁷ GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte**, v. 17, p. 209-250, abr./jun. 2017. p.230-237. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/809>. Acesso em: 11 jan.2022.

⁶⁸ *Ibidem*, p.231.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*, p.232.

⁷¹ COUTO E SILVA, Almiro do. Privatizações no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira?”. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p.45-74, out./dez. 2002.p.47-48. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45915/45101>. Acesso em: 11 jan.2022.

terceiros concessionários, permissionários ou autorizatários sob o controle da administração, nas condições regulamentadas, mediante remuneração dos usuários. Segundo o autor, o serviço público visa satisfazer necessidades essenciais da sociedade, enquanto o serviço de utilidade pública objetiva facilitar a vida do indivíduo na coletividade, ou seja, atenderia comodidades do cidadão em particular.⁷²

Rafael Rezende de Oliveira também utiliza o critério de essencialidade para classificar os serviços públicos como serviços essenciais ou de necessidade pública e como serviços não essenciais ou de utilidade pública. Para esse autor os serviços de necessidade pública são de execução privativa da Administração Pública, indispensáveis à coletividade, como os serviços judiciários. Já os serviços de utilidade pública são aqueles que podem ser prestados por particulares, como os serviços funerários.⁷³

José dos Santos Carvalho Filho classifica os serviços públicos de acordo com o critério de fruição, ou seja, se o serviço vai ser gozado pela coletividade direta ou indiretamente. Nesse sentido classifica como serviços de utilidade pública aqueles destinados ao indivíduo e que são usufruídos diretamente por ele e serviços administrativos aqueles executados pelo Estado relacionados a sua própria organização.⁷⁴

Resumidamente, o que se pode extrair dos textos da doutrina brasileira é que a ideia de utilidade pública está vinculada ao serviço público, como um elemento formador, uma característica que, condicionada a outras, deve estar presente em uma atividade para assim classificá-la entre os serviços públicos. Já nos Estados Unidos impera a noção de *public utilities* como um todo, inexistindo a ideia de serviço público. Naquele país, o Estado é mero agente regulador das atividades e as suas relações com particulares são tratadas pelo mesmo direito comum que rege a vida dos agentes privados.

Almiro do Couto e Silva, no seu artigo Serviço Público à Brasileira, contextualiza o momento em que importantes conceitos jurídicos foram rediscutidos – entre eles o conceito de serviço público – em que houve uma aproximação dos modelos vigentes com a realidade norte-americana. Esse movimento está relacionado ao fato de os Estados Unidos terem assumido uma posição de hegemonia econômica após a Segunda Guerra Mundial e também à crise do ideário

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. pg.430.

⁷³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. pg.35-36.

⁷⁴ FILHO, José dos Santos C. **Manual de Direito Administrativo**. 35 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021. *E-book*.

de Estado Social ou *Welfare State*, pela qual passou o país e que fez surgir a chamada reação neoliberal.⁷⁵

A discussão sobre o tamanho do Estado aconteceu neste cenário, sob o qual também estão ligadas as privatizações, a liberalização, a desregulamentação, a quebra de monopólios estatais de serviços públicos, a abertura à concorrência das atividades exercidas pelo Estado e também os novos papéis exercidos pelos particulares nas atividades com fins públicos.⁷⁶

Na Europa, ocorreu o debate sobre o conceito de serviços de interesse econômico geral, que teve origem no Tratado de Roma⁷⁷ e que foi alavancado no Tratado de Amsterdam⁷⁸ como um importante valor na promoção da coesão social e territorial da União. A discussão abordou a compatibilização do conceito comunitário de serviço econômico geral, que é um conceito de índole econômica, de origem liberal e próximo à ideia de *public utilities* dos Estados Unidos, com o conceito francês de serviço público, que é um conceito jurídico.

O conceito de serviço público na França sofreu muitas transformações desde a origem e a maior delas foi resultado de uma adequação daquele país às normas comunitárias da União Europeia, disso resultando o conceito de serviço público à francesa. Ressalta-se também que as normas comunitárias foram influenciadas diretamente pelas mudanças decorrentes das revoluções tecnológicas nas últimas décadas do século XX, produzindo a chamada Revolução das Telecomunicações, de importância comparada à Revolução Industrial.⁷⁹

Foi nesse movimento de mudanças que a noção de serviço público no Brasil também foi se alterando. No entanto, Almiro do Couto e Silva questiona como o nosso conceito de serviço público, que possui marcadas raízes francesas e institutos jurídicos firmemente incorporados à nossa Constituição e à legislação ordinária, iria transplantar conceitos jurídicos do direito norte-americano.⁸⁰

A primeira guinada brasileira no sentido das *public utilities* aconteceu na República Velha, em que ficaram visíveis as influências norte-americanas na Constituição brasileira de

⁷⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. Privatizações no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”?. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p.45-74, out./dez. 2002.p.48. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45915/45101>. Acesso em: 11 jan.2022.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia (CEE).

⁷⁸ Tratado que revisou o Tratado da União Europeia, assinado em out./97.

⁷⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. Privatizações no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”?. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p.45-74, out./dez. 2002.p.49. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45915/45101>. Acesso em: 11 jan.2022.

⁸⁰ *Ibidem*.

1891 tanto no modelo de Estado, quanto no direito constitucional e no direito administrativo.⁸¹ Até então, a noção vigente sobre o serviço público no Brasil seguia o modelo do Império (influenciado pelo direito francês), em que vigorava uma conciliação entre o liberalismo da época e a ideia de que o Estado deveria controlar o serviço em razão de um privilégio da coroa sobre as atividades decorrentes dos chamados monopólios régios.⁸²

O retorno para o modelo francês aconteceu novamente na década de 1940, época em que o Estado passou a ser novamente o protagonista e ocorreu um necessário destaque para as discussões sobre direito administrativo. Nessa época ocorreu a produção de um relevante estudo⁸³, ordenado pelo Ministro da Justiça Francisco Campos sobre o tema dos serviços públicos. Diante das muitas análises do relatório, conclui-se que a aproximação feita pelo direito brasileiro ao direito americano não teria sido conveniente e deveria ser abandonada.⁸⁴

Nesse período, aponta Guilherme Giacomuzzi, o STF, a partir da interpretação do texto do art. 5º, XII, da CF/46 que dizia “Compete à União mediante concessão ou autorização [...]”, entendia haver uma liberdade da União para estabelecer, ora o regime de serviço público se optasse pela concessão, ora o conceito de utilidade pública do direito norte-americano se optasse pela autorização.⁸⁵ O autor aponta seis julgados da Corte no período que segue, sendo quatro no sentido de definir uma clara distinção entre serviço público e serviço de utilidade pública e dois julgados que, segundo o autor, parecem tratar sem distinção o serviço público e o serviço de utilidade pública, evidenciando a problemática do tema no direito brasileiro.

A Lei 12.587/12⁸⁶, que estabelece as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade, foi promulgada após dezessete anos de tramitação no Congresso Nacional, buscando atender a

⁸¹ GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte**, v. 17, p. 209-250, abr./jun. 2017.p.239. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/809>. Acesso em: 11 jan.2022.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Conforme explica Guilherme Giacomuzzi, o estudo, que foi desenvolvido por uma comissão de juristas, objetivava elaborar o anteprojeto de lei sobre a fiscalização e revisão dos serviços públicos explorados por concessão nos termos do art. 147 da CF/37. O relatório da Comissão foi publicado na Revista de Direito Administrativo em 1947, por Odilon Duarte Braga, um dos membros da Comissão. GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte**, v. 17, p. 209-250, abr./jun. 2017.p.240.

⁸⁴ GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte**, v. 17, p. 209-250, abr./jun. 2017. p.240-241. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/809>. Acesso em: 11 jan.2022.

⁸⁵ *Ibidem*, p.243.

⁸⁶ BRASIL, **Lei n.12.587 de 3 de janeiro de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm. Acesso em: 27 mar.2022.

disposição dos art. 21, XX⁸⁷ e 182⁸⁸ da CF/88 em um contexto de modelo de mobilidade urbana que se encaminha para a insustentabilidade em razão da pouca priorização e da inadequação da oferta do transporte coletivo, dos efeitos negativos causados pelo uso intensivo de automóveis, da insuficiência de investimentos públicos e fontes de financiamento ao setor, da fragilidade da gestão pública nos municípios e da necessidade de políticas públicas articuladas nacionalmente.⁸⁹ Seu o propósito era melhorar o acesso de pessoas e cargas na cidade e promover a integração dos diferentes modais de transporte, cabendo ao município as tarefas de organizar, regular e prestar os serviços de transporte urbano.⁹⁰

Para a finalidade do presente trabalho, destaco os art. 3º, §2º, II⁹¹, em que a lei classifica os serviços de transporte urbano em coletivo e individual, o art. 4º, VI e VIII⁹², em que são definidos os conceitos de transporte público individual e transporte remunerado privado de passageiros e especialmente o art. 12, que, a partir da alteração promovida pela Lei 12.865/13, instalou uma importante mudança na classificação do transporte individual de passageiros, no qual se enquadra o serviço de táxi.

Da leitura do art. 4º, extrai-se que o transporte individual de passageiros é espécie de transporte urbano prestado sob as formas (i) aberta ao público e (ii) não aberta ao público. A primeira deve ocorrer por intermédio de veículos de aluguel, enquanto que para a segunda, a norma, além de não fazer essa exigência, possibilita que as viagens possam ser realizadas de forma individual ou compartilhadas para usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede. O inciso VIII do referido artigo trata de transporte público individual e o inciso X aborda o transporte remunerado privado de passageiros.

Entretanto, é no art. 12 da Lei que se identifica a alteração mais significativa para o presente trabalho. Segue o texto original do artigo:

⁸⁷ Art. 21, XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

⁸⁸ 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.

⁸⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONOMICA APLICADA. A Nova Lei de Diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. 06 jan. 2012. **Comunicados**, Brasília, n. 128, jan. 2012. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3440>. Acesso em: 27 mar. 2022.

⁹⁰ 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.p.82.

⁹¹ Art. 3º, §2º - Os serviços de transporte urbano são classificados: II – quanto à característica do serviço: a) coletivo, b) individual.

⁹² Art. 4º, 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; 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;

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. (Grifo meu)

No entanto, a Lei 12.865/13 alterou o texto do art. 12 para o seguinte:

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.⁹³ (Grifo meu)

A nova redação do dispositivo reclassifica o transporte público individual de serviço público para serviço de utilidade pública e retira a expressão “prestados sob permissão”. Conforme Guilherme Giacomuzzi, a alteração é conceitual e está inserida no âmbito da dicotomia serviço público *versus* atividade econômica em sentido estrito, observada pela doutrina e pela jurisprudência do STF.⁹⁴ Anteriormente à alteração aplicada pela Lei 12865/13, a Lei da Mobilidade Urbana considerava o serviço de táxi como um serviço público que era prestado por particulares em colaboração, sob forma de permissão, mas que após a alteração passou a ser considerado como serviço de utilidade pública.

Essa mudança sugere claramente que o serviço de transporte individual de passageiros é de natureza preponderantemente privada, sendo disciplinado e fiscalizado pelo município e que isso levaria ao entendimento de que o consentimento estatal se daria por autorização e não por permissão.⁹⁵ Tal posicionamento confirma o que boa parte da doutrina brasileira especializada defendia antes da Lei da Mobilidade Urbana, que é a tese de que serviço de táxi é uma atividade econômica em sentido estrito.⁹⁶

⁹³ BRASIL, **Lei n.12.865 de 9 de outubro de 2013**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12865.htm Acesso em: 27 mar.2022.

⁹⁴ GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte**, v. 17, p. 209-250, abr./jun. 2017.p.211. Disponível em:

<http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/809>. Acesso em: 11 jan.2022.

⁹⁵ FILHO, José dos Santos C. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2021. *Ebook*

⁹⁶ GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte**, v. 17, p. 209-250, abr./jun. 2017.p.212. Disponível em:

<http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/809>. Acesso em: 11 jan.2022.

Importa mencionar que essa alteração na Lei 12.865/13 veio na carona de uma lei originada na Medida Provisória 615/2013, a qual tratava de temas variados, indo de subvenções econômicas a produtores de cana-de-açúcar e etanol da Região Nordeste até atribuição de competências do Banco Central do Brasil, não fazendo nenhuma referência sobre transporte de passageiro.⁹⁷

Essas alterações buscaram atender à reação dos operadores do serviço de táxi que começaram a pleitear certa desburocratização do serviço, pressionados pela invasão de plataformas tecnológicas que ofereciam um serviço de transporte individual de passageiros diferenciado, com comodidades como a de o motorista abrir a porta para o passageiro entrar, ou a distribuição de balas e água. Eles alegavam que a atividade oferecida pelas plataformas era ilegal do ponto de vista da Lei 12.587/12, pois essa considerava a atividade como serviço público.⁹⁸

Os permissionários entendiam que o serviço de táxi deveria ser prestado em regime de exclusividade ou de monopólio, decorrente da *publicatio* que sobrevém do serviço público, e também do texto da Lei 12.468/11 que regulamenta a profissão de taxista. Diz o art. 2º da referida lei que “é atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros [...]”.⁹⁹ Logo, não podendo impedir o avanço desses aplicativos no mercado, restou aos permissionários de táxi aproximar-se deles por meio da desregulamentação do serviço de táxi, o que ocorreu na forma da Lei 12.865/13.

Todavia, a alteração proposta pela Lei 12.865/13 não impediu que os tribunais continuassem apontando no sentido de que o serviço de táxi era serviço público, como se pode verificar no julgamento da ADIN 70064123342¹⁰⁰ do TJ/RS em 2015. A referida ação teve por

⁹⁷ GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte**, v. 17, p. 209-250, abr./jun. 2017.p.211. Disponível em:

<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/809>. Acesso em: 11 jan.2022.

⁹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. **Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória**. Revista de Direito Público da Economia — RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016.

Disponível em: https://www.academia.edu/41990722/Floriano_de_Azevedo_Marques_Neto. Acesso em: 30 mar.2022.

⁹⁹ BRASIL, **Lei n. 12.468, de 26 de agosto de 2011**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112468.htm. Acesso em 30 mar.2022.

¹⁰⁰ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. ADIN 70064123342.

Proponente: Procurador Geral de Justiça. Requeridos: Câmara de Vereadores do Município de Porto Alegre e Prefeito Municipal de Porto Alegre. Relator: Des. Marcelo Bandeira Pereira, Porto Alegre, 01 dez. 2015.

Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/deciso/es/acordaos?numeroProcesso=70064123342&codComarca=700&perfil=0>.

Acesso em: 29.mar.2022.

objetivo declarar inconstitucionais os artigos da Lei 11.582/2014 do Município de Porto Alegre que permitiam a transferência de permissão do serviço público de transporte individual de táxi por ato *inter vivos e causa mortis*, o que significa a permissão de transferência da outorga do serviço de táxi sem a ocorrência de licitação. No seu voto, o Desembargador Marcelo Bandeira Pereira evidencia que é obrigatória a ocorrência de licitação para a outorga do serviço de táxi, conforme exige o art. 175 da CF/88, e, que ao permitir a transferência da outorga de táxi para terceiros, a legislação municipal não acatava a Constituição Federal. Ainda, destaco o seguinte trecho do voto que versa sobre a incompatibilidade da decisão com a Lei 12.587/12:

Outrossim, para a presente ação direta, é irrelevante a previsão da Lei Federal 12.587/12 sobre a possibilidade de transferência de outorga a terceiros. A ação direta tem como objeto os dispositivos referidos da Lei Municipal e, como parâmetro, a Constituição do Estado. Eventual coincidência ou descompasso que possa haver entre as normas infraconstitucionais escapam ao exame a que se propõe.¹⁰¹

Sobre a jurisprudência, Guilherme Giacomuzzi apontou que bem antes da edição da Lei 12.587/12 já havia o entendimento de que o serviço de táxi era serviço público.¹⁰² A fim de ratificar tal ideia, Giacomuzzi expõe as decisões do Superior Tribunal de Justiça nos RMS nº 15.688¹⁰³ e no Resp. nº 1.115.508.¹⁰⁴ Sobre esta última, ele cita uma parte da decisão, que mesmo sendo bastante esclarecedora sobre o tema, gera confusão ao dizer que táxi é serviço público e, portanto, deve preceder de licitação, mas pode ser delegado por permissão ou autorização, contrariando o disposto no art. 175 da CF/88. Transcrevo o trecho da decisão:

¹⁰¹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. ADIN 70064123342.

Proponente: Procurador Geral de Justiça. Requeridos: Câmara de Vereadores do Município de Porto Alegre e Prefeito Municipal de Porto Alegre. Relator: Des. Marcelo Bandeira Pereira, Porto Alegre, 01 dez. 2015.

Disponível em: [https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-](https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70064123342&codComarca=700&perfil=0)

processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70064123342&codComarca=700&perfil=0. Acesso em: 29.mar.2022

¹⁰² GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 17, p. 209-250, abr./jun. 2017.p.220. Disponível em:

<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/809>. Acesso em: 11 jan.2022.

¹⁰³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS. 15.688. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2003.

Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200201652803. Acesso em: 31 mar.2022.

¹⁰⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP. 1.115.508. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2011.

Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=200900039732&dt_publicacao=18/02/2011. Acesso em: 31 mar.2022.

A delegação de serviço público de transporte por meio de táxi pressupõe a realização de licitação desde a Constituição da República de 1988, em razão de sempre haver limitação de número de delegatários e o manifesto interesse na exploração daquela atividade pelos particulares, seja pela via da permissão, seja pela via da autorização. A propósito, tratando-se de delegações de caráter precário, por natureza, não há falar em direito adquirido à autorização ou permissão concedidas antes de 05/10/1988.¹⁰⁵

No que se refere às decisões do Superior Tribunal Federal no período pós-Constituição de 1988, Giacomuzzi cita o Ag.Reg. 2.788-4/RJ¹⁰⁶ de 2002 e o RE 359.444-3¹⁰⁷ de 2004 e destaca que em nenhum deles é discutida a natureza do serviço de táxi.¹⁰⁸ Nessas decisões é interessante ressaltar que há uma concordância implícita de que o serviço de táxi não precisava ser licitado, o que contraria a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tal posicionamento, segundo o autor, é justificado pela forma confusa como Hely Lopes Meirelles, que é um dos mais citados administrativistas pelo STF, trata o tema serviço público e serviço de utilidade pública.¹⁰⁹

Recentemente, o STF julgou procedente a ADI 5.337¹¹⁰ reconhecendo a inconstitucionalidade dos §§1º, 2º e 3º do art. 12-A da Lei 12.587/12 que permitia a transferência *inter vivos* ou *causas mortis* das autorizações do serviço de táxi. No seu voto, o Ministro relator Luiz Fux ressaltou que a regra no direito constitucional brasileiro é a da livre iniciativa e que a retirada de uma atividade do campo da iniciativa privada por meio da *publicatio* é excepcional. O Ministro entendeu que mesmo sendo o serviço de táxi de grande interesse público, não se configura como um serviço público, mas sim como uma atividade econômica em sentido estrito, porém intensamente regulada pelo Poder Público.

Na decisão supracitada o Ministro Relator, além de decidir pela inconstitucionalidade da transferência *inter-vivos* ou *causa mortis* da outorga do serviço de táxi, também quis por fim à problemática sobre a natureza do serviço de táxi. No sentido contrário ao que caminhava a

¹⁰⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP. 1.115.508. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2011.

Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoaes/?num_registro=200900039732&dt_publicacao=18/02/2011. Acesso em: 31 mar.2022.

¹⁰⁶ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Pet 2788 AgR / RJ. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2002.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97249/false>. Acesso em: 31 mar.2022.

¹⁰⁷ BRASIL, Superior Tribunal Federal. RE 359444. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97066/false>. Acesso em: 31 mar.2022.

¹⁰⁸ GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte**, v. 17, p. 209-250, abr./jun. 2017.p. 224. Disponível em:

<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/809>. Acesso em: 11 jan.2022.

¹⁰⁹*Ibidem*. p.226.

¹¹⁰ BRASIL, Superior Tribunal Federal. ADI 5337. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443030/false>. Acesso em: 10 mar.2022.

jurisprudência, ele apontou que o serviço de táxi é um serviço de utilidade pública a partir do que definiu a Lei 12.587/12 e também uma considerável parte da doutrina.

2.3 ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO

No campo da ordem econômica brasileira pode-se afirmar que a regra é a atividade econômica ser de titularidade do setor privado. A Constituição Federal de 1988 assegurou à iniciativa privada a preferência para a exploração da atividade econômica, atribuindo ao Estado apenas os papéis de fiscalizador, incentivador e planejador.¹¹¹ Todavia, quando ocorre a atuação do Estado em alguma dessas atividades, ele o faz (i) diretamente, por meio do serviço público (art. 175 da CF/88) e da atividade econômica em sentido estrito (art. 173 e 177 da CF/88) ou (ii) indiretamente, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174 da CF/88), conforme já mencionado. Eros Grau propõe convencionar que atividade econômica em sentido amplo é gênero, do qual atividade econômica em sentido estrito é espécie.¹¹²

Hely Lopes Meirelles menciona que a Constituição Federal restringiu a possibilidade de interferência do Estado na economia, não mais falando em intervenção, mas sim em atuação do Estado.¹¹³ Eros Grau não descarta essa expressão e a caracteriza em um sentido mais forte, como uma interferência estatal em área de titularidade do setor privado, enquanto atuação é simplesmente a atuação do Estado na área de titularidade própria ou na área de titularidade do setor privado.¹¹⁴

Sendo atividade econômica em sentido estrito, a exploração pelo Estado ocorre tanto nas hipóteses do art. 173 da CF/88, quanto nos casos em que a própria Constituição determina.¹¹⁵ Estabelece o *caput* do referido artigo que “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”.

¹¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.805

¹¹² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.101.

¹¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p.804-805.

¹¹⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.92.

¹¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.125.

Na lição de Eros Grau, as hipóteses referidas no artigo 173 da CF/88 são aquelas em que é permitida a atuação da União, dos Estados-membros e dos Municípios, isto é, a Constituição autoriza o Estado a explorar diretamente a atividade econômica nas hipóteses expressamente por ela previstas e quando essa exploração for necessária aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Trata-se da atuação do Estado como agente econômico em área da titularidade do setor privado e, como verificado na leitura do dispositivo da Constituição Federal, essa excepcionalidade só poderá ocorrer havendo previsão legal constitucional.¹¹⁶

A atuação do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito como agente econômico é prevista no art. 177, que elenca as atividades que serão exploradas pela União em regime de monopólio¹¹⁷ e também no art. 21, XXIII da CF/88:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto,

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

¹¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.103.

¹¹⁷ Atividades sob regime de monopólio são aquelas que não estão abertas à livre concorrência. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, as atividades monopolizadas não se confundem com serviço público, portanto os entes criados pelo Estado para desenvolver essas atividades não são prestadores de serviço público. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019. pg.863.

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b ;

II - os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

Art. 21. Compete à União:

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

Apenas nesses casos, haveria justificativa exigida pelo art. 173.¹¹⁸

A Carta Magna também prevê a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este último determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A Constituição Federal estabeleceu diretrizes para a intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social, conforme o art. 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello indica como necessário de análise os preceitos que foram apontados como fundamentos da ordem econômica no *caput* do art. 170, quais sejam, a

¹¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.125.

valorização do trabalho humano e da livre iniciativa.¹¹⁹ Sobre o primeiro, o autor ressalta que a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano deve se orientar pela justiça social e pelos princípios da busca do pleno emprego e da redução das desigualdades sociais. Portanto, são inconstitucionais quaisquer medidas econômicas adotadas pelo Estado e que estejam em desacordo com esses preceitos.

O fundamento da livre iniciativa, por sua vez, aponta a livre concorrência como um dos seus princípios obrigatórios, o que revela que a administração pública não possui título jurídico que lhe confira o poder de outorgar o direito ao desempenho da atividade econômica e que também não pode fixar o montante da produção ou da comercialização que os empresários tenham a intenção de realizar¹²⁰. Nem mesmo o planejamento feito pelo Poder Público pode-se impor ao setor privado, conforme o art. 174 da CF/88, o qual atribui ao Estado a função de “[...]agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

A busca pela caracterização da atividade econômica em sentido estrito também passa pelo entendimento das diferenças entre ela e o conceito de serviço público. Eros Grau observa que a distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito acontece como resultado do desequilíbrio das relações entre as forças sociais.¹²¹ O capital pretende reservar para a sua exploração como atividade econômica em sentido estrito todas as atividades que possam ser imediatamente transformadas em lucro, ao passo que o Estado deverá desenvolver a maior quantidade de atividades econômicas em sentido amplo de modo não especulativo. O resultado desse confronto ampliará ou reduzirá o âmbito das atividades de um e de outro.¹²²

A partir da exploração dos conceitos, Eros Graus busca esclarecer como identificar uma atividade econômica em sentido amplo com serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito. Para o autor, o Estado desenvolve atividade econômica em sentido estrito ao exercer atividade econômica em sentido amplo em função de imperativo da segurança nacional ou para atender relevante interesse coletivo. Ao exercer atividade para atender a interesse social, o Estado realiza serviço público.

¹¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.p.845.

¹²⁰ *Ibidem*, p.846-847.

¹²¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.108.

¹²² *Ibidem*.

2.4 ASSIMETRIA REGULATÓRIA NO SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS

Para adentrar no tema da assimetria regulatória, cabe retomar algumas exposições feitas no início do trabalho e outras novas, que se entende relevantes para introduzir o assunto.

O serviço público, conforme o art. 175 da CF/88, poderá ser prestado diretamente ou indiretamente por terceiros, que podem ser particulares ou entidades da Administração Pública indireta de outros entes federados.¹²³ Essa transferência a terceiros é chamada de delegação e só pode ocorrer quando autorizada por lei, nos termos do art. 2º da Lei 9.074/95.¹²⁴

A delegação ocorre sob as formas de (i) concessão de serviço público, (ii) permissão de serviço público e (iii) autorização de serviço público. A concessão se constitui em um antigo instrumento contratual de delegação de serviços públicos a terceiros do qual originaram-se outras duas sub-espécies firmadas em uma ideia de parceria público-privada, ficando da seguinte forma: uma concessão comum, regida pela Lei 8.987/95 e duas consideradas parcerias público-privadas.¹²⁵ A concessão comum é definida pelo art.2º, II, da Lei 8.987/95, como uma delegação que ocorre mediante licitação na modalidade de concorrência ou diálogo competitivo¹²⁶ à pessoa jurídica ou consórcio de empresas. Também é considerada concessão comum, a concessão precedida de obra pública.¹²⁷

As concessões por parceria público-privada são regidas pela Lei 11.079/04 e são a concessão patrocinada e a concessão administrativa.¹²⁸

A concessão patrocinada consiste na concessão de serviços públicos ou de obras públicas quando, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, ocorre prestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Já a concessão administrativa é definida como um contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta e indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.¹²⁹

¹²³ MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.190

¹²⁴ Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.

¹²⁵ MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.190-192.

¹²⁶ A modalidade de diálogo competitivo foi incluída no inc.II do art. 2º pela Lei 14.133/21.

¹²⁷ MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.190-192.

¹²⁸ BRASIL, **Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em 01 abr.2022.

¹²⁹ MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.190-192.

A permissão, que era definida como ato administrativo unilateral, precário e revogável unilateralmente, após o art. 175 da CF/88 e a Lei 8.987/95 passou a ter caráter contratual. Sua definição é a combinação do art.2º, IV com o art. 40 da Lei 8.987/95, que a define como delegação a título precário que ocorre por licitação, mediante contrato de adesão. Por fim, sobre a autorização, Maffini aponta duas características a serem destacadas sobre essa forma de delegação. A primeira é que a autorização consiste em instrumento de delegação exclusivo de serviços públicos federais, conforme os art. 21, XI e XII, da CF/88 e a segunda é que não existe uma definição legal de autorização de serviços públicos nas mesmas condições que existe para concessão e para a permissão, portanto o conceito de autorização deve passar pela análise de cada lei que regulamentar os serviços federais delegacionados.¹³⁰

Feita essa introdução sobre as formas de delegação previstas na Constituição Federal e legislações infraconstitucionais, passa-se a abordar o tema da assimetria regulatória. Inicialmente, faz-se necessário buscar o conceito de regulação na doutrina brasileira. Para Floriano Marques regulação é

A atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza, ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas.¹³¹

Durante muito tempo a regulação estatal manifestou-se sob a forma da regulamentação de diversas atividades econômicas (atividade normativa) ou pela intervenção do Estado direta ou indiretamente no domínio econômico. Isso significa que o Estado ou impedia a exploração dessas atividades pelos particulares, assumindo a produção de bens e de serviços diretamente, ou limitava-se a regradar e normatizar a atividade desses particulares nos demais setores da ordem econômica.¹³²

A redução da intervenção estatal, fruto de processos de reorganização do papel do Estado, resultou em processos de outorga da exploração de serviços e utilidades públicas à iniciativa privada, venda de empresas estatais, supressão de monopólios ou exclusividade na

¹³⁰ MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009,p.190-192.

¹³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.228, p. 13-29, 2002. p.14.Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521/57635>. Acesso em: 09 abr.2022.

¹³² *Ibidem*, p.14-15.

exploração de atividades econômicas e extinção do regime público de exploração de algumas atividades. Entretanto, a retirada do Estado da efetiva execução de algumas atividades e a transferência dessas a particulares, por meio de parcerias, abertura à competição, ou a outorga de concessões e permissões, importou um necessário fortalecimento da atuação pública.¹³³

Assim, o Estado assume o papel de regulador, abandonando o perfil autoritário e buscando maior diálogo com a sociedade. Enquanto no Estado liberal cabe ao poder público assegurar as regras do jogo e no Estado Social cumprir a função de provedor das necessidades coletivas, no Estado contemporâneo o poder público assume funções de equalizador, mediador e árbitro ativos das relações econômicas e sociais.¹³⁴

Com o objetivo de trazer avanços ao Estado no que se refere às formas de intervenção no domínio econômico, a CF/88 estabeleceu a figura da autorização como forma de delegação para a prestação de serviços atribuídos à União Federal nos art. 21, XI e XII.¹³⁵ Ao prever essa modalidade, o constituinte deixou relativa liberdade ao legislador ordinário, para que esse regulasse a participação do Estado por meio da legislação infraconstitucional, dando uma hora mais peso para as normas de direito público, já em outra para o direito privado.¹³⁶ Esse sistema de regulação, denomina-se assimetria regulatória, que consiste na admissão de diferenciados graus de incidência regulatória para prestadores de serviço de uma mesma cadeia setorial.

O modelo de assimetria regulatória foi referendado pelo STF no julgamento de medida cautelar na ADI 1668,¹³⁷ em que foram reconhecidas como constitucionais as leis que disciplinam o regime de direito privado para serviços imputados à União no art. 21 da CF/88.¹³⁸ Nesse caso o STF reconheceu a possibilidade de tratamento assimétrico para um mesmo serviço, estabelecendo-se no serviço em questão, atividades que são prestadas tanto em regime de concessão, ou seja, em regime público, como de autorização, isto é, atividade privada

¹³³ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.228, p. 13-29, 2002. p.15. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521/57635>. Acesso em: 09 abr.2022.

¹³⁴ *Ibidem*, p.16.

¹³⁵ BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: A Constitucionalidade do Art. 3º da Lei nº 12.996/2014. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v.09, n.3, p. 1268-1285, 2017.p.1275. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/29544>. Acesso em: 11 jan.2022.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ BRASIL, Superior Tribunal Federal. ADI 1668. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2021. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur442805/false>. Acesso em: 09 abr.2022.

¹³⁸ BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: A Constitucionalidade do Art. 3º da Lei nº 12.996/2014. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v.09, n.3, p. 1268-1285, 2017.p.1276. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/29544>. Acesso em: 11 jan.2022.

outorgada pelo Estado ao particular.¹³⁹ Assim, o STF admite que é constitucional a outorga do serviço de telecomunicações por meio de autorização, sem licitação, cabendo ao legislador ordinário e à agência reguladora setorial definir a atividade a ser executada e como ela deverá ser executada.¹⁴⁰ Ao aprovar o modelo de assimetria regulatória das telecomunicações o STF também confirmou que é constitucional a sua outorga por autorização, sem licitação e que cabe ao legislador ordinário e à agência reguladora do setor definir a atividade a ser executada e como ela será executada.¹⁴¹

A Lei 9.074/95 introduziu no setor de energia elétrica o modelo de assimetria regulatória, viabilizando a quebra da cadeia do setor de geração, transmissão, distribuição e comercialização para que pudessem operar em regimes distintos, adaptados conforme as especificidades de cada etapa da cadeia de produção.¹⁴² O setor de geração de energia pode ser sujeito aos regimes jurídicos de serviço público ou geração independente de energia elétrica, ao passo que a atividade de transmissão e distribuição são sujeitas ao regime jurídico de serviço público e a atividade de comercialização não é sujeita ao regime jurídico de serviço público.¹⁴³ Com relação à geração de energia, a exploração do serviço pode ocorrer pelo regime de concessão ou de autorização.

As restrições e os regulamentos impostos pela regulação estatal devem operar entre os pilares da concorrência e de valores constitucionais, dentre eles, a prestação de adequados serviços à população.¹⁴⁴ Não é aceitável, portanto, que haja obstaculização à concorrência ou que, por outro lado, a atuação dos agentes coloque em risco a continuidade ou a universalidade da oferta dos serviços à população.¹⁴⁵ A regulação deve operar de maneira que haja modulação nas doses de concorrência que incidirão na prestação dos serviços de utilidade pública, permitindo ao cidadão que ele seja atendido no seu direito a receber os serviços essenciais e ao

¹³⁹ BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: A Constitucionalidade do Art. 3º da Lei nº 12.996/2014. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v.09, n.3, p. 1268-1285, 2017. p.1276. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/29544>. Acesso em: 11 jan.2022.

¹⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: A Constitucionalidade do Art. 3º da Lei nº 12.996/2014. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v.09, n.3, p. 1276, 2017, *apud.* MOREIRA, 2014.p.63.

¹⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: A Constitucionalidade do Art. 3º da Lei nº 12.996/2014. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v.09, n.3, p. 1276, 2017, *apud.* MOREIRA, 2014.p.63.

¹⁴² *Ibidem*, p.1277.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. **Revista de Direito Público da Economia — RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016. p.102. Disponível em: https://www.academia.edu/41990722/Floriano_de_Azevedo_Marques_Neto. Acesso em: 30 mar.2022.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

particular que seja viabilizada a exploração de atividade econômica.¹⁴⁶ Uma regulação que busque atender a esses princípios deve ser construída não somente com base em teses doutrinárias, mas também na avaliação do setor regulado, na realização de estudos econômicos, além de estar amparada na análise de consequências e do custo benefício.¹⁴⁷

Para a instituição de uma adequada assimetria regulatória o regulador deve estabelecer uma finalidade a ser alcançada, as variáveis que são reguladas para atingir essa finalidade, quais sejam, preço, entrada, quantidade, informação, qualidade, e a edição de uma medida regulatória que imponha condutas aos agentes reguladores e escolher as variáveis que serão reguladas.¹⁴⁸

Uma assimetria regulatória baseada no preço se propõe a prescrever condutas relacionadas ao preço máximo e mínimo de um produto ou serviço veiculado no mercado. Se for baseada na variável entrada serão estabelecidos requisitos qualitativos e quantitativos que determinem quais ou quantos agentes explorarão determinada atividade, evitando, assim, que ocorra um excesso de prestadores.¹⁴⁹

A variável quantidade visa estabelecer uma quantidade máxima ou mínima de produtos ou serviços que será imposta ao prestador, a fim de evitar crises de desabastecimento de mercados não competitivos. A variável informação objetiva impor aos regulados a divulgação aos consumidores de informações necessárias para uma escolha baseada no custo/benefício do serviço. Por último, a qualidade tem o propósito de estabelecer critérios e padrões de exigência dentre os quais a atividade deve ser prestada.¹⁵⁰

Assim como nos setores de energia elétrica e de telecomunicações, a assimetria regulatória parece estar se consolidando também no transporte individual de passageiros. De um lado temos o transporte público individual de passageiros definido pela Lei 12.587/12 como “[...] serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas” - o táxi, e de outro lado o transporte remunerado privado individual de passageiros, mais conhecido como transporte por aplicativo, que, em 2018, foi regulamentado pela Lei 13.640/18.

¹⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. **Revista de Direito Público da Economia — RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016. p.102.

Disponível em: https://www.academia.edu/41990722/Floriano_de_Azevedo_Marques_Neto. Acesso em: 30 mar.2022.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.104.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

A referida lei, além de definir a atividade de transporte remunerado privado individual como “[...] serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede”, também deu competência aos municípios e ao Distrito Federal para regulamentar e fiscalizar esse tipo de transporte no que se refere a aspectos administrativos e tributários.¹⁵¹

Entretanto, a lei não autorizou o legislador municipal e distrital a estipular exigências que dificultem ou impossibilitem o uso do serviço, muito menos que defina como será prestada a atividade econômica pelas empresas que oferecem a tecnologia.¹⁵² A lei também estabelece alguns requisitos a serem atendidos pelos motoristas nos municípios que optarem¹⁵³ pela regulamentação, como pode ser observado pelo art. 11-B:

Art. 11-B. O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, nos Municípios que optarem pela sua regulamentação, somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições:

I - possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada;

II - conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal;

III - emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV);

IV - apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

Já o serviço de táxi ou transporte público individual de passageiros, conforme já mencionado no trabalho, foi reclassificado pela Lei da Mobilidade Urbana, passando de serviço público a serviço de utilidade pública, sem a exigência de prestação por permissão. Essa mudança afastou o serviço de taxi da sujeição a um regramento de direito público, aproximando-o de uma atividade econômica sujeita à regulação do Estado, o que sugere uma forma de delegação por autorização.

Tem-se, portanto, para uma mesma cadeia de serviços, o táxi, que é regido por legislações municipais, e os aplicativos, como Uber, os quais se organizam por normas internas

¹⁵¹ MAGALHAES, Joao Marcelo Rego; CAMINHA, Uinie. O Uber e a reinvenção do Direito Administrativo: os novos horizontes da regulação das atividades econômicas. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 1, jan./abr. 2019. p.23. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32560>. Acesso em: 30.mar.2022.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ O texto do art. 11-B da Lei 13.640 não obriga os municípios a regulamentarem o serviço por aplicativo, tanto que usa a palavra “optarem” no texto para se referir à regulamentação pelo município.

que espelham os conceitos da economia compartilhada.¹⁵⁴ Por ser uma alteração relativamente recente, não é possível desenhar o padrão legislativo que surgirá das normas municipais e também se haverá pressão de grupos contrários aos aplicativos ou se as leis municipais irão compreender conceitos associados à economia compartilhada. Parece claro que o papel do município será o de ordenador e, principalmente, o de organizador do trânsito local e que as leis municipais devem cuidar para que o serviço de aplicativo não se transforme em um novo serviço de táxi, exigindo deveres e obrigações incompatíveis com a atividade.¹⁵⁵

¹⁵⁴ MAGALHAES, Joao Marcelo Rego; CAMINHA, Unie. O Uber e a reinvenção do Direito Administrativo: os novos horizontes da regulação das atividades econômicas. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 1, jan./abr. 2019. p.11. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32560>. Acesso em: 30.mar.2022

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.24.

3 FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TÁXI POR PARTICULARES

Neste ponto explora-se mais detalhadamente os conceitos de permissão e de autorização no direito brasileiro, os quais já foram mencionados no tópico anterior.

Em preceitos gerais permissão é forma de delegação de serviços públicos, enquanto a autorização está vinculada ao desempenho de atividades econômicas em sentido estrito.

O serviço de táxi foi durante muito tempo tratado pela doutrina e pela jurisprudência majoritária como serviço público e, portanto, submetido inteiramente às regras de direito público. A forma de delegação utilizada pelo poder público para o serviço de táxi era a permissão, sendo esse entendimento reproduzido pela Lei da Mobilidade Urbana.

Todavia, em 2013, uma nova redação foi dada ao art. 12 da referida lei, reclassificando o serviço público de táxi, prestado sob forma de permissão, para serviço de utilidade pública e substituindo a forma de delegação via permissão, por um modelo regulatório que objetivasse apenas organizar, disciplinar e fiscalizar o serviço, num claro exercício do poder de polícia. A alteração retirava do táxi a caracterização de serviço público e o enquadrava como uma atividade econômica em sentido estrito, que devia ser regulada pelo Estado. Nesse contexto é introduzido o modelo de autorização como instrumento de delegação do serviço de táxi, ou mais modernamente chamado de transporte individual de passageiros aberto ao público.

3.1 MODELO DE PRESTAÇÃO POR PERMISSÃO

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, a permissão “é ato administrativo negocial, discricionário e precário pelo qual o poder público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração.”¹⁵⁶ A delegação de serviço público no modelo de permissão permite que a Administração estabeleça os requisitos para sua prestação ao público e, por ato unilateral, o chamado termo de permissão, libere a execução aos particulares que demonstrarem capacidade para o seu desempenho.¹⁵⁷

Embora seja discricionária e precária, a permissão aceita que sejam estabelecidas condições e prazos para a exploração do serviço a fim de que seja assegurada a recuperação do investimento do permissionário, com o intuito de atrair a iniciativa privada.¹⁵⁸

¹⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.p.219.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p.529.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

O ato da permissão pode ter seu termo modificado pela Administração a qualquer tempo, ou pode até mesmo, ser revogado, exceto nos casos de abuso de poder ou finalidade da Administração ou quando se tratar de permissão condicionada, que é quando o próprio poder público se autolimita na faculdade discricionária de revogá-la, fixando um prazo para a vigência da permissão ou para a execução do serviço.¹⁵⁹

O art. 175, parágrafo único, I, da CF/88 permite interpretar que tanto a concessão, quanto a permissão são contratos, além de a Lei 8.987/95, em seu artigo 40¹⁶⁰ referir-se ao instituto como contrato de adesão com traço de precariedade.¹⁶¹ Hely Lopes aponta que o contrato de adesão é um ajuste de direito privado, com características próprias e que não deveria ser utilizado para fins de prestação de serviço público. Mesmo que a formalização ocorra por contrato, ela não perde o caráter precário e de revogabilidade por ato unilateral da Administração, o que não é compatível com as regras de um contrato privado.¹⁶²

Entretanto, há exemplos de leis que se referem à permissão como ato administrativo, como no caso da Lei 9.472/97.¹⁶³ Portanto, a legislação vigente refere o conceito ora como ato administrativo, ora como contrato. Convém mencionar que contrato administrativo é o instrumento que designa os acordos que a Administração Pública realiza “[...]com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”.¹⁶⁴ Diferentemente dos contratos privados que a Administração celebra, caracterizados pela horizontalidade, nos contratos administrativos a Administração age com todo o seu poder de império, o que se constitui em uma relação jurídica de verticalidade.¹⁶⁵

Di Pietro ainda refere alguns critérios considerados pela doutrina para diferenciar os contratos administrativos do contrato privado, em que se destaca, o fato de que o contrato administrativo tem por objeto a organização e o funcionamento dos serviços públicos, pois se o conteúdo do contrato for a prestação de atividade privada, ele será de direito civil.¹⁶⁶ A autora

¹⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.p.529-530.

¹⁶⁰ Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente

¹⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

¹⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.p.531.

¹⁶³ Art. 118, parágrafo único - Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

ainda relaciona como características dos contratos administrativos (i) a presença da Administração Pública como Poder Público, (ii) a finalidade pública, (iii) a obediência à forma prescrita em lei, (iv) o procedimento legal, (v) a natureza de contrato de adesão, (vi) a natureza *intuitu personae*, (vii) a presença de cláusulas exorbitantes e (viii) a mutabilidade.¹⁶⁷

Conforme mencionado, ainda que a permissão de serviço público seja classificada pela doutrina tradicional como ato unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso e *intuitu personae*, o art.175, parágrafo único, I, da Constituição de 1988 e o art. 40, da Lei 8.987/95 consideram a permissão um contrato de adesão precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente a qualquer momento por motivos de interesse público. O seu objeto é a execução de serviço público, isto é, a titularidade do serviço continua a ser do Estado. O permissionário executa a atividade por sua conta e risco, mas sujeita-se às condições estabelecidas pela Administração e a sua fiscalização.¹⁶⁸

Sobre isso, cabe mencionar o comentário de Marçal Justen Filho sobre a mudança na caracterização do instituto da permissão após as garantias promovidas pela Constituição Federal aos interesses privados.¹⁶⁹ Na época em que a natureza precária significava uma ausência de limites às decisões administrativas do Estado, a precariedade significava ausência de tutela a qualquer interesse do permissionário. Com o advento da Carta Magna de 1988, a precariedade permanece, mas não elimina o dever da Administração de observar o princípio da proporcionalidade, nem implica na ausência de limites para as decisões administrativas.¹⁷⁰

Com relação ao tipo de atividade prestada por meio da permissão, pode ser de caráter transitório ou permanente, contanto que possa ser frequentemente modificada para acompanhar a evolução técnica ou as variações do interesse público. São exemplos deste tipo de atividade o transporte coletivo, o abastecimento da população e outras que sirvam a particulares, mas que sejam dependentes do controle do Estado.¹⁷¹

A delegação para a prestação por permissão de um serviço público ou de utilidade pública deve ser precedida de licitação conforme o art. 175, da Constituição Federal, o art. 2º,

¹⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.p.752

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.p.530.

da Lei 8.666/93¹⁷² e dos artigos 2º, IV e 40, ambos da Lei 8.987/95.¹⁷³ No entanto, não há exigência de que a licitação seja na modalidade de concorrência como no caso da concessão.¹⁷⁴ Por ser de caráter personalíssimo, não é permitida a substituição do permissionário, sem o aceite do poder concedente. Hely Lopes Meireles observa que “[...] o serviço permitido é serviço de utilidade pública e, como tal, sempre sujeito às normas do Direito Público. Não se pode, assim, realizar permissão ou traspasar a prestação de serviço permitido em forma de avença privada, em que predomina o interesse particular”.¹⁷⁵ Importante comentário faz José dos Santos Carvalho Filho ao mencionar que a exigência de licitação reduz a precariedade da permissão, pois se a escolha do permissionário resulta de procedimento licitatório formal, não pode a Administração, por fim ao ato sem que haja interesse público devidamente justificado.¹⁷⁶

Sobre os atos praticados pelo permissionário no exercício da atividade, mesmo que sejam praticados por delegação do poder público e sob sua fiscalização, a doutrina observa que são de exclusiva responsabilidade do permissionário, o que não afasta a possibilidade de o poder concedente ser responsabilizado por culpa na escolha ou na fiscalização do serviço.¹⁷⁷

3.2 MODELO DE PRESTAÇÃO POR AUTORIZAÇÃO

O modelo de prestação de serviço público por autorização é tema controverso na doutrina do direito administrativo brasileiro. No entendimento de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, isso ocorre devido à falta de clareza do texto constitucional, que ao tratar da delegação de serviços públicos no art. 175 da CF/88, refere apenas a concessão e a permissão, entretanto, no art. 21, XI e XII coloca a autorização ao lado da concessão e da permissão.¹⁷⁸

¹⁷² Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

¹⁷³ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

¹⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

¹⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.p.531

¹⁷⁶ FILHO, José dos Santos C. **Manual de Direito Administrativo**. 35 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021. *E-book*.

¹⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.p.531.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.p.210.

O autor menciona duas linhas de interpretação sobre o tema.¹⁷⁹ A primeira defende que a autorização pode ser considerada uma forma de delegação de serviços públicos, pois está prevista no art. 21, XI e XII, da CF/88, constituindo-se em um ato administrativo, precário e discricionário, editado no interesse preponderante do autorizatário. Assim, diferentemente da concessão e da permissão, a delegação por autorização não seria precedida de licitação.

A segunda linha entende que o serviço público deve ser formalizado por concessão ou por permissão, conforme o art. 175, da CF/88, e que a autorização representa a manifestação do poder de polícia do Estado.¹⁸⁰ Na opinião do autor, a autorização não representa instrumento hábil para a delegação de serviços públicos, pois (i) os instrumentos específicos de delegação de serviços públicos são a concessão e a permissão, (ii) o art. 21, XI e XII lista os serviços públicos sujeitos à concessão e à permissão, bem como os serviços privados de interesse coletivo, prestados no interesse predominante do prestador, sujeitos à autorização, (iii) não é compreensível afirmar que determinado serviço público seja prestado no interesse primordial do próprio prestador, pois a noção de serviço público pressupõe benefícios para a coletividade e, por fim, (iv) a autorização para prestação de atividades privadas de interesse coletivo possui natureza jurídica de poder de polícia por estar relacionada ao exercício de atividade econômica.¹⁸¹

Hely Lopes Meirelles defende que a autorização é meio de delegação de serviços públicos e define como serviços autorizados aqueles que a Administração delega a particulares, normalmente por ato unilateral, em regra, precário e discricionário. Esses serviços podem ser instáveis, mesmo tendo como característica a continuidade ou terem caráter emergencial e transitório, bem como podem se referir a serviços previstos no art. 21, XI e XII da CF/88. Também os serviços autorizados podem não possuir a natureza jurídica de delegação de serviço público.¹⁸²

Os serviços instáveis ou em caráter emergencial e transitório compreendem os serviços controlados e delegados pela Administração, com ou sem regulamentação específica, sujeitos a frequentes alterações na forma de prestação ao público e que podem ser revogados a qualquer momento, característica que amplia sua precariedade.¹⁸³ A atividade tem caráter personalíssimo e a sua realização não pode ser transferida a terceiros, ou seja, ela deve ser executada por quem

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.p.210.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.p.532.

¹⁸³ *Ibidem*.p.531.

recebeu a delegação. No entendimento do autor, por ter característica discricionária, não seria exigível o procedimento licitatório para a sua delegação. A remuneração dos serviços é por meio de tarifa estipulada pela Administração.¹⁸⁴

O segundo tipo de serviços que podem ser autorizados, são aqueles listados no art. 21, XI e XII, da CF/88. O dispositivo realiza uma distribuição de competências federativas, permitindo que a União preste aquelas atividades sob autorização. A norma não cria o dever de prestação pela União, mas a autoriza a prestar aquelas atividades, mediante lei, na modalidade de delegação por autorização. Na opinião do autor, esses dispositivos devem ser considerados na interpretação do art. 175 da CF/88, ou seja, entendidos como serviço público.¹⁸⁵ Dessa forma, entende-se que a Constituição prevê as modalidades de delegação sob concessão, permissão e autorização e que, se a lei não dispensar, a autorização para esses casos deverá ser precedida de licitação.¹⁸⁶

Por fim, o último modelo citado pelo autor trata-se de autorização de atividade sem a natureza de delegação, a qual ele chama de autorização de uso: são atividades que o poder público apenas autoriza os particulares a realizarem, como o serviço de táxi, despachantes, pavimentação de ruas por conta dos moradores ou guarda particular de estabelecimentos ou residências. Essas atividades não seriam caracterizadas como atividade pública típica, mas, por conveniência, devem ser reguladas pelo Estado, o qual deve conhecer e credenciar seus executores. A relação contratual nesses casos é regida pelo Direito Privado, sem participação ou responsabilidade da Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella de Pietro leciona que a autorização é classificada no direito brasileiro como (i) ato unilateral e discricionário em que a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade ou a prática de atos que sem a sua autorização seriam legalmente proibidos, (ii) autorização de uso, que é ato unilateral e discricionário, em que a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público a título precário e (iii) autorização de serviço público, que é também ato administrativo unilateral e discricionário, pelo qual a Administração delega a um particular a execução de serviço público a título precário.¹⁸⁷

A autora explica com maior detalhamento que a primeira classificação se refere a todas as possibilidades em que o exercício da atividade é proibido por lei ao particular, em razão de interesse público relativo à segurança, à saúde, à economia ou outras razões relacionadas à

¹⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.p.532.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p.532-533

¹⁸⁶ *Ibidem*, p.533

¹⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

tutela do bem comum. Nesses casos, é facultado à Administração, com base no poder de polícia e na ideia de que o ato não se apresente nocivo ao interesse da coletividade, permitir que determinado ato seja desempenhado por particulares.¹⁸⁸As autorizações de serviço público seriam as hipóteses listadas no art. 21, XI e XII, da CF/88, que são serviços de titularidade da União, os quais podem ser delegados a particulares por escolha da Administração. Essa delegação pode ser para atendimento de necessidade coletiva ou para a execução em benefício do próprio autorizatário, o que, na opinião da autora, não deixa de ser interesse público.¹⁸⁹

Outra abordagem sobre a autorização é dada por Celso Antônio Bandeira de Mello que aponta a dubiedade da expressão autorização na Constituição Federal.¹⁹⁰A Carta Magna, ao referir-se à prestação de serviços públicos, coloca a autorização ao lado da permissão. Quando trata da outorga de serviços públicos a terceiros, o art. 21 refere-se à permissão e à autorização, mas o art. 175 da Carta Magna é assertivo em informar que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos diretamente ou por meio de terceiros sob forma de concessão ou permissão.

Para o autor, a solução para essa dubiedade encontra-se no art. 175, da CF/88, ou seja, o serviço público deve ser prestado por meio de concessão ou de permissão. A expressão autorização que aparece no art. 21, XI e XII seria destinada ao serviço de telecomunicações, serviço privado das empresas, mas não propriamente ao serviço público, caso em que o ato da autorização exprimiria o poder de polícia administrativa, ou, nos casos em que se trata efetivamente de um serviço público, mas que em razão de uma situação emergencial, não pudesse ser prestado sob a outorga da concessão ou permissão.¹⁹¹

Na mesma linha de Celso de Mello, está Marçal Justen Filho que entende que as atividades listadas no art. 21, XI e XII, da CF/88 podem ou não ser qualificadas como serviço público, a depender de confirmar se as necessidades a serem atendidas pelas atividades podem ser mediante mecanismo de mercado.¹⁹² Ainda, no entendimento do autor, se for possível satisfazer os direitos fundamentais por meio da atuação empresarial privada, poderá ocorrer a “despublicização da atividade”, resultando em uma atividade econômica em sentido estrito. As atividades elencadas no art. 21, XI e XII, da CF/88 serão consideradas serviço público, somente

¹⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.p.736-737.

¹⁹¹ *Ibidem*, p.737.

¹⁹² FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.p.639.

se possuírem requisitos específicos e determinados.¹⁹³ Também leciona o autor que não existe outorga de autorização de serviço público, ressalvadas as hipóteses excepcionais e transitórias. O que pode ocorrer é de o Estado editar autorização para que particulares realizem um serviço público em caráter transitório, como em casos de greve ou de calamidade pública em que seja necessário o atendimento de necessidades coletivas.¹⁹⁴

A palavra autorização, referida na Constituição Federal, também se encontra relacionada às atividades econômicas que são desempenhadas sob regime de livre-iniciativa e que, à exceção dos casos previstos em lei, não dependem de autorização dos órgãos públicos. Nesse sentido a autorização está vinculada à ideia do Estado regulador e fiscalizador de atividades econômicas.¹⁹⁵

Em suma, conclui-se que a permissão é forma de delegação de serviço público ou de utilidade pública, que se constitui em ato unilateral, discricionário e precário, visando atender ao interesse coletivo. A permissão é ato *intuitu personae*, qualidade que impede o permissionário de transferir a outorga a um terceiro sem que o procedimento passe pela Administração. Deve ser precedida de procedimento licitatório, pois é reconhecida como modalidade de prestação de serviço público pelo art. 175, da CF/88. Por fim, a delegação por permissão não retira do Estado a titularidade do serviço público, o qual pode modificar o ato a qualquer tempo ou revogá-lo se for do seu interesse.

A autorização também é ato discricionário, unilateral, precário e de caráter *intuitu personae*. Parte da doutrina defende que é forma de delegação de serviço público, mas outra parte entende que a autorização representa apenas a manifestação do poder de polícia do Estado na regulação do exercício de uma atividade econômica.

Até a edição da Lei da Mobilidade Urbana, não existia norma federal que regulasse de forma geral a prestação do serviço de táxi, restando aos municípios a tarefa de organizar a atividade com base no art. 30, I e V da Constituição Federal.

Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

I- legislar sobre assuntos de interesse local;

[...]

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

¹⁹³ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**, 13 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.p.639.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p.640.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p.639.

Com base nesse dispositivo, os municípios classificavam o serviço de táxi como serviço público, e, sem a existência de uma norma que orientasse especificamente a atividade, foram regulamentando o serviço por meio de suas leis municipais e, em grande parte, organizando a distribuição das outorgas por meio da permissão. Foi esse o contexto para a publicação da Lei 12.587/12 que confirmou o posicionamento de grande parte doutrina e jurisprudência e classificou o serviço de táxi como serviço público prestado sob permissão

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. (Grifo meu)¹⁹⁶

Entretanto, a Lei 12.865/13 deu uma nova redação ao art. 12, suprimindo a palavra permissão e, conforme já mencionado no ponto 2.2, caracterizando o serviço de táxi como uma atividade econômica em sentido estrito e não mais como serviço público. Tal alteração resultou no entendimento de que a prestação do serviço de táxi deveria ser realizada por meio de uma autorização concedida pela Administração e que isso simplificaria a prestação do serviço de táxi. Ademais, muitas legislações municipais continuam realizando a outorga do serviço pela permissão, por meio de processos licitatórios e decisões judiciais que continuam a reconhecer o serviço de táxi como serviço público e, portanto, submetido ao regime jurídico de direito público.

Em uma breve análise de duas legislações municipais, verifica-se que, mesmo havendo a alteração do modelo para a autorização, os critérios para o fornecimento da outorga continuam sendo exigentes. É o caso da cidade de Curitiba, onde o serviço é regulamentado pela Lei Municipal 13.957/12 e a outorga é realizada mediante Termo de Autorização, que é ato unilateral, discricionário e que pode ser revogado ou modificado a qualquer tempo pelo Município. A fiscalização é realizada pela Urbanização de Curitiba S.A (URBS),¹⁹⁷ que por meio de um processo de seleção, realiza a outorga das autorizações, fiscaliza o serviço de táxi e o cumprimento das normas e regulamentos, além de aplicar a penalidade de cassação da autorização. Também compete ao Município fixar o número máximo de veículos, ampliar o

¹⁹⁶ BRASIL, **Lei n.12.587 de 3 de janeiro de 2012**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm. Acesso em: 27 mar.2022.

¹⁹⁷ URBS - Urbanização de Curitiba S.A é a empresa responsável pelas ações estratégicas de planejamento, operação e fiscalização que envolvem o serviço de transporte público, além do gerenciamento e administração de equipamentos urbanos de uso comercial da cidade, instalados em bens públicos. Disponível em: <https://www.urbs.curitiba.pr.gov.br/institucional/nossa-historia>. Acesso em: 14 abr.2022.

número de táxis em circulação e fixar os pontos de estacionamento, localização e extensão, visando atender o interesse público. A prestação do serviço deverá ocorrer de forma padronizada, conforme critérios estabelecidos na lei, como quantidade de portas no carro, cores e símbolos indicados pelo órgão fiscalizador, ser aprovado em vistoria, idade do veículo e existência de ar-condicionado. Ainda, só será concedida a autorização a motorista profissional cadastrado no órgão, portador de habilitação nas categorias B, C, D ou E com a observação de “exerce atividade remunerada”, licença específica para exercer a profissão emitida pelo órgão municipal, além de cursos de relações humanas, direção defensiva, primeiros socorros, mecânica e elétrica básica de veículos, entre outros documentos.

Em Florianópolis, a delegação da outorga do serviço de táxi acontece por permissão por meio de contrato de adesão firmado pela prefeitura, conforme determina a Lei Complementar 85/01. De acordo com a norma, os interessados a prestar o serviço de táxi devem se submeter a um processo licitatório, na modalidade concorrência, que resultará na outorga da permissão por um prazo de quinze anos. A permissão só é concedida a motorista profissional autônomo inscrito no cadastro de condutor, proprietário do veículo destinado à prestação do serviço de táxi ou a pessoa jurídica legalmente constituída na forma de empresa com objetivo específico para a atividade. Ainda, é exigido dos interessados a realização de prova para aferir conhecimento de sua área profissional, a padronização na cor veículo e a limitação na idade de rodagem do automóvel.

3.3 ANÁLISE DA LEI GERAL DOS TÁXIS EM PORTO ALEGRE E A ALTERAÇÃO NA FORMA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

Analisados os instrumentos de delegação por permissão e autorização na doutrina, passa-se a examinar a Lei Municipal 11.582/2014, denominada Lei Geral dos Táxis de Porto Alegre, a partir das mudanças implementadas pela Lei 12.420/2018. Essa alteração foi fruto do Projeto de Lei 018/17 anunciado como um projeto que acenava mudanças promissoras na prestação do serviço de táxi com vistas a modernizar a atividade, tornando-a mais segura e competitiva.

Conforme justificativa do Projeto enviado pelo Executivo Municipal,¹⁹⁸ o transporte individual de passageiros foi instituído pela Lei 11.582/14, ocasião em que realizou uma

¹⁹⁸ PORTO ALEGRE, **Projeto de Lei n.018 de 2017**. Disponível em: <https://www.camarapoa.rs.gov.br/processos/132378>. Acesso em: 17 abr.2022.

“histórica e profunda reformulação no modal”, objetivando alinhar a legislação municipal às disposições da Constituição Federal e às normas de delegação dos serviços públicos. No entanto, foi identificada uma crescente necessidade de qualificação dos serviços demandada pelos usuários.

Na justificativa do Projeto, o Executivo apontou haver um aumento nas exigências relacionadas a uma melhor qualidade dos veículos por parte dos usuários: seriam elas a vida útil máxima do automóvel, uso de ar-condicionado, auxílio ao embarque e desembarque dos passageiros. Também foram pleiteadas mudanças na prestação do serviço pelo taxista, como a exemplo da apresentação pessoal e uma conveniente padronização de identidade visual do profissional, bem como também exigências relacionadas aos requisitos exigidos para o cadastramento do condutor no órgão gestor.¹⁹⁹

Conforme o documento, era entendimento do Executivo que o transporte individual de passageiros, como serviço público, deveria estar sob constante qualificação, pois a defasagem na prestação do serviço, geraria um desinteresse dos usuários, afastando-os do uso do serviço de táxi e levando-os a buscarem outras modalidades de transporte público ou, até mesmo, o transporte privado ou clandestino.²⁰⁰

Percebe-se que a intenção do Executivo Municipal, ao propor o Projeto de Lei, era qualificar e modernizar a prestação do serviço de táxi, que, desde o desembarque no Brasil do transporte por aplicativo por meio da Uber em 2014, foi perdendo cada vez mais os usuários, que aos poucos foram sendo atraídos pelo novo conceito de transporte individual. É importante mencionar que a vantagem da Uber foi a quase inexistência de barreiras de entrada para a prestação do serviço²⁰¹ e o oferecimento de atrativos aos usuários do transporte por aplicativo, que iam desde a padronização no atendimento pelos motoristas, apresentação e oferecimento de brindes aos usuários.

Na proposta do Executivo constava, entre outras alterações, o aumento de exigências para a obtenção do Documento de Identidade do Condutor, como o fornecimento de laudo de exame toxicológico; obrigatoriedade de os prefixos se manterem vinculados a um aplicativo, possibilitando que o usuário interaja com o serviço por meio digital; padronização das

¹⁹⁹ PORTO ALEGRE, **Projeto de Lei n.018 de 2017**. Disponível em: <https://www.camarapoa.rs.gov.br/processos/132378>. Acesso em: 17 abr.2022.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. **Revista de Direito Público da Economia — RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016.p.81. Disponível em: https://www.academia.edu/41990722/Floriano_de_Azevedo_Marques_Neto. Acesso em: 30 mar.2022.

vestimentas dos taxistas e dever de os profissionais auxiliarem o passageiro na colocação e retirada de bagagens para pessoas que necessitassem de auxílio. Convém ressaltar que, entre as alterações propostas, não constava a mudança na forma de delegação do serviço de táxi, tampouco a supressão da exigência de licitação como meio de delegação da permissão. O serviço de táxi em Porto Alegre continuava a ser considerado um serviço público, mesmo que a Lei 12.587/14 classificasse-o como serviço de utilidade pública, e, sendo, portanto, exigível a realização de procedimento licitatório, nos termos do art. 175 da CF/88.

Ocorre que a categoria dos taxistas, que estava sendo pressionada pela diminuição na demanda de corridas causada pela entrada dos aplicativos, almejava um serviço de táxi mais desburocratizado e que possibilitasse a concorrência com o serviço particular. Nesse contexto, os taxistas pleitearam mudanças que atendessem aos anseios da categoria e, na Câmara dos Vereadores, o Projeto de Lei recebeu vinte e sete emendas e cinco subemendas, entre as quais estavam o aumento da vida útil do veículo, a mudança na identidade visual dos táxis, que passaram do vermelho ibérico para a cor branca, a diminuição do valor da taxa de gerenciamento operacional e a alteração no modelo de delegação do serviço de permissão para autorização.²⁰²

Esta última mudança veio por meio da Emenda nº 21, do vereador Cláudio Janta, que propôs nova redação para o art. 2º parágrafos, da Lei 11.582/14, ficando assim o texto final:

Art.2º. O serviço de utilidade pública de Transporte Individual por Táxi tem, por objeto o atendimento à demanda de transporte ágil, confortável, seguro e individual da coletividade e, dado o seu relevante interesse local, constitui serviço de utilidade pública, nos termos do Artigo 27 da Lei nº 12.865 de 09 de outubro de 2013, e alterações posteriores, de titularidade do Município de Porto Alegre, que poderá delegar sua execução a particulares, sendo desnecessária a realização de licitação pública para a operação.

§1º O direito à exploração do Serviço Público de Transporte Individual por Táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os seguintes requisitos, exigidos pelo Poder Público Municipal:

.....
 §2º A autorização referida no caput tem vigência de 35 (trinta e cinco) anos, podendo ser renovada por igual período.

.....
 §4º É permitida a transferência da outorga a terceiros que atendam aos requisitos exigidos em legislação municipal, nos seguintes casos:

em situação de invalidez permanente ou perda de capacidade de dirigir;
 durante o tempo de vigência da autorização, apenas uma vez; e

²⁰² GERSON, Milton; SCOMAZZON, Carlos; PANZENHAGEN, Hélio. **Câmara aprova a nova lei geral dos táxis em Porto Alegre**. Câmara de Vereadores, Porto Alegre, 28 de março de 2018. Disponível em: <https://www.camarapoa.rs.gov.br/noticias/camara-aprova-a-nova-lei-geral-dos-taxis-em-porto-alegre>. Acesso em: 18 abr.2022.

no caso do falecimento do outorgado, sendo a transferência do direito de exploração do serviço realizada 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 2002.²⁰³

A justificativa para a apresentação da Emenda foi baseada na Lei 12.865/13, que caracterizou o serviço de táxi como serviço de utilidade pública e que, portanto, a sua exploração deveria ocorrer na forma de outorga, podendo até mesmo ser transferido para terceiros que atendessem aos requisitos exigidos na Lei Municipal.²⁰⁴ Esse último ponto foi a grande motivação dos operadores de táxi no município de Porto Alegre para alterar a forma de delegação para autorização, já que o modelo de permissão é ato personalíssimo e não permitia a transferência da outorga a terceiros sem que isso passasse pela Administração.

Tal previsão já constava na redação inicial do art. 10, § 10, I, II, III, IV, V e VI, da mesma Lei Geral de Táxis, no entanto foram declarados inconstitucionais em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para a ADIN 70064123342.²⁰⁵ Sobre o mesmo tema o STF tratou na ADI 5337 de 01/03/2021.²⁰⁶ No Acórdão de relatoria do Ministro Luiz Fux foi decidido pela inconstitucionalidade dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 12-A da Lei da Mobilidade Urbana, que permitia transferência *inter vivos* ou *causa mortis* do serviço de táxi. A decisão foi tomada sob o argumento de que a transferência da outorga do serviço de táxi para terceiros feria os princípios da proporcionalidade, da isonomia, da impessoalidade e da eficiência administrativa.

No que se refere à operacionalidade do serviço, observa-se que a alteração na forma de delegação não resultou em mudanças tanto na prestação do serviço, quanto na regulação e fiscalização operada pela Administração municipal. Observa-se que em vários dispositivos da Lei 11582/14, mesmo os alterados pela Lei 12.420/18, ainda se mantém a palavra permissão e serviço público para se referir ao serviço de táxi.

Atualmente, a delegação do serviço de táxi em Porto Alegre é fornecida mediante autorização a qualquer interessado que (i) possua habilitação na categoria “B” com a inscrição

²⁰³ PORTO ALEGRE. **Lei n.11.582, de 21 de fevereiro de 2014**. Disponível em: <http://leismunicipa.is/aitfs>. Acesso em: 08 dez.2021.

²⁰⁴ PORTO ALEGRE, **Projeto de Lei n.018 de 2017**. Disponível em: <https://www.camarapoa.rs.gov.br/processos/132378>. Acesso em: 17 abr.2022.

²⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. ADIN 70064123342. Proponente: Procurador Geral de Justiça. Requeridos: Câmara de Vereadores do Município de Porto Alegre e Prefeito Municipal de Porto Alegre. Relator: Des. Marcelo Bandeira Pereira, Porto Alegre, 01 dez. 2015. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70064123342&codComarca=700&perfil=0>

²⁰⁶ BRASIL, Superior Tribunal Federal. ADI 5337. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443030/false>. Acesso em: 10 mar.2022.

“exerce atividade remunerada”, (ii) apresente comprovante de residência, (iii) seja proprietário de veículo ou titular de contrato de arrendamento, (iv) forneça atestado médico que comprove estar em condições físicas e mentais para o exercício da atividade, (v) apresente certidões negativas da justiça estadual e federal para os crimes listados na legislação municipal, (vi) esteja inscrito como segurado do regime geral de previdência social e (vii) comprove a participação nos cursos exigidos pela legislação municipal. É vedado o fornecimento de autorização a quem possua outra outorga de permissão ou autorização de serviço público ou a ocupante de cargo público.²⁰⁷

²⁰⁷ PORTO ALEGRE. **Lei n.11.582, de 21 de fevereiro de 2014**. Disponível em: <http://leismunicipa.is/aitfs>. Acesso em: 08 dez.2021.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate sobre a forma de prestação do serviço de táxi é na verdade uma discussão sobre a natureza jurídica da atividade. Diante disso, a busca por uma compreensão sobre o tema passa por examinar os institutos do serviço público e da atividade econômica em sentido estrito e entender o movimento que importou o conceito de utilidade pública do direito norte-americano para o ordenamento jurídico brasileiro.

O conceito de serviço público no Brasil foi construído sob forte influência do direito francês, que, em linhas gerais, aponta que, para ser considerado serviço público, uma atividade deve ser caracterizada pelo interesse geral (critério material), pela presença de uma pessoa pública (critério orgânico) e pela existência de um regime jurídico exorbitante (critério formal). A escolha desse modelo como referência para o direito brasileiro significou a importação de uma noção de política que entende o Estado como o principal provedor dos serviços para os cidadãos.

Na Constituição Federal de 1988 encontra-se a origem do conceito brasileiro de prestação de serviços pelo Estado, que foi introduzido por meio dos princípios sociais que preveem um Estado garantidor da prestação de atividades que assegurem dignidade aos cidadãos e que proporcione a redução das desigualdades sociais e regionais, nos moldes do direito francês.

Já no campo da atividade econômica, a Constituição estabelece que a ordem econômica deverá ser fundada na valorização do trabalho e da livre-iniciativa. Nesse sentido, prevalece a regra de que a titularidade das atividades econômicas é da iniciativa privada e que ao Estado cabe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Diante disso, a atividade econômica é expressa na Constituição Federal em um modelo de dicotomia entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito.

Assim, a Carta Magna determina que certas atividades devem ser prestadas pelo Estado, diretamente ou indiretamente, apontando algumas no próprio texto constitucional e deixando outras a escolha do legislador ordinário. O Estado também atua na economia exercendo atividade econômica em sentido estrito, quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Dessa forma, ele atua como agente econômico em área de titularidade do setor privado, desde que para essa atuação haja previsão legal.

Contudo, o direito brasileiro não passou incólume às mudanças políticas que defendem a ideia de um Estado menor e que atue somente como regulador das atividades, como ocorre nos Estados Unidos. Nesse contexto, há um movimento na direção de importar para o Brasil

uma noção de prestação de serviços públicos diferente da prevista no ordenamento jurídico. Como se observou na alteração da Lei da Mobilidade Urbana em 2013, que reclassificou o serviço de táxi de serviço público para serviço de utilidade pública.

O serviço de táxi é uma atividade de interesse local e, conforme o art. 30, V, da Constituição Federal, compete ao Município a prestação de serviço público de interesse local diretamente ou sob o regime de concessão ou de permissão. Foi esse o entendimento que prevaleceu no ordenamento jurídico brasileiro e em grande parte das decisões judiciais sobre o assunto e que esteve presente na primeira redação da Lei da Mobilidade Urbana.

No entanto, a partir da mudança da norma federal, o serviço de táxi deixou de ser um serviço público e passou a ser classificado como uma atividade econômica em sentido estrito, sem a necessidade de delegação por permissão e, tampouco, por processo licitatório. Diante disso, as legislações municipais, que, até a edição da Lei, regulamentavam sozinhas o serviço, passaram a estar vinculadas à norma federal e, aos poucos, foram alterando o modelo de prestação do serviço de táxi de permissão para autorização. Ademais, todo o processo de alteração do modelo de prestação do serviço de táxi ocorreu sob o pano de fundo da entrada dos aplicativos de transporte individual de passageiros, causando grande pressão nos operadores de táxi que viram na mudança do modelo de delegação uma chance de competir com os aplicativos. Esse modelo também foi abarcado pela Lei da Mobilidade Urbana, que, em 2018, passou a prever o transporte remunerado privado de passageiros.

Assim, a Lei da Mobilidade Urbana passou a prever dois modelos de prestação de serviço de transporte individual: o transporte público individual (táxi) e o transporte remunerado privado individual por meio de aplicativos, inaugurando o modelo de assimetria regulatória, já utilizado nos serviços de telecomunicações e energia elétrica.

Por fim, observou-se o processo de alteração no modelo de prestação do serviço de táxi pelo exame da Lei Geral de Táxis de Porto Alegre. Em 2018, a lei sofreu uma série de alterações por meio de Projeto de Lei do Executivo Municipal, o qual recebeu várias emendas na Câmara de Vereadores. Uma dessas emendas propôs a alteração do modelo de prestação do serviço de táxi para autorização, demonstrando um claro interesse dos permissionários em simplificar a delegação do serviço de táxi na intenção de aumentar a competitividade com os serviços de aplicativo. Outra questão, provavelmente a mais relevante para a categoria dos taxistas, era que, uma vez afastada a necessidade de licitação para a distribuição das outorgas, a adaptação da Lei Municipal conforme a Lei da Mobilidade Urbana, permitiria aos operadores de táxi realizarem a transferência *inter vivos* ou *causa mortis* da outorga do serviço. No entanto, essa previsão foi

barrada pelo STF no julgamento da ADI 5337²⁰⁸ que declarou inconstitucionais os dispositivos da Lei da Mobilidade Urbana que permitiam essa transferência. Finalmente, o que se observa é que o serviço de táxi continua tendo características de serviço público e ainda é prestado sob forte controle estatal.

²⁰⁸ BRASIL, Superior Tribunal Federal. ADI 5337. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443030/false>. Acesso em: 10 mar.2022.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos D. **Direito dos Serviços Públicos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2013. *E-book*.

BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: A Constitucionalidade do Art. 3º da Lei nº 12.996/2014. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v.09, n.3, p. 1268-1285, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/29544>. Acesso em :11 jan.2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fev.2022.

BRASIL, **Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 01 abr.2022.

BRASIL, **Lei n. 12.468, de 26 de agosto de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112468.htm. Acesso em: 30 mar.2022.

BRASIL, **Lei n. 13.640, de 26 de março de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113640.htm. Acesso em: 11 abr.2022.

BRASIL, **Lei n. 8.987, de 07 de julho de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em 01 abr.2022.

BRASIL, **Lei n. 9.074, de 07 de julho de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm. Acesso em: 01 abr.2022.

BRASIL, **Lei n.12.587 de 3 de janeiro de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm. Acesso em: 27 mar.2022.

BRASIL, **Lei n.12.865 de 9 de outubro de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112865.htm. Acesso em: 27 mar.2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RESP. 1.115.508. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=200900039732&dt_publicacao=18/02/2011. Acesso em: 31 mar.2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS. 15.688. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2003. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200201652803. Acesso em: 31 mar.2022.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. ADI 1668. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2021. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur442805/false>. Acesso em: 09 abr.2022.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. ADI 5337. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2021. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443030/false>. Acesso em: 10 mar.2022.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. ADPF 46. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2009. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173526/false>. Acesso em: 10 mar.2022.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. Pet 2788 AgR / RJ. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2002. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97249/false>. Acesso em: 31 mar.2022.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. RE 359444. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97066/false>. Acesso em: 31 mar.2022.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. RE 580.264. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2010. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199639/false>. Acesso em: 21 mar.2022.

CONRADO, Regis da S. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

COUTO E SILVA, Almiro do. Privatizações no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p.45-74, out./dez. 2002. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45915/45101>. Acesso em: 11 jan.2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

FILHO, José dos Santos C. **Manual de Direito Administrativo.** 35 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021. *E-book*.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**, 13 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

GERSON, Milton; SCOMAZZON, Carlos; PANZENHAGEN, Hélio. **Câmara aprova a nova lei geral dos táxis em Porto Alegre.** Câmara de Vereadores, Porto Alegre, 28 de março de 2018. Disponível em: <https://www.camarapoa.rs.gov.br/noticias/camara-aprova-a-nova-lei-geral-dos-taxis-em-porto-alegre>. Acesso em 17 de abril de 2022.

GIACOMUZZI, José Guilherme. O Serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte**, v. 17, p. 209-250, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/809>. Acesso em: 11 jan. 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAGALHAES, Joao Marcelo Rego; CAMINHA, Unie. O Uber e a reinvenção do Direito Administrativo: os novos horizontes da regulação das atividades econômicas. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, Malheiros, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32560>. Acesso em: 30.mar.2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.228, p. 13-29, 2002. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521/57635>. Acesso em: 09 abr.2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. **Revista de Direito Público da Economia — RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/41990722/Floriano_de_Azevedo_Marques_Neto. Acesso em: 30 mar.2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

PORTO ALEGRE. **Lei n.11.582, de 21 de fevereiro de 2014**. Disponível em: <http://leismunicipa.is/aitfs>. Acesso em: 08 dez.2021.

PORTO ALEGRE. **Lei n.12.420, de 08 de junho de 2018**. Disponível em: <http://leismunicipa.is/cgjmw>. Acesso em: 08 dez.2021.

PORTO ALEGRE, **Projeto de Lei n.018 de 2017**. Disponível em: <https://www.camarapoa.rs.gov.br/processos/132378>. Acesso em: 17 abr.2022.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. ADIN 70064123342.

Proponente: Procurador Geral de Justiça. Requeridos: Câmara de Vereadores do Município de Porto Alegre e Prefeito Municipal de Porto Alegre. Relator: Des. Marcelo Bandeira Pereira, Porto Alegre, 01 dez. 2015. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70064123342&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 29 mar.2022.