



Conversa Constitucional

por Saul Tourinho Leal

ANÁLISE

Luísa de Almeida Andrade, Acadêmica de Direito da UnB

ARE 743.485/SP (Min. Marco Aurélio), Consórcio Intermunicipal da Bacia do Juquery x Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo.

Tema 854/RG: ***Possibilidade de implementação da prestação de serviço público de transporte coletivo, considerado o art. 175 da Constituição Federal, mediante simples credenciamento, sem licitação.***

"Onde quer que o Estado assuma o controle detalhado das atividades econômicas de seus cidadãos, ou seja, onde quer que reine o planejamento econômico central detalhado, lá os cidadãos comuns estão com algemas políticas, tem um baixo padrão de vida e pouco poder para controlar seu próprio destino." **Livre para escolher - Milton Friedman**

A Constituição Federal, em seu artigo 6º, elenca expressamente o direito ao transporte como direito social e, em seu artigo 30, inciso V, explicita que "*o transporte coletivo possui caráter essencial*". Todavia, nos planos de estudo da norma jurídica nos moldes da teoria formalista de Hans Kelsen, sabe-se que um dos problemas da eficácia da norma está justamente em seu âmbito social, em decorrência das normas editadas pelo Estado serem, por vezes, parcial ou integralmente incompatíveis com a realidade material.

No cotidiano dos cidadãos brasileiros, o caos na mobilidade urbana é um dos maiores óbices ao desenvolvimento econômico-social nacional, fato facilmente perceptível nos noticiários nacionais que tratam diariamente de questões de carência de políticas de acessibilidade, congestionamentos, condições de circulação precárias, panes nos sistemas de transporte coletivo e acidentes de trânsito. Além de afetar individualmente grande parcela da população, estima-se que há uma perda de 5% da produtividade no Brasil tão somente em decorrência do tempo depreendido pelo trabalhador em congestionamentos nas grandes cidades¹ e a deficiência de infraestrutura do transporte brasileiro já impacta diretamente o setor produtivo em inúmeros fatores que vão desde a diminuição da lucratividade dos

¹ Equivalente a aproximadamente R\$ 33,5 bilhões por ano, valor retirado do relatório "Off the Beaten Path" elaborado pelo Citigroup em 2008, utilizando dados da Cepal, UITP, de instituições estatais e do próprio Citigroup.

exportadores à impactos diretos na balança comercial decorrentes do Custo Brasil sobre o transporte².

As origens deste problema remontam ao século XX, principalmente a partir do governo Juscelino Kubitschek durante a década de 1950, em virtude do modelo político essencialmente rodoviarista adotado pelo Brasil, estimulando-se a ideia de que a melhor opção para a mobilidade estaria nos automóveis particulares³. Desde então, o automóvel passou a ser elemento de integração e valorização social de seu proprietário, adquirindo *status* de bem essencial na cultura brasileira⁴.

A partir desta concepção social e política, apenas na última década, a frota brasileira mais que dobrou, atingindo cerca de 50 milhões de automóveis emplacados - considerando-se apenas carros, com o cômputo de caminhonetes, motos, utilitários, dentre outras categorias, o número ultrapassaria o montante de 90 milhões de automóveis emplacados⁵. E, proporcionalmente, como consequência inevitável da difusão exponencial do uso dos automóveis, a precariedade da infraestrutura de transporte se tornou mais evidente: nove cidades do Brasil estão no *ranking* mundial de congestionamentos⁶.

Neste sentido, seguindo a máxima do empreendedorismo de que *"todo problema é uma oportunidade disfarçada"*, diversas empresas visualizaram o trânsito caótico como um nicho de mercado e passaram a ofertar produtos voltados a soluções de transporte. Desde aplicativos gratuitos e colaborativos para calcular a rota com menor retenção de tráfego, como Waze, a serviços remunerados disponibilizados por *startups* de gerenciamento de caronas solidárias, compartilhamento de veículos e até mesmo de transporte individual de passageiros *per se*, como Uber, essas empresas têm movimentado a economia, gerado oportunidades de emprego e faturado bilhões de reais em busca da solução mais eficiente e com melhor custo-benefício para o usuário.

Contudo, se os veículos particulares ocupam 60% das vias públicas, embora transportem 20% da população, e, os ônibus ocupam 25% das vias, apesar de responsáveis por transportar 70% da população⁷, o transporte coletivo de qualidade é fator considerável para um planejamento de mobilidade urbana consistente, de modo a proporcionar benefícios diretos tanto aos seus usuários quanto à comunidade nas adjacências do deslocamento a ser percorrido em razão da redução do fluxo de veículos nas vias públicas.

² MENELAU, Bruno Gomes de Sá. Infraestrutura do transporte : impactos sobre o setor produtivo, com ênfase nos modais rodoviário e ferroviário. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2012.

³ DE PAULA, Dilma. Estado, Sociedade Civil e Hegemonia do Rodoviarismo no Brasil. Revista Brasileira de História em Ciência, Rio de Janeiro, n.2, p.142-156, 2010.

⁴ GEGNER, Martin. O Brasileiro e o seu ego-carro: uma visão sociológica européia sobre o ato de dirigir em um "país do futuro". Risco: Revista de Pesquisa em Arquitetura e Urbanismo (Online), São Carlos, n. 13, p. 75-82, jan. 2011. ISSN 1984-4506. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/risco/article/view/44815/48446>>. Acesso em: 07 set. 2016.

⁵ Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/frota2015.htm>> Acesso em: 07 set. 2016.

⁶ Disponível em <https://www.tomtom.com/en_gb/trafficindex/> Acesso em: 07 set. 2016.

⁷ Dados constantes em requerimento do Deputado Julio Lopes (PP/RJ) da Comissão de Desenvolvimento Urbano. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1388036> Acesso em: 07 set. 2016.

Tal fato leva ao questionamento acerca do papel da iniciativa privada em busca de soluções que considerem o transporte coletivo de passageiros como principal instrumento de redução de congestionamentos, visto que os exemplos acima elencados sabidamente priorizam somente o transporte individual, ignorando o potencial do transporte coletivo. No entanto, o que à primeira vista parece ser uma ausência de interesse ou omissão empresarial, na verdade justifica-se pelo único entrave à aptidão do empreendedorismo para protagonismo na prestação de serviço de transporte coletivo de passageiros: a burocracia imposta pela legislação brasileira, decorrente do já exposto abismo entre a norma jurídica e a realidade socioeconômica. Ocorre que uma interpretação restritiva dos artigos 30, inciso V, e 175 da CF leva ao entendimento de que o transporte coletivo somente pode ser prestado mediante regime de concessão ou permissão, através de licitação.

No *leading case* em referência, ARE 743.485/SP, o Consórcio Intermunicipal da Bacia do Juquery (consórcio público constituído pelos Municípios de Caieiras, Franco da Rocha, Francisco Morato, Mairiporã e Cajamar) busca a declaração de nulidade de disposições contratuais relativas à instituição pela Secretaria de Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo ("STM/SP") de serviço especial de transporte coletivo de passageiros executado por meio de Operadores Regionais Coletivos Autônomos ("ORCAs"), empresas individuais selecionadas e cadastradas pela STM/SP e contratadas para a condução de passageiros em vans ou micro-ônibus, os quais deveriam prestar os serviços em áreas que apresentem demanda compatível e cuja utilização seja mais adequada que a dos veículos convencionais.

O Tribunal *a quo* assentou a competência residual dos Estados para legislar sobre transporte coletivo, bem como a constitucionalidade das normas estaduais que disciplinaram o transporte metropolitano e criaram o sistema ORCAs; destacou a prevalência da legislação estadual sobre a municipal em face da distribuição constitucional das competências legislativas, sendo, assim, prescindível a autorização ou anuência dos Municípios interessados, e; concluiu pela legalidade da contratação dos ORCAs, sem licitação e sem aprovação dos Municípios envolvidos.

Ato contínuo, o Consórcio Intermunicipal da Bacia do Juquery interpôs recurso extraordinário com fulcro nas alíneas "c" e "d" do permissivo constitucional, arguindo ofensa aos artigos 37, inciso XXI, e 175 da CF. Logo, a definição pelo Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, da natureza constitucional da controvérsia alusiva à possibilidade da prestação do serviço público de transporte coletivo ser implementada mediante simples credenciamento de terceiros, sem licitação, e o reconhecimento de sua repercussão geral poderá ensejar uma verdadeira revolução na dinâmica da mobilidade urbana brasileira.

Considerando-se o histórico de fracassos do modelo político atual com resultados que englobam fraude em licitações⁸, desvio de verbas públicas⁹, tarifas artificialmente elevadas¹⁰ e

⁸ Reportagem "Documentos apontam esquema para fraudar licitações de ônibus pelo país" Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/documentos-apontam-esquema-para-fraudar-licitacoes-de-onibus-pelo-pais.html>> Acesso em: 07 set. 2016.

uma constante ineficiência e precariedade dos serviços prestados¹¹ resta mais do que demonstrado empiricamente que o intervencionismo econômico, considerado como a interferência sobre o funcionamento livre dos mercados, gera tão somente uma redistribuição dos privilégios legais do monopólio do Estado aos permissionários e concessionários, que fomentam naturalmente os próprios interesses privados em favor da manutenção de sua condição, valendo-se da incompetência estatal em relação à fiscalização, transparência e outros mecanismos de controle e *accountability*.

Ora, inexistente incentivo à prestação de um serviço de qualidade e preço justo no modelo licitatório se o serviço já está superfaturado¹², se qualquer ineficiência geracional ou contábil será compensada com o abatimento de tributos e subsídios¹³ e se não há a possibilidade do usuário trocar de fornecedor ou buscar outro meio alternativo. Por outro lado, assim como já se observa na prática com a regulamentação do citado Uber, após o mínimo indício de concorrência, os taxistas passaram a praticar um valor de tarifa inferior¹⁴ e oferecer os mesmos benefícios que o seu concorrente¹⁵, ocasionando um aumento na quantidade total de usuários¹⁶ do serviço de transporte individual.

Posto isto, no âmbito do transporte coletivo, um modelo alternativo pautado na autonomia da iniciativa privada pode ser a solução para mobilidade urbana, pois a diminuição das barreiras legais à entrada de agentes no mercado acarretaria naturalmente no aumento da concorrência gerando inúmeras consequências positivas aos usuários, dentre as quais: **(i)** preços mais baixos (os preços tendem a diminuir e, em decorrência da elasticidade-preço, aumentam-se os usuários, estimulando a economia em geral); **(ii)** melhoria na qualidade (há incentivos às empresas a melhorar a qualidade dos serviços a fim de atrair mais clientes e aumentar a respectiva participação de mercado); **(iii)** maior possibilidade de escolha (a multiplicidade de serviços à disposição possibilita a seleção do custo-benefício que melhor se adequa à sua necessidade); e, **(iv)** inovação (para conseguir essa variedade de escolha e

⁹ Reportagem “Polícia desmonta esquema de desvio de verbas no transporte escolar em Pernambuco” Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2015-09-17/policia-desmonta-esquema-de-desvio-de-verbas-no-transporte-escolar-em-pernambuco.html>> Acesso em: 07 set. 2016.

¹⁰ Reportagem “Vereadores denunciam fraude em votação no aumento da tarifa de ônibus” Disponível em: <<http://agazetadoacre.com/noticias/vereadores-denunciam-fraude-em-votacao-no-aumento-da-tarifa-de-onibus/>> Acesso em: 07 set. 2016.

¹¹ Reportagem “Usuário reclama de ônibus precários” Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/suplementos/cariri-regional/usuario-reclama-de-onibus-precarios-1.1509094>> Acesso em: 07 set. 2016.

¹² Reportagem “Tribunal investiga superfaturamento de R\$ 120 milhões no BRT do DF” Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/02/tribunal-investiga-superfaturamento-de-r-120-milhoes-no-brt-do-df.html>> Acesso em: 07 set. 2016.

¹³ Reportagem “Haddad amplia subsídios a empresas de ônibus em R\$ 144 milhões” Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/10/haddad-amplia-subsidios-empresas-de-onibus-em-r-144-milhoes.html>> Acesso em: 07 set. 2016.

¹⁴ Reportagem “Para competir com Uber, taxistas de Goiânia reduzem corridas em 30%” Disponível em: <<http://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/taxistas-do-easy-taxi-reduzem-em-30-o-preco-das-corridas-em-goiania-69992/>> Acesso em: 07 set. 2016.

¹⁵ Reportagem “Frente ao Uber, taxistas oferecem mimos para reconquistar clientes” Disponível em: <http://www.correioabraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2015/08/12/internas_polbraeco.494297/em-meio-a-polemicas-taxistas-aderem-a-bomboniere-para-oferecer-aos-clis.html> Acesso em: 07 set. 2016.

¹⁶ Reportagem “Segundo Cade, criação do Uber não diminuiu uso de táxis” Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-12/segundo-cade-criacao-do-uber-nao-diminuiu-uso-de-taxi>> Acesso em: 07 set. 2016.

oferecer serviços melhores, as empresas têm de ser inovadoras em termos de concepção e técnicas).

Neste aspecto, cumpre salientar que nada impede que eventuais falhas de mercado, tais como decorrentes de operação em regiões de difícil acesso ou rotas não atendidas espontaneamente pela iniciativa privada, sejam reguladas pelo Estado através de benefícios fiscais ou outros instrumentos de incentivo à atividade empresarial. A questão central é que tais mecanismos de intervencionismo devem ser vistos como ferramentas a serem adotadas em situações excepcionais, uma vez que não existe argumento do ponto de vista econômico que justifique a preterição do modelo privado pelo público como regra, seja pela superioridade daquele nos aspectos de eficiência de gestão, seja pela sua alta flexibilidade de modo a suprir qualquer elasticidade de maneira quase imediata e consequente maior satisfação do usuário.

De igual modo, do ponto de vista legal, a possibilidade de prestação de serviço público de transporte coletivo mediante simples cadastramento é plenamente compatível com o ordenamento jurídico pautado nos princípios da livre iniciativa e da liberdade de concorrência e como único instrumento realmente apto a prover com eficiência o direito constitucional ao transporte. Resta aguardar a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal: **(i)** se pela manutenção da hegemonia do atual sistema de monopólio licitatório com a prestação de um serviço precário, ineficiente e caro ou **(ii)** se favorável à concorrência, de modo a melhor atender o interesse da população e sua liberdade de escolha, possibilitando a oferta de uma multiplicidade de serviços qualificados e com preços justos para, finalmente, garantir a perfeita harmonia da norma jurídica com a realidade através do alcance do ideal da eficácia social.