

- Email
- Calendário
- Contatos
- Caixa de entrada (2)
- Lixo Eletrônico
- Mensagens enviadas
- Mensagens excluídas
- Rascunhos
- Clique para exibir todas as pastas
- CONVITES - ACUSA RECEBIM...
- Empreendimentos Orlando ...
- Falhas de Servidor
- Presidente
- Gerenciar Pastas...

Responder Responder a Todos Encaminhar Mover Excluir Lixo Eletrônico Fechar

ENC: Parecer
JULIO CESAR GARCIA

Enviado: quinta-feira, 15 de outubro de 2020 21:17

Para: Secretaria Geral

Anexos: [\[cid:39F4D27492B34EE3BD789~1.bmp \(90 KB\)\]](#); [\[Parecer sobre o PL 0298.0 ~1.pdf \(776 KB\)\]](#) (Abrir como Página Web)



Mensagem recebida no e-mail
juliogarcia@alesc.sc.gov.br

Att
Arilson Machado
Gabinete Deputado Julio Garcia
Assembleia Legislativa de Santa Catarina
(48) 3221-2667

De: SETPESC [setpesc@setpesc.org.br]
Enviado: quarta-feira, 14 de outubro de 2020 15:57
Para: SETPESC
Assunto: Parecer

**À DIRETORIA LEGISLATIVA
PARA PROVIDÊNCIAS
EM 20/10/2020**
CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Florianópolis, 14 de outubro de 2020.

Ref.: Projeto de Lei nº 0298.0/2020, de autoria do Deputado Bruno Souza, em trâmite nessa colenda Casa Legislativa.

Senhor (a) Deputado (a),

Para conhecimento, referente tramitação do Projeto de Lei acima mencionado, vimos encaminhar em anexo, PARECER acerca do mérito nele contido, encomendado por esta Entidade Sindical, representante das empresas regulares, concessionárias ou permissionárias do transporte coletivo de passageiros no Estado de Santa Catarina.

O autor do Parecer, Dr. Telmo Joaquim Nunes, é um brilhante advogado, expert em matérias constitucionais e legais envolvendo a área de transporte de passageiros em diversos Estados há mais de 50 anos, tendo atuado em inúmeros processos judiciais envolvendo esta matéria.

Por se tratar de assunto relevante para o sistema de transporte de passageiros em nosso Estado, solicitamos a sua atenção para o que nele é apresentado e desde já agradecemos.

Atenciosamente,
Elias Sombrio - Diretor Superintendente

[cid:5BD6C79EE2B444B59E8EE22D8EC82EB8@Ilha02PC]

Rua Felipe Schmidt, 249 - Conjs. 606/8 - Centro- Florianópolis-SC
Fone: (48) 3222-9457 - www.setpesc.org.br , e-mail
setpesc@setpesc.org.br

Lido no Expediente
080ª Sessão de 20/10/20
- Anexar ao PL-298/20

Secretário

GPPES/SECRETARIA GERAL 14/10/2020 07:05 007571





OPINIÃO LEGAL

I - OBJETO

Consulta-nos a diretoria do Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros no Estado de Santa Catarina - SETPESC, acerca da constitucionalidade do PL 0298.0/2020 em trâmite na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, proposto pelo Deputado do Partido Novo Bruno Souza e cuja ementa esclarece os objetivos do legislador: "*Dispõe sobre o transporte privado coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros no Estado de Santa Catarina*".

II - DO PROJETO DE LEI E DOS FUNDAMENTOS APRESENTADOS PELO AUTOR

Em que pese a proposta legislativa estar tramitando, após ser lida no expediente da sessão de 09/09/2020 e submetida às Comissões de Constituição e Justiça, Finanças, Transportes e Economia, para melhor deslinde da sua natureza jurídica, trago para análise o seu resumo.

No Título I (arts. 1º ao 5º) as Disposições Preliminares evocam a natureza privada do que o autor denomina "*serviço de transporte privado coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros*" (art. 1º), sustentando exemplificativamente, a regulação de 4 espécies do gênero fretamento: "*turístico, eventual, contínuo e colaborativo*" (art. 2º). No art. 3º o projeto define, além das espécies de fretamento, o operador do serviço como "*autorizatário*" o ato administrativo como "*autorização*" e os modelos de viagens como sendo em "*circuito aberto*" e "*circuito fechado*". As demais definições serão abordadas em tópico geral, uma vez que próprios de normas de direito público e geralmente aplicadas em serviço regular, especialmente copiadas do serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros.

No Título II (arts. 6º ao 34), Dos Serviços, o projeto desdobrou o Capítulo I (da Autorização e Documentação) em três seções (do Requerimento e do Termo de Autorização; dos Veículos; e da Alteração da Frota e da Atualização do Cadastro). No Capítulo II (da Operação do Serviço) o projeto desdobrou em quatro seções (dispondo sobre: da Viagem para o Fretamento Turístico ou Eventual; da Viagem para o Fretamento Contínuo; do Fretamento Colaborativo; do Seguro de Responsabilidade Civil; e das Bagagens).

No Título III (arts. 35 ao 50), da Responsabilidade, o projeto compendiou em três capítulos, tratando das Obrigações no Capítulo I, das Vedações no Capítulo II e das Sanções no Capítulo III.

No Título IV (arts. 51 ao 54), da Regulação, o projeto assentou em dois capítulos, sendo o primeiro dispondo do Abuso Regulatório e o segundo da Análise de Impacto Regulatório.



No Título V (arts. 55 ao 59), das Disposições Finais e Transitórias, o projeto dispôs sobre as autorizações vigentes estabelecendo um prazo máximo de um ano, depois sobre a possibilidade da documentação exigível ser apresentada por meio digital, devendo a autorizatária responder pela apresentação de documento falso, e, finalmente, estabeleceu as revogações promovidas na Lei nº 5.684/80 e estabelecendo que enquanto os órgãos competentes não se adequarem aos termos da lei proposta ficam vigentes as autorizações presentemente em vigor.

Na justificativa ao projeto, o nobre Deputado traz ao conhecimento público estatísticas de estudos desenvolvidos pela CNT, indicando que de 2007 a 2015 o número de estabelecimentos que oferecem os serviços de transporte de fretamento turístico ou eventual cresceu de 4.800 para 8.000 unidades, a maioria de pequeno porte com até 10 empregados e 5 veículos. Sustentou que, apesar da pujança indicada, essas empresas sofrem com aspectos regulatórios do setor.

Informou que no Estado de Santa Catarina a matéria está regulada pela Lei nº 5.684/80 e que por ser anterior às Constituições Federal e Estadual, ao Código de Defesa do Consumidor, à Lei de Licitações, à Lei de Concessões, ao Código de Trânsito Brasileiro e a outros dispositivos legais que, de maneira direta ou indireta, está defasada e exigindo atualização.

Finalmente, faz a afirmação mais polêmica de que o projeto visa destravar o transporte por fretamento realizado através de fretamento colaborativo, e que por isso não está sujeito à regra de habitualidade do transporte público intermunicipal de passageiros, podendo o custo do transporte determinado pelas leis de mercado e, em razão da intermediação do aplicativo, ser dividido o preço do fretamento entre todos os interessados naquela viagem.

Consciente de que essa modalidade de serviço de fretamento permite um ganho social ao tempo em que confere segurança jurídica a esses empreendedores, apela para a urgente regulamentação da matéria.

Procurarei demonstrar que o argumento utilizado contraria a ordem pública e não reflete a melhor doutrina, pois confunde atividade econômica sujeita aos princípios da livre iniciativa e serviço público sujeito aos princípios do direito público.

III - DO VÍCIO DE ORIGEM DO PROJETO

Sem pretender questionar a capacidade técnica, a oportunidade e a conveniência do PL em análise, por dever de ofício me cabe verificar, de forma preliminar, se a matéria tratada no Projeto de Lei se adequa aos limites impostos pela Constituição da República para a Casa legislativa em que foi proposto.



Na repartição das competências prevaleceu na Constituinte o princípio da predominância do interesse, que no magistral ensinamento de José Afonso da Silva¹, se caracteriza: “à União caberão matérias e questões de interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local”.

Assim, as competências de cada ente político estão definidas na Constituição da República, de modo que somente à União são reservados poderes enumerados e competências privativas (art. 22), cabendo aos estados e municípios poderes remanescentes e competências comuns e concorrentes (arts. 23 e 24 da CF).

Ao intérprete cabe a difícil missão de definir a natureza predominante do projeto, sobressaindo de plano que a intenção principal do legislador é o de normatizar no âmbito do território do Estado de Santa Catarina a relação jurídica entre o prestador de serviço de transporte coletivo de passageiros por modal de transporte privado denominado fretamento.

Na aparência, a questão se situa no âmbito da competência concorrente ao dispor sobre direito do consumidor (art. 24, VIII), podendo fazê-lo, desde que não contrarie a norma geral (Lei nº 8.078/99). Examinando-se o Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que o PL inova na ordem jurídica, sem respaldo da Lei Federal, ao permitir que a prestação no regime de fretamento colaborativo se assemelhe aos serviços públicos regulares, infringindo o art. 39, VIII do CDC (colocar no mercado serviço em desacordo com os órgãos oficiais). Ademais, permite que o prestador omita previamente o preço a ser cobrado, violando o art. 52, I, do mesmo CDC. Em razão das incompatibilidades, pode-se afirmar que o Projeto contém preceitos inconstitucionais por incompatibilidade com os limites reservados pela Constituição à legislação dos Estados, relativo à direito de consumidor.

Ainda no exame da matéria dominante do PL, como ele invoca proteção do art. 170 da CF, e tenta regular uma relação jurídica de natureza privada, pode-se afirmar que o campo de sua abrangência está configurado como matéria de direito civil, o que, por óbvio, está situado dentre os poderes expressos da União (art. 22, I, CF), mormente porque direcionada ao contrato de transporte (arts. 730/756 do Código Civil). Não satisfeito com a intromissão na área do direito civil, o PL se imiscui no direito comercial, também da exclusiva competência da União, segundo disposição do art. 22, I, da CF. Estabelece o Projeto da norma estadual que a autorização conferida ao transportador se extinguirá pela falência, em absoluto confronto com o art. 114 da Lei Federal nº 11.101/2005 que possibilita ao administrador judicial continuar as atividades do falido em benefício aos direitos dos credores. A inconstitucionalidade do Projeto é visível e condena eventual promulgação ao controle jurisdicional.

¹ Curso de Direito Constitucional Positivo, 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2004, p. 476.

Mas, como a pretensão legislativa é a de criar um transporte de natureza privada com as mesmas características estabelecidas para o serviço público (art. 8º, VI c/c 137 da Constituição do Estado), a matéria se enquadra em ambiente de direito de trânsito e transporte sujeito à competência da União, segundo dispõe o art. 22, XI, da Constituição Federal, uma vez que a norma geral que disciplina a matéria (Código de Trânsito Brasileiro - Lei 9.503/1997) apenas formaliza as regras de circulação dos veículos e estabelece as sanções a que ficam sujeitos os agentes por ele disciplinados (condutores, proprietários de veículos e embarcadores), nada estabelecendo acerca de passageiros, matéria da exclusiva competência da legislação de transporte em que não há uma norma geral e por isso o Estado não está autorizado a legislar fora da simétrica legislação que rege o transporte de competência da União.

Aliás, cria no art. 47 a sanção de retenção do veículo em oposição ao art. 231, VIII do CTB (Lei nº 9.503/97) que prevê a pena administrativa de remoção para os casos de infração gravíssima de *“transporte remunerado de pessoas, quando não licenciado”*.

O mais grave, entretanto, é que o PL dispõe exaustivamente sobre normas de direito administrativo, estabelecendo requisitos a serem preenchidos pelos operadores, formas de operação, cadastro de veículos, sanções aplicáveis e outros preceitos dessa natureza que demonstram a intenção do legislador de imiscuir-se em área que é da exclusiva competência do Poder Executivo.

Assim é que, o Capítulo I do Título II se ocupa em 17 artigos de disciplinar matéria de ordem administrativa, usurpando competências que são do Poder Executivo, segundo dispõe a Constituição Estadual:

Art. 71 São atribuições privativas do Governador do Estado:

I - (...);

IV - dispor mediante decreto sobre:

a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

(...).

O Projeto contém ainda, outras impropriedades constitucionais, imiscuindo-se em matéria de competência da União. No art. 33 cria um seguro obrigatório de responsabilidade civil, contrariando as disposições do art. 22, VII da CF, bem como no art. 40 do PL legisla sobre matéria trabalhista o que também afronta o art. 22, I, da Constituição da República.



Assim, à guisa de preliminar quanto aos vícios detectados no Projeto, vejo-o como inconstitucional por violação dos seguintes dispositivos da Constituição do Estado de Santa Catarina:

- a) Art. 8º, VI, c/c art. 137; e
- b) Art. 71, IV, "a".

Da Carta Magna:

- a) Art. 24, VIII, por legislar contrariamente ao Código de Defesa do Consumidor;
- b) Art. 22, I, por legislar sobre direito civil e direito comercial através de dispositivo que contraria a Lei Federal 11.101/2005;
- c) Art. 22, XI, por legislar sobre trânsito e transporte, contrariando dispositivos do Código Brasileiro de Trânsito (Lei nº 9.503/97);
- d) Art. 22, I e VII, por legislar sobre Direito do Trabalho e Direito Securitário.

Frente ao quadro de agressões constitucionais descritas, meu entendimento é que o PL é inconstitucional em face da Constituição Estadual como também em face da Constituição Federal, não devendo prosseguir para o exame de sua materialidade.

IV - DA REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRANSPORTE PÚBLICO EM CONFRONTO COM A NATUREZA PRIVADA DO FRETAMENTO

A discussão doutrinária acerca do conceito de serviço público que se iniciou no Século XVII no Direito Francês ainda não foi inteiramente pacificada, uma vez que doutrinadores de escol o especificam como sinônimo de direito administrativo e outros mais prudentes o caracterizam mediante o exame prévio de requisitos subjetivos (origem estatal) e materialidade para atender interesse público. Para Bielsa² "*serviço público é toda ação ou prestação realizada pela administração pública ativa, direta ou indiretamente, para a satisfação concreta das necessidades coletivas*". Para José Cretella Júnior³ "*... toda atividade que as pessoas jurídicas públicas exercem direta ou indiretamente, para satisfação de interesse público mediante procedimentos peculiares ao direito público*". Para José Carvalho dos Santos Filho⁴ "*...toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade*".

O conceito mais moderno e adequado é patrocinado por vários administrativistas que conceituam como "*serviço público é aquele prestado em regime de direito público em que essa condição foi estabelecida por lei*". Assim, a

² *Derecho administrativo*, 1951, v. III, p. 49 e 228.

³ *Direito Administrativo Brasileiro*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense. 1983: p. 495.

⁴ *Manual de Direito Administrativo*, 27 edição. São Paulo: Editora Atlas. 2014: p. 329.



escolha é sempre do legislador para determinar as atividades que serão tipificadas como serviço público.

Há várias atividades econômicas que se confundem com os serviços públicos, de modo que compete ao legislador no exame da oportunidade e conveniência estabelecer se o Estado deve intervir na atividade econômica que o legislador constituinte não se ocupou. No máximo a intervenção, como no caso concreto do PL, se dá por polícia administrativa, sendo relevante trazer a lume consideração do insigne doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello⁵:

14. A distinção entre serviço público e polícia administrativa, entretanto, é óbvia. Basta atentar para o fato de que um e outra têm sentidos, direcionamentos, antagônicos.

Enquanto o serviço público visa a ofertar ao administrado uma utilidade, ampliando, assim, o seu desfrute de comodidades, mediante prestações feitas em prol de cada qual, o poder de polícia, inversamente, (conquanto para a proteção do interesse de todos), visa a restringir, limitar, condicionar, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então, a polícia administrativa constitui-se em uma atividade orientada para a contenção dos comportamentos dos administrados, ao passo que o serviço público, muito ao contrário, orienta-se para atribuição aos administrados de comodidades e utilidades materiais.

Com essa lição, traz-se à colação as diferenças fundamentais entre o serviço público de transporte rodoviário coletivo de passageiros e a atividade econômica do serviço de fretamento.

Confira-se as disposições da Constituição acerca do referido serviço público:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 21. Compete à União:

I - (...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) ...;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

(...);

XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;

(...)

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

(...).

⁵ Curso de Direito Administrativo, 17ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2004: p. 632 e 633.



Art. 30. Compete aos Municípios:

I - (...);

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;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - (...);

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(...).

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

E da Constituição do Estado de Santa Catarina:

Art. 8º Ao Estado cabe exercer, em seu território, todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição Federal, especialmente:

I - produzir atos legislativos, administrativos e judiciais;

II - organizar seu governo e a própria administração;

III - (...);

VII - explorar, em articulação com a União e com a colaboração do setor privado, mediante autorização, concessão ou permissão, serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético de cursos d'água, bem como o carvão mineral;

VIII - explorar diretamente ou mediante delegação os recursos hídricos de seu domínio, os serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros e outros de sua competência conforme art. 137; (NR). (Redação dada pela EC/46, de 2007).

IX - (...).



Parágrafo único. A lei disporá sobre as formas de apoio e as garantias asseguradas ao setor privado, nos casos da colaboração prevista no inciso VII.

Art. 137. Ao Estado incumbe a prestação dos serviços públicos de sua competência, diretamente ou mediante delegação. (NR)

§ 1º A delegação, se for o caso e nos termos da legislação vigente, será precedida de licitação; (NR) (Redação do caput e § 1º, dada pela EC/46, de 2007).

§ 2º A delegação assegurará ao concessionário ou permissionário as condições de prorrogação, caducidade, fiscalização e rescisão do contrato, garantidas:

I - a qualidade do serviço prestado aos usuários;

II - política tarifária socialmente justa que assegure aos usuários o direito de igualdade, o melhoramento e expansão dos serviços, a justa remuneração do capital empregado e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

§ 3º O Estado e os seus Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

(NR) (Redação do § 3º, incluída pela EC/38, de 2004).

Com este aparato constitucional é possível afirmar que impera no território brasileiro unicamente a natureza jurídica pública na prestação de serviço de transporte regular coletivo de passageiros, i.e. na relação entre o transportador (agente do Estado) e o usuário individual (consumidor), no qual o contrato de transporte (art. 730 e seguintes do CCB) se realiza sob os auspícios do direito público, inclusive em relação à responsabilidade objetiva do transportador. E a prova do afirmado foi proferida pelo STF no exame do RE 591874 que proferiu o Tema 0130 das teses de repercussão geral com o seguinte enunciado: *“A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal”*.

Decorre daí que a responsabilidade objetiva do transportador no sistema regular advém do denominado risco administrativo, egresso do Direito francês em que o Estado pela situação de proeminência na relação jurídica com o administrado assume a obrigação de indenizar diretamente ou através de seus agentes contratados.

O serviço público de transporte regular se estrutura de acordo com a política adotada pelo Poder Concedente, podendo se fazer por unidade de linha ou de região, sempre de acordo com o ato de outorga e/ou nas condições contratuais e normas de regulação. Vigem na espécie as denominadas cláusulas exorbitantes pela qual o Estado em nome do interesse público e na busca do serviço adequado estabelece novas condições do serviço em atendimento ao princípio da atualidade.

Equivocadamente o PL pretende inserir na relação jurídica de atividade econômica (serviço de fretamento) em que o Estado exerce apenas o que Celso Antônio Bandeira de Mello denominou polícia administrativa, excertos de direito público como obrigação do transportador se submeter a suportar um



“Termo de Autorização por prazo de dois anos”, “declaração de inidoneidade” e tantos outros institutos típicos de direito público.

Importante também destacar na relação jurídica do Estado com o concessionário há prevalência do princípio da continuidade, pelo qual a ruptura da relação jurídica só pode ser realizada mediante sentença judicial transitada em julgado, mesmo após a conclusão do pacto entre partes.

Por sua vez, o serviço de fretamento de natureza privada, tem embasamento no art. 170 da Constituição da República, devendo obediência exclusiva aos requisitos condicionados pelas normas do poder de polícia administrativa e de defesa do consumidor, estas sem caráter de outorga e sem gerar direitos ou deveres de continuidade, devido a sua precariedade e temporalidade.

Sua natureza privada é a de simples licença, imperativamente facultada pelo Poder Público, desde que atendidos os requisitos legais. A relação jurídica que se forma entre o transportador e a pessoa física do transportado é sempre intermediada por um terceiro, visto que este é quem contrata o transporte a frete.

Cada ente político determina uma regulação própria, sendo que no âmbito federal a ANTT editou a Resolução nº 4.777/2015 estabelecendo três espécies de fretamentos, todas elas vinculadas à figura do circuito fechado, ou seja de viagem de ida e volta, a saber: (a) fretamento turístico caracterizado como viagem ocasional e sempre associado a outro produto turístico; (b) fretamento eventual caracterizado como viagem em caráter ocasional para grupos de pessoas ligadas por circunstâncias de fato; e (c) fretamento contínuo caracterizado por viagens em período determinado para o transporte de pessoas vinculadas a uma mesma atividade e objetivos comuns.

No Estado de Santa Catarina o serviço de fretamento está regulado pelo art. 8º, inciso I, e parágrafo único, todos da Lei nº 5.684/1980, sendo que o art. 9º da mesma Lei foi ab-rogado pela Constituição Federal de 1988. A matéria, entretanto, está exhaustivamente regulamentada pelo Decreto nº 12.601/1980 e pela Instrução Normativa nº 7 do extinto DETER, de modo que há completude na legislação estadual sobre a matéria.

O vetusto Código Comercial (de 1850) disciplina a figura do fretamento no transporte por navio e se caracteriza pela “tomada da embarcação a frete” (art. 566), o que à mingua de disciplina legislativa nacional deve ser utilizado analogicamente para o transporte por ônibus, de modo que é lícito se afirmar que o afretamento é sempre do meio de transporte, tendo as pessoas transportadas uma relação jurídica permanente com o afretador.

Registre-se que na relação de responsabilidade civil do transportador em relação às pessoas transportadas, no serviço de fretamento, a natureza jurídica



objetiva se forma em razão do risco da atividade, segundo prescreve o parágrafo único do art. 927 do CCB⁶.

Assim, a diferença fundamental entre o transporte regular de passageiros e o transporte de pessoas, através de fretamento, decorre da natureza pública do primeiro que, embora realizado por empresa privada (agente do Poder Público), é de titularidade do Estado que responde pelas deficiências na prestação não satisfeitas pelo agente. O segundo, por sua vez, decorre de uma relação exclusivamente privada em que ao Estado cumpre tão somente fornecer uma licença para o transportador executar a tarefa (polícia administrativa que visa a restringir, limitar, condicionar, as possibilidades de sua atuação livre), sem que sobrevenha qualquer responsabilidade ou obrigação do Poder Público junto ao contratante do transporte.

V - DO DESVIO DE FINALIDADE DO FRETAMENTO COLABORATIVO

Admitindo-se, só para argumentar, que o modelo de regulação constante do PL 0298.0/2020 possa superar os defeitos apontados na presente Opinião Legal, é preciso trazer ao debate a proposta do que foi denominado fretamento colaborativo.

A proposta tem como modelo o que está sendo aplicado em todo o Brasil por aplicativos como o Buser e a 4Bus, além de outros empreendedores no território nacional.

O empreendedor do aplicativo que se apresenta como startup ao mercado financeiro e capta recursos vultuosos para investimentos em marketing, propaganda e divulgação do produto, sem compromisso com resultados operacionais, tem como objetivo a valorização da marca como inovador no mercado de meta. Para isso se lança numa concorrência desleal com os operadores tradicionais e nessa aventura, violenta a ordem jurídica pelo desrespeito ao direito posto e, espertamente foge dos compromissos sociais, criando um modelo de tributação favorecida, cuja legalidade é altamente discutível.

Por óbvio que, na cadeia produtiva a cada ação corresponde uma reação, e, no caso concreto uma enxurrada de medidas judiciais já foram proferidas condenando os aplicativos à ilegalidade e pagamento de multas milionárias. Surge daí o segundo grande problema a ser destacado, que respeita ao não cumprimento das decisões judiciais, numa atitude própria de gangster e que se apresentam à opinião pública como paladinos, o que não é verdade, porquanto os serviços públicos tem custos elevados porque o Estado que é o seu titular impõe além da pesada tributação, encargos de ordem social como gratuidades,

⁶ Art. 927. (...).

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.



universalidade dos serviços, frequências mínimas, benefícios trabalhistas e outras cláusulas exorbitantes.

A questão principal, entretanto, é que essas operações, mascaradas de fretamento, constituem ilícitos já reconhecidos pelo Poder Judiciário, conforme se vê da seguinte ementa do Tribunal de Justiça de Santa Catarina nos autos nº 0000805-47.2004.8.24.0008 acórdão da 5ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Hélio do Valle Pereira, julgado em 5/12/2019⁷.

A referida orientação jurisprudencial se repete por todo o território nacional, valendo os seguintes processos como exemplo da ilegalidade:

- a) do Tribunal Regional Federal da 2ª Região - autos nºs 5010016-66.2019.0000/RJ, 5003250-60.2020.4.02.0000/RJ e 5011824-72.2020.4.02.0000/RJ;
- b) do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - autos nºs 5032158-44.2018.4.04.0000/PR, 5040618-83.2019.4.04.0000/PR, 5044837-42.2019.4.04.0000/SC, 5045016-73.2019.4.04.0000/SC, 5005442-09.2020.4.04.0000/SC, 5007769-24.0000/SC, 5012487-64.2020.4.04.0000/SC, 5018509-41.2020.4.04.0000/RS, 5044826-76.2020.4.04.0000/SC;
- c) da JF do Rio Grande do Sul 5005487-53.2020.4.04.7100;
- d) da JF de Santa Catarina 5020119-12.2019.4.04.7200 e 5002534-10.2020.4.04.7200;
- e) da JF do Paraná 5027566-06.2018.4.04.7000;
- f) da JF do Rio de Janeiro 5005307-11.2019.4.02.5101 e 5043727-85.2019.4.02.5101;
- g) da JF do Distrito Federal 1043315-80.2020.4.01.3400;
- h) da JF da Bahia 1002517-68.2020.4.01.3306;
- i) do Tribunal de Justiça de Santa Catarina - autos 5005457-84.2020.98.24.0000, 5006007-79.2020.8.24.0000, 5013006-48.2020.8.24.0000 e 5024418-73.2020.8.24.0000.

⁷ SERVIÇO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PASSAGEIROS – AUTORIZAÇÃO PARA FRETAMENTO EVENTUAL OU TURÍSTICO – DECRETO 2.521/98 – DESVIRTUAMENTO – ATUAÇÃO CLANDESTINA EM MODALIDADE DIVERSA – ABSTENÇÃO DA PRÁTICA E INDENIZAÇÃO RATIFICADAS – DESPROVIMENTO.

O Decreto Federal 2.521/98 dispõe que o serviço de *fretamento eventual ou turístico* é aquele de "caráter ocasional, só podendo ser prestados em circuito fechado, sem implicar o estabelecimento de serviços regulares ou permanentes" (art. 3º, XI e art. 36). Estabelece ainda que "não poderão ser praticadas vendas de passagens e emissões de passagens individuais, nem a captação ou o desembarque de passageiros no itinerário, vedadas, igualmente, a utilização de terminais rodoviários nos pontos extremos e no percurso da viagem" (§ 1º do art. 36).

No caso, embora conste que a ré seja autorizada àquela modalidade, há demonstração segura de que operava clandestinamente linha regular, pois atuava com preestabelecida frequência de horários, captava clientes, vendia passagens de forma individual e realizava embarque e desembarque indevidos, conforme revelaram os documentos, as testemunhas e a fiscalização da ANTT.

Ordem de abstenção da prática bem imposta. Indenização quanto aos danos materiais (em face da continuação, pela autora, de viagens iniciadas pela ré após a apreensão de seus veículos pela Polícia Rodoviária Federal) ratificada. Recurso conhecido e desprovido.



Cabe, em socorro das decisões judiciais mencionadas, trazer os fundamentos que o MPF do Rio de Janeiro oficiou em AI interposto pela ANTT⁸:

(...).

Quanto ao mérito, diferentemente do que sustenta a agravada, é inaplicável a decisão do Supremo Tribunal Federal, que afirma ser inconstitucional proibir ou restringir a atividade de transporte por motorista cadastrado em aplicativo. Isto porque o caso ora em comento é referente a transporte coletivo e não privado individual.

Mais especificamente, depreende-se dos autos que a atividade ofertada pela Buser corresponde a um transporte coletivo análogo ao realizado pelas empresas delegatárias. Em outras palavras, a presente discussão envolve prestação de serviço público e não transporte privado individual de utilidade pública.

O transporte público coletivo é uma garantia constitucional, prevista como um direito social no artigo 6º da CRFB e, em razão disso, é um serviço que deve ser prestado pelo Estado, garantindo a universalidade, a continuidade e eficiência. Para tanto, a regulação da atividade fica a encargo da ANTT, a fim de que a política pública seja concretizada.

Sendo assim, não há dúvidas de que o transporte coletivo regular de passageiros é um serviço público, que necessita da outorga estatal para seu pleno funcionamento.

De fato, é necessário fazer a distinção entre modalidade regular e modalidade de fretamento no serviço público de transporte interestadual de passageiros para compreender o nível de ingerência do poder estatal na atividade.

Nesse sentido, como bem ressaltado pela agravante, o transporte coletivo realizado pela BUSER não se trata de fretamento, mas sim de serviço regular (linha) sem autorização. Ora, a empresa mencionada, em sua página eletrônica, realiza a venda de bilhetes individuais para viagens interestaduais com horários, trajetos, pontos de embarque e desembarque pré-estabelecidos. Não é possível vislumbrar diferenças entre esse serviço descrito e aquele que é prestado pelas empresas de transporte outorgadas pelo Poder Público.

Por tais motivos, não se pode permitir a continuidade de um serviço análogo ao das empresas delegatárias, ante ausência de legislação regulamentadora específica, sob pena de comprometer a própria atividade estatal, que preza pelo acesso universal ao direito social de transporte.

⁸ Mandado de Segurança autuado sob o nº 5043727-85.2019.4.02.5101, em face do Superintendente Regional de Fiscalização da ANTT, para proibi-lo de impedir a realização de viagens de fretamento colaborativo com partidas ou chegadas no Estado do Rio de Janeiro.



Não se trata de proibir o avanço das tecnologias disruptivas, mas de proteger políticas públicas e garantias constitucionais.

Outrossim, assiste razão à agravante quanto à tese da concorrência desleal. A prestação de um serviço que não arca com as obrigações sociais impostas pela ANTT - a título de exemplo, reservar poltronas para deficientes físicos, gratuidade para jovens carentes, tarifas menores para idosos, assegurar frequência mínima em rotas não lucrativas - abre espaço para uma concorrência desleal frente as delegatárias que arcam com o ônus de perpetuar o acesso universal ao transporte, na medida em que o custeio do serviço e, conseqüentemente, a oferta das passagens se apresentam com preços mais acessíveis. Mais além, permite-se a própria desregulamentação do serviço público, haja vista a ausência de simetria na competitividade entre as empresas.

Ante o exposto, o Ministério Público Federal manifesta-se pelo provimento do recurso.

Diante do exposto, em se tratando do confronto entre serviço público (regular de transporte coletivo de passageiros) e serviço de fretamento (realizado em regime de direito privado e destinado ao transporte de grupo de pessoas com interesses comuns) não é constitucionalmente possível serem equiparados revelando-se a proposta de regulamentação do fretamento colaborativo como desvio de finalidade do serviço público, devendo manter-se indene os serviços públicos e com as características assentadas em anos de operação nos moldes de atividade econômica os serviços de fretamento constantes da regulamentação atual.

VI - CONCLUSÃO

O Projeto apresentado pelo nobre Deputado Bruno Souza apresenta-se com vício de origem, tanto em razão da matéria (competência legislativa da União) quanto em razão da competência privativa do Poder Executivo. Os fundamentos foram exaustivamente expostos na fundamentação do Capítulo II da presente Opinião Legal, havendo expectativa de que os controles internos da ALESC atentem para as incompatibilidades denunciadas, preservando-se a Casa Legislativa dos desgastes próprios de uma ascensão ao controle, dos tribunais que exercem o controle de constitucionalidade.

A jurisprudência está pacificada, servindo como precedente a notícia de que em sessão virtual concluída no dia 02/10/2020 o STF julgou inconstitucional a Lei do Estado de Santa Catarina nº 11.707/2001 que criou cadastro com dados pessoais do consumidor para a venda de aparelhos e chip de celular na modalidade pré-paga, por violação do art. 22, IV, da Constituição da República (ADI 2488).

No mérito, o PL se dispõe a regular o serviço privado de fretamento que, no entender do autor, está sendo dificultado pela legislação atual, em



contrariedade ao art. 170 da Constituição Federal. Com isso, pretende criar legalmente a figura do fretamento colaborativo pelo qual permite aos exercentes da atividade econômica de transporte de pessoas a realização de viagens mediante a venda de passagens individuais, frequência regular e embarque em municípios fora dos terminais da viagem, equiparando-o ao serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Como o modelo do PL se assemelha aos praticados pelos aplicativos, e como a questão foi intensamente judicializada com várias decisões judiciais considerando-o ilegal por mal ferimento às Constituições do Estado de Santa Catarina e da República, ficou demonstrado no presente trabalho a absoluta incompatibilidade do Projeto com a ordem legal vigente.

Em que pese a alegação do autor de que o projeto busca permitir a compatibilização do serviço de transporte privado de fretamento com as normas de proteção da livre concorrência, essa liberalização exacerbada provocará no curto prazo a fragilização do serviço público (direito social sujeito ao princípio de proibição do retrocesso) causando prejuízos a estratos sociais que gozam de benefícios de gratuidade, como idosos de baixa renda, portadores de deficiência, professores e portadores de doenças discriminadas em Lei.

Ademais, o que não se concebe dos frágeis argumentos do Projeto de valorização dos princípios da livre iniciativa é o cabedal de burocracia criado como se destinasse a reger matéria de direito público, uma vez que para dispor sobre essa atividade econômica bastaria revogar as disposições que tratam do tema e que permanecem na Lei nº 5.684/80 e, quando muito, a obrigação de manter um registro da empresa no órgão público. Excluído do projeto a figura inconstitucional do fretamento colaborativo a Lei Estadual pode dispor sobre a matéria tomando como parâmetro a Lei Federal nº 11.771/2008 (dispõe sobre a política nacional de turismo) e estabelecendo apenas polícia administrativa através das regras que se dediquem à proteção do serviço de transporte público.

O projeto como apresentado na sua redação original além de inconstitucional é contrário ao interesse público e, por isso, não merece ser aprovado pela Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina.

É o parecer, s.m.j.

Florianópolis, 14 de outubro de 2020.

TELMO JOAQUIM NUNES
Assinado de forma digital por
TELMO JOAQUIM NUNES
Dados: 2020.10.14 09:27:46
-03'00'
TELMO JOAQUIM NUNES - Adv
OAB/SC 22.616