



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

**EXCELENTÍSSIMA SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO/SP**

PROCESSO Nº: 1053866-43.2020.8.26.0053

REQUERENTE: MARCELO VIEIRA ABRITTA

**REQUERIDA: AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS
DELEGADOS DE TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO –
ARTESP**

**A AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS
DELEGADOS DE TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO -
ARTESP**, ente político e pessoa jurídica de direito público interno, por meio dos Procuradores do Estado ao final assinados, mandato *ex lege* (art. 132, CRFB e arts. 98 e 99, inc. I, CESP), vem à presença de Vossa Excelência apresentar **CONTESTAÇÃO** nos termos a seguir aduzidos:

1. BREVE SÍNTESE

Trata-se de ação popular com o pedido de anulação da Consulta Pública nº 03/2020 e respectiva Portaria, sob alegação de lesividade. Subsidiariamente, requer que “(a) o prazo de duração da Consulta Pública seja de no mínimo 120 (cento e vinte) dias; (b) sejam coletadas pesquisas de ao menos 200.000 (duzentos mil) passageiros, de modo que haja representação popular acerca do tema tratado na Consulta Pública; e (c) ao menos 300 (trezentas) empresas de fretamento sejam consultadas a respeito da Consulta Pública e, conseqüentemente, da minuta de Portaria”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Alega o requerente que a consulta pública teria prazo curtíssimo e falsa aparência de participação democrática. Argumenta que a minuta da Portaria objeto da consulta restringe direitos, que o Diretor da ARTESP não teria competência para expedição da portaria e que há ilegalidade no objeto da minuta.

Requeru a concessão de tutela provisória para que a consulta pública fosse suspensa, o que foi indeferido pelo magistrado.

A presente demanda não deve ser acolhida. Vejamos.

2. DAS PRELIMINARES

A. FALTA DE INTERESSE DE AGIR – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – AUSÊNCIA DE DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – INTERESSE INDIVIDUAL

A ação popular constitui instrumento constitucional colocado à disposição de qualquer *cidadão-eleitor*, no gozo de seus direitos políticos, para obter judicialmente a invalidação de atos e contratos administrativos *ilegais e lesivos* ao patrimônio público. Partindo desse postulado, verifica-se que os contornos dos pressupostos jurídicos que dão ensejo à propositura da ação popular decorrem do inciso LXXIII do artigo 5º da Carta Magna, que assim dispõe:

“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e ônus de sucumbência.”

Um dos requisitos da ação popular consiste na **lesividade** do ato atacado ao patrimônio público ou à moralidade administrativa (artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, c.c. artigo 1º, *caput*, da Lei n.º 4.717/1965), reputando-se lesivo



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

*“o ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade”.*¹

No caso vertente, dos fatos narrados na petição inicial **não é possível depreender a existência de qualquer dano ao patrimônio público ou à moralidade pública.**

Sustenta o requerente que a minuta da portaria restringe os direitos dos prestadores do serviço de fretamento e que o setor de transporte de passageiros não poderia ser regulado pelo Estado.

Com efeito, a realização de consulta pública, cujo objeto é minuta de portaria para regulação de serviço privado de transporte de passageiros, não consiste em ato lesivo à Administração Pública, embora possa não ser vantajoso para as empresas privadas prestadoras desse serviço.

Em outras palavras, **o interesse motivador da presente ação popular é, nitidamente, de cunho particular**, pois visa salvaguardar direitos de empresas prestadoras de serviço de fretamento.

Inclusive o autor da demanda - Marcelo Vieira Abritta - é um dos fundadores da Buser, aplicativo que disponibiliza viagens de ônibus por meio de fretamento eventual, de modo que tem **interesse pessoal** na forma de regulação do serviço de fretamento.

Com efeito, o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal e os artigos 1º, § 1º e 6º da Lei 4.717/65, deixam claro que o desiderato da ação popular é **o da defesa do patrimônio público e dos interesses gerais do Estado**, e não o de

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p. 172. Nesse mesmo sentido: **“um ato nulo ou anulável, que não tenha acarretado dano ao patrimônio público, não pode ser atacado por meio de ação popular, havendo remansosa jurisprudência nesse sentido [v. g. RT, 438/93, RT 440/75, RT 527/79], ressalvada, é claro, a hipótese de uso preventivo do remédio (artigo 5º, §4º, introduzido pela Lei n. 6.513/77), em que a lesividade deve ser entendida potencialmente”** (RAMOS, Elival da Silva. *Ob. cit.*, p. 162)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

proteger o interesse dos indivíduos em geral. Para isso há outros instrumentos previstos na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais.

Portanto, a iniciativa do cidadão para a ação popular é limitada e, por determinação constitucional, contém finalidade específica. Em seu bojo não há instrumento adequado para impor à ARTESP a forma de regulação de serviço de fretamento eventual ou contínuo.

Como se vê, patente a inadequação da via eleita pelo autor da presente ação.

Ademais, **a realização de Consulta Pública por si só não gera qualquer dano ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.**

Pelo contrário, a consulta pública é um ato instrutório do processo administrativo e tem como finalidade possibilitar a participação da sociedade no processo decisório do Poder Público.

Assim, a mera realização de consulta pública prévia à edição de ato normativo da agência reguladora não caracteriza lesão ao patrimônio público, muito menos à moralidade administrativa.

Nesse sentido, confira-se julgados do E. Tribunal de Justiça de São Paulo que entenderam pela extinção de ações populares que pleiteavam a tutela de interesses individuais:

APELAÇÃO. AÇÃO POPULAR. OBRA PÚBLICA COM A QUAL A PREFEITURA DE BEBEDOURO PRETENDE CONTER AS ÁGUAS PLUVIAIS. ALEGAÇÃO DE QUE, EM CASO DE TRANSBORDAMENTO, AS ÁGUAS INUNDAÇÃO DO IMÓVEL DO AUTOR, CAUSANDO-LHE GRAVE DANO. DEMANDA QUE, CLARAMENTE, TEM POR PROPÓSITO A DEFESA DE UM INTERESSE INDIVIDUAL. A AÇÃO POPULAR É INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DE INTERESSE PÚBLICO, NÃO DE PATRIMÔNIO PARTICULAR. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. Não se vislumbra que a demanda se dirija, realmente, à defesa de patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente ou do patrimônio histórico e cultural, como previsto no inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal. A Lei nº 4.717/1965 prescreve que a ação popular é instrumento hábil para pleitear a anulação de atos lesivos ao patrimônio público. Mas a demanda, claramente, tem por propósito a defesa de interesse individual, ou seja, a do próprio autor. O artigo 2º da Lei nº 4.717/1965 esclarece que atos lesivos ao patrimônio público são aqueles sobre os quais recai a mácula da incompetência, do vício formal, da ilegalidade do objeto, da inexistência de motivos ou do desvio de finalidade. O apelante não logrou demonstrar que qualquer desses vícios tenha incidido sobre o ato vergastado. O ajuizamento de uma ação popular pressupõe a demonstração da ocorrência de um binômio: ilegalidade do ato e lesividade ao patrimônio público. Esse binômio ilegalidade/lesividade é pressuposto do ingresso da ação popular porque ela tem por objetivos anular ato ilegal ou ilegítimo lesivo ao patrimônio público e a consequente condenação dos responsáveis e beneficiários do ato em perdas e danos. Na espécie, esse binômio não está presente. A ação popular é instrumento de defesa dos interesses da coletividade, dos direitos difusos e coletivos, transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, tutelados em juízo em regime de substituição processual. Mesmo em se cogitando que, além do autor, outras pessoas – notadamente seus vizinhos – seriam atingidas pelos danos aventados na exordial, está claro que a demanda se dirige à defesa de interesse particular ou individual de pessoas que bem podem formar um litisconsórcio para buscar a tutela jurisdicional almejada, mas pela via processual adequada, que não a ação popular. Sentença confirmada. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1003429-09.2018.8.26.0072; Relator (a): Souza Nery; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Bebedouro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/09/2019; Data de Registro: 10/09/2019)

Apelação. Ação popular que visava a declaração de nulidade da cobrança da taxa sanitária ou de coleta de lixo e o impedimento de sua cobrança e que foi julgada procedente. Taxa Sanitária instituída pela Lei Municipal nº 2.879/97. Recurso do Município. Autor que é carecedor da ação, por falta de interesse de agir (interesse-adequação). **Ação popular que se presta à defesa do patrimônio público e não de interesse individual disponível.** Inexorável extinção, de ofício, do processo, por ausência de uma das condições da ação (artigos 267,



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

inciso VI c.c. 295, III, ambos, do Código de Processo Civil). Recurso prejudicado.

(TJSP; Apelação Cível 0002169-92.2014.8.26.0058; Relator (a): Ricardo Chimenti; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Agudos - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 28/01/2016; Data de Registro: 01/02/2016)

AÇÃO POPULAR – Autoras que pretendem a nulidade de contratação de duas fisioterapeutas sem concurso público, em preterimento delas, aprovadas no Concurso Público nº 01/2014 – **Inadequação da via eleita – Buscam as autoras populares, em verdade, a obtenção de benefício próprio, ou seja, de direito individual seu, e não a tutela de patrimônio coletivo ou do erário público** – Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 1000519-22.2019.8.26.0412; Relator (a): Aliende Ribeiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Palestina - Vara Única; Data do Julgamento: 25/06/2020; Data de Registro: 25/06/2020)

RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO **AÇÃO POPULAR INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA MANUTENÇÃO**. 1. Inexiste no caso concreto qualquer interesse público, na forma prevista no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, a ser tutelado por intermédio da ação popular, tampouco se vislumbra qualquer prejuízo ao erário. **A pretensão do autor é a tutela de interesses privados, individuais, ainda que coletivos, mas pela via imprópria da ação popular**. 2. Sentença de indeferimento da petição inicial ratificada, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno desta E. Corte de Justiça. 3. Recursos oficial e de apelação desprovidos. (TJSP; Apelação Cível 9097480-44.2008.8.26.0000; Relator (a): Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Várzea Paulista - 1V DISTRITAL/CORREG.PERMANENTE; Data do Julgamento: 24/06/2013; Data de Registro: 01/07/2013) (gn)

Portanto, face ao exposto, requer seja decretada a carência de ação, com a extinção do processo sem resolução do mérito, pela inadequação da via eleita e em virtude da ausência de interesse processual, diante da ausência de lesividade do ato.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

**B. PEDIDO DE ANULAÇÃO DA PORTARIA OBJETO DA CONSULTA –
AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL**

Caso não se entenda pela carência de ação, é certo que quanto ao pedido de anulação da minuta de portaria, o autor não possui interesse processual porque a minuta da portaria possui natureza provisória e ainda não constitui ato administrativo.

A ARTESP lançou a Consulta Pública nº 003/2020 com a finalidade de colher sugestões e contribuições para a minuta da Portaria que trata da regulação da prestação de serviço intermunicipal coletivo de passageiros sob os regimes de fretamento eventual e contínuo.

Dessa forma, o texto final da portaria poderá ser alterado, considerando inclusive as contribuições enviadas na Consulta Pública, de maneira que a minuta da portaria não constitui ato jurídico passível de anulação.

A Portaria ainda não foi publicada, e até é possível que nunca seja, de modo que não se caracteriza como ato normativo passível de anulação.

Não é possível verificar a incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência de motivos e desvio de finalidade (art. 2º, da Lei nº 4.717/65) de ato administrativo inexistente².

Portanto, quanto ao pedido de anulação da minuta da portaria, a presente ação deve ser extinta, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

² Nesse sentido, julgado do TCU: “Representação. Contratação de prestação de serviços aplicados à tecnologia da informação. Consulta pública. Ausência de objeto. Não conhecimento. **A minuta de edital objeto de consulta pública tem natureza provisória, não infringindo quaisquer dispositivos legais ou direitos.** A consulta pública atende ao princípio de transparência e gera contribuições que podem alterar ou não as disposições da minuta de edital. **Não há, na fase de consulta pública, interesse de agir, em razão da precariedade do texto da minuta de edital,** não se caracterizando, assim, irregularidades na aplicação da Lei de Licitações” (TCU, Processo nº 026.791/2006-7, Acórdão nº 231/2007, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, Sessão 28.02.2007) (gn).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

**C. PEDIDO SUBSIDIÁRIO - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA -
 IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER
 EM AÇÃO POPULAR**

Subsidiariamente ao pedido principal, o autor popular requereu que:
 “(a) o prazo de duração da Consulta Pública seja de no mínimo 120 (cento e vinte) dias; (b) sejam coletadas pesquisas de ao menos 200.000 (duzentos mil) passageiros, de modo que haja representação popular acerca do tema tratado na Consulta Pública; e (c) ao menos 300 (trezentas) empresas de fretamento sejam consultadas a respeito da Consulta Pública e, conseqüentemente, da minuta de Portaria”.

Assim, pleiteia o requerente que o magistrado determine à ARTESP a realização de obrigação de fazer, **o que não é possível por meio de ação popular.**

Como já apontado acima, o artigo 5º, inciso LXXXIII, da CF/88 e o art. 1º, da Lei nº 4.717/65, dispõe que qualquer cidadão pode ajuizar ação popular para pleitear a anulação de ato lesivo ao patrimônio público.

A ação popular não é via adequada para a imposição obrigações de fazer à Administração, prestando-se apenas à anulação de atos lesivos ao Erário, tendo função repressiva ou anulatória, sendo certo não se verifica o interesse de agir do autor para a concessão da tutela judicial subsidiária.

Como bem explica Marçal Justen Filho sobre o tema³:

A ação busca diretamente provimento jurisdicional de cunho constitutivo negativo. A Lei 4.717/1965, no art. 1.º, faz referência à anulação ou declaração de nulidade. Os efeitos do provimento deverão ser fixados em vista do princípio da proporcionalidade.

(...)

A ação popular se dirige contra ato determinado. Isso significa que, como regra, **a ação popular não pode ser dirigida contra a omissão estatal.** O silêncio administrativo apenas autorizará a ação popular

³Curso de Direito Administrativo, 13 ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 1195/1196.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

quando for qualificado juridicamente e produzir efeitos de manifestação de vontade administrativa”.

(gn)

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do E. TJSP:

AÇÃO POPULAR – Alegação de ato lesivo ao patrimônio público, consistente na omissão do Município de Suzano em implementar políticas públicas destinadas à conscientização da necessidade de vacina anual viral em cães e gatos, como forma de exercer a posse responsável e o bem-estar animal – **Falta de interesse processual, especificamente inadequação da via eleita – Ato omissivo** - Inexistência de lesividade na prática do ato administrativo apontado como irregular – **Ação popular que visa à invalidação de ato lesivo ao patrimônio público, tendo função repressiva ou anulatória – Natureza desconstitutiva – Impossibilidade de condenação em obrigação de fazer no bojo de ação popular – Ademais, a ação popular, a pretexto da omissão do ente público, não pode ser utilizada, a par da análise da legalidade, como instrumento para substituir os critérios de discricionariedade do ato administrativo, sob pena de violação à separação dos Poderes** – Sentença terminativa mantida. Reexame necessário e recurso voluntário desprovidos.

(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1003393-77.2019.8.26.0606; Relator (a): Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Suzano - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/03/2020; Data de Registro: 10/03/2020)

APELAÇÃO – AÇÃO POPULAR – OBRIGAÇÃO DE FAZER – Manutenção de vias públicas - Inexistência de ato lesivo ao patrimônio público passível de anulação ou declaração de nulidade – Inadequação da Ação Popular – Impossibilidade de imposição de obrigação de fazer – Extinção do processo sem julgamento do mérito mantida – Apelação do Ministério Público desprovida – Apelação do Requerido não conhecida. (TJSP; Apelação Cível 1054844-24.2017.8.26.0506; Relator (a): Ana Liarte; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/06/2020; Data de Registro: 11/06/2020)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

REEXAME NECESSÁRIO – **Ação popular** – Pedido de contratação de docente com proficiência em física e matemática para suprir as aulas faltantes na grade curricular do ano letivo de 2019 da ETEC Mandaqui, com afastamento do docente desidioso e apresentação de plano didático de reposição das aulas perdidas – Indeferimento da petição inicial, por inadequação da via eleita – Manutenção – **Ação popular que é instrumento para anular ato administrativo lesivo ao patrimônio público ou ao meio ambiente – Existência de ato administrativo concreto a ser desconstituído que é pressuposto indispensável para o seu ajuizamento – Inadmissibilidade da veiculação de pedido consistente em obrigação de fazer – Reconhecimento de inadequação da via eleita que se impõe** – Precedentes – Recurso oficial não provido. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1046802-16.2019.8.26.0053; Relator (a): Maria Olívia Alves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/02/2020; Data de Registro: 10/02/2020)⁴

(Gn)

Portanto, os pedidos subsidiários do autor não devem ser considerados, diante da inadequação da via eleita.

3. DO MÉRITO

A. DA CONSULTA PÚBLICA Nº 03/2020

⁴ No mesmo sentido: TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1002403-43.2020.8.26.0609; Relator (a): Heloísa Martins Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Taboão da Serra - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/10/2020; Data de Registro: 15/10/2020; TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1007700-46.2019.8.26.0292; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Jacaréi - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/08/2020; Data de Registro: 24/08/2020; TJSP; Apelação Cível 1002229-88.2019.8.26.0279; Relator (a): Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Itararé - 1ª Vara; Data do Julgamento: 13/05/2020; Data de Registro: 14/05/2020; TJSP; Agravo de Instrumento 2049555-59.2017.8.26.0000; Relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª. Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/04/2017; Data de Registro: 26/04/2017.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Alega o autor que a opção por realizar consulta pública neste caso ao invés de audiência pública, não seria a forma legal e democraticamente prevista para se decidir por determinada questão de tamanho interesse econômico e social.

A ARTESP lançou a Consulta Pública nº 003/2020 em 24/10/2020, com a finalidade de colher sugestões e contribuições para a minuta da Portaria que trata da regulação da prestação de serviço intermunicipal coletivo de passageiros sob os regimes de fretamento eventual e contínuo.

Inicialmente o prazo final da Consulta Pública era 09/11/2020 para o envio de contribuições, mas tal prazo foi prorrogado para o dia 30/11/2020⁵:

⁵ Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/audiencias-e-consultas-publicas.aspx>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Consulta Pública

| 03/2020

| EM ANDAMENTO

A Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP comunica que realizará Consulta Pública para colher sugestões e contribuições para a minuta de Portaria que trata da regulamentação da prestação do serviço intermunicipal de transporte coletivo de passageiros sob os regimes de fretamento eventual e contínuo.

A minuta da Portaria, bem como o regulamento e a forma de participação na Consulta Pública encontram-se disponíveis aqui, desde de 24 de outubro de 2020.

As contribuições devem ser encaminhadas para o endereço eletrônico fretamento@artesp.sp.gov.br, no período entre 24 de outubro e 30 de novembro de 2020. As sugestões e/ou colaborações encaminhadas fora do prazo não serão analisadas e serão devolvidas ao demandante.

PERÍODO

de 24/10/2020 até 30/11/2020

Dessa forma, sem razão o autor ao alegar que a consulta teria prazo curtíssimo, considerando que foi concedido para de mais de 30 dias para os interessados em enviar suas contribuições.

O período concedido é suficiente para que todos interessados na matéria possam por meio escrito apresentar sugestões, críticas, e contribuições para eventual aperfeiçoamento ou mudança do escopo da portaria.

Além disso, sem qualquer fundamento a alegação de que restringiria a participação dos interessados o preenchimento de formulário disponível no site da ARTESP e envio para o endereço eletrônico indicado.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O Regulamento da Consulta Pública permite a participação de qualquer pessoa física ou jurídica:

2. FORMA DE PARTICIPAÇÃO

Poderão participar desta Consulta Pública, pessoas físicas ou jurídicas interessadas na matéria. Interessados em participar poderão fazê-lo analisando os documentos que estarão disponíveis no site da ARTESP (<http://www.artesp.sp.gov.br>, menu TRANSPARÊNCIA > AUDIÊNCIAS E CONSULTAS PÚBLICAS) a partir de 24/10/2020.

As contribuições deverão ser feitas por escrito, obedecendo ao formulário-modelo disponível no endereço supramencionado e enviadas até às 18 horas do dia 30/11/2020, em formatos Excel e PDF, para o endereço eletrônico fretamento@artesp.sp.gov.br, identificando o assunto do e-mail como "Contribuições Consulta Pública 03/2020".

Somente serão apreciadas pela Agência, as contribuições que contenham identificação do participante e contato (e-mail e telefone), que estejam devidamente inseridas no formulário-padrão e dentro do prazo. As sugestões e/ou colaborações encaminhadas fora do prazo não serão analisadas e serão devolvidas ao demandante.

O formato exigido para as contribuições apenas busca padronizar as manifestações para facilitar a sua organização e possibilitar a devida apreciação pela Agência.

Todas as consultas públicas da ARTESP têm o mesmo formato, com o preenchimento de formulário para envio a um e-mail indicado (ex: Consultas Públicas nº 01 e 02, de 2020), não havendo qualquer restrição de participação⁶.

A possibilidade de realização de consulta pública e audiência pública está prevista nos artigos 28 a 31 da Lei Estadual nº 10.177/1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo:

Artigo 28 - Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho

⁶ A título de curiosidade, as Consultas Públicas nº 17/2020 e nº 19/2020 da ARSESP, também tiveram o mesmo formato: envio de contribuições por escrito, no formato exigido pelo regulamento, exclusivamente por meio de endereço eletrônico indicado.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

motivado, autorizar consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1.º - A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que os autos possam ser examinados pelos interessados, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2.º - O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado no processo, mas constitui o direito de obter da Administração resposta fundamentada.

Artigo 29 - Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Artigo 30 - Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Artigo 31 - Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação dos administrados deverão ser acompanhados da indicação do procedimento adotado.

O objetivo da Consulta Pública, ao contrário do que alega o autor, é de promover a transparência e participação social, dar aos usuários, agentes econômicos e demais interessados a oportunidade de manifestarem sua opinião, bem como colher subsídios, garantindo assim confiabilidade, clareza e segurança na decisão normativa da Agência.

É um instrumento de instrução do processo administrativo, isto é, visa a esclarecer fatos e trazer novos subsídios ao processo, a fim de que a Administração possa tomar uma decisão mais acertada e legítima.

Ao comentar o art. 31 da Lei Federal nº 9.784/99, que tem a mesma redação do art. 28 da citada Lei Estadual, Irene Patrícia Nohara e Thiago Moreira explicam que **a realização da consulta pública é facultativa**:

Muito se debate acerca da vinculação ou da discricionariedade da Administração no tocante à abertura e à realidade de consulta pública. Com a edição da LPA, esse questionamento foi superado. A norma



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

geral válida para o processo administrativa federal é clara: cumpridos os dois requisitos básicos determinados na lei, surgira par o órgão público a faculdade de utilizar a consulta pública.

A abertura da consulta pública depende, em primeiro lugar, da confirmação de que a matéria objeto do processo é de interesse geral. Em segundo lugar, dependerá ainda da confirmação de que não prejudica indevidamente o interessado. Observado esses dois requisitos, então surgirá a necessidade de ponderar as vantagens e desvantagens que a realização da consulta trará ao processo (regra da razoabilidade) para que então se exerce ou não a faculdade prevista na LPA. Também a escolha do momento da realização da consulta dependerá de um juízo de conveniência e oportunidade, ou seja, a autoridade escolherá quando a consulta será realizada com respeito à regra geral contida no art. 31: ela deverá ocorrer antes da decisão administrativa definitiva ou, depois dela, diante da pretensão de anulação ou revogação.

*(Processo Administrativo: Lei 9.784/1999 comentada. 2ª ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: RT, 2018, p. 308)*⁷.

Destaque-se que o artigo 29 da LINDB expressamente prevê que qualquer órgão ou Poder **poderá** (faculdade) realizar consulta pública, preferencialmente por meio eletrônico, para editar atos normativos, *in verbis*:

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

⁷ Possui o mesmo entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “A consulta pública não é prevista, nessa lei, como obrigatória para a Administração Pública, mas como faculdade a ser exercida” (*Direito Administrativo*. 22ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 633).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Assim como a consulta pública, a audiência pública também é um ato instrutório do processo e tem como finalidade possibilitar a participação da sociedade no processo decisório do Poder Público.

Nesse sentido, “*a função da audiência e da consulta para o Estado e para a sociedade é idêntica*”, pois ambos os instrumentos “*buscam democratizar a atividade administrativa do Estado e permitir que pessoas físicas e jurídicas contribuam com a autoridade competente na elaboração de uma decisão relevante tanto para o interessado quanto para a sociedade*”⁸.

Tais mecanismos de participação popular se diferenciam na forma de expressão dos participantes e na duração. Enquanto a audiência pública caracteriza-se pela oralidade, pois são realizados debates e discussões entre as autoridades e os participantes, a consulta pública envolve apenas manifestações escritas. Quanto à duração, a audiência ocorre durante algumas horas em determinado dia, sendo que a consulta dura vários dias.

A consulta pública estabelece um diálogo mais formal e demorado, sendo que a lei impõe à autoridade administrativa o dever de manifestação acerca dos comentários e sugestões apresentadas, de maneira que deve efetivamente analisar e ponderar acerca das manifestações recebidas⁹.

⁸ NOHARA, Irene Patrícia. MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo: Lei 9.784/1999 comentada*. 2ª ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: RT, 2018, p. 314.

⁹ Acerca das diferenças entre os dois mecanismos de participação popular: “A legislação ainda prevê os mecanismos de instrução processual que podem ser empregados a fim de materializar uma efetiva motivação dos atos normativos da Administração: a audiência pública e a consulta pública. No primeiro caso, a Administração define data e local para a realização de uma audiência na qual os interessados serão ouvidos a respeito do tema a ser objeto de regulamentação. As manifestações tanto servem para influenciar a decisão final da Administração Pública, como também, quando menos, exigem fundamentação específica sobre a definição tomada quanto à matéria objeto de questionamento ou comentário. Na consulta pública, a Administração divulga previamente uma minuta de texto normativo e abre prazo para que os interessados possam encaminhar contribuições e questionamentos por escrito. Findo o prazo, a Administração deve analisar e responder às contribuições. Perceba-se que a Administração, empregando quaisquer dos instrumentos vistos acima, além de assegurar a observância do direito ao contraditório, também propicia o atendimento do dever de motivação das decisões administrativas. Mediante provocação dos interessados, a Administração se vê obrigada a expor as razões que fundamentam cada uma das opções seguidas no ato regulamentar. Sem esse tipo de estímulo, corre-se o risco de se editar ato normativo sem a devida motivação (que, além de fundamentos jurídicos, deve



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Veja-se que apenas na consulta pública, há um efetivo controle no processo decisório da Administração, pois esta tem o dever de analisar todas as sugestões encaminhados de forma fundamentada (art. 28, § 2º):

Considerados esses três mecanismos de participação direta, apenas o primeiro – consulta pública – permite objetivamente que haja um controle do processo decisório da agência sobre o conteúdo da regulação. Em outras palavras, é por meio das consultas públicas para a edição de normas que os interessados podem se manifestar sobre o conteúdo das normas a serem editadas pela agência. Assim, o mecanismo de consulta pública é o instrumento de participação deliberativo que está diretamente ligado ao processo de legitimação democrática da regulação, enquanto função normativa estabelecida por agências reguladora.

(MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Um estudo dos mecanismos de accountability da regulação do setor de telecomunicações no Brasil após as privatizações*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, n.14, ano 4, abri/junho 2006).

E da mesma forma que a consulta pública não é obrigatória, a audiência pública também não o é, sendo um procedimento de uso discricionário pelo Poder Público.

É certo que leis específicas podem prever a obrigatoriedade de realização de audiências públicas em determinados casos, como o art. 39 da Lei nº 8.666/93, mas no presente caso, não há norma legal que obrigue a ARTESP a realizar audiência pública antes da edição de Portaria que regulamenta determinado serviço público.

conter as razões de fato que justificam a decisão tomada)” SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Dessa forma, não há ilegalidade nenhuma na adoção de consulta pública e não de audiência pública¹⁰, pois as modalidades são legais e permitem a participação da sociedade em geral e atendem aos princípios da administração pública e participação do povo.

Portanto, a Consulta Pública nº 03/2020, da ARTESP, foi instaurada em total observância à Lei Estadual nº 10.177/1998, não havendo qualquer ilegalidade ou irregularidade.

B. DA COMPETÊNCIA DA ARTESP PARA A REGULAÇÃO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS INTERMUNICIPAL

Argumenta o autor ser privativa da União a competência para legislar sobre transporte terrestre de passageiros de maneira ampla e geral, de modo que a ARTESP não poderia editar a Portaria objeto da consulta, bem como que o Diretor Geral da ARTESP não teria competência para editá-la.

Ao contrário do que afirma o autor, a ARTESP, dentro de suas atribuições previstas na Lei Complementar Estadual nº 914/2002, é a agência reguladora estadual que fiscaliza o transporte coletivo rodoviário e por fretamento privado¹¹.

¹⁰ Nesse sentido entendeu o e. TJSP: “VOTO 26035 AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA – SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO EDITAL ARTESP 0001/2016 E EXCLUSÃO DO AEROPORTO DO MUNICÍPIO DE UBATUBA DO CERTAME PARA PRIVATIZAÇÃO – ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE AUDIÊNCIA OU CONSULTA PÚBLICA – DESCABIMENTO – Ainda que seja medida salutar, não há imposição legal para a pretendida consulta ou audiência pública – Previsão legal para exploração indireta da delegação concedida ao Estado de São Paulo, o qual optou, dentro de sua discricionariedade, pela privatização – Ausência dos requisitos legais para a concessão da pretendida tutela. Agravo de instrumento não provido”. (TJSP; Agravo de Instrumento 2140416-28.2016.8.26.0000; Relator (a): Leonel Costa; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/02/2017; Data de Registro: 16/02/2017) (gn).

¹¹ **Artigo 1º** - Fica instituída a **Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - ARTESP, autarquia de regime especial**, vinculada à Secretaria de Estado dos Transportes, dotada de autonomia orçamentária, financeira, técnica, funcional, administrativa e poder de polícia, com sede e foro na cidade de São Paulo, e prazo de duração indeterminado, **com a finalidade de regulamentar e fiscalizar todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos, no âmbito da Secretaria de Estado dos Transportes, a entidades de direito privado.**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da ARTESP:
I - fiscalizar o cumprimento dos contratos de concessão, permissão ou autorização de prestação de serviços públicos de transportes;

II - promover e zelar pela eficiência econômica e técnica dos serviços públicos de transporte, autorizados, permitidos ou concedidos, submetidos à sua competência regulatória;

III - proteger os usuários do abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros;

IV - fixar regras procedimentais, inclusive em relação ao estabelecimento, revisão, reajuste e aprovação de tarifas e taxas, que permitam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões e termos de permissões de serviços públicos de transporte;

V - atender, por intermédio das entidades reguladas, as solicitações razoáveis de serviços essenciais à satisfação das necessidades dos usuários;

VI - promover a estabilidade nas relações entre poder concedente, entidades reguladas e usuários;

VII - estimular a expansão e a modernização dos serviços delegados, de modo a buscar a sua universalização e a melhoria dos padrões de qualidade, ressalvada a competência do Estado quanto à definição das políticas setoriais e seu caráter de intermodalidade;

VIII - propiciar, estimular e assegurar a livre, ampla e justa competição entre as entidades reguladas, quando pertinente, e reparar os efeitos da competição imperfeita;

IX - estabelecer padrões de serviço adequado, garantindo ao usuário regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 1º - É vedada a prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros, de qualquer natureza, que não tenham sido autorizados, concedidos ou permitidos pela autoridade competente.

Artigo 4º - A ARTESP, no âmbito dos serviços compreendidos em suas finalidades, terá as seguintes atribuições:

I - implementar a política estadual de transportes;

II - vetado;

(...)

VII - zelar pela prestação de serviço adequado, considerando-se como tal todo aquele que satisfaça as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas;

(...)

XI - intervir na prestação dos serviços públicos de transporte, autorizados, permitidos ou concedidos, nos casos previstos em lei ou em contrato;

(...)

XIV - deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação das normas legais e contratuais, no que se refere a serviços públicos de transporte, fixando a orientação a ser adotada nos casos omissos;

(...)

XVII - atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários e dos demais agentes afetados pelos serviços públicos de transporte sob seu controle, recebendo petições, representações, reclamações, e promovendo as devidas apurações;

XVIII - estimular a melhoria da qualidade e aumento de produtividade dos serviços públicos de transporte;

XIX - estimular a competitividade e a livre concorrência quando pertinentes, visando tornar mais adequados os serviços públicos de transporte e reduzir os seus custos;

XX - acompanhar o desenvolvimento tecnológico e organizacional dos serviços públicos de transporte;

XXI - interagir com as autoridades federais, estaduais e municipais responsáveis pela regulamentação e fiscalização dos serviços públicos de transporte, bem como por outras atividades que afetem esses serviços;

(...)

XXVIII - definir parâmetros e padrões técnicos para a prestação de serviço adequado, consideradas as especificidades de cada modalidade e de cada contrato ou instrumento de outorga;

XXIX - definir parâmetros e indicadores para a manutenção e atualização dos equipamentos e instalações necessários à prestação dos serviços públicos de transporte;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Com efeito, segundo os artigos 21, XII, "e", 22, XI, 24, 25, §1º, e 30, V, da Constituição Federal, compete à União e aos Estados da Federação organizar, regular e fiscalizar, respectivamente, os transportes coletivos interestadual e intermunicipal, cabendo aos Municípios tão somente a organização, regulação e fiscalização dos transportes coletivos urbanos, isto é, aqueles com início e fim dentro da circunscrição geográfica municipal.

Esse é o entendimento do e. STF: *“Compete à União organizar as diretrizes básicas sobre a política nacional de transporte. Por outro lado, cabe ao Estado-membro dispor sobre o transporte estadual e intermunicipal, ao passo que ao Município incumbem as regras de interesse local”* (ADI 4212, Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020, Processo Eletrônico DJe-201 DIVULG 12-08-2020 Public 13-08-2020)¹².

Dessa forma, os trajetos interestaduais de fretamento são regulamentados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e os trajetos intermunicipais, ou seja, com origem e destino no Estado de São Paulo, pela ARTESP.

XXX - zelar pela contínua preservação das condições de manutenção dos bens inerentes à prestação dos serviços públicos de transporte, tendo em vista seu adequado estado de conservação à época da reversão desses bens ao Estado, quando for o caso;

XXXI - definir, na elaboração do edital, os riscos existentes em cada tipo de contrato, atribuindo-os aos diferentes agentes envolvidos no serviço;

XXXII - promover estudos e pesquisas, visando ao desenvolvimento dos serviços públicos de transporte;

XXXIII - fiscalizar e assegurar o cumprimento de suas determinações e das normas contratuais e legais que disciplinam os serviços públicos de transporte;

(.. XXXVI - disciplinar e fiscalizar as atividades auxiliares, complementares ou decorrentes dos serviços delegados;

(...)

XXXVIII - exercer as funções de órgão executivo rodoviário, hidroviário, aeroportuário e ferroviário na circunscrição dos serviços concedidos, permissionados ou autorizados

¹² No mesmo sentido: “Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Estado-membro. Transporte intermunicipal de passageiros. Poder de polícia. Norma infralegal. Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte. Violação. Não ocorrência. Poder regulamentar. Alegação de excesso. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Precedentes. 1. O Estado-membro, ao editar atos normativos relativos ao transporte intermunicipal de passageiros, no exercício do poder de polícia, não viola a competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte. 2. A verificação de suposto excesso na regulamentação de lei pela Administração Pública, através de ato infralegal, não prescinde da análise dos atos normativos envolvidos, o que é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 636/STF. 3. Agravo regimental não provido” (STF, ARE 742929 AgR, Relator(a): Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 07/04/2015, Processo Eletrônico DJe-080 Divulg 29-04-2015 PUBLIC 30-04-2015).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

As empresas de transporte de passageiros por fretamento, com embarque ou desembarque no Estado de São Paulo, são autorizadas pela ARTESP, nos termos da Lei Complementar nº 914/02, regulamentada pelo Decreto nº 46.708/02, e seguindo o regramento do Decreto Estadual nº 29.912/89¹³.

Tal Decreto Estadual Regulamentador foi considerado constitucional pelo e. STF, diante da inocorrência de ofensa à competência privativa da União. Confira-se a ementa do julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTADO-MEMBRO: PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA. ÔNIBUS: FRETAMENTO PARA FINS TURÍSTICOS: DECRETO ESTADUAL REGULAMENTADOR. **Decreto 29.912, de 1989**, do Estado de São Paulo. I. - Fretamento de ônibus para o transporte com finalidade turística, ou para o atendimento do turismo no Estado. Transporte ocasional de turistas, que reclama regramento por parte do Estado-membro, com base no seu poder de polícia administrativa, com vistas à proteção dos turistas e do próprio turismo. CF, art. 25, § 1º. Inocorrência de ofensa à competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art. 22, XI). II. - RE conhecido e não provido.

(RE 201865, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2004, DJ 04-02-2005 PP-00021 EMENT VOL-02178-02 PP-00290 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 173-182 RTJ VOL-00193-03 PP-01078)

Por fim, em relação às competências do Diretor Geral da ARTESP, é certo que a Portaria será aprovada pelo Conselho Diretor da Agência, que é o “*órgão superior de direção, com as atribuições de coordenar, supervisionar, fiscalizar e executar as atividades institucionais, técnicas e administrativas*” (art. 14, Decreto nº 46.708/02).

Tanto que consta na minuta da Portaria objeto da consulta pública a seguinte observação: “*CONSIDERANDO ser atribuição institucional da ARTESP, por intermédio de seu Conselho Diretor, o gerenciamento dos contratos de concessão, permissão e autorização de prestação de serviços públicos de transporte, com vistas à*

¹³ A competência para autorizar, disciplinar e fiscalizar os serviços de fretamento e transporte regular era do DER, e posteriormente foi transferida para a ARTESP, com a edição da LCE nº 914/02.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

satisfação do usuário nos aspectos de legalidade, regularidade, continuidade, eficiência, segurança e atualidade”.

Com a eventual aprovação do Conselho Diretor, cabe ao Diretor Geral da ARTESP, que é membro do Conselho, expedir o ato normativo, conforme previsto no art. 19, XV, do Regimento Interno da Agência: “*São atribuições exclusivas do Diretor Geral(...) XV - expedir os atos administrativos de competência da ARTESP*”.

Portanto, não há qualquer vício de competência na futura expedição da portaria em questão, caso aprovada.

C. DA MINUTA DA PORTARIA – DA AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO DE DIREITOS – DA REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PRIVADOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS

Afirma o autor que a minuta da portaria restringe direitos em desacordo com o previsto em lei, bem como que o serviço de transporte privado de passageiros pode ser livremente prestado pela iniciativa privada, sem regulação estadual.

O transporte rodoviário de passageiros constitui um serviço público, de titularidade estatal, cuja execução, pela iniciativa privada, pressupõe, como regra geral, a realização de prévia licitação (art. 175, CF) e a observância dos princípios da regularidade, da continuidade, da eficiência, da segurança, da atualidade, da generalidade, da cortesia e da modicidade das tarifas (art. 6º, Lei nº 8987/95).

E como já citado anteriormente, o transporte rodoviário de passageiros é administrado pela União, quando possui natureza internacional e interestadual; pelos Estados, quanto tem caráter intermunicipal; e pelos Municípios.

Assim, embora o transporte privado de passageiros se constitua em atividade econômica, essa liberdade é constitucionalmente limitada a fim de que ela não prejudique o serviço público rodoviário.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Ademais, considerando que nenhum princípio constitucional é absoluto, o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulação de mercado e defesa do consumidor (STF, AI 636883 AgR, Relator(a): Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-040 Divulg 28-02-2011 Public 01-03-2011 Ement Vol-02473-01 PP-00219).

O exercício de qualquer atividade econômica está sujeito ao atendimento dos requisitos legais e às limitações estabelecidas pelo Poder Público no regular exercício de seu poder de polícia.

Inclusive o e. STF já reconheceu a competência das agências reguladoras para editar atos normativos com a finalidade de regular e fiscalizar as atividades a elas atribuídas por lei:

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 7º, III E XV, IN FINE, DA LEI Nº 9.782/1999. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA (RDC) DA ANVISA Nº 14/2002. PROIBIÇÃO DA IMPORTAÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS FUMÍGENOS DERIVADOS DO TABACO CONTENDO ADITIVOS. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. REGULAÇÃO SETORIAL. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIA REGULADORAS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DO DIREITO À SAÚDE. PRODUTOS QUE ENVOLVEM RISCO À SAÚDE. COMPETÊNCIA ESPECÍFICA E QUALIFICADA DA ANVISA. ART. 8º, § 1º, X, DA Lei nº 9.782/1999. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA. RAZOABILIDADE. CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE CONTROLE DO USO DO TABACO – CQCT. IMPROCEDÊNCIA.

1. Ao instituir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, a Lei nº 9.782/1999 delinea o regime jurídico e dimensiona as competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia especial. 2. **A função normativa das agências reguladoras não se confunde com a a função regulamentadora da Administração (art. 84, IV, da Lei Maior), tampouco com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF).** 3. **A competência para editar atos normativos visando à organização**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

e à fiscalização das atividades reguladas insere-se no poder geral de polícia da Administração sanitária. Qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial. Precedentes: ADI 1668/DF-MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2004; RMS 28487/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 14.3.2013; ADI 4954/AC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; ADI 4949/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 03.10.2014; ADI 4951/PI, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 26.11.2014; ADI 4.093/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014. 4. Improcedência do pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, XV, parte final, da Lei nº 9.782/1999, cujo texto unívoco em absoluto atribui competência normativa para a proibição de produtos ou insumos em caráter geral e primário. Improcedência também do pedido alternativo de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, III, da Lei nº 9.782/1999, que confere à ANVISA competência normativa condicionada à observância da legislação vigente. 5. Credencia-se à tutela de constitucionalidade in abstracto o ato normativo qualificado por abstração, generalidade, autonomia e imperatividade. Cognoscibilidade do pedido sucessivo de declaração de inconstitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14/2012 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. 6. Proibição da fabricação, importação e comercialização, no país, de produtos fumígenos derivados do tabaco que contenham as substâncias ou compostos que define como aditivos: compostos e substâncias que aumentam a sua atratividade e a capacidade de causar dependência química. Conformação aos limites fixados na lei e na Constituição da República para o exercício legítimo pela ANVISA da sua competência normativa. 7. **A liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, da Lei Maior) não impede a imposição, pelo Estado, de condições e limites para a exploração de atividades privadas tendo em vista sua compatibilização com os demais princípios, garantias, direitos fundamentais e proteções constitucionais, individuais ou sociais**, destacando-se, no caso do controle do tabaco, a proteção da saúde e o direito à informação. O risco associado ao consumo do tabaco justifica a sujeição do seu mercado a intensa regulação sanitária, tendo em vista o interesse público na proteção e na promoção da saúde. 8. O art. 8º, caput e § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999 submete os produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, a regime diferenciado específico de regulamentação, controle e fiscalização pela ANVISA, por se tratar



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

de produtos que envolvem risco à saúde pública. A competência específica da ANVISA para regulamentar os produtos que envolvam risco à saúde (art. 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999) necessariamente inclui a competência para definir, por meio de critérios técnicos e de segurança, os ingredientes que podem e não podem ser usados na fabricação de tais produtos. Daí o suporte legal à RDC nº 14/2012, no que proíbe a adição, nos produtos fumígenos derivados do tabaco, de compostos ou substâncias destinados a aumentar a sua atratividade. De matiz eminentemente técnica, a disciplina da forma de apresentação (composição, características etc.) de produto destinado ao consumo, não traduz restrição sobre a sua natureza. 9. Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*). 10. A incorporação da CQCT ao direito interno, embora não vinculante, fornece um standard de razoabilidade para aferição dos parâmetros adotados na RDC nº 14/2012 pela ANVISA, com base na competência atribuída pelos arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999. 11. Ao editar a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 14/2012, definindo normas e padrões técnicos sobre limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e restringindo o uso dos denominados aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, sem alterar a sua natureza ou redefinir características elementares da sua identidade, a ANVISA atuou em conformidade com os lindes constitucionais e legais das suas prerrogativas, observados a cláusula constitucional do direito à saúde, o marco legal vigente e a estrita competência normativa que lhe outorgam os arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999. Improcedência do pedido sucessivo. 12. Quórum de julgamento constituído por dez Ministros, considerado um impedimento. Nove votos pela improcedência do pedido principal de interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, do art. 7º, III e XV, in fine, da Lei nº 9.782/1999. Cinco votos pela improcedência e cinco pela procedência do pedido sucessivo, não atingido o quórum de seis votos (art. 23 da Lei nº 9.868/1999) – maioria absoluta (art. 97 da Constituição da República) – para declaração da inconstitucionalidade



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

da RDC nº 14/2012 da ANVISA, a destituir de eficácia vinculante o julgado, no ponto. 13. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, e, no mérito julgados improcedentes os pedidos principais e o pedido sucessivo. Julgamento destituído de efeito vinculante apenas quanto ao pedido sucessivo, porquanto não atingido o quórum para a declaração da constitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada nº 14/2012 da ANVISA.

(ADI 4874, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)

Nesse contexto, o serviço de fretamento está regulamentado pelo Decreto nº 29.912 de 1989, consistindo em um serviço de natureza privada, regulado pelo Estado por ser de interesse público.

E de acordo com entendimento do e. TJSP, com a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9503/1997), não houve a revogação das normativas estaduais referentes às autorizações, permissões e concessões para o transporte coletivo de passageiros, permanecendo em vigor os Decretos paulistas nºs 29912 e 29913 (TJSP; Apelação 0098935-71.2006.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Dip; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Bonito - 1.VARA CIVEL; Data do Julgamento: 14/04/2008; Data de Registro: 25/04/2008).

De acordo com o citado decreto, **o serviço de fretamento caracteriza-se pelo transporte de pessoas sem cobrança individual de passagem, sem assumir caráter de serviço aberto ao público** (art. 4º).

Frise-se que desde a edição do referido decreto, em maio de 1989, o exercício do serviço de fretamento depende de autorização concedida pela Autoridade Pública (art. 3º).

O serviço prestado a um determinado grupo de passageiros mediante contrato pode ser realizado em duas modalidades: fretamento contínuo e fretamento eventual (art.6º).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O Serviço de Fretamento Contínuo é o serviço de transporte de passageiros prestado à pessoa jurídica, mediante contrato por escrito, para um determinado número de viagens, sendo que a empresa contratante negocia com a empresa contratada o valor da viagem (art. 7º).

Os passageiros dessa modalidade devem possuir vínculo específico com a contratante. Por exemplo, podem contratar fretamento contínuo instituição de ensino ou agremiação estudantil legalmente constituída, para transporte de seus alunos ou associados. Na prática, o fretamento contínuo é utilizado por empresas para o transporte de seus funcionários ou escolas e agremiações para o transporte de seus alunos.

Conforme estabelece o artigo 8º, o fretamento eventual é o serviço prestado a um cliente ou a um grupo de pessoas, mediante contrato escrito, para uma viagem, e a minuta de portaria esclarece que a viagem é de ida e volta - circuito fechado. Na prática, o fretamento eventual é utilizado para o transporte de grupos em viagens de turismo.

Assim sendo, por força do que consta na portaria colocada em consulta pública, o que se busca é justamente disciplinar e regularizar a condição de transporte de fretamento nos termos do decreto estadual.

A minuta da portaria em momento algum trará restrição ao exercício profissional das empresas de fretamento, pois apenas busca regular a atividade que o decreto já disciplina.

Na época em que o referido Decreto foi aprovado, o serviço de fretamento eventual era conhecido como um fretamento turístico, uma excursão, no qual um grupo de pessoas que tem um interesse em comum contrata uma empresa de ônibus para efetuar uma viagem de ida e volta.

O próprio autor observa que “o *fretamento está completamente vinculado ao turismo*”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A minuta busca esclarecer que o fretamento eventual deve ser realizado em circuito fechado, com viagem de ida e volta, com a exceção do serviço de traslado ou *transfer*, pois permitir que empresas privadas realizem fretamento eventual de viagem apenas de ida gera uma concorrência desleal com empresas de transporte rodoviário regular.

As empresas de transporte regular prestam **serviço público**, mediante delegação da Administração, sendo certo que seu custo é maior, porque atendem em rodoviárias e devem oferecer o transporte **de modo contínuo, com frequência mínima de viagens, e com determinadas gratuidades e descontos previstos em lei.**

Ao contrário do serviço de fretamento, o transporte coletivo intermunicipal rodoviário de passageiros tem cobrança individual de passagem e opera em linhas estabelecidas, com horários previamente autorizados pelo Poder Concedente.

E por ser permissionária ou concessionária de serviço público, tem obrigação de operar viagens economicamente inviáveis, porém necessárias.

Em resumo, o Serviço Regular é aquele prestado em que o usuário conhece previamente em qual horário irá viajar, pois os horários e destinos são pré-definidos, e quanto pagará por isso, já que a contraprestação se dá por meio do pagamento de tarifa. Como o atendimento é feito com regularidade, com itinerários já preestabelecidos, há a garantia de que o serviço será prestado ao público em geral em certo dia e horário, independentemente do número de passageiros que adquiriram bilhetes de passagens para a viagem.

O fretamento eventual em circuito aberto, com exceção do *transfer*, implica na prática em prestação de serviço público por empresas, como se fossem permissionários ou concessionários, porém sem ter passado por trâmites licitatórios, em um verdadeiro mercado paralelo.

A realização de viagens somente de ida por empresas de fretamento sobrepõe irregularmente a operação rodoviária existente, além de apenas realizar



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

viagens rentáveis, a destinos mais procurados, sem ter que atender a destinos menos procurados e municípios de menor poder econômico.

Em outras palavras, as empresas de fretamento não têm qualquer obrigação de realizar viagens necessárias economicamente inviáveis.

Nesse sentido, o art. 37, V, “a”, do Decreto Estadual nº 29.912/1989, prevê a aplicação de multa para as transportadoras que executarem serviço rodoviário de transporte coletivo de passageiros sem autorização¹⁴.

Ademais, a portaria visa se adequar à regulação federal que prevê que o serviço de fretamento eventual sempre é em circuito fechado, conforme disposto no Decreto Federal nº 2521/1998 e na Resolução da ANTT nº 4.777/2015:

Decreto Federal nº 2521/1998

Art. 3º Para os fins deste Decreto, considera-se

XI - fretamento eventual ou turístico: é o serviço prestado à pessoa ou a um grupo de pessoas, em circuito fechado, com emissão de nota fiscal e lista de pessoas transportadas, por viagem, com prévia autorização ou licença da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT;

(...)

Art. 35. Constituem serviços especiais os prestados nas seguintes modalidades:

I - transporte interestadual e internacional sob regime de fretamento contínuo;

II - transporte interestadual e internacional sob regime de fretamento eventual ou turístico;

III - transporte internacional em período de temporada turística;

¹⁴ Artigo 37 - As multas terão seus valores fixados em base percentual sobre o maior valor de referência - (MVR), a que alude o artigo 2.º da lei n.º 6.205, de 29 de abril de 1975 e serão aplicadas às transportadoras, na seguinte conformidade: (...) V- 400% (quatrocentos por cento) do valor do maior valor de referência (MVR), quando: a) executar serviço rodoviário de transporte coletivo de passageiros sem autorização formal nos termos deste regulamento.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Art. 36. Os serviços especiais previstos nos incisos I e II do caput do art. 35 têm caráter ocasional, só podendo ser prestados em circuito fechado, sem implicar o estabelecimento de serviços regulares ou permanentes e dependem de autorização da Agência Nacional de Transportes Terrestres, independentemente de licitação, observadas, quando for o caso, as normas dos tratados, convenções e acordos internacionais, enquanto vincularem a República Federativa do Brasil.

Resolução da ANTT nº 4.777/2015:

VI - Fretamento turístico: o serviço prestado por autorizatária, para deslocamento de pessoas em circuito fechado, com exceção dos casos previstos nesta Resolução, em caráter ocasional, com relação de passageiros transportados e emissão de nota fiscal de acordo com as características da viagem, que deverá ser realizada conforme as modalidades turísticas definidas em legislação;

VII - Fretamento eventual: o serviço prestado por autorizatária, para deslocamento de pessoas em circuito fechado, com exceção dos casos previstos nesta Resolução, em caráter ocasional, com relação de passageiros transportados e emissão de nota fiscal de acordo com as características da viagem, que ocorrerá sem interesse turístico;

O Manual de fiscalização de empresas prestadoras do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual de passageiros sob o regime de fretamento da ANTT define “circuito fechado” da seguinte forma: *“viagem de um grupo de passageiros com motivação comum que parte em um veículo de local de origem a um ou mais locais de destino e, após percorrer todo o itinerário, observado os tempos de permanência estabelecidos nesta Resolução, este grupo de passageiros retorna ao local de origem no mesmo veículo que efetuou o transporte na viagem de ida”*¹⁵.

Veja que o art. 4º da minuta da portaria dispõe da mesma forma sobre o fretamento eventual e circuito fechado:

Art. 4º. O fretamento eventual deve ser realizado para deslocamento de pessoas em circuito fechado, em caráter ocasional, com relação de

¹⁵Disponível

em:
<https://antt.gov.br/documents/359209/0/Manual+de+Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Servi%C3%A7o+de+Fretamento.pdf/7b8ef044-7316-1c47-39ac-ec373558c429?t=1592236565733>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

passageiros transportados e emissão de nota fiscal de acordo com as características da viagem.

I - Circuito fechado é a viagem de um cliente ou grupo de passageiros com motivação comum, que parte em um veículo do local de origem a um ou mais locais de destino e, após percorrer todo o itinerário oferecido, este mesmo cliente ou mesmo grupo de passageiros retorna ao local de origem no mesmo

veículo que efetuou o transporte na viagem de ida ou em outro veículo.

Parágrafo único. Excetua-se da definição de circuito fechado o serviço de traslado ou transfer, que é aquele realizado com local de origem e local de destino em locais de hospedagem e onde se realizem congressos, convenções, feiras, exposições de negócios e respectivas programações sociais.

Do exposto acima, conclui-se que **o circuito fechado é característica essencial do serviço de fretamento**, de modo que o mesmo grupo de passageiros que realiza a viagem de ida deve ser o mesmo grupo que realizada a viagem de volta.

Caso tal característica fosse desconsiderada, haveria uma descaracterização do serviço de fretamento, que passaria a se aproximar mais de um serviço regular, vez que um passageiro poderia apenas fazer um trajeto de ida e fazer a viagem de volta por outra empresa.

Importante pontuar que uma empresa que deseja operar serviços de transporte regulares de características rodoviárias deve cumprir requisitos muito mais rigorosos que as empresas que operam somente o fretamento.

Caso fosse desconsiderado o critério do “circuito fechado” no fretamento, poderia haver uma migração da demanda de passageiros e de empresas do serviço regular para o fretado, o que desestruturaria o serviço público, gerando desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos já firmados e inviabilizando o oferecimento de descontos e gratuidades nas tarifas.

Portanto, a minuta da portaria está de acordo com o que estabelece o Decreto nº 29.1912/89, que regulamenta o serviço intermunicipal de passageiros



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

realizado em regime de fretamento. O que se pretende, portanto, é regulamentar a prestação do serviço, cuja competência é da ARTESP.

Por fim, não há que se falar em restrição de liberdade ao usuário de transporte, pois as linhas regulares de transporte rodoviário oferecem aos usuários a possibilidade viagens somente de ida, em diversos horários e dias da semana.

Como já descrito acima, o transporte rodoviário de passageiros é serviço público, devendo observar as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, de maneira que sempre estão disponíveis para os usuários.

Dessa maneira, resta demonstrado que não há restrição de liberdades nem de direitos na proposta de regulação do serviço de fretamento tratada nesta ação.

4. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer que a ação seja extinta, nos termos do art. 485, VI do CPC. Caso não se entenda nesse sentido, requer seja reconhecida a improcedência do pedido, carreado-se à autora os encargos sucumbenciais.

Protestando pela produção de todas as provas em direito admitidas, pede deferimento.

Termos em que pede deferimento.

São Paulo, 9 de dezembro de 2020.

GRAZIELLA MOLITERNI BENVENUTI
Procuradora do Estado
OAB/SP Nº 319.584


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA de SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **1053866-43.2020.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Ação Popular - Violação aos Princípios Administrativos**
 Requerente: **Marcelo Vieira Abritta**
 Requerido: **AGÊNCIA REGUL.SERV.PÚBL.DELEG.DE TRANSP.EST.SÃO PAULO**

Juiz(a) de Direito: **MARCELO STABEL DE CARVALHO HANNOUN**

Vistos.

MARCELO VIEIRA ABRITTA ajuizou ação popular em face da **AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP** alegando que no dia 24/10/2020 a ARTESP lançou consulta pública nº 03/2020 por meio da qual pretendia colher sugestões e contribuições para a minuta de Portaria que trata da regulamentação da prestação do serviço intermunicipal de transporte coletivo de passageiros sob os regimes de fretamento eventual e contínuo.

Argumenta que a forma de divulgação, de participação e o prazo para encaminhamento das contribuições restringem a participação popular, devendo ser previamente convocada uma audiência pública. Entende que a ARTESP busca inviabilizar a prestação de serviço de fretamento a grande parte das empresas do setor, agindo de maneira arbitrária e prejudicial a todos os envolvidos no modelo de negócio das plataformas tecnológicas que viabilizam o transporte coletivo de passageiros, sejam eles fretadores, consumidores, empresas de tecnologia, motoristas parceiros e tantos outros que se beneficiam do serviço. Alega que a minuta da portaria pretende criar restrição ilegal à participação neste mercado, limitando os participantes àquilo que se denomina circuito fechado, sem qualquer estudo técnico de impacto regulatório que pudesse comprovar o benefício da regulamentação.

1053866-43.2020.8.26.0053 - lauda 1



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

Requer a declaração de nulidade da Consulta Pública e da subsequente Portaria diante da ilegalidade de seu objeto e forma. Subsidiariamente, requer seja determinada a duração de 120 dias da consulta pública e que sejam coletadas pesquisas de ao menos 200.000 passageiros e ao menos 300 empresas de fretamento. Juntou documentos (fls. 18/65).

A liminar foi indeferida (fls. 90/92).

A ré apresentou contestação (fls. 145/176) alegando falta de interesse processual por inadequação da via eleita e ausência de dano ao patrimônio público, bem como porque a portaria ainda é objeto de consulta. No mérito, defendeu a legalidade da consulta pública e informou que houve dilação do prazo para envio das contribuições. Sustentou que possui competência para a regulação de transporte intermunicipal de passageiros e que a minuta de portaria não restringe direitos. Requer a improcedência da ação. Juntou documentos (fls. 177/183).

Houve réplica (fls. 193/208).

Em decisão de saneamento e organização do processo, as preliminares foram rejeitadas. Na ocasião, também foi indeferida a produção de prova testemunhal (fls. 259/260).

O Ministério Público manifestou-se pela parcial procedência da ação (fls. 284/291).

É o relatório.

Fundamento e decido.

O caso comporta julgamento antecipado, nos termos do artigo 355, I, do Código de Processo Civil, uma vez que desnecessária a produção de outras provas além daquelas que constam dos autos.

As preliminares suscitadas pela ré já foram apreciadas e rejeitadas na decisão de saneamento e organização do processo (fls. 259/260).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

Assim, passo ao exame do mérito.

Inicialmente, cumpre esclarecer que esta demanda não tem por objeto a análise da legalidade do modelo de negócio de aplicativos de intermediação de demanda para serviços de transporte terrestre por fretamento, tais como *Buser* ou outros correlatos.

De fato, a ação popular não constitui via processual adequada para tutelar interesses particulares de empresas ou de seus sócios, mas sim interesses da coletividade.

No caso, o autor pretende a anulação da Consulta Pública nº 03/2020 formulada pela ARTESP e da respectiva minuta de Portaria visando à regulamentação do serviço intermunicipal de transporte coletivo de passageiros sob fretamento eventual e contínuo.

Argumenta que a forma de divulgação, de participação e o prazo para encaminhamento das contribuições restringem a participação popular e que a ARTESP deveria ter convocado uma audiência pública para debate da questão. Sustenta que a ARTESP pretende inviabilizar a prestação de serviço de fretamento aos envolvidos no modelo de negócio das plataformas tecnológicas, criando restrição ilegal ao limitar o serviço em circuito fechado, sem qualquer estudo de impacto regulatório.

Respeitados os argumentos do autor, a ação é improcedente.

Nos termos do artigo 1º, da Lei nº 4.717/1965, *Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

A ação popular tem por objetivo tutelar interesses da coletividade, possibilitando ao cidadão a anulação de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa ou ao meio ambiente.

Ocorre que, no caso, não houve demonstração da lesividade dos atos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

O artigo 1º da Lei Complementar nº 914/2002 estabelece que a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP possui a *finalidade de regulamentar e fiscalizar todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos, no âmbito da Secretaria de Estado dos Transportes, a entidades de direito privado.*

Desse modo, encontra-se no âmbito de competência da ARTESP a fiscalização e regulamentação do serviço intermunicipal de transporte coletivo de passageiros sob os regimes de fretamento eventual e contínuo.

A realização de consulta ou audiência pública tem a finalidade de viabilizar a participação popular no processo decisório do poder público, ampliando a transparência e a legitimidade na regulamentação de questões de interesse geral.

Nesse sentido, o artigo 28 da Lei Estadual nº 10.177/98 estabelece que Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, autorizar consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

Por outro lado, o artigo 29 da mesma Lei prevê que Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Como se observa, não há imposição legal para que a administração realize audiência pública em detrimento da consulta pública. A questão está no âmbito da discricionariedade administrativa, cabendo ao administrador avaliar a conveniência da realização de consulta ou audiência pública, bem como qual das modalidades será mais



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

adequada para cada situação.

Em casos análogos, assim já decidiu este E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA – SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO EDITAL ARTESP 0001/2016 E EXCLUSÃO DO AEROPORTO DO MUNICÍPIO DE UBATUBA DO CERTAME PARA PRIVATIZAÇÃO – ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE AUDIÊNCIA OU CONSULTA PÚBLICA – DESCABIMENTO – Ainda que seja medida salutar, não há imposição legal para a pretendida consulta ou audiência pública – Previsão legal para exploração indireta da delegação concedida ao Estado de São Paulo, o qual optou, dentro de sua discricionariedade, pela privatização – Ausência dos requisitos legais para a concessão da pretendida tutela. Agravo de instrumento não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2140416-28.2016.8.26.0000; Rel. Leonel Costa; 8ª Câmara de Direito Público; j. 15/02/2017)

No caso, não ficou demonstrado que a opção pela realização de consulta pública teria impedido a ampla participação dos interessados.

A consulta foi lançada pela ARTESP em 24/10/2020 com prazo até o dia 09/11/2020 para a submissão das contribuições (fls. 21). Posteriormente, o prazo foi ampliado para 30/11/2020 (fls. 156), garantindo-se tempo razoável para que os interessados pudessem apresentar suas considerações.

A divulgação da consulta e recebimento das contribuições por meio da internet tampouco impõe limitação desproporcional à participação popular.

Essa possibilidade está expressamente prevista no artigo 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao estabelecer que *Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

Assim, não se vislumbra vício formal na consulta pública nº 03/2020 da ARTESP.

Quanto à portaria, cumpre observar que se trata de minuta ainda em discussão administrativa, de modo que descabe qualquer interferência prévia do Poder Judiciário sobre a legalidade das suas disposições, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. E pela mesma razão, não há como reconhecer a incompetência de determinada autoridade para elaboração de norma que ainda não existe.

Ademais, o autor não demonstrou especificamente quais seriam as disposições consideradas ilegais e nem mesmo as inovações quanto ao serviço que justificassem a realização de estudo de impacto regulatório, especialmente considerando que os conceitos de fretamento contínuo e eventual questionados na petição inicial encontram-se previstos no Decreto Federal nº 2.521/98 e Decreto Estadual nº 29.912/89.

Portanto, em que pesem os argumentos do autor, não ficou comprovada a intenção da ré em restringir a participação privada no mercado de transporte terrestre coletivo intermunicipal em regime de fretamento. Ao contrário, a consulta pública demonstra o interesse da ARTESP em ouvir os interessados para que possa aprimorar a regulamentação dos serviços em questão.

Por fim, cumpre ressaltar que embora seja desejável a utilização de novas tecnologias para a prestação do serviço, faz-se necessária a observância das exigências administrativas, sem que isso represente violação à livre iniciativa.

Em síntese, ausente demonstração de ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, a demanda deve ser julgada improcedente, observando-se quanto aos pedidos subsidiários que a ação popular não admite a imposição de obrigação de fazer.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** a ação popular, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, porque não demonstrada lesão ao patrimônio público decorrente dos atos administrativos impugnados.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

Deixo de condenar o autor nos ônus da sucumbência, uma vez que não caracterizada má-fé.

Sentença sujeita a reexame necessário, nos termos do artigo 19 da Lei nº 4.717/1965.

Aguardem-se eventuais recursos voluntários e, na ausência, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo para reexame necessário.

Oportunamente, arquivem-se os autos com as cautelas de praxe.

P.I.C.

São Paulo, 08 de junho de 2021.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000089604

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação / Remessa Necessária nº 1053866-43.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCELO VIEIRA ABRITTA, é apelado AGENCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARTESP.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U. (Sustentou oralmente o Dr Marco Aurélio Scampini Siqueira Rangel, OAB/SP 429.939)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente) E PAULO GALIZIA.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2022.

TERESA RAMOS MARQUES
 RELATOR
 Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
 APELAÇÃO CÍVEL: 1053866-43.2020.8.26.0053
 APELANTE: MARCELO VIEIRA ABRITTA
 APELADO: AGENCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS
 DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO
 PAULO - ARTESP
 JUIZ PROLATOR: MARCIA HELENA BOSCH
 COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 28544

EMENTA

AÇÃO POPULAR

Transporte coletivo de passageiros – Fretamento eventual e contínuo – Consulta pública – Minuta da portaria de regulamentação – Anulação – Impossibilidade:

– A regulamentação do serviço de transporte coletivo de passageiros sob fretamento eventual e contínuo é assunto de interesse geral, razão pela qual a consulta pública era o meio cabível de participação popular.

RELATÓRIO

Marcelo Vieira Abritta ajuizou ação popular em face da *Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP*, objetivando a anulação da consulta pública nº 03/2020 e da respectiva minuta de Portaria visando à regulamentação do serviço intermunicipal de transporte coletivo e passageiros sob fretamento eventual e contínuo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sentença de improcedência, porque não demonstrada lesão ao patrimônio público decorrente dos atos administrativos impugnados, sem atribuição dos ônus da sucumbência uma vez que não caracterizada má fé (fls.296/302).

Apela o autor popular, alegando nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa. No mérito, a consulta pública nº 03/2020 e a respectiva minuta de Portaria são nulas por vício de forma. Optar por lançar uma consulta pública, ao invés de uma audiência pública, não é a forma legal e democraticamente prevista para se decidir por questão de tamanho interesse econômico e social. Antes da elaboração da consulta pública, era fundamental comunicação à sociedade sobre os pontos discutíveis do assunto. Não foram apresentados estudos e análises técnicas que embasem as mudanças regulatórias propostas por meio da minuta de Portaria. A agência reguladora busca, na realidade, a inviabilização da prestação de serviço de fretamento a grande parte das empresas do setor, agindo de maneira arbitrária e desarrazoada e de forma prejudicial a todos os envolvidos no modelo de negócio das plataformas tecnológicas que viabilizam o transporte coletivo de passageiros. A minuta da Portaria pretende criar uma restrição ilegal à participação nesse mercado, impondo limitações aos participantes àquilo que se denomina circuito fechado. Não pode uma Portaria criar restrições à liberdade, propriedade e atividades das pessoas quando a lei não o faz. É privativa da União a competência para legislar sobre transporte terrestre de passageiros de maneira ampla e geral, incluindo-se o transporte rodoviário de passageiros (art.22, incisos IX e XI, da Constituição Federal). O setor de transporte de passageiros não está reservado ao Estado. Não tem cabimento os apelados utilizarem-se da premissa de que o transporte terrestre de passageiros realizado por fretadores seria um serviço público. A legalidade da atividade exercida pelos pequenos e médios fretadores que utilizam de plataforma tecnológica para aproximarem-se de grupo de consumidores já foi reconhecida em diversas manifestações judiciais. Portanto, seja pela ausência de fundamento legal e/ou de estudo de impacto regulatório que embase a proposta de mudança regulatória pelos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apelados, os atos lesivos devem ser declarados nulos, sob pena de violação à legislação pátria e a jurisprudência nacional. Pede a anulação da sentença por cerceamento do direito de defesa ou, afastada a preliminar, seja provido o recurso declarando-se nulos os atos lesivos (fls.306/325).

Foram oferecidas contrarrazões (fls.355/381).

O Ministério Público reitera parecer pela procedência da ação popular para afastar a consulta pública, seguida de portaria regulamentadora, a fim de que deem lugar para a imediata instauração de audiência pública para que todos os interessados na questão abordada possam participar de uma regulamentação dos serviços de fretamento em questão (fl.385, com remissão às fls.284/291).

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso voluntário e do reexame necessário (fls.397/405).

O autor popular opõe-se ao julgamento virtual (fl.393).

FUNDAMENTOS

1. Alega o apelante que o indeferimento da prova oral sem justificativa adequada e posterior julgamento antecipado da lide com a improcedência do pedido por insuficiência de provas caracteriza evidente cerceamento de defesa violando, também, os arts.7º, 355, inciso I, 357, 369, 370, 373, inciso I, do Código de Processo Civil. Sustenta que a produção da prova também deve ser analisada sob a perspectiva das partes que detém o direito subjetivo de produzi-las, direito que decorre diretamente do próprio direito de ação. Na hipótese a prova não é exclusivamente documental e a oitiva de testemunhas auxiliaria na formação do convencimento do juiz sobre a lesividade dos atos do patrimônio público, notadamente pela compreensão adequada do contexto no qual se insere a inadequada adoção da modalidade de consulta pública ao invés da audiência pública. Pede a anulação da sentença para produção da prova testemunhal, observando a possibilidade de sua realização pelo próprio Tribunal (art.938, par.3º, do Código de Processo Civil).

Às partes é garantido o direito à produção de provas, desde que úteis e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

necessárias à solução do litígio e, cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, e indeferir, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art.370 do Código de Processo Civil).

Na hipótese, entendeu o juiz que caso comporta julgamento antecipado, nos termos do artigo 355, I, do Código de Processo Civil, uma vez que desnecessária a produção de outras provas além daquelas que constam dos autos.

De fato, a legalidade ou ilegalidade da realização de consulta pública em vez de audiência pública é questão de direito que prescinde de dilação probatória.

A documentação apresentada foi suficiente para o esclarecimento da matéria, possibilitando ao magistrado a formação plena de seu convencimento.

Assim, a produção de prova oral não seria capaz de acrescentar dados que alterassem a conclusão do juiz, de modo que sua realização resultaria em um retardamento desnecessário da entrega da tutela jurisdicional.

Portanto, não há qualquer nulidade a ser reconhecida, principalmente porque a prova testemunhal é desnecessária para o deslinde do feito, estando preservados o art.5º, inciso LV, da Constituição Federal e os arts.7º, 355, inciso I, 357, 369, 370, 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

2. Como decidido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2284504-23.2020.8.26.0000, por meio de aviso, a ARTESP comunicou que realizaria consulta pública para colher sugestões e contribuições para a minuta de Portaria que trata da regulamentação da prestação do serviço intermunicipal de transporte coletivo de passageiros sob os regimes de fretamento eventual e contínuo (fl.21).

Esclareceu que o objeto da consulta pública seria dar aos usuários dos serviços públicos regulados, agentes econômicos e demais interessados no setor a oportunidade de manifestarem sua opinião, assim como colher subsídios que proporcionem maior grau de confiabilidade, clareza e segurança ao processo de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tomada de decisão da Agência; possibilitando a participação de todos os interessados, por meio de formulário disponibilizado no endereço www.artesp.sp.gov.br (fl.22).

Está inserida na competência da ARTESP, autarquia de regime especial, vinculada à Secretaria de Estado dos Transportes, regulamentar e fiscalizar todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos, no âmbito da Secretaria de Estado dos Transportes, a entidades de direito privado (art.1º da Lei Complementar nº 914/02).

Por essa razão, não há ilegalidade na edição de portaria que trate sobre o tema, desde que observados os limites do poder regulamentar.

O simples fato de exercer sua competência regulamentar, convocando previamente uma consulta pública, não leva à conclusão de que agência reguladora busca, na realidade, a inviabilização da prestação de serviço de fretamento a grande parte das empresas do setor.

Pelo contrário. Demonstra que pretende ouvir os interessados para melhor exercer o poder regulamentar.

A duração da consulta pública foi razoável, visto que o prazo inicial de seu término, previsto para **9.11.20**, foi prorrogado para **30.11.20**, lapso temporal suficiente para os interessados apresentarem suas sugestões ao tema discutido.

A consulta pública era o meio cabível de participação popular, por se tratar de assunto de interesse geral. Além disso, foi divulgada no *site* da própria ARTESP, cumpridos os requisitos previstos nos arts.28 a 31 da Lei Estadual nº 10.177/98.

Não estava a agência reguladora obrigada a realizar “audiência” pública em lugar da “consulta” pública e a modalidade utilizada bem atendeu o escopo de respeitar a participação popular.

Dessa forma, correta a sentença ao ponderar que:

*“A ação popular tem por objetivo tutelar interesses da coletividade, possibilitando ao cidadão a anulação de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa ou ao meio ambiente.
 Ocorre que, no caso, não houve demonstração da lesividade dos atos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.*

Apelação / Remessa Necessária nº 1053866-43.2020.8.26.0053

Voto nº



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O artigo 1º da Lei Complementar nº 914/2002 estabelece que a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo ARTESP possui a finalidade de regulamentar e fiscalizar todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos, no âmbito da Secretaria de Estado dos Transportes, a entidades de direito privado.

Desse modo, encontra-se no âmbito de competência da ARTESP a fiscalização e regulamentação do serviço intermunicipal de transporte coletivo de passageiros sob os regimes de fretamento eventual e contínuo.

A realização de consulta ou audiência pública tem a finalidade de viabilizar a participação popular no processo decisório do poder público, ampliando a transparência e a legitimidade na regulamentação de questões de interesse geral.

Nesse sentido, o artigo 28 da Lei Estadual nº 10.177/98 estabelece que Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, autorizar consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

Por outro lado, o artigo 29 da mesma Lei prevê que Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Como se observa, não há imposição legal para que a administração realize audiência pública em detrimento da consulta pública. A questão está no âmbito da discricionariedade administrativa, cabendo ao administrador avaliar a conveniência da realização de consulta ou audiência pública, bem como qual das modalidades será mais adequada para cada situação.

Em casos análogos, assim já decidiu este E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

...

No caso, não ficou demonstrado que a opção pela realização de consulta pública teria impedido a ampla participação dos interessados.

A consulta foi lançada pela ARTESP em 24/10/2020 com prazo até o dia 09/11/2020 para a submissão das contribuições (fls. 21). Posteriormente, o prazo foi ampliado para 30/11/2020 (fls. 156), garantindo-se tempo razoável para que os interessados pudessem apresentar suas considerações.

A divulgação da consulta e recebimento das contribuições por meio da internet tampouco impõe limitação desproporcional à participação popular.

Essa possibilidade está expressamente prevista no artigo 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao estabelecer que Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

Assim, não se vislumbra vício formal na consulta pública nº 03/2020 da ARTESP.

Quanto à portaria, cumpre observar que se trata de minuta ainda em discussão administrativa, de modo que descabe qualquer interferência prévia do Poder



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Judiciário sobre a legalidade das suas disposições, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. E pela mesma razão, não há como reconhecer a incompetência de determinada autoridade para elaboração de norma que ainda não existe.

Ademais, o autor não demonstrou especificamente quais seriam as disposições consideradas ilegais e nem mesmo as inovações quanto ao serviço que justificassem a realização de estudo de impacto regulatório, especialmente considerando que os conceitos de fretamento contínuo e eventual questionados na petição inicial encontram-se previstos no Decreto Federal nº 2.521/98 e Decreto Estadual nº 29.912/89.

Portanto, em que pesem os argumentos do autor, não ficou comprovada a intenção da ré em restringir a participação privada no mercado de transporte terrestre coletivo intermunicipal em regime de fretamento. Ao contrário, a consulta pública demonstra o interesse da ARTESP em ouvir os interessados para que possa aprimorar a regulamentação dos serviços em questão.

Por fim, cumpre ressaltar que embora seja desejável a utilização de novas tecnologias para a prestação do serviço, faz-se necessária a observância das exigências administrativas, sem que isso represente violação à livre iniciativa.

Em síntese, ausente demonstração de ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, a demanda deve ser julgada improcedente, observando-se quanto aos pedidos subsidiários que a ação popular não admite a imposição de obrigação de fazer.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a ação popular, (...).” (fls.297/301)

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário.

TERESA RAMOS MARQUES
RELATORA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 SJ 4.5.1 - Serv. de Proces. da 10ª Câmara de Dir. Público
 Endereço - Av. Brigadeiro Luiz Antônio, 849, sala 305 - Bela
 Vista - CEP: 01317-905 - São Paulo/SP - 3106-4571

CERTIDÃO

Processo nº: **1053866-43.2020.8.26.0053**
 Classe – Assunto: **Apelação / Remessa Necessária - Violação Aos Princípios Administrativos**
 Apelante: **Marcelo Vieira Abritta**
 Apelado: **Agencia Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - Artesp**
 Relator(a): **TERESA RAMOS MARQUES**
 Órgão Julgador: **10ª Câmara de Direito Público**

CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO

Certifico que o v. acórdão transitou em julgado em **20/04/2022**.

São Paulo, 26 de abril de 2022.

Marco César Dutra da Silva - Matrícula: M819875
 Escrevente Técnico Judiciário