UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
PAULO HENRIQUE STAHLBERG NATAL

A DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO REGULAR

Palhoça
2020

PAULO HENRIQUE STAHLBERG NATAL

A DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO REGULAR

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Gestão e Direito Aeronáutico, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito Aeronáutico.

Orientação: Prof. Joel Irineu Lohn, MSc.

Palhoça
2020

PAULO HENRIQUE STAHLBERG NATAL

A DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO REGULAR

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Especialista em Direito Aeronáutico e aprovado em sua forma final pelo Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Gestão e Direito Aeronáutico, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 20 de fevereiro de 2020.

_____

Professor orientador: Joel Irineu Lohn, MSc.

Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Professora Ivete de Fátima Rossato.

Universidade do Sul de Santa Catarina

A minha esposa Juliana,

Aos meus pais,

Flavio (*in memoriam*) e Elisa

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que nesta longa e dedicada caminhada estiveram ao meu lado na busca da realização de um sonho.

No âmbito acadêmico, rendo minhas homenagens a todos os Mestres que participaram dessa jornada do conhecimento, aos quais devo a gratidão pela transmissão do conhecimento.

No âmbito familiar, consigno os agradecimentos, em primeiro lugar, à minha mãe e a meu pai, por terem proporcionado ao longo da vida, todas as condições para meu desenvolvimento enquanto ser humano, sempre incentivando o estudo e a cultura, servindo de paradigmas de honestidade e ética.

Agradeço, sobretudo, à minha esposa Juliana, companheira dedicada, ouvinte, estudiosa, debatedora e grande incentivadora dos meus estudos, suporte de amor e carinho em todos os momentos da minha trajetória existencial.

RESUMO

As transformações econômicas e sociais vivenciadas pelas sociedades a partir da Revolução Francesa de 1789, acarretaram a necessidade de melhor adequação jurídica e política da noção de serviços públicos. O grau de interferência estatal nas atividades econômicas em sentido amplo, varia conforme o momento histórico, gerando, assim, diferentes modelos intervencionistas no domínio econômico. Nesse macro cenário, destaca-se que por questões estratégicas e de soberania estatal, o transporte aéreo foi catalogado pelo legislador brasileiro como uma espécie de serviço público, reservando para o Estado a titularidade da prestação, sem prejuízo de optar pela delegação da exploração para particulares. Esta delegação segundo a legislação vigente, se faz mediante concessão. O objetivo deste trabalho é identificar os aspectos e características próprias do regime de concessão de serviços públicos em geral e cotejá-los com a atividade específica de exploração do serviço aéreo de transporte público regular de passageiros, verificando se a natureza jurídica deste último se identifica com aquele regime geral de delegação ou não. Para atingir o objetivo proposto, foi realizada pesquisa qualitativa, descritiva e bibliográfica, cujas informações analisadas foram obtidas a partir das literaturas produzidas na área de concentração basicamente do Direito Constitucional, Administrativo e Aeronáutico. Em conclusão, este trabalho busca demonstrar que o modelo jurídico de exploração dos serviços de transporte aéreo regular atualmente em vigor não se adequa especificamente ao regime das tradicionais concessões. Trata-se, na verdade, de uma atividade econômica de interesse coletivo, cujas características apontam a necessidade de atualização da legislação de regência, permitindo-se sua delegação fundada no instituto da autorização.

Palavras-chave: Transporte aéreo. Concessão. Autorização. Serviço Público.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **8**

1. SERVIÇO PÚBLICO **10**

1.1. SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. 10
1.2. CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO 14
1.3. FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO 17
1.4. PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS 19
1.4.1.**Continuidade** 20
1.4.2. **Generalidade** 21
1.4.3. **Mutabilidade e atualidade** 21
1.4.4. **Modicidade da tarifa** 22
1.4.5. **Regularidade** 23
1.4.6. **Segurança** 23
1.4.7. **Cortesia** 24

2. ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA **25**

2.1. A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA BRASILEIRA. 27
2.2. O PAPEL DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA E SUAS FORMAS DE INTERVENÇÃO. . 31
2.3. A REGULAÇÃO ECONÔMICA 35

3. SERVIÇOS AÉREOS – BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO E CONCEITUAÇÃO **38**

3.1. DA DIVISÃO DOS SERVIÇOS AÉREOS EM RAZÃO DA NATUREZA 40
3.1.1. SERVIÇOS AÉREOS PRIVADOS 40
3.1.2. SERVIÇOS AÉREOS PÚBLICOS 42
3.2. A DELEGAÇÃO PARA EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS AÉREOS: CONCESSÃO E AUTORIZAÇÃO 46
3.2.1. **Autorização** 48
3.2.2. **Concessão** 50

4. VICISSITUDES DO INSTITUTO DA CONCESSÃO PARA DELEGAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO REGULAR **55**

4.1. DA EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO 55
4.2. PRINCÍPIOS QUANTO À PRESTAÇÃO ADEQUADA DO SERVIÇO PÚBLICO 57
4.3. MODICIDADE DAS TARIFAS 58
4.4. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO 59
4.5. REVERSÃO DE BENS 61
4.6. O PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO 62

5. O TRATAMENTO DOS SERVIÇOS AÉREOS NO PROJETO DE LEI DE NOVO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA **63**

6. CONCLUSÃO **71**

REFERÊNCIAS **74**

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por finalidade estudar as características inerentes ao regime jurídico do serviço de transporte aéreo regular nacional, cotejando-as com os atributos relativos à prestação de serviços públicos, para a seguir determinar se o atual sistema vigente é compatível com a forma de delegação de tais atividades.

No primeiro capítulo será abordado o tema do serviço público, passando pela análise de seu desenvolvimento no contexto histórico, buscando-se trazer a lume as tradicionais correntes do pensamento a respeito da noção de serviço público e de sua transformação ao longo dos últimos séculos. Nele também serão estudadas as formas de prestação de serviços públicos, ou seja, direta ou indiretamente. O capítulo se encerra na análise dos princípios informadores da prestação de serviços públicos citados na legislação brasileira de regência.

O segundo capítulo versa sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, mediante o desenvolvimento do contexto histórico, apresentando-se, assim, o atual estágio de tratamento jurídico-constitucional conferido pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Passa-se, ainda, pela análise do papel do Estado na ordem econômica e suas formas de intervenção.

O terceiro capítulo ingressa mais especificamente no tema dos Serviços Aéreos, apresentando breve histórico legislativo a respeito e sua conceituação jurídica atual. A seguir, são estudadas a divisão dos serviços aéreos por sua natureza, ou seja, público ou privados, discorrendo-se sobre cada um, partindo-se sempre da normativa constitucional e legal vigentes. O tópico se encerra mediante análise das formas de delegação para exploração dos serviços aéreos previstos no Código Brasileiro de Aeronáutica, quais seja, a concessão e a autorização.

O quarto capítulo ingressa na problemática do presente estudo, ou seja, a inadequação do instituto da concessão para delegação do serviço de transporte aéreo regular de passageiros, carga e mala postal. Nesse cenário, é feita a análise tópica relativa às principais características do regime de concessão em cotejo com sua inadequação para o regime de exploração de serviços aéreos públicos. O capítulo se encerra com o apontamento da manifestação do Tribunal de Contas da União n.º 348/2008, por intermédio do

qual o Sodalício se posicionou de forma técnica quanto às vicissitudes do modelo jurídico constante no atual marco regulatório (Código Brasileiro de Aeronáutica) com a realidade fática do mercado e das atuais concessões.

Por último, no quinto capítulo, são apresentados dois dos principais projetos de lei que atualmente estão em regime de tramitação no Congresso Nacional e que têm por objetivo modificar o Código Brasileiro de Aeronáutica, modificando o regime de exploração dos serviços públicos aéreos.

Em derradeiro, na fase conclusiva, a pesquisa realizada demonstra que a sistemática jurídica vigente se apresenta como inadequada, no sentido de que o instituto da concessão como tradicionalmente e usualmente conhecida para exploração dos serviços aéreos públicos, não se revela adequada àquela atividade econômica.

1. SERVIÇO PÚBLICO

De início, devemos ressaltar, assim como faz Odete Medauar[1], que o termo serviço público vem sendo usado muitas vezes nos mais diversos ramos do conhecimento humano, com uma acepção ampla, de modo a abranger toda e qualquer atividade realizada pela Administração Pública. Dessa maneira, sob a rubrica de serviços públicos, de forma não-técnica, estariam albergadas todas as atividades de alguma forma prestadas pela Administração, inclusive aquelas do Poder Judiciário e do Poder Legislativo.

Conforme anota de forma crítica referida autora, caso assim se entendesse, então todo o conteúdo do Direito Administrativo se resumiria em seu ponto inicial e final, sob a designação única de um capítulo denominado “serviço público”[2].

Por isso, deve-se ter em mente que sob tal denominação estão tratadas unicamente as atividades realizadas no âmbito da Administração, sob a condução do Poder Executivo.

Nessa quadra, ciente da importância da necessidade de um conteúdo técnico para o termo ora estudo, importante que se busque uma conceituação do que vem a ser serviço público, máxime porque o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565/1986), classificou os serviços de transporte aéreo, como sendo uma espécie de serviços públicos.

1.1. SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.

A conceituação de serviço público não é algo estático no decorrer da história. Porque profundamente influenciado por paradigmas dos sistemas econômicos, políticos e culturais de cada época, sua definição sofreu transformações no decorrer dos anos, revelando, portanto, certo dinamismo alimentado pelas mudanças sociais e políticas.

---

[1] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.357.
[2] *Ibidem,* p.357

Conforme aponta Humberto Alves de Campos[3], o desenvolvimento da noção de serviço público eclode em meio ao contexto político-social conhecido como Iluminismo e que deu sustentáculo à Revolução Francesa, que se estendeu pela última década do século XVIII. Este movimento revolucionário assentava suas bases filosóficas na separação entre as esferas privada e pública, sendo a primeira anterior ao próprio Estado, criando dois âmbitos distintos que deveriam se articular mediante representação igualitária. Por consequência, não deveria haver "corporação" no Estado, havendo, além do interesse particular, um interesse geral, coletivo, que impediria interesses intermediários afastados da coisa pública[4].

A partir de meados do século XIX e ainda sob influência do Iluminismo revolucionário, as atividades revestidas de certo interesse geral, como educação, previdência e assistência social, antes prestadas pela própria sociedade por intermédio de entidades e corporações sociais, como a Igreja, os sindicados e as Universidades, passaram a ser alocadas sob o dever de prestação pelo Estado. Isto ocorreu em virtude do individualismo liberal que gerou uma ruptura social, isolando politicamente o cidadão do Estado[5].

Segundo lição de GROTTI[6],

> "O serviço público, identificado com a publicatio, não vai aparecer de maneira repentina como título autossuficiente para legitimar per se essa absorção da atividade, mas é o resultado de um processo gradual, por meio de: 1) regulação de polícia progressivamente intensa sobre as liberdades dos particulares (em matéria de iluminação pública, de eletricidade, de gás ou de telefones) – é uma etapa que dura pouco; 2) a utilização especial ou privada do domínio público como título mediato de intervenção nas atividades de prestação que exigem indubitavelmente tal uso (a extensão de vias, de canais, de fios telefônicos ou de condutos de gás); 3) a própria definição da atividade como serviço público (necessite ou não do uso especial do domínio público):[14] o título de intervenção é a reserva de titularidade da atividade a favor do Estado, que exige a concessão prévia. Nesse

[3] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p.45.
[4] *Ibidem,* p.45.
[5] *Ibidem*, p.46.
[6] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: < https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>. Acesso em: 27/10/2020.

> contexto histórico – ideológico, político e cultural – surge o conceito técnico-jurídico de serviço público, tal como chegou até nós."

A doutrina em geral aponta como marco histórico principal para o desenvolvimento da noção de serviço público, o surgimento da denominada Escola Francesa do Serviço Público ou "Escola de Bordeaux".

Para aqueles que advogavam esta corrente, a noção de soberania estatal passa a ser substituída pela ideia de serviço público. O Estado passa a ser visto como um prestador de um conjunto de serviços públicos, porém submetido ao império das regras do direito, ao passo em que os administrados se erigem à condição de gerentes de tais serviços[7].

Nesse sentido, CAMPOS ensina que referida Escola *"fez da noção de serviço público a pedra angular do Direito Administrativo, separando as competências das autoridades administrativas daquelas das autoridades judiciais, definindo o Direito Administrativo como o direito dos serviços Públicos."* [8]

Assim foi que a partir do paradigmático caso *Arrêt Blanco*, em 1873, o Direito Francês firmou em sua doutrina a ideia em torno da noção de serviços públicos e de que caberia ao Direito Administrativo a respectiva regulação[9]. A esse respeito, explica a Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> "O primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873: a menina Agnes Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, bom base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme

[7] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.358.
[8] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p.47.
[9] *Ibidem*, p.47.

> as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados."[10]

Figuram como principais expoentes da referida Escola Clássica do Serviço Público, autores como Léon Duguit, Gaston Jèze e Roger Bonnard, para os quais, de forma sintetizada, o Estado nada mais seria senão um conjunto de serviços públicos; sua finalidade existencial seria tão somente a prestação destes serviços.[11]

Em que pese os três estudiosos compartilhassem as bases da mesma Escola do Serviço Público, havia entre eles posições diferenciadas a respeito da noção de serviço público. Ao passo em que Duguit partia de uma noção sociológica do serviço público, ou seja, uma atividade em determinado momento histórico não pode deixar de ser prestada pela Administração, Gaston Jèze entendia o serviço público sob um aspecto jurídico-positivo, mediante técnica de satisfação de interesses gerais mediante aplicação de um regime jurídico especial de direito público, com a prevalência do interesse coletivo sobre o particular.[12]

O terceiro pensador desta Escola, Roger Bonnard, por sua vez, não se afastava da essência da concepção de serviços públicos como pedra angular do direito administrativo, mas já acrescentava que nem toda atividade prestada pelo Estado era necessariamente um serviço público[13].

O que se constata, então é que para alcançar o correto significado do termo "serviços públicos", os autores fundavam suas definições basicamente em torno da reunião de três elementos: a) subjetivo; b) material; c) formal.

O primeiro, dito subjetivo, considera como serviço público aquele prestado pelo Estado; o elemento material, leva em conta na definição, que o serviço público é aquele que tem por finalidade a satisfação das necessidades e interesses da coletividade; o terceiro, elemento formal, valoriza o regime jurídico

---

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 620.

[11] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público.* São Paulo: Malheiros, 2017, p.19.

[12] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p.49.

[13] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: < https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>. Acesso em: 13 de nov. 2020.

de direito administrativo público que incide sobre as atividades consideradas públicas e cujas normas derrogam o regime comum privado[14].

Contudo, a contínua transformação do contexto social e político acabou por gerar uma alteração no modelo de Estado idealizado à época da Revolução Francesa, desviando-se do "Estado Liberal", com mínima intervenção estatal na economia, para um "Estado Social". A este último é atribuído um rol mais amplo de atividades direcionadas à satisfação dos interesses gerais da coletividade.

Em razão dessa maior intervenção estatal no domínio econômico, aliado ao "Estado do bem estar social", houve um incremento sensível das atribuições estatais e respectivamente dos serviços que por ele deveriam ser prestados, pelo que a definição trazida da escola clássica e fundada nos elementos subjetivo, material e formal, passou ser questionada[15], especialmente frente ao surgimento de serviços públicos prestados por particulares.

Apareceram, assim, atividades de cunho industrial prestadas pelo Estado, bem como surgiram serviços outros até então prestados pelos particulares, mas que eram considerados serviços públicos.

A esse momento histórico ocorrido em meados do século XX, convencionou-se chamar de crise da noção de serviços públicos[16], posto que a conceituação tradicional e generalizante já não mais albergava e explicitava a nova realidade vivenciada.

1.2. CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

A definição de serviço público, como já se pôde observar pelo tópico antecedente, não é tarefa simples, tampouco encontra unicidade doutrinária.

A conceituação de determinado instituto dentro do universo jurídico é tarefa que cabe, sobretudo, à doutrina. Ao legislador, primordialmente, incumbe a tarefa de criar as normas. Os estudiosos do direito, por sua vez, aglutinam

---

[14] MARRARA, Thiago. Manual de Direito Administrativo – v. II: funções administrativas e bens estaduais. 2ª ed. Ribeirão Preto: Obben Educação Ltda, 2020, p.22.

[15] SILVEIRA, Daniel Barile da. *A Crise no conceito clássico de serviço público e a sua repercussão no regime jurídico das taxas.* Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, Brasília, V.3, n.º2, p.252, Jul-Dez, 2016. Disponível em <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/7701/pdf (27/10/2020)> Acesso em: 13/ de nov. 2020.

[16] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público.* São Paulo: Malheiros, 2017, p.48-49.

referido conteúdo normativo, decifrando-o e interpretando-o de modo sistemático à luz dos conhecimentos da ciência do direito e de outras ciências afins.

Daí porque, em que pese a Constituição Federal de 1988 se refira a tal expressão por dezoito vezes em seu texto permanente e mais cinco vezes no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ela não o define[17].

Partindo dessa premissa, verificamos que no Brasil, atualmente, inexiste entre os doutrinadores um consenso conceitual do que venha a ser considerado como serviço público.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello,

> "Serviço público é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protege-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a diretos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular".[18]

Para Odete Medauar,

> "Em essência, serviço público significa prestações; são atividades que propiciam diretamente benefícios e bens, aos administrados, não se incluindo aí as de preparação de infraestrutura (arquivo, arrecadação de tributos). Abrange prestações específicas para determinados indivíduos – água, telefone – e prestações genéricas – iluminação pública, limpeza de ruas."[19]

Prosseguindo entre os doutrinadores administrativistas brasileiros, Marçal Justen Filho traz a seguinte definição do termo:

> "Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas,

---

[17] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público.* São Paulo: Malheiros, 2017, p.16.
[18] *Ibidem*, p.81.
[19] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.358.

> qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público"[20].

Hely Lopes Meirelles, sustenta que *"serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado"*.[21]

Dentre os doutrinadores do Direito Administrativo, calha aos fins do presente estudo, trazer também a definição cunhada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem, serviço público é *"toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público."* [22]

De forma mais sintética, Celso Spitzcovsky conceitua o serviço público "*como sendo todo aquele prestado pela Administração ou por particulares, mediante regras de direito público previamente estabelecidas por ela, visando à preservação do interesse público".*[23]

Importante registrar que até o ano de 2017, inexistia no plano legislativo infraconstitucional, norma definidora do que venha a ser serviço público.

No entanto, este cenário se alterou a partir da edição da lei federal n.º 13.460, de 26 de junho de 2017, a qual trouxe em seu artigo 2º, inciso II, a seguinte definição de serviço público: "*II - serviço público - atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública;*[24]*"*

Entretanto, a despeito da definição trazida pela novel legislação, autores, como Thiago Marrara[25], indicam que a conceituação normatizada traz dois principais problemas: o primeiro porque a lei se refere a atividade "exercida", ao passo em que na verdade cuida-se de atividade de titularidade da Administração

---

[20] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.9ª ed. São Paulo:* Revista dos Tribunais, 2013, p. 731.
[21] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.326-327.
[22] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.90).
[23] SPITZCOVSKY, Celso, *Direito Administrativo*.14ª ed. São Paulo: Método, 2013, p.211.
[24] Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública
[25] MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo – v. II: funções administrativas e bens estaduais.* 2ª ed. Ribeirão Preto: Obben Educação Ltda, 2020, p.22.

Pública; o segundo empecilho conceitual reside justamente na ausência de indicação das características que diferenciam o serviço público frente a outras atividades estatais, tais como o regime de direito exorbitante ao comum. Conclui então referido autor que, em que pese tenha o legislador adotado uma definição para o termo, ainda se mostra necessário que a doutrina o discuta e esclareça.

Em arremate, à vista do conceito legal contido no artigo 2º, inciso II, da Lei n.º 13.460, de 26 de junho de 2017, Thiago Marrara define serviço público,

> "como atividade de natureza prestativa atribuída ao Estado por opção do legislador, sob monopólio ou não, executada direta ou indiretamente, e que desempenha a função de satisfazer as necessidades básicas da população, submetendo-se a um regime fortemente marcado pelo direito público em contraste com as meras atividades econômicas."[26]

Diante da diversidade de conceitos estabelecidos na doutrina, entendemos que o serviço público é sempre de titularidade da Administração, que pode executá-lo direta ou indiretamente, mediante regras próprias de direito público, visando a satisfação de interesses coletivos, ressaltando-se a nota de que essas atividades podem ser atribuídas ao Estado por opção não apenas constitucional, mas também do legislador infraconstitucional.

1.3. FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Conforme explanado no item anterior, a titularidade dos serviços púbicos pertence sempre à Administração Pública, porém eles podem ser prestados, ou seja, executados, de duas formas diferentes.

A primeira forma, é a centralizada, ou direta. Nessa configuração, será considerada direta, ou centralizada, a prestação de serviços públicos quando for executada de maneira concentrada e direta pela Própria Administração Pública, como por exemplo, a segurança pública e o ensino fundamental.

A segunda forma, denominada indireta ou descentralizada, ocorre quando a prestação é levada a efeito por terceiros que com a Administração não se confundem.

---

[26] MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo – v. II: funções administrativas e bens estaduais*. 2ª ed. Ribeirão Preto: Obben Educação Ltda, 2020, p.17.

Esta descentralização pode ocorrer para terceiros que estejam dentro ou fora da estrutura da Administração Pública.

Quando realizada para terceiros que estão dentro da estrutura estatal, mas que não se confundem com a Administração Direta, surgem as figuras das autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas.

De outro lado, quando a transferência da execução dos serviços ocorre para terceiros que sejam alheios à estrutura da Administração, ou seja, para os particulares, surgem as figuras conhecidas do direito administrativo brasileiro: concessão, permissão e autorização[27].

Segundo Odete Medauar[28], a transferência da titularidade e da execução dos serviços públicos para pessoas integrantes da Administração Pública Indireta ocorre mediante outorga, por lei. De outra ponta, quando a delegação da execução dos serviços for realizada para particulares, se fará por delegação, mediante contrato ou ato administrativo, dando azo à criação das figuras acima mencionadas dos concessionários, permissionários e autorizatários. Referida autora aponta, ainda, que a despeito da distinção doutrinária, os vocábulos delegação e outorga são por vezes usados de forma imprecisa pela legislação.

A matéria relativa à forma de prestação dos serviços públicos vem regulamentada em nível constitucional, no artigo 175, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Este artigo contém a previsão de que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Em nível infraconstitucional, atendendo ao comando contido na Carta Magna, o legislador editou a lei ordinária federal n.º 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, prevendo logo em seu artigo 1º, *caput*, que "*As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos"*[29]*.*

---

[27] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.362.
[28] *Ibidem*, p.362.
[29] BRASIL. Senado Federal. Lei n. 7565, de 19 de dezembro de 1986. Brasília, 19 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7565.htm>. Acesso em: 12 Nov. 2020.

1.4. PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Enquanto manifestação estatal exarada mediante prestação de certas atividades, os serviços públicos submetem-se aos princípios gerais norteadores de toda atividade administrativa, e que encontram sua sede no *caput* do artigo 37, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, referida norma dispõe que:

> "Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)"[30]

Porém, além desses princípios genéricos, os regimes constitucional e infraconstitucional revelam a existência de outros vetores principiológicos aplicáveis especificamente à prestação dos serviços públicos. Embora haja alguma diferenciação doutrinária quanto à sua enumeração, enunciação e designação, arrolaremos para os fins do presente estudo, aqueles mais comumente referidos pelos doutrinadores administrativas e que guardam pertinência com o tema e o problema ora enfrentados, como ser verá no capítulo IV.

O artigo 6º, da Lei n.º 8.987/1995, componente do Capítulo II, da referida lei ordinária, arrola em seu parágrafo primeiro, alguns desses princípios tratados pela doutrina como sendo específicos. São eles: regularidade, continuidade, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. No mesmo sentido, a Lei n.º 13.460/2017 também apresenta as diretrizes para prestação adequada dos serviços, acrescentando além daqueles já enunciados no artigo 6º supra mencionado, o princípio da transparência.

Importante anotar que referidos princípios incidem não por mero capricho impositivo do Estado, como simples demonstração de força, mas justamente

---

[30] BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 Nov. 2020.

porque eles se fazem necessários para preservação dos interesses da coletividade.

1.4.1.**Continuidade**

O primeiro a ser analisado é o princípio da continuidade ou funcionamento contínuo do serviço público. Como decorre da própria interpretação gramatical, traz consigo o significado de que uma vez iniciado, o serviço público deverá ser desenvolvido de forma regular e sem interrupções[31].

Sua adoção implica diversos reflexos, dentre os quais são comumente citados a impossibilidade de deflagração de movimento grevista que implique paralisação total da atividade[32], a responsabilização civil por falhas na prestação[33], a possibilidade de delegação e avocação de atividades[34] e a utilização da força e do poder de coação estatal para assegurar o funcionamento da atividade[35].

Anota Thiago Marrara, que a continuidade deve ser lida com vistas a enxergar que não se está a impor a prestação do serviço com atendimento ininterrupto, vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana; na verdade, o que o conteúdo que este princípio traz é de que o serviço tenha um grau de constância adequado a atender o interesse dos destinatários[36].

Em que pese a regra geral seja a continuidade dos serviços públicos, situações existem, previstas expressamente no artigo 6º,§3º, da Lei n.º 8987/1995, que excepcionam o preceito, permitindo a interrupção. São elas, de forma sintetizada: a) hipótese de emergência ou urgência; b) necessidade de realização de obras de manutenção; c) inadimplência do usuário.

---

[31] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.9ª ed. São Paulo:* Revista dos Tribunais, 2013, p. 744

[32] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.360-361.

[33] JUSTEN FILHO, *op.cit,* p.744.

[34] MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo – v. II: funções administrativas e bens estaduais*. 2ª ed. Ribeirão Preto: Obben Educação Ltda, 2020, p.37

[35] JUSTEN FILHO, *op.cit*., p.744.

[36] MARRARA, *op.cit.,* p.37.

Insta registrar, por oportuno, que nas duas últimas situações, ou seja, para atividades de manutenção e por inadimplência do usuário, exige-se notificação prévia ao usuário[37].

1.4.2. **Generalidade**

Por conta deste princípio, enuncia-se a disponibilidade do serviço público sob sua perspectiva espacial, ou seja, viabilizando o acesso a todos os destinatários que dele dependam[38].

Ele surge, ainda, como uma forma de manifestação da igualdade e da impessoalidade, na exata medida em que estabelece o acesso de todos os que dele precisam, à sua prestação, bem como impede discriminações gratuitas aos usuários que desejam a ele ter acesso.[39]

1.4.3. **Mutabilidade e atualidade**

Por força destes princípios, impõe-se que os serviços públicos evoluam em conformidade com as alterações das necessidades sociais, culturais, econômicas e técnicas.[40] Por consequência, não há se falar em direito adquirido tanto dos prestadores quando dos usuários, relativamente à manutenção das condições originais[41].

Em função ainda deste aspecto, se justifica a existência das denominadas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, conferindo poder-dever à Administração para, motivadamente, alterar as formas de prestação do serviço. Em contrapartida, a lei garantirá ao delegatário, por exemplo, o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato justamente para fazer frente aos custos advindos desta alteração no modo de prestação[42].

---

[37] MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo – v. II: funções administrativas e bens estaduais.* 2ª ed. Ribeirão Preto: Obben Educação Ltda, 2020, p.38.
[38] *Ibidem*, p.40.
[39] SPITZCOVSKY, Celso, *Direito Administrativo*.14ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 216.
[40] MARRARA, *op.cit*., p.44.
[41] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.9ª ed. São Paulo:* Revista dos Tribunais, 2013, p.746.
[42] MARRARA, *op.cit.,* p.45.

1.4.4. **Modicidade da tarifa**

Esse princípio surge como decorrência da eficiência, prevista no *caput*, do artigo 37, da Constituição Federal e encontram também sede no artigo 6º, §1º, da Lei n.º 8.987/1995.

A expressão modicidade, pela qual optou o legislador, tem seu sentido literal atrelado à insignificância, a algo modesto, pequeno ou reduzido.

No âmbito da prestação de serviços públicos, contudo, ela não quer significar que a tarifa deva ser sempre módica, simplesmente. A ideia, aqui, é de que o valor cobrado pela tarifa, deve ser o menor possível frente à garantia de prestação de um serviço regular, universal e atual, compensando, assim, os investimentos recebidos.[43]

Em que pese haja esse atrelamento principiológico quanto à obtenção do menor valor possível para a tarifa de determinado serviço público a ser prestado à coletividade, isso não significa que, na prática, esteja o prestador obrigado a prestá-lo de maneira deficitária, máxime quando forem serviços delegados aos particulares.[44]

Outra decorrência da observância deste norte principiológico é a possibilidade de oferta de subsídio estatal para o valor da tarifa, pois a essencialidade de determinados serviços poderá impor a necessidade de fixação de tarifas que não se mostrem minimamente suficientes para cobrir o custo apresentado pelo serviço.[45]

Importante destacar, também, que o princípio da modicidade das tarifas traz ínsito em seu conteúdo, a vedação do Estado precificá-las de modo a servir como instrumento meramente arrecadatório, já que para esta finalidade existem outros instrumentos, como por exemplo a cobrança de impostos e contribuições. Nesse sentido Thiago Marrara destaca:

> "Entendo, pois, que viola a modicidade a previsão da transferência de um percentual da tarifa cobrada do usuário pelo concessionário, prestador do serviço, ao Estado na qualidade de Poder Concedente". Se o titular estatal delegou a execução do serviço, não mais assumindo

[43] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.9ª ed. São Paulo:* Revista dos Tribunais, 2013, p.748.
[44] *Ibidem*, p.748
[45] *Ibidem,* p.748.

> qualquer custo da prestação, não pode se beneficiar de qualquer parcela das tarifas.[46]

Por último, neste aspecto atrelado à modicidade, referido princípio possibilita a apreciação pelo Poder Judiciário das questões atreladas aos aumentos tarifários, sempre, contudo, atrelado ao aspecto de sua constitucionalidade.

1.4.5. **Regularidade**

O princípio da regularidade, também inscrito no artigo 6º, §1º, da Lei n.º 8.987/1995, apresenta-se no sentido da observância das normas, regulamentos, prazos e procedimentos, por parte do prestador. A sua observância é um desdobramento do princípio maior da legalidade, impondo ao Estado ou quem lhe faça as vezes nesta condição, atuar em regular conformidade com as normas regentes setoriais.[47]

A Lei n.º 13.460/2017[48], por intermédio do artigo 5º, estabelece como diretriz geral para os serviços públicos, o cumprimento dos prazos e normas procedimentais, a observância dos códigos de ética e conduta, o tratamento igualitário dos usuários e a razoabilidade.

1.4.6. **Segurança**

Por este vetor segurança, impõe-se a prestação dos serviços de natureza pública aos usuários, sem que isso possa gerar aumento injustificado dos riscos normais ao cidadão.

Com efeito, os serviços públicos, enquanto atividades de interesse coletivo, servem para atender às necessidades dos cidadãos, de modo que o bem estar físico e psíquico destes deve ser respeitado e perseguido pelo prestador do serviço. Aliás, este princípio se entrelaça com o da atualidade, porquanto a prestação do serviço com garantia da segurança ao usuário

---

[46] MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo – v. II: funções administrativas e bens estaduais.* 2ª ed. Ribeirão Preto: Obben Educação Ltda, 2020, p.41.
[47] *Ibidem*, p.46.
[48] BRASIL. Lei n.º 13.460, de 26 de junho de 2017.

depende, em certa medida, da aplicação do estado da técnica e da capacitação dos agentes envolvidos.[49]

1.4.7. **Cortesia**

Segundo Dinorá Grotti, a cortesia se traduz em “bom acolhimento ao público, constituindo-se um dever do agente, da Administração Pública ou dos gestores indiretos e, em especial, em um direito do cidadão.”[50]

Referido princípio suscita que o atendimento ao cidadão deve ser pautado pela urbanidade, respeito e educação. Ademais, deve ser lido também como mandamento de cooperação entre as partes envolvidas, fornecedor e usuário, de modo que o primeiro assume o dever de orientação e auxílio ao usuário, para que este possa cumprir regularmente seus deveres e exercer seus direitos.[51]

---

[49] MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo – v. II: funções administrativas e bens estaduais.* 2ª ed. Ribeirão Preto: Obben Educação Ltda, 2020, p.47.
[50] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In:Sunfeld, Carlos Ari (org.). Direito administrativo econômico, 2ª tiragem. São Paulo:Malheiros, 2002, p.60.
[51] MARRARA, *op.cit*, p.47.

2. ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

As ordens jurídicas surgidas no decorrer do século XVIII, ainda bastante influenciadas pelos ideais iluministas da revolução francesa de 1789-1799, espelhavam um novo pensamento para época, fundado na liberalidade, não apenas ideológica, pessoal, mas também econômica. A regra, destarte, era da mínima intervenção estatal na atividade econômica.

A Constituição, para os liberais, deveria se ater a cuidar da estruturação do poder e de seus limites, garantindo em contrapartida os direitos fundamentais individuais[52], afastando de arvorar-se como interventor ou regulador da economia, relegada exclusivamente aos particulares.

Vigia, portanto, para o campo das atividades econômicas, a regra mestra da mínima intervenção estatal nos assuntos da economia, esta reservada aos atores privados que formavam o mercado e cuja expressão cunhada historicamente ficou conhecida como "*laissez-faire, laissez-passer, lê monde va de lui mêmе",* cuja tradução livre significa "*deixe fazer, deixe passar, o mundo vai por si mesmo*".[53]

Para os adeptos do Liberalismo, toda interferência estatal na economia deveria ser suprimida, pois as próprias regras intrínsecas ao mercado cuidariam de regular por si só a economia. Nesse sentido, entendia-se que a lei da oferta e da procura, a exemplo, seria suficiente para alocar os preços em níveis justos, assim como serviria para estimular a produção e a obtenção de preços menores, gerando, por consequência mais consumo, aumento da produtividade e geração de riquezas.[54]

O Liberalismo que imperou no pensamento do século XVIII até meados do século XIX, partia da premissa de que o Estado teria apenas papéis de retaguarda a cumprir no campo econômico, assegurando três condições essenciais para o desenvolvimento. A um, protegendo a soberania, de modo a evitar ataques e invasões de outras nações. A dois, estruturar um sistema de administração da Justiça eficiente de modo a proteger os membros da sociedade

---

[52] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p.16.
[53] VASCONCELOS, Clever. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.681.
[54] *Ibidem,*p.681.

da opressão entre si e para corrigir eventuais injustiças. A três, lançar-se em prestar serviços públicos e realizar obras públicas para as quais não houvesse interesse para os particulares.[55]

A partir do século XIX, o mercado fundado no regime liberal capitalista, inicialmente composto por indivíduos, começa a passar por importante transformação, mediante a gradual substituição dos comerciantes e manufatureiros individuais por grupos e corporações, fazendo nascer, então, o denominado capitalismo de grupo. Esse fenômeno registrado deu azo ao surgimento da concentração do poder econômico privado, o qual poderia de certo modo ser visto como um rival do Poder Estatal.[56]

Por consequência, este modelo de Estado Liberal aos poucos mostrou-se praticamente utópico, uma vez que a geração de riquezas fundada exclusivamente no potencial do livre trabalho e no desejo de desenvolvimento das pessoas não correspondeu na prática ao objetivo teórico do regime, qual seja, de resolução dos problemas da sociedade; daí porque o posicionamento de Clever Vasconcelos[57], ao reportar entendimento de que ao contrário do esperado, este modelo acabou tornando a sociedade materialmente escravizada.

Assim foi até que o Liberalismo que imperou ao longo do século XIX, começou a suscitar discussões e perder espaço entre as nações que o adotaram enquanto modelo de regime econômico, pois conforme dito alhures, sua concepção teórica provocou grandes distorções sociais práticas.

Foi em meio a este cenário, que em 15 de maio de 1891, a Igreja Católica, por intermédio do Papa Leão XIII, publicou a Encíclica *Rerum Novarum*, abordando justamente as condições de vida e dignidade dos trabalhadores e operários, cunhando um marco importante da denominada “questão social”, também utilizada no campo filosófico.[58]

A migração do capitalismo individualista atomista para o aquele de grupo (e de concentração), a emersão da questão social, a eclosão da Primeira Grande

---

[55] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p.17.
[56] *Ibidem,* p.18.
[57] VASCONCELOS, Clever. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.682.
[58] CAMPOS, *op.cit*., p.19-20.

Guerra Mundial e suas funestas consequências no campo econômico, aliadas à grave crise advinda da quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque no ano de 1929, acarretaram profundas influências nas estruturas jurídicas e econômicas das nações.

Surge, então, diante desse contexto de perda de confiança na autorregulação do mercado privado, e com objetivo de corrigir os problemas enfrentados no modelo anterior, a teoria denominada neoliberalismo, marcada pela ampla liberdade de iniciativa econômica, mas ponderado em contrapartida por uma função de maior protagonismo do Estado na economia.[59]

A partir daí, ganha relevo a ideia de que a economia deveria ser colocada a serviço do ser humano, para que este pudesse alcançar sua dignidade.[60] Por consequência, começam a figurar nos textos constitucionais a participação do Estado no domínio econômico. Ganhou maior notoriedade a Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, a qual representa de certa forma um marco no fim do liberalismo econômico tal como concebido e adotado nos dois séculos antecedentes.

Com isso, o termo “Constituição Econômica” passa a ser utilizado como maneira de expressar a necessidade de inciativa e intervenção estatal na organização econômica de uma nação.[61]

2.1. A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA BRASILEIRA.

De partida, para melhor compreensão a respeito do conteúdo e extensão da expressão “ordem econômica”, mostra-se pertinente buscar seu significado. Em vista dos objetivos do presente trabalho, bem assim sua área de concentração e problemática identificada, o que se busca é a apresentação de um conceito jurídico do instituto, não de índole econômica ou fática.

---

[59] SILVA, Washington Eduardo Pezorim. *As formas de atuação do Estado no Domínio Econômico: limites constitucionais sob a perspectiva do Poder Judiciário.* Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 17(32): 263-298, jan.-jun. 2017, p.270. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-Dir_n.32.12.pdf. Acesso em: 01/12/2020.

[60] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p. 24.

[61] *Ibidem*, p.24.

A propósito, a expressão “ordem econômica” tomou dimensão jurídica a partir do momento histórico em que as Constituições passaram a discipliná-la.

Assim ocorreu por volta do início do século XX, com a decorada do arranjo sistêmico liberal clássico, dando margem a um novo modelo de Estado mais intervencionista no campo da atividade econômica. São marcos exemplificativos dessas constituições que trataram com maior evidência da ordem econômica, apontando este caráter de maior assunção de atividades econômicas e serviços pelo Estado, a Constituição Alemã de Weimar, de 1919, a Constituição Mexicana de 1917 e no Brasil a Constituição de 1934.

Seguindo em direção à busca de uma definição para a expressão versada neste tópico, temos, dentre os principais doutrinadores brasileiros, o conceito emanado das lições de GRAU[62], para quem a ordem econômica figura como:

> [...] “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).

No mesmo sentido, André Ramos Tavares conceitua a ordem econômica como *“a expressão de um certo arranjo econômico, dentro deum específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico.”* [63]

O que se pode concluir a partir do significado trazido por ambos os autores, é que ao referir-se a ordem econômica, a Constituição está na verdade transparecendo que o assunto economia deve ter sede e tratamento constitucional, revelando determinada forma para sua organização e funcionamento.

A atual Constituição Federal da República, de 1988, disciplina a ordem econômica no seu Título VII, sob a rubrica de “Ordem Econômica e Financeira”, a abranger os artigos 170 a 192, subdivididos em quatro capítulos: princípios

---

[62] GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 53.

[63] TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico.*2ª ed. São Paulo: Método, 2006, p. 81.

gerais da atividade econômica, política urbana, política agrícola e fundiária e da reforma agrária, sistema financeiro nacional.

A leitura dos dispositivos constitucionais que tratam da ordem econômica revela a adoção de um sistema de funcionamento capitalista. Essa opção se descortina, sobretudo, pela leitura do artigo 170, *caput*, e incisos II e IV, da Constituição Federal.[64]

Como se pode notar, estão ali consagrados três dos principais pilares dos sistemas econômicos capitalistas, quais sejam, a livre iniciativa, a garantia da propriedade privada e a livre concorrência.[65]

Convém anotar, de passagem, que o pressuposto desse modelo de organização econômico-social, denominado capitalismo, é a ideia de que dois indivíduos podem auferir benefícios em uma relação econômica, desde que sejam livres, estejam dispostos a entregar sua força de trabalho e tenham condições de estarem informados.[66]

Em que pese tenha sido feita a opção pela adoção de um sistema capitalista, observa-se que a Constituição de 1988 não adotou a linha do Liberalismo econômico puro, clássico, fundado no total afastamento do Estado dos assuntos da economia. Antes, a análise conjunta dos artigos 1º, 3º e 170, todos da Constituição Federal de 1988, aponta que ordem econômica instituída se consubstancia num caminho, num meio para a construção do Estado Democrático Social de Direito, cujos objetivos estão preconizados no artigo 3º, da Constituição Federal, dentre os quais destacam-se a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse sentido, ainda, pode-se colher a afirmação de outros princípios enumerados no próprio corpo do artigo 170, da Constituição Federal de 1988, tais como: a função social da propriedade, a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades sociais, e a defesa do meio ambiente e do consumidor.

---

[64] BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 Nov. 2020.

[65] KÖHLER, Etiane da Silva Barbi. *A ordem econômica na constituição de 1988 Contornos e Desdobramentos.* Direito em Debate. Ano XI nº 18, jul./dez. 2002 — nº 19, jan./jun. 2003, p.61.

[66] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p.17.

A rigor e aparentemente, estes princípios ali enumerados são contrapostos àqueles basilares do capitalismo liberal; no entanto, não o descaracterizam, apenas acabam por relativizar a interpretação dos pilares principais daquele sistema econômico e de geração de riquezas eleito na maior parte dos países ocidentais.[67]

Para Etiane da Silva Barbi Köhler, o que "*a Constituição de 1988 intenta é a instalação de uma sociedade (re)estruturada segundo um modelo de bem-estar social, na qual o objetivo do Estado é o estabelecimento da igualdade mediante a transformação, instrumentada pela lei, do status quo, visando justamente à consolidação da democracia"*.[68]

Nosso modelo constitucional de ordem econômica, portanto, é reputado como um *sui generis,* pois nele há de se buscar o equilíbrio e a convivência entre princípios opostos, ora revelando-se amparado no liberalismo econômico, ora este limitando-se por demais princípios intervencionistas com objetivos finais de estruturação social e dignidade humana.

Para além desse modelo posto, enquanto ordem de fato, presente e atual, é importante anotar que a ordem econômica tal como enunciada na Constituição Federal de 1988, vem impregnada de normas programáticas, típicas de uma constituição dirigente, de maneira que elas buscam apontar o objetivo, o resultado que o Estado Brasileiro deve atingir. A ordem econômica, portanto, e em certa medida, deve ser alocada como instrumento para o atingimento de determinada meta do Estado Democrático Social, assim iluminado por princípios próprios, como por exemplo, a obtenção do pleno emprego e a redução das desigualdades sociais e a erradicação da marginalização.

Nesse trilhar, em arremate, Eros Grau ensina que:

> "É nesse sentido dinâmico que devemos entender a atuação estatal, que sob a ótica deste tipo de Constituição (dirigente), deve ser empreendida prospectivamente se manifestando através de planejamento, para se adequar não a apenas ´ordem estabelecida no presente, a defesa do presente, mas também a formulação de uma ordem futura, antecipação do porvir". [69]

---

[67] KÖHLER, Etiane da Silva Barbi. A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 Contornos e Desdobramentos. Direito em Debate. Ano XI nº 18, jul./dez. 2002 — nº 19, jan./jun. 2003, p.61.

[68] *Ibidem,* p.64.

[69] Grau, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10ª ed. Malheiros: São Paulo. 2005, p.309.

2.2. O PAPEL DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA E SUAS FORMAS DE INTERVENÇÃO.

Uma vez assentada a premissa de que há no Brasil uma “Constituição Econômica”, cujo texto traz um conjunto de princípios, normas e vetores de caráter programático, delimitando a atuação estatal na economia, cabe analisarmos por quais modos e mediante quais instrumentos o Estado participa no campo do domínio econômico.

De partida, insta registrar que a doutrina costuma classificar a atividade econômica, em sentido amplo, como um gênero, do qual são espécies a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público. Nesse sentido, a título doutrinário paradigmático, convém transcrever, por sua clareza, o pensamento de Marçal Justen Filho a respeito dessa classificação:

> “A prestação do serviço público pressupõe a utilização de recursos limitados para a satisfação de necessidades entre si excludentes. Isso envolve a utilização de recursos econômicos escassos, produzindo uma escolha de sua alocação entre diversas alternativas possíveis e visando a obter o resultado mais eficiente e satisfatório possível. Logo, o serviço público corresponde a uma atividade econômica em acepção ampla. No entanto, o serviço público é uma atividade econômica (em sentido amplo) atribuída juridicamente à titularidade do Estado. Logo, configura-se como uma intervenção direta do Estado no domínio econômico. Sempre que uma certa atividade é qualificada como serviço público, existe uma intervenção estatal na ordem econômica. Afastam-se os princípios da livre iniciativa (porque a exploração daquela atividade passa a ser de titularidade do Estado) e da livre concorrência (eis que, em princípio, o serviço público é um monopólio estatal”.[70]

O serviço público, para referido autor, é uma das formas do Estado intervir na ordem econômica, o fazendo de modo mais intenso, pois ele titulariza e executa determinada atividade de cunho econômico sob as regras do regime de direito público.

Essa contudo, não é a posição adotada por Eros Grau, outro expoente da doutrina do Direito Econômico e Constitucional. Para referido doutrinador,

---

[70] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.9ª ed. São Paulo:* Revista dos Tribunais, 2013, p. 736.

conforme nos dá nota Humberto Alves de Campos[71], o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público, pois nessa condição estaria atuando em campo de própria titularidade, e não alheia.

Nada obstante, acreditamos que a conjugação dos artigos 173 e 175, da Constituição Federal, revela que a atuação do Estado no domínio econômico pode ser alcançada por meio da realização de atividade econômica em sentido estrito (art.173) ou mediante a prestação de serviços públicos (art.175).[72]

Por tudo quando se viu até aqui, colhe-se que ao longo da história política e jurídica, os Estados inicialmente influenciados fortemente pelo Liberalismo aos poucos foram enfrentando problemas práticos que os levaram a rever o papel estatal no domínio econômico. Isto porque a autorregulação privada pregada pela doutrina de Adam Smith não mais apresentava satisfatória resposta, sobretudo, às questões sociais.

Disso deflui a conclusão de que o Estado aos poucos vai deixando de ser um mero espectador, para se transformar num primeiro momento em coadjuvante e ao final, hodiernamente, figurar enquanto verdadeiro protagonista na atividade econômica. E assim o faz nos Estados Democráticos e Sociais para alcançar, através da atividade econômica, o atingimento de determinados objetivos traçados em sua Carta Política.

No Estado Brasileiro inaugurado sob a égide da Constituição Federal de 1988, vê-se que o constituinte através do Título VII da Carta Maior, optou por alocar ao Estado um papel mais ativo na economia, e que pese supletivo; por isso descreveu nos artigos 173, 174 e 175, os modos e limites de sua participação neste cenário.

Analisando tais dispositivos, a doutrina traz uma classificação pertinente e organizada do papel estatal no domínio econômico, subdividindo-o em intervenção direta de um lado e indireta de outro.

A intervenção direta (“na” economia) ocorre mediante ingresso do Estado no mercado em regime de competição com os demais agentes econômicos. Assim o fazendo, MARRARA aponta que o Estado “*aumenta a atomização além*

---

[71] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p.31
[72] *Ibidem*, p.31-32.

de poder estimular a inovação, a redução de preços, o aumento da qualidade de bens e serviços".[73]

Entretanto, como se disse acima, vigora em nosso texto constitucional a opção de não prevalência primária da intervenção do Estado no domínio econômico, vindo a ocorrer apenas de modo supletivo. Assim, para que o Estado figure nessa condição de ator competidor do mercado, ele deverá estar adstrito a somente duas hipóteses: quando houver relevante interesse coletivo ou por imperativo de segurança nacional.

Nesses casos específicos previstos no artigo 173, da Constituição Federal, o Estado poderá, legitimado na prevalência do interesse da coletividade, ingressar no campo destinado à atividade econômica privada, competindo neste cenário em igualdade de condições com os demais atores.

Cuida-se, como se disse alhures, de atuação supletiva, de exceção, já que a regra geral extraída da interpretação sistemática da Constituição, é a de que o campo da atividade econômica é reservado aos entres privados:

> "Então, se consideraria intervenção direta aquela situação jurídica em que o Estado exerceria a função de empresário, envolvendo-se, efetivamente, na atividade produtiva, seja na qualidade de empresa pública, seja na forma de sociedade de economia mista ou, ainda, como gestor da empresa privada (como ocorre nos casos em que o Banco Central assume a direção de instituições financeiras privadas e públicas [não federais] com o objetivo de regularizar o seu funcionamento ou de liquidá-las)".[74]

Esta forma de participação direta do Estado enquanto competidor no mercado, é denominada de intervenção na economia por participação. Porém, situações outras existem em que esta intervenção ocorrerá por absorção de bem ou atividade, por intermédio da figura do monopólio artificial[75], instituído pelo ordenamento jurídico em favor do próprio Estado criador dessa ordem jurídica.[76]

---

[73] MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo – v. II: funções administrativas e bens estaduais.* 2ª ed. Ribeirão Preto: Obben Educação Ltda, 2020, p.93.

[74] SILVA, Washington Eduardo Pezorim. *As formas de atuação do Estado no Domínio Econômico: limites constitucionais sob a perspectiva do Poder Judiciário.* Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 17(32): 263-298, jan.-jun. 2017, p.21. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-Dir_n.32.12.pdf. Acesso em: 01/12/2020.

[75] São exemplos dessa forma de monopólio, os bens descritos no artigo 20, da Constituição Federal e as atividades descritas no artigo 177, também do Texto Constitucional de 1988.

[76] MARRARA, *op.cit.*, p.94.

De outra ponta, temos a denominada intervenção indireta, também manifestada como sendo intervenção “sobre” a economia. Nesta modalidade, são citadas as espécies de intervenção: por indução (estímulos) e por direção (restrições).

A intervenção por indução pressupõe a orientação da economia com o escopo de atingir os objetivos da política econômica traçada, ao passo em que a intervenção por direção, pressupõe exercício de certa pressão sobre a economia, *“estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsórios a serem seguidas pelos sujeitos da atividade econômica em sentido estrito.”*[77]

Por consequência, a intervenção por indução revela preceitos prescritivos, indutivos de determinado comportamento, não compulsórios, logo, com natureza dispositiva, ao passo em que na intervenção por direção, os preceitos são cogentes, impositivos, de observância obrigatória pelos atores econômicos.[78]

Não se pode deixar de registrar que a intervenção indireta encontra sua base normativa no texto do artigo 174 da Constituição Federal de 1988:

> “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.
> § 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.
> § 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.
> § 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.
> § 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.”[79]

---

[77] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p.31-32.
[78] *Ibidem,* p.31-32.
[79] BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 Nov. 2020.

2.3. A REGULAÇÃO ECONÔMICA

Em vista do objeto e do tema proposto do presente trabalho de conclusão de curso, não se haverá abordar com profundidade científica específica o tema da Regulação Econômica, para o qual haveria campo próprio e extenso para exploração acadêmica. Nem por isso, contudo, se pode deixar de traçar algumas breves linhas a respeito do instituto, posto sua interrelação com o tema da ordem econômica e da intervenção estatal sobre referido domínio.

A regulação econômica é tema objeto de estudo não apenas das ciências jurídicas, mas sobretudo aprofundado nos campos da Economia e da Política, indicando cada qual destes ramos do conhecimento, aspectos diferentes quanto ao conteúdo do instituto.

Nesse passo, em primeiro lugar, poderíamos sintetizar a ideia sob o ponto de vista econômico, do que está se tratando em termos de conteúdo de tal abordagem. Assim, a regulação econômica se revela como uma área da Economia que estuda o funcionamento do sistema econômico através da regularidade de preços e de quantidades produzidas, ofertadas e demandadas através da interação econômica entre as respectivas partes do sistema econômico: o Estado, as empresas, os credores, os trabalhadores, os consumidores e os fornecedores.[80]

Sob o aspecto político, por outro lado, a regulação é vista como instrumento de implantação de políticas públicas no plano microeconômico[81].

Para o direito, por sua vez, ela se revela no estudo do conjunto de normas e princípios para conformação da regulação com os objetivos e valores protegidos pela Constituição Federal. Nas palavras de Calixto Salomão Filho, citado por DI PIETRO, em sentido amplo, *"a regulação engloba toda forma de*

[80] Trata-se de definição extraída do Vocabulário de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=1678:10:113350771824726::NO::P10_COD_TERMO:1358. Acesso em: 01/12/2020.

[81] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p.35.

organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia".[82]

Enquanto forma de intervenção no domínio econômico, a regulação tem sido relacionada a um modelo tradicionalmente importando dos países de língua inglesa, nascido principalmente no século XIX[83]. Disso decorre a necessidade de diferenciação entre regulação e regulamentação, palavras semelhantes, mas com significados distintos.

A regulamentação é atividade de produção normativa. Nos dizeres de Marçal Justen Filho, *"a expressão regulamentação se adequa ao desempenho de função normativa infra-ordenada, pela qual se detalham as condições de aplicação de uma norma de cunho abstrato e geral."* [84]

De forma mais restrita, a atividade regulamentadora decorre do disposto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, regra pela qual é cometida a competência privativa ao Chefe do Executivo para expedição de decretos e regulamentos para fiel execução das leis.

A regulamentação, por assim dizer, não deixa de ser uma atividade do regulador, uma vez que o conteúdo da primeira, é justamente afeto à função de direção da economia, destinada ao atingimento das finalidades da República traçadas no texto constitucional. Portanto, a expedição de normas, de regulamentos, é um modo de agir do Estado Regulador.

No Brasil, durante a década de 1990, a Constituição Federal de 1988 sofreu alterações por intermédio de emendas, indicando uma mudança no aparato institucional, reduzindo-se a atuação estatal direta na atividade econômica e ampliando-se o papel do Estado enquanto regulador dessas atividades em sentido amplo. Estas modificações levaram ao surgimento de órgãos de defesa da concorrência e das agências reguladoras dos serviços públicos privatizados. [85]

---

[82] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 458.

[83] LAENDER, Alessandro Azzi; MOURÃO, Sergio Luís; SILVA, Juliano Veloso Leite e (org). *Direito Aeronáutico.* Belo Horizonte: Editora D´Placido, 2019, p.215.

[84] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras independentes*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.15.

[85] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p.42.

Como se vê, portanto, as agências reguladoras surgem como instrumentos com formatação autônoma, especial, com objetivo de exercer o papel regulatório sobre determinados setores econômicos, visando a tudo e ao final, alcançar os objetivos constitucionais da República Federativa Brasileira, mediante a direção de certos campos da atividade econômica desempenhado por particulares diretamente (atividades econômicas em sentido estrito) ou em substituição ao Estado (serviços públicos).

Independentemente, contudo, das visões a respeito da noção de 'regulação econômica', é certo que nos casos de exploração dos serviços públicos por intermédio de delegações (concessões, permissões e autorizações), um dos aspectos que ganham maior importância é justamente o da regulação. Isso decorre, sobretudo, em razão dos contínuos movimentos de privatização dos serviços públicos a partir da Reforma Estatal Brasileira iniciada na década de 1990, a demandarem do Estado, a criação de aparatos e instituições autônomas capazes de regular as ações dos delegatários e preservar o interesse público.

Diante desse quadro de transferência de serviços de interesse coletivo para os particulares, a regulação – manifestada materialmente na prática por intermédio das agências reguladoras – assume um papel de atuação no gerenciamento dos contratos de concessão, na regulação dos mercados com assimetrias e imperfeições e, sobretudo, na função de controle e fiscalização dos serviços.

No campo específico do transporte aéreo, convém lembrar que ante sua complexidade sistêmica, possui essa atividade uma natureza híbrida, entre atividade econômica e serviço público, o que torna sua regulação pelo Estado ainda mais peculiar e desafiadora.

3. SERVIÇOS AÉREOS – BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO E CONCEITUAÇÃO

A expressão “serviços aéreos”, hoje amplamente difundida, não tinha previsão expressa no primeiro Código Brasileiro do Ar, instituído pelo Decreto-Lei n.º 483, de 08 de junho de 1938. Neste documento legislativo, o que hoje conhecemos sob a rubrica de serviços aéreos, era tratado sob a denominação de “Linhas Regulares de Navegação Aérea”. O capítulo V, daquela Decodificação previa que linhas regulares de navegação aérea necessitavam de concessão do governo brasileiro para utilização do espaço aéreo. Eis a redação:

> “Art. 36. As linhas regulares de navegação aérea, desde que devam atravessar o espaço aéreo brasileiro, quer hajam ou não, de fazer escala no território subjacente, necessitam de concessão do Govêrno brasileiro.”
>
> “Art. 37. Para os efeitos da concessão de linha regular de navegação aérea; haverão os requerentes de provar a sua idoneidade moral e capacidade técnica e financeira, podendo o Govêrno outorgar ou negar a concessão, segundo as exigências do interesse público e observadas as seguintes condições: (...)”[86]

O artigo 38 do mesmo diploma previa que essas linhas de tráfego aéreo poderiam ser de duas espécies: nacionais ou internacionais, mas dependendo sempre da discriminação do “Governo” quanto à sua natureza e respectivas rotas; eis o texto da época: “*Art. 38. As linhas do tráfego aéreo serão nacionais e internacionais, discriminando o Governo a sua natureza e as respectivas rótas*.”

Em 1944, contudo, sobreveio importante marco na evolução da aviação civil que alterou os rumos da aviação comercial. Aquele cenário delineado já nos últimos atos da segunda grande guerra mundial, trouxe a necessidade de as nações se unirem em torno do uso pacífico e profícuo da aviação, máxime diante do excedente de aeronaves e recursos humanos que se desenhava e os quais poderiam vir a ser atrelados ao uso civil.

Foi assim que, em 07 de dezembro de 1944, foi criada a Organização de Aviação Civil Internacional (sigla ICAO em inglês ou OACI, em português), por ocasião da Convenção de Chicago. Atualmente, a OACI se constitui em Agência

---

[86] BRASIL. Decreto-lei n,º , de de 1938. < http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0483impressao.htm> Acesso em 13 de nov. 2020.

Especializada das Nações Unidas. Ela é responsável pela promoção do desenvolvimento seguro e ordenado da aviação civil mundial, por meio do estabelecimento de normas e regulamentos necessários para a segurança, eficiência e regularidade aéreas, bem como para a proteção ambiental da aviação.

A denominada Convenção de Chicago, de 1944, contou com a participação do Brasil; concluída em 07 de dezembro daquele ano, em Chicago, foi firmada pelo Brasil em 29 de maio de 1945, em Washington. A introdução no ordenamento jurídico doméstico, por sua vez, ocorreu em 27 de agosto de 1946, por intermédio do Decreto n.º 21.713.

No texto da referida Convenção, mais especificamente em seu artigo 96, alínea "a", do Capítulo XXII, já se passou a fazer referência à expressão "serviços aéreos", tendo sido feita a opção de considerá-los como *"qualquer serviço aéreo regular por aeronaves para o transporte público de passageiros, correio ou carga"* [87].

Conforme se vê, a definição adotada pela Convenção de Chicago, foi feita levando em conta os efeitos e os limites para os quais utilizadas a expressão, já que o âmbito de abrangência e finalidade daquele Tratado internacional era o de estabelecer normas e padrões uniformes apenas para o transporte público regular de passageiros, correio e cargas.

Prosseguindo na linha do tempo da evolução legislativa, em 1966 foi instituído o novo Código Brasileiro do Ar, por meio do Decreto-Lei n.º 32, de 18 de novembro de 1966. Este diploma, por seu turno, já mais alinhado à Convenção de Chicago de 1944, trazia menção de forma expressa a "serviços aéreos" em seu Título VI, artigos 69 a 79.

Uma vez mais, assim como fazia o Código do Ar de 1938, a previsão contida no artigo 69 enunciava que a exploração dos serviços aéreos por pessoas, naturais ou jurídicas brasileiras, dependeria sempre da prévia concessão ou autorização estatal.[88]

---

[87] BRASIIL. Decreto n.º 21.713, de 27 de agosto de 1946. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d21713.htm> Acesso em 13 de nov. 2020.

[88] *Art. 69. A exploração de serviços aéreos por pessoas, naturais ou jurídicas brasileiras dependerá sempre da prévia concessão ou autorização do Govêrno Brasileiro. Quando se tratar de serviços internacionais explorados por sociedades estrangeiras, aplicar-se-ão as convenções*

Vinte anos mais tarde, o Código de 1966 foi revogado pela Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986, denominado “Código Brasileiro de Aeronáutica” (sigla C.B.A.), até hoje atualmente em vigor no Brasil.

No Título VI, o referido Código cuidou do que denomina serviços aéreos; e o fez no sentido de englobar todas as atividades aéreas que implicam navegação pelo espaço aéreo, o que, segundo PACHECO *“não colide com o disposto no artigo 96 da Convenção de Chicago, que apenas define para o efeito dessa Convenção sobre Aviação Civil Internacional”.*[89]

A partir deste marco legal foi que passaram a ser previstos de forma dividida e sistematizada, os serviços aéreos privados, públicos e os especializados, os quais serão a seguir objeto de mais acurada análise.

3.1. DA DIVISÃO DOS SERVIÇOS AÉREOS EM RAZÃO DA NATUREZA

Conforme adiantado no último parágrafo supra, o atual e principal marco regulatório do Direito Aeronáutico Brasileiro, a Lei n.º 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), previu a existência de duas classes principais do que denominou serviços aéreos[90]: de um lado os serviços aéreos privados e de outro os serviços aéreos públicos. Nesse sentido os artigos 174 e 175:

> “Art. 174. Os serviços aéreos compreendem os serviços aéreos privados (artigos 177 a 179) e os serviços aéreos públicos (artigos 180 a 221).”
>
> “Art. 175. Os serviços aéreos públicos abrangem os serviços aéreos especializados públicos e os serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional.”

3.1.1. Serviços Aéreos Privados

e os acôrdos de que o Brasil fôr parte, ou se não os houver, as normas da autorização que o Govêrno outorgar em cada caso.

[89] PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.243.

[90] Aqui entendidos os serviços aéreos em sua acepção ampla, sugerindo toda e qualquer atividade aérea que implica navegação pelo espaço aéreo, com propósito de servir ao próprio operador ou a outrem.

Sob tal denominação, a legislação em vigor, por seu artigo 177, fez compreender as atividades aéreas de recreio, desportivas, de transporte reservado ao proprietário ou operador da aeronave e de serviços especializados realizados em benefício do próprio operador ou proprietário da aeronave. Assim está redigido o referido preceptivo legal:

> "Art. 177. Os serviços aéreos privados são os realizados, sem remuneração, em benefício do próprio operador (artigo 123, II) compreendendo as atividades aéreas:
> I - de recreio ou desportivas;
> II - de transporte reservado ao proprietário ou operador da aeronave;
> III - de serviços aéreos especializados, realizados em benefício exclusivo do proprietário ou operador da aeronave."[91]

O traço marcante primordial para a fixação da atividade aérea realizada sob o manto de tal classe de serviço privado, é a ausência de remuneração e a constatação de que ocorre em benefício exclusivo do próprio operador ou proprietário.[92] Aliás, devido a estas características é que o artigo 178 do Código Brasileiro de Aeronáutica prevê a desnecessidade de autorização para referidas atividades aéreas, bem assim a consequente proibição de prestarem serviços de transporte público.[93]

Convém registrar, em arremate a este subitem, inexistir relação direta entre o serviço e a aeronave utilizada, ou seja, pode uma aeronave particular exercer uma atividade de serviço de transporte público, tal como previsto nos artigos 180 a 221, do Código Brasileiro de Aeronáutica.[94]

---

[91] BRASIL. Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986.< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20C%C3%B3digo%20Brasileiro%20de%20Aeron%C3%A1utica.&text=Art.,C%C3%B3digo%20e%20pela%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20complementar.> Acesso em 13 de nov. 2020

[92] PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.243.

[93] *Art. 178. Os proprietários ou operadores de aeronaves destinadas a serviços aéreos privados, sem fins comerciais, não necessitam de autorização para suas atividades aéreas (artigo 14, § 2°).*
§ 1° As aeronaves e os operadores deverão atender aos respectivos requisitos técnicos e a todas as disposições sobre navegação aérea e segurança de vôo, assim como ter, regularmente, o seguro contra danos às pessoas ou bens na superfície e ao pessoal técnico a bordo.
§ 2° As aeronaves de que trata este artigo não poderão efetuar serviços aéreos de transporte público (artigo 267, § 2°).

[94] PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.244.

3.1.2. Serviços Aéreos Públicos

Conforme se viu em tópico antecedente neste estudo, conforme conceituação à qual nos filiamos, que serviços públicos são aqueles assim designados pela Constituição Federal e pela lei ordinária, que apresentem um caráter de generalidade, possuam objetivo de atendimento das necessidades e interesses da coletividade, prestados sob regime de direito público.

Para José da Silva Pacheco, "*no conceito de serviços aéreos públicos se deve ter em vista a coordenação de atividades para, por meio de aeronaves, à disposição de todos os cidadãos, indistintamente, satisfazer uma necessidade pública ou de utilidade pública que compete ao Estado atender ou regulamentar e fiscalizar o atendimento".*[95]

A Constituição Federal, em seu artigo 21, inciso XII, alínea "c", dispõe competir à União, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária.

Mais adiante, o artigo 175, da Constituição dispõe incumbir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A matriz constitucional revela, portanto, a atribuição de tais serviços de navegação aérea à União, evidenciando a natureza pública de sua prestação bem assim o respectivo regime jurídico. Em paralelo, o texto constitucional permite a descentralização, de modo que possa ser realizado por particulares, mediante as figuras próprias da concessão, da autorização e da permissão.

Em nível infraconstitucional, o Código Brasileiro de Aeronáutica traz em seu artigo 175, a previsão dos serviços aéreos públicos, a abranger o transporte de passageiros, carga ou mala postal, bem como os serviços especializados. Assim está disposta a redação legal:

> "Art. 175. Os serviços aéreos públicos abrangem os serviços aéreos especializados públicos e os serviços de transporte aéreo público de

[95] PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.246.

> passageiro, carga ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional."[96]

No serviço aéreo público, existe um vínculo contratual, por meio do qual uma pessoa física ou jurídica, enquanto exploradora da aeronave, obriga-se a executar determinado serviço mediante remuneração. Porém, somente será assim designado quando a operação visar o interesse ou a utilidade pública. Nesse sentido está disposta a redação do parágrafo segundo do artigo 175, do Código Brasileiro de Aeronáutica:

> "§2º. A relação jurídica entre o empresário e o usuário ou beneficiário dos serviços é contratual, regendo-se pelas respectivas normas previstas neste Código e legislação complementar, e, em se tratando de transporte público internacional, pelo disposto nos Tratados e Convenções pertinentes (artigos 1°, § 1°; 203 a 213)".

A doutrina especializada, partindo das disposições inscritas no Código de Aeronáutica, costuma classificar os serviços aéreos públicos levando em consideração diferentes aspectos: a) objeto; b) âmbito de ação; c) frequência.

Quanto ao objeto, os serviços aéreos públicos se subdividem em: 1) Serviços Aéreos de Transporte; 2) Serviços Aéreos Especializados.

O primeiro, serviço de transporte, tem por finalidade, a realização de transporte de passageiros, carga, mala postal (correio) ou pode ser misto, mediante combinação destes objetos.

O segundo, serviço aéreo especializado, compreende, a teor dos incisos do artigo 201, do Código Brasileiro de Aeronáutica, atividades aéreas de:

> "Art.201. (...)
> I - aerofotografia, aerofotogrametria, aerocinematografia, aerotopografia;
> II - prospecção, exploração ou detectação de elementos do solo ou do subsolo, do mar, da plataforma submarina, da superfície das águas ou de suas profundezas;
> III - publicidade aérea de qualquer natureza;
> IV - fomento ou proteção da agricultura em geral;
> V - saneamento, investigação ou experimentação técnica ou científica;
> VI - ensino e adestramento de pessoal de vôo;

---

[96] BRASIL. Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986.< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20C%C3%B3digo%20Brasileiro%20de%20Aeron%C3%A1utica.&text=Art.,C%C3%B3digo%20e%20pela%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20complementar.> Acesso em 13 de nov. 2020.

> VII - provocação artificial de chuvas ou modificação de clima;
> VIII - qualquer modalidade remunerada, distinta do transporte público."

Importante anotar que o inciso VIII, traz cláusula aberta, tornando rol exemplificativo, de maneira que outros serviços aéreos remunerados que não se confundem com o de transporte público podem ser adicionados a esta lista por regulamentação da Autoridade de Aviação Civil competente.[97] A exemplo, podem ser citados: transporte médico hospitalar, fiscalização viária ou rodoviária, combate a incêndios.

Quanto ao âmbito de ação (item b, supra), os serviços aéreos são também classificados enquanto domésticos (internos) e internacionais.

O primeiro, encontra previsão quanto à forma de exploração, entre os artigos 180 a 200, do Código Brasileiro de Aeronáutica. Nos termos do artigo 215, do mesmo diploma, considera-se doméstico todo transporte em que os pontos de partida, intermediários e de destino estejam situados em Território Nacional[98]; o segundo pressupõe que o ponto de partida e o ponto de destino estejam territórios de distintos países.

A propósito, a definição jurídica do transporte internacional encontra suporte no artigo 1º, item 2, da Convenção para Unificação De Certas Regras Relativas Ao Transporte Aéreo Internacional, também conhecida como "Convenção de Montreal", a qual foi introduzida no cenário jurídico brasileiro por intermédio do Decreto n.º 5.910, de 27 de setembro de 2006:

> "2. Para os fins da presente Convenção, a expressão transporte internacional significa todo transporte em que, conforme o estipulado pelas partes, o ponto de partida e o ponto de destino, haja ou não interrupção no transporte, ou transbordo, estão situados, seja no território de dois Estados Partes, seja no território de um só Estado Parte, havendo escala prevista no território de qualquer outro Estado, ainda que este não seja um Estado Parte. O transporte entre dois pontos dentro do território de um só Estado Parte, sem uma escala acordada no território de outro Estado, não se considerará transporte internacional, para os fins da presente Convenção."[99]

---

[97] PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.288.

[98] *Art. 215. Considera-se doméstico e é regido por este Código, todo transporte em que os pontos de partida, intermediários e de destino estejam situados em Território Nacional. Parágrafo único. O transporte não perderá esse caráter se, por motivo de força maior, a aeronave fizer escala em território estrangeiro, estando, porém, em território brasileiro os seus pontos de partida e destino.*

[99] BRASIIL. Decreto n.º 5.910, de 27 de setembro de 2006. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm#:~:text=Decreto%20n%C2%BA%205910&text=DECRETO%20N

Por fim, quanto à frequência (item “c”, supra), os serviços de transporte aéreo público podem ser classificados como regulares e não regulares.

Por regulares, entende-se a identificação do serviço (voo) por um número, em conformidade com horário pré-agendado, linha, equipamento e frequência, previstos no “HOTRAN”.

Apenas a título explicativo, insta consignar que a sigla HOTRAN é a abreviatura para “Horário de Transporte”, e representa um “*documento aprovado e emitido pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), que formaliza as outorgas para a exploração de linhas aéreas regulares internacionais e domésticas de passageiros e/ou carga e da Rede Postal pelas empresas de transporte aéreo, com os respectivos horários, números de voo, frequência, tipos de aeronaves e oferta de assentos.”*[100]

Nos termos do artigo 180, do Código Brasileiro de Aeronáutica, os serviços aéreos públicos de transporte, quando regulares, dependem sempre da prévia concessão da exploração:

> “Art. 180. A exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados.”

De outro lado, os serviços não-regulares estão tratados nos artigos 217 a 221, do Código Brasileiro de Aeronáutica; pressupõem justamente o contraponto ao transporte aéreo regular, posto que prescindem da repetitividade, de modo a não existirem previamente designadas, as rotas, os horários, frequências, tipos de aeronaves e oferta de assentos. Estes serviços são realizados pelos táxis aéreos, visando a proporcionar atendimento imediato, independente de horário, percurso ou escala, ficando permanentemente à disposição dos usuários.

No presente estudo, delimitamos a análise da natureza jurídica dos serviços de transporte aéreo doméstico regulares domésticos, pois aqui, como

---

%C2%BA%205.910%2C%20DE%2027,28%20de%20maio%20de%201999> Acesso em 13 de nov. 2020

[100] BRASIL. Comando da Aeronáutica. Departamento de Aviação Civil. Instituto de Aviação Civil. *Demanda detalhada dos aeroportos brasileiros. Volume 2.* Rio de Janeiro, 2005. <http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/demandaDetalhadaVolII20 05.pdf. Acesso em: 01 de novembro de 2020>.

se verá a partir do próximo Capítulo, está inserida a problemática objeto de análise.

3.2. A DELEGAÇÃO PARA EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS AÉREOS: CONCESSÃO E AUTORIZAÇÃO

Cuida-se de tendência acentuada hodiernamente, a união de esforços em sentido técnico e financeiro, entre o ente estatal e a iniciativa privada, com fito de imprimir maior eficiência na utilização dos recursos econômicos, viabilizando a prestação de um serviço público adequado, com menor custo.[101]

Foi a partir do final do século XIX e início do século XX, período em que prevalecia o Estado Liberal - o qual pregava o mínimo intervencionismo estatal na seara econômica - que surgiram as primeiras concessões de serviços públicos.

Seguiu-se, então uma tendência intervencionista, na era do denominado Estado Social, que apresentou uma redução na utilização dos institutos da delegação dos serviços públicos, concentrando-se na figura do Estado a prestação de diversas atividades, agora, inclusive, não apenas de caráter social, mas também econômico e industrial.

Porém, o modelo de Estado Social também apresenta problemas práticos, posto que os recursos financeiros estatais não são inesgotáveis, e as obrigações são muitas e nos mais diversos campos. Essa constatação se torna mais evidente na segunda metade do século XX, época em que houve agravamento da recessão na economia mundial com grande endividamento dos países que seguiram a linha dessa formatação estatal.

Esse cenário contemporâneo induziu uma reformulação dos aparelhos estatais, mediante redução dos serviços públicos prestados diretamente pelo Estado protecionista e interventor, acarretando seu redimensionamento e migração para um modelo de Estado regulador da atividade econômica e não mais prestador.

Esta breve introdução ao tópico em epígrafe tem por objetivo orientar e situar o atual modelo econômico, inclusive aquele adotado pela Constituição

---

[101] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.9ª ed. São Paulo:* Revista dos Tribunais, 2013, p.759.

Federal, frente a um contexto maior e de ordem mundial, no que tange ao papel do Estado na prestação de serviços públicos e na intervenção sobre o domínio econômico.

Conforme se anotou linhas acima, as atividades de navegação pelo espaço aéreo foram designadas pela legislação de regência como sendo espécies de serviços públicos ou privados, a depender do propósito e do regime seguidos (artigo 21, inciso XII, alínea “c", da Constituição Federal e artigo 175, do Código Brasileiro de Aeronáutica).

Os denominados serviços aéreos privados são realizados independentemente de qualquer autorização ou permissão prévia da Autoridade Aeronáutica. São atividades de cunho particular, cuja intervenção estatal se resume basicamente na sua disciplina relacionada à segurança operacional e à fiscalização, exercendo a Autoridade Aeronáutica um papel regulamentador, e não regulador no seu conceito econômico. Nesse sentido, o artigo 178,§2º, do Código Brasileiro de Aeronáutica dispõe que para sua realização, basta o atendimento aos requisitos técnicos pelos operadores, pessoal de bordo e aeronaves.

Os serviços aéreos públicos, por seu turno, a compreender os serviços especializados de um lado e o transporte aéreo de passageiros, carga e mala postal, de outro, estão sujeitos a maior controle e intervenção estatal na sua exploração.

Nesse sentido, o artigo 180 do Código Brasileiro de Aeronáutica dispõe que a *“exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados.”*[102]

Estão aí, portanto, delineadas na legislação ordinária, as formas de delegação para exploração dos serviços aéreos públicos: a concessão e a autorização. A vista da legislação ordinária, constituem-se em instrumentos que permitem ao Estado a preservação da titularidade dos serviços com a delegação da sua prestação.

---

[102] BRASIL. Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986.< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20C%C3%B3digo%20Brasileiro%20de%20Aeron%C3%A1utica.&text=Art.,C%C3%B3digo%20e%20pela%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20complementar.> Acesso em 13 de nov. 2020

Urge consignar que a disciplina legal se encontra em conformidade com aquela estampada na Constituição Federal, que reservou à União em seu artigo 21, inciso XII, alínea “c", a exploração direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, da navegação aérea, aeroespacial e da infraestrutura aeroportuária.

Também importa registrar que a Constituição da República não positivou qualquer conceito a respeito dos termos concessão, permissão e autorização ao longo de seu texto, além de ter o constituinte empregado o termo concessão em diversos sentidos.

3.2.1. Autorização

Conforme ensina a doutrina administrativista brasileira[103], em nosso Direito o termo “autorização” é expressão plurívoca, apresentando, basicamente três acepções distintas.

Em primeiro lugar, o termo é utilizado para designar um *“ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos”.*[104] Nesse sentido, então, a autorização permite que um particular pratique ato ou faça alguma atividade que lhe seja, a priori, vedada.

Num segundo sentido, *“autorização é o ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de bem público, a título precário.”*[105] Cuida-se assim de uma autorização de uso de bem público.

Na terceira acepção, *“autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário.”*[106] Neste significado, a autorização está alocada ao lado da concessão e da permissão, como instrumentos, modalidades de delegação dos serviços públicos.

---

[103] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p.65.
[104] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 236.
[105] *Ibidem*, p.237.
[106] *Ibidem*, p.237.

Há vozes na doutrina nacional, contudo, que não enxergam na autorização, um instrumento de delegação da prestação de um serviço público, pois a redação do artigo 175, da Constituição Federal de 1988, se reporta unicamente à concessão e à permissão. Eis a redação:

> "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
> Parágrafo único. A lei disporá sobre:
> I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
> II - os direitos dos usuários;
> III - política tarifária;
> IV - a obrigação de manter serviço adequado."

De acordo com Alexandre Santos de Aragão:

> "De fato, malgrado a letra da Constituição afirmar que a União prestará o serviço mediante autorização, não se trata de delegação de serviço público, o que levaria a uma indevida e forçada aproximação com a técnica concessional, pois na concessão (e na permissão) temos uma atividade reservada com exclusividade ao Poder Público delegante, ao passo que, mediante autorização, não há transpasso de atividade pública aos particulares, mas sim o condicionamento de uma atividade privada."[107]

Ao que se extrai das alterações contemporâneas do Direito Administrativo, os conceitos tradicionais não mais se adequam à forma, à situação e circunstâncias em que são prestados alguns serviços públicos. A partir do momento em que se passou por um processo de liberalização econômica e por uma revisitação da noção de serviços públicos, as diferenças entre a concessão e autorização foram se esvaindo.

Como consequência dessas modificações e partir do conceito de atividades e serviços de interesse geral,

"muitas modalidades de serviço público que hoje são consideradas concessões poderão ser executadas sob licenças ou autorizações, vale dizer, sem caráter contratual com o Estado. É o caso, por exemplo, das autorizações

[107] ARAGÃO, Alexandre Santos de. A*utorizações Administrativas. In: Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo.* Org.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. vol. II. p.1333.

previstas nos artigos 21, XI e II, da Constituição , respectivamente serviços de telecomunicações e para determinados serviços de radiodifusão sonora e de imagens, instalações elétricas, navegação aérea e aeroespacial, bem como infraestrutura aeroportuária. Assim, a licença e a autorização, figuras que eram tradicionalmente próprias da atividade administrativa de polícia, são hoje instrumentos complementares de algum tipo de outorga, ao lado do tradicional vínculo da delegação".[108]

O vigente Código Brasileiro de Aeronáutica, utiliza o termo autorização em seus artigos 180 e 217, atrelando-o como instrumento administrativo utilizado pela Administração Pública, para permitir que os particulares possam explorar serviços aéreos públicos de transporte não-regulares e os serviços aéreos especializados.

3.2.2. Concessão

O instituto da concessão dos serviços públicos foi a primeira das formas que o Estado se utilizou para transferir a prestação dessas atividades a terceiros. A migração do Estado Liberal para outro modelo que levava em consideração novos encargos sociais e econômicos, revelou a necessidade de buscar novas ferramentas de gestão do serviço público e da atividade econômica exercida pela Administração, eis que os dogmas do liberalismo impediam o Estado de assumir diretamente tais prestações.[109]

Odete Medauar reporta que:

> "Na conotação atual, a concessão de serviço público existiu e foi utilizada desde o século XIX na Europa, sobretudo na França. Foi criada para serviços que exigiam grandes investimentos financeiros e pessoal técnico e especializado, encargos esses que o poder público não podia assumir; seu uso, na época, recaiu principalmente sobre transporte ferroviário, fornecimento de água, gás, eletricidade, transporte coletivo urbano."[110]

---

[108] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p.66.
[109] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 295.
[110] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.362.

Entretanto, a modelação das concessões como forma de transferir a entes privados a realização de investimentos para prestação de serviços públicos sofreu forte refreamento por volta e a partir da terceira década do século XX.

Cuidou-se de um momento histórico de cenário político internacional conturbado e instável, decorrente das duas primeiras guerras mundiais (1914-1919 e 1939-1945), da crise da Bolsa de valores de Nova Iorque (1929) e da tendência estatizante das nações, máxime utilizados como forma de soerguimento da situação econômica aflitiva então experimentada.[111]

Prossegue a renomada doutrinadora administrativista, apontando que após esse período intermediário, mais especificamente:

> "a partir da década de 80 do século XX, ressurge o interesse pela concessão, num contexto de reforma do Estado, de privatização, mas com justificativa idêntica àquela que norteou sua elaboração no século XIX: A execução de serviços púbicos sem ônus financeiro para a Administração Pública."[112]

Assim situado o contexto em brevíssima nota histórica evolutiva, cabe agora verificar a conceituação do instituto sob exame.

Em primeiro lugar, deve-se partir da definição inscrita na legislação. Nesse sentido, a Lei Federal Ordinária n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que tem por objeto a disciplina do regime de concessão e permissão em conformidade com o artigo 175, da Constituição da República de 1988, trouxe a definição de concessão nos seguintes termos:

> "Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:
> (...)
> II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;"[113]

No campo doutrinário, Celso Antônio Bandeira de Mello traz a seguinte definição:

---

[111] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.362.
[112] *Ibidem,* p.363.
[113] BRASIL. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

> "Concessão de serviços públicos é um instituto por via do qual o titular do serviço – o concedente -, não podendo ou não querendo arcar com as despesas inerentes à prestação dele ou até mesmo (como ocorria no passado entre nós) simplesmente por carecer de aptidão tecnológica para seu desempenho ou a suficiência gerencial necessária, transfere a outrem – concessionário – os encargos de desempenha-lo por sua conta, risco e perigos, o qual se remunerará pela exploração da atividade, normalmente captando o correspectivo dela junto aos usuários do serviço, e desfrutará da garantia de um equilíbrio econômico-financeiro assegurada pelo concedente."[114]

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> "Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço."[115]

Prosseguindo entre os doutrinadores, temos a definição trazida por Marçal Justen Filho, para quem:

> "A concessão comum de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento."[116]

Da conjugação entre os conceitos doutrinários e da definição legal, podemos extrair algumas características das concessões que serão importantes para o entendimento da problemática deste estudo.

Em primeiro lugar, revela-se o surgimento de dois entes, duas figuras distintas que figuram no contrato, o poder concedente e de outro lado o concessionário. A administração púbica, enquanto concedente, transfere apenas a execução dos serviços públicos, ao passo em que mantém sempre a titularidade deles.

---

[114] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público.* São Paulo: Malheiros, 2017, p. 95.
[115] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 297-298.
[116] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.9ª ed. São Paulo:* Revista dos Tribunais, 2013, p. 761.

Em segundo ponto característico, destaca-se que a concessão é instrumentalizada por contrato e deve, a rigor, sempre ser precedida de licitação conforme previsão constitucional (artigo 175, da Constituição da República de 1988). O legislador firmou, ainda, que em se tratando de serviços públicos, a única modalidade de licitação cabível é a concorrência pública.

Terceira característica a ser destacada, é a de que o concessionário é remunerado diretamente pelo usuário do serviço, que para tanto paga um preço, denominado tarifa. Decorrência desta política de contraprestação, é o direito do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Nas palavras de Odete Medauar, o denominado equilíbrio econômico-financeiro,

> *"*significa a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, proporção esta fixada no momento da celebração do contrato; diz respeito às chamadas *cláusulas contratuais,* terminologia redundante, classicamente usada para designar as cláusulas referentes sobretudo à remuneração do contratado".[117]

Em quarto lugar, destaca-se que o Concedente é quem fixa as normas de realização dos serviços, fiscaliza o respectivo cumprimento e impõe as sanções aplicáveis quando o caso.

Em quinto, menciona-se o regime de responsabilidade civil do concessionário por prejuízos causados a terceiros em decorrência da execução de serviço público, que nos termos do artigo 37,§6º, da Constituição Federal de 1988, segue a modalidade objetiva, ou seja, independentemente da aferição de culpa.

Por derradeiro, uma outra característica ínsita ao regime da concessão de serviços públicos é aquela atinente à reversão de bens. Esta exsurge como consequência da extinção das concessões, assunto tratado no artigo 35 da lei n.º 8.987/1995.[118]

A reversão dos bens significa *"a integração ao patrimônio do poder concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço uma vez extinta a*

---

[117] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 17ª ed., 2013, p. 249.

[118] O dispositivo legal arrola, dentre as formas de encerramento da concessão de serviços públicos, as seguintes: termo, encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência.

concessão".[119] Ela conduz, portanto, à promoção da transferência dos bens considerados essenciais para a continuidade da prestação dos serviços, para o patrimônio público.

Assim ocorre, para viabilizar que a Administração tenha condições de uma vez reassumindo a prestação dos serviços públicos - que nunca deixaram de ser de sua titularidade como se disse alhures-, possa prosseguir com sua prestação à coletividade sem solução de continuidade. Nesse sentido, aliás, dispõe o artigo 35,§2º, da lei n.º 8.987/1995.

No campo do direito aeronáutico, a concessão foi utilizada tanto pelo Constituinte de 1988[120] quanto pelo legislador ordinário[121], como instrumento para delegação a particulares das atividades de serviços aéreos públicos, na modalidade de transporte doméstico regular de passageiros, cargas ou mala postal.

Em arremate a este Capítulo, importante ficar claro que o Código Brasileiro de Aeronáutica se referiu ao transporte aéreo e aos serviços aéreos especializados, enquanto espécies de serviços públicos.

Assim, em relação aos primeiros, quando regulares, sua exploração dependerá sempre de prévia concessão pelo Poder Executivo; de outra ponta, quando forem serviços aéreos de transporte não regulares ou serviços especializados, a exploração dependerá de prévia autorização do Poder Executivo.

---

[119] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p. 63.

[120] O artigo 21, inciso XII, alínea "c", traz previsão no sentido de competir à União a exploração direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, da navegação aérea, aeroespacial e da infraestrutura aeroportuária.

[121] Artigos 180, 181 e 182, do Código Brasileiro de Aeronáutica.

4. VICISSITUDES DO INSTITUTO DA CONCESSÃO PARA DELEGAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO REGULAR

Vimos linhas atrás que o legislador brasileiro fez a opção de classificar as atividades de transporte aéreo regular de passageiros, carga e mala postal, enquanto serviços públicos. Anotou-se, ainda, que a legislação de regência, qual seja, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565/86) pressupõe ao explorador que ele obtenha a concessão para prestação de tais serviços.

No entanto, em que pese essa tipificação legal, o dinamismo das relações econômicas e as alterações legislativas no âmbito nacional ocorridas nas últimas três décadas levaram a um questionamento da doutrina jurídica e econômica, assim como dos próprios atores do setor aéreo, a respeito da real natureza jurídica dessa atividade aérea de transporte regular.

Passamos, a partir de agora, a verificar as características da exploração da atividade de serviços aéreos de transporte regular, cotejando-as com eventual (in)compatibilidade com os atributos do serviço público.

4.1. DA EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO

O Código Brasileiro de Aeronáutica aponta em seu artigo 180 a opção feita pelo legislador infraconstitucional dentre as três formas indiretas de prestação do serviço público, ao dispor claramente que a exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular.

Assim, a primeira questão a ser enfrentada, nesse sentido, é relativa à marca primordial da concessão: a necessidade de licitação.

O texto do artigo 175, da Constituição Federal é bastante claro a respeito: "*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*."

A licitação, como se sabe, é um procedimento administrativo por intermédio do qual o Poder Público procura selecionar aquela proposta mais vantajosa para o interesse da coletividade; ela é a expressão dos princípios

constitucionais da igualdade, da publicidade, da impessoalidade e da eficiência, contidos no artigo 37, *caput,* da Constituição Federal.

A lei n.º 8.666/1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, traz previsão em seu artigo 122, no sentido de que as concessões de linhas aéreas, observará procedimento licitatório específico, a ser estabelecido no Código Brasileiro de Aeronáutica.

Como se observa pela atenta leitura do Código Brasileiro de Aeronáutica, no entanto, não há normas a respeito da licitação para seleção de companhias prestadoras de serviços aéreos de transporte regular de passageiros.

Diante dessa lacuna do ordenamento, portanto, nota-se inexistir a figura da licitação na concessão dos serviços aéreos públicos regulares de transporte de passageiros, carga e mala postal.

A propósito, em que pese a existência do pressuposto da licitação para concessão da exploração do serviço de transporte aéreo público regular, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, colhe-se ter havido concessões sem observância do regime concorrencial. Nesse sentido, no ano de 2001, a Portaria 1/GC5, outorgou à Gol Linhas Aéreas a referida exploração, assim como, no ano de 2003, a Presidência da República prorrogou as concessões que haviam sido outorgadas à Companhias VARIG e VASP.

Mais adiante, no ano de 2008, já sob a égide da lei n.º 11.182/2006[122] e de seus princípios informadores do livre acesso e da liberdade tarifária, ocorreu a concessão da exploração de tais serviços pela AZUL Linhas Aéreas, mediante contrato, com prazo determinado de 10 anos.

Nesses casos citados, portanto, nota-se ter havido as concessões dos serviços aéreos públicos sem que fossem precedidas de licitação, conforme exige o artigo 175 da Constituição Federal. E não houve qualquer declaração de inconstitucionalidade por esse aspecto, tendo se preservado hígidas tais concessões.

Esta constatação aponta no sentido de que os serviços aéreos terminaram por transferir-se do regime de exploração enquanto serviços

[122] Lei criadora da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).

públicos, migrando para um conceito de atividade econômica em sentido restrito.[123]

Com efeito, sequer se cogita a respeito do estabelecimento de uma licitação para escolha de apenas uma empresa que prestará os serviços de transporte.

A ideia contraria todo o dinamismo desse mercado específico; a competição entre os *players* ocorre diretamente na atividade prestada, mediante concorrência entre as companhias, seguindo-se o regime de liberdade tarifária (artigo 49, da Lei n.º 11.182/2005). Quanto mais empresas concorrerem entre si, maiores as chances de os serviços atingirem um espectro maior de destinatários, assim como de haver redução do respectivo preço. É uma espécie de mercado que opera sob uma lógica privada, mediante incremento competitivo, o que vem demonstrando ser benéfico não só para os passageiros, mas para o mercado como um todo.

4.2. PRINCÍPIOS QUANTO À PRESTAÇÃO ADEQUADA DO SERVIÇO PÚBLICO

Conforme se verificou anteriormente, os serviços públicos propriamente ditos, estão sujeitos à observância de alguns princípios no que lhes tangem à prestação adequada. Esses pressupostos estão inscritos no artigo 6º,§1º, da lei n.º 8.987/1995.

Anote-se, por exemplo, ao passo em que os serviços públicos concedidos devam observar a continuidade e a regularidade, os serviços aéreos não se adequam hoje a esta realidade, pois não há normas que determinem uma quantidade mínima de voos e rotas a serem operados pelas empresas aéreas.

A propósito, uma determinada companhia aérea pode eventualmente obter as autorizações normativas de funcionamento sem qualquer compromisso assumido de dar início de forma imediata à operação de voos em nosso território.[124]

---

[123] KAWAHALA, Érica de Angelis. Serviço de transporte aéreo nacional e internacional: atividade econômica ou serviço público*? Revista do Advogado.* São Paulo.n.142. pp.23-31, p.28.
[124] *Ibidem,* p.27.

São as próprias empresas aéreas que decidem, portanto, em conformidade com critérios operacionais e econômicos, quais rotas aéreas serão exploradas e em qual frequência. Inexiste, assim, interferência estatal prevista em lei ou contrato de concessão.

4.3. MODICIDADE DAS TARIFAS

Outro princípio marcante e característico na prestação dos serviços públicos em geral e previsto no artigo 6º, §1º, da lei n.º 8.987/1995, é o da modicidade das tarifas.

Conforme se disse antes, neste estudo, ele decorre do princípio maior da eficiência, com envergadura constitucional (previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988), e tem por fundo o estabelecimento da necessidade de o prestador do serviço mantê-lo acessível ao usuário em geral.

Em que pese se trate de conteúdo bastante fluído e subjetivo, sujeito à análise individual e específica de cada caso, é certo que ele não se compatibiliza com o regime de exploração e prestação dos serviços aéreos de transporte regular de passageiros, carga e mala postal.

Isso ocorre porque no regime da exploração da atividade de transporte aéreo, sobreveio em momento posterior ao Código Brasileiro de Aeronáutica, a Lei n.º 11.182/2005, criadora da Agência Nacional de Aviação Civil. Dentre as importantes previsões trazidas por mais este marco regulatório do direito aeronáutico brasileiro, destaca-se aquela do artigo 49:

> "Art. 49. Na prestação de serviços aéreos regulares, prevalecerá o regime de liberdade tarifária.
> § 1º No regime de liberdade tarifária, as concessionárias ou permissionárias poderão determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à ANAC, em prazo por esta definido."

Conforme se vê, portanto, não há mais tabelamento de preços, enquanto limitação imposta pelo Poder Público, que por sua vez abandona a posição de interventor direto na fixação das tarifas, deixando-as à determinação pelos próprios exploradores do serviço. O próprio mercado, com base fundamentalmente no postulado da oferta e da procura, e iluminado pela livre concorrência, cuidará de estabelecer o valor tarifário. Segundo Érica de Angelis

Kawahala, *"esse é um dos pilares básicos dos princípios do livre exercício da atividade econômica e da livre concorrência, ambos assegurados pela CF do Brasil de 198813 e afetos à atividade econômica em sentido estrito."*[125]

Trata-se de situação diametralmente oposta ao que se constata no que tange à concessão de serviço público prevista no artigo 175 da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela lei n.º 8.987/1995, cujo sistema impõe que a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação, preservada pelas regras de revisão previstas na Lei respectiva, no edital e no contrato.

4.4. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Outro ponto de afastamento da identidade entre a atividade de prestação de serviços aéreos e a tradicional concessão de serviços públicos reside na inaplicabilidade da cláusula de equilíbrio econômico-financeiro do contrato. preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

A cláusula de equação financeira, como se estudou anteriormente neste trabalho, tem o significado de proporção entre os encargos do contratado e sua respectiva remuneração, proporcionalidade esta fixada no momento da celebração do contrato.

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro, manifesta-se no sentido de assegurar ao concessionário contratado a manutenção daquela proporção inicialmente fixada, estendendo-a para todo o desenrolar da contratação, nas hipóteses em que a concedente faça modificações unilaterais na relação contratual.

Essa regra geral, contudo, não se adequa aos contratos de concessão de serviços aéreos regulares. Isso porque nesse sistema hoje vigente não há contrato propriamente dito, pois não há relação de contraprestação entre as

[125] KAWAHALA, Érica de Angelis. Serviço de transporte aéreo nacional e internacional: atividade econômica ou serviço público*? Revista do Advogado.* São Paulo, n.142, pp.23-31, p.28

partes, mas a regulação de um serviço prestado por uma das partes ao público em geral.[126]

Conforme já referido anteriormente neste estudo, a concessão de serviços aéreos não adjudica à empresa o direito ou a obrigação de voar entre quaisquer localidades. Esse direito de rota somente existe após a outorga de uma autorização específica para cada linha a ser explorada. Essa autorização é denominada Horário de Transporte (HOTRAN), e estabelece horários, frequências, tipos de aeronaves e oferta de assentos para cada linha.

A vista de nosso modelo de sistema econômico de capitalismo neoliberal, adotado na Constituição Federal de 1988 com suas posteriores emendas, as empresas aéreas não têm qualquer obrigação de operar em condições deficitárias. Por isso podem a qualquer tempo comunicar ao poder público a desistência de operação de determinada linha, o que levará ao cancelamento do respectivo HOTRAN.

O parágrafo primeiro do artigo 48, da Lei 11.182, de 2005, aliás, assegurou às empresas a exploração de quaisquer linhas aéreas, observada exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado, o que desautoriza a política de contenção do “excesso de oferta” e de controle da “competição ruinosa”, conforme reporta o artigo 193, do Código Brasileiro de Aeronáutica.

No vigente sistema jurídico-econômico, portanto, sobretudo no cenário pós-constitucional de 1988, reforçado no período que se seguiu à promulgação da lei criadora da Agência Nacional de Aviação Civil (Lei n.º11.182/2005), prevalece o princípio e a regra da livre iniciativa na exploração dos serviços aéreos, não havendo mais se falar em proteção companhias atuantes contra novas entrantes e de controle dos preços das passagens aéreas.

Assim, em que pese se configure no modelo atual a concessão mediante contrato de adesão firmado entre a exploradora dos serviços aéreos e a ANAC, é certo que inexistem em tal instrumento, cláusulas que remetam à manutenção da prestação dos serviços em moldes pré-estabelecidos, quanto a horários,

---

[126] PINTO, Victor Carvalho. *Companhia Aérea não é concessionária de serviço público.* Conjur, 24 de mai. 2013. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2013-mai-24/vitor-pinto-companhia-aerea-nao-concessionaria-servico-publico>. Acesso em: 01/12/2020.

rotas, disponibilidade de assentos, ainda que isso possa significar operação deficitária à companhia aérea.

Tampouco no contrato há fixação de um preço pelo serviço, uma tarifa, já que esta é estabelecida de forma livre pela empresa aérea, com base na regra da liberdade tarifária. Por via de consequência, faltam pressupostos básicos, portanto, para que se aplique, nessa situação, a cláusula do equilíbrio econômico-financeiro previsto para as concessões de serviços públicos em geral (Lei n.º 8.666/1993).

4.5. REVERSÃO DE BENS

Como se viu acima, a extinção da concessão por suas mais variadas formas, induz a necessidade de continuidade na prestação dos serviços públicos que até então vinham sendo prestados pelo particular (concessionário).

Para prestação de tais serviços, o concessionário organiza sua atividade e compõe patrimônio, valendo-se da disponibilização de bens voltados e afetados à prestação daquele específico serviço.

Ao final da concessão, portanto, os bens considerados essenciais para continuidade da prestação dos serviços públicos, revertem ao patrimônio público. Nesse cenário, a própria lei regente (lei n.º 8.987/95), traz previsão em seu artigo 35,§1º, de que os bens reversíveis devem constar expressamente do edital da licitação e também no contrato. Nesse sentido, ainda, os artigos 18, inciso X e 23, inciso X, da mesma lei n.º 8.987/95.

Dessa forma, a extinção do contrato de concessão, seja qual for a razão, implica a reversão dos bens previamente relacionados no edital e instrumento contratual, para o Poder Público.

Esta, no entanto, não é a realidade adequada e vivenciada nos contratos de concessão de exploração de serviços de transporte aéreo regular. Nestes casos, não há notícia de constar nos referidos contratos, tampouco nos decretos anteriores que outorgaram as concessões sem contrato, a previsão de reversão dos bens essenciais, até porque não precedidas de licitação, como se anotou acima.

Nem se poderia mesmo falar na reversibilidade dos bens essenciais das companhias aéreas, dentre os quais, o principal seria a própria aeronave,

quando na grande maioria das vezes, tais equipamentos, devido ao elevado valor, sequer são de propriedade da companhia aérea, sendo objeto de arrendamento mercantil (*leasing*). Logo, restaria de fato e juridicamente inviabilizada a aplicação da regra da reversão de bens ao setor aéreo de transporte regular de passageiros, carga e mala postal.

4.6. O PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Diante de todos estes aspectos acima apontados demonstrando o desencontro entre a legislação brasileira e o cenário fático aferido, bem assim em virtude de questionamentos políticos, o assunto foi levado ao Tribunal de Contas da União, onde fora aberta uma auditoria operacional para verificar a regularidade dos contratos de concessão de transporte aéreo regular de passageiros.

No ano de 2008, foi publicado o acórdão de relatoria do Ministro Raimundo Carneiro[127], oportunidade em que aquele Sodalício fixou algumas conclusões importantes a respeito da incompatibilidade do regime jurídico atual com o modelo de exploração dos serviços de transporte aéreo regular.

Nesse sentido, restou consignado que os contratos de concessão outorgados após a vigência da Constituição Federal de 1988, deixaram de observar a legislação brasileira, posto que não foram precedidos de licitação.

Fixaram, também, que a concessão não é o melhor instituto para regular a delegação dos serviços públicos de transporte aéreo, mas que se assim fosse entendido, haveria premente necessidade de adaptação do arcabouçou legal para eliminar as inconsistências e inconstitucionalidades existentes.

Cabe destacar, em arremate a este tópico, algumas das principais conclusões alcançadas pelos Analistas daquele Tribunal no que tange à utilização do regime de concessão para os serviços aéreos:

> "165. A desregulamentação e a eliminação de barreiras à entrada de novos competidores vêm trazendo resultados positivos, demonstrando que a falta de licitação para outorgar novas concessões, apesar de ser um problema jurídico, não é um problema do ponto de vista operacional e econômico. As vantagens para a sociedade em definir o transporte

[127] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Raimundo Carneiro. Acórdão 346/2008. Diário Oficial da União de 07 de março de 2008.

> aéreo regular de passageiros como serviço público a ser prestado sob o instituto da concessão são questionáveis.
> 166. O instituto da concessão foi idealizado para a prestação de serviços públicos em situações de monopólio natural, em que não há condições de competição e, portanto, aplica-se forte regulação econômica. Alguns elementos indicam que este instituto não parece adequado ou aderente à atual realidade do transporte aéreo regular de passageiros no Brasil.
> (...)
> 168. Nesse sentido, é oportuno recomendar que o Conac avalie, com base no art. 3º da Lei nº 11.182/05, sobre a adequação dos institutos da permissão e da concessão para a prestação dos serviços de transporte aéreo regular de passageiros, frente às vantagens que o instituto da autorização parece conferir em termos de flexibilidade para manter o setor aéreo funcionando segundo sua atual dinâmica operacional. A utilização deste instituto é possível em função do disposto no art. 21, XII, c, da Constituição: "Compete à União (...) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária".

Nota-se, assim, que Tribunal de Contas, ao debruçar-se sobre o tema, concluiu de forma bastante clara e objetiva, que o atual aparelho normativo não está em consonância com a natureza das atividades desenvolvidas e em sintonia com a operação econômica do mercado de transporte aéreo, carecendo de adequações legislativas para dar o respaldo necessário quanto à segurança jurídica de seu pleno funcionamento.

5. O TRATAMENTO DOS SERVIÇOS AÉREOS NO PROJETO DE LEI DE NOVO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA

Atualmente o principal marco regulatório da aviação civil brasileira está consolidado na Lei Federal n. 7.565, de 1986, que instituiu o Código Brasileiro de Aeronáutica.

Conforme se observa pela data, a sua promulgação é anterior à Constituição Federal de 1988, ao Código de Defesa do Consumidor (1990), à Lei de Licitações (1993), à Lei das Concessões (1995), à Lei de criação da Agência Nacional de Aviação Civil (2005) e ao atual Código Civil (2002). Trata-se de legislação que carece, portanto, de atualização e modelagem à nova ordem jurídico-constitucional, econômica e à realidade da aviação civil moderna.

Atendendo a estes anseios e necessidades e em vista de sua defasagem enquanto marco regulatório, houve a criação de uma comissão especial junto ao Senado Federal, para debater e apresentar um projeto que substituísse o atual diploma.

Nesse sentido, então, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional um Projeto de Lei versando sobre o Novo Código Brasileiro de Aeronáutica. Trata-se do PLS n.º 258, de 2016, do Senado Federal.

O Projeto de novo Código é composto de 374 artigos, dividido em 12 Títulos: Título I – Introdução, Título II – Do Espaço Aéreo e seu uso para Fins Aeronáuticos, Título III – Da Regulação de Infraestrutura Aeronáutica e dos Serviços Aéreos, Título IV – Da Infraestrutura de Aviação Civil, Título V – Das Aeronaves, Título VI – Da Tripulação, Título VII – Dos Serviços Aéreos, Título VIII – Do Contrato de Transporte Aéreo, Título IX – Da Responsabilidade Civil, Título X – Das Sanções, Título XI – Dos Prazos Extintivos, Título XII – Disposições Finais e Transitórias.

A última movimentação do processo legislativo registrada até a presente data (25/11/2020) informa que o PLS258/2016 está pronto para deliberação em Plenário, desde 06/02/2020.

Um dos pontos principais que carece de adequação no presente sistema jurídico é justamente aquele que trata dos serviços aéreos.

Conforme exposto no presente estudo, as atuais concessões de serviços públicos de transporte aéreo estão defasadas e dessincronizadas da legislação

em vigor e dos demais modelos mundiais, de modo a gerar, sobretudo incerteza e insegurança jurídica.

A alocação dessa modalidade de transporte enquanto serviço público não mais atende ao dinamismo econômico próprio do setor, mostrando-se como um sistema já inadequado para fazer frente às novas necessidades e realidades macroeconômicas.

Por estas razões é que o projeto de lei do novo Código Brasileiro de Aeronáutica buscou inovar no tratamento da matéria. Nesse sentido, desde logo convém anotar o que o próprio relator do parecer pela aprovação da nova legislação destacou:

> "**1.2.7 Título VII**
> O Título VII – Dos Serviços Aéreos – compreende 33 artigos (art. 229 ao art. 261), enquanto o CBA apresenta o tema em 48 artigos.
> O projeto estabelece que o transporte aéreo público, regular ou não regular, será objeto de autorização vinculada, formalizada mediante contrato de adesão. O CBA vigente estabelece que a exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados.
> Importante inovação do PLS é o art. 239, que estabelece que a autorização para prestação de transporte aéreo público será dada a empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Deixa de existir qualquer restrição ao capital estrangeiro, ao contrário do que define o CBA de que o capital estrangeiro somente poderá deter participação inferior a 20% nas empresas prestadoras de serviço aéreos públicos."[128]

Portanto, a primeira observação que se extrai, é a de que o novo diploma proposto continua a tratar em título específico a respeito dos serviços aéreos, mantendo, pela redação do artigo 225, a anterior e já sacramentada divisão do gênero 'serviços aéreos', a compreender as duas espécies: de um lado o público e de outro o privado.

Prossegue no artigo 226, indicando que os serviços aéreos públicos abrangem os serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga, encomenda, remessa ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional.

---

[128] BRASÍLIA. Senado da República. Projeto de Lei do Senado PLS 258/2016. Institui o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7883488&ts=1594031789286&disposition=inline> Acesso em: 01 dez. 2020.

Já o artigo 227, do projeto, traz a nevrálgica alteração do paradigma da exploração dos serviços aéreos públicos, ao dispor que:

> *"Art. 227. A relação jurídica entre a União e o explorador de serviços aéreos rege-se pelas normas deste Código, pela legislação complementar e pelas condições da respectiva autorização vinculada."*

Mais adiante, na Seção II, do Título VII, o artigo 231, na esteira do quanto fixado pelo artigo 227, traz a seguinte redação:

> SEÇÃO II - Da Autorização para a Exploração de Serviços de Transporte Aéreo Público
>
> Art. 231. A exploração de serviços de transporte aéreo público será objeto de autorização.
> § 1º A autorização reger-se-á por esta Lei, pelas demais normas legais e regulamentares aplicáveis e pelas cláusulas do correspondente termo.
> § 2º As autorizações para a exploração de serviços de transporte aéreo público podem ser cedidas ou transferidas mediante anuência da Autoridade de Aviação Civil.

Conforme se colhe, portanto, o projeto de lei não mais faz referência à concessão de serviços públicos de transporte aéreo, mas agora a trata enquanto autorização vinculada, em que pese formalizada por instrumento contratual de adesão.

O artigo 233, *caput*[129], a seu turno, traz outra relevante alteração que faz traço distintivo com o atual modelo de contrato de concessão, ou seja, indica não estar a autorização sujeita a termo final. Nas concessões, por sua vez, tal como destacou-se em capítulo próprio deste trabalho, uma de suas principais características é a existência de contrato com prazo certo e determinado.

A opção do projeto de lei, pelo uso do termo autorização é revelador, destarte, de uma grande mudança de vetor no tangente à forma de exploração dos serviços aéreos regulares de transporte.

---

[129] *Art. 233. A autorização não terá sua vigência sujeita a termo final, extinguindo-se somente por: (...)*

A autorização, conforme já estudado, se constitui no "*ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material*"[130]

Entretanto, o processo de liberalização pela qual o País vem passando ao longo das últimas três décadas acarretou uma ruptura da noção de serviços públicos, o que fez com que a tradicional diferenciação entre concessão e autorização fosse perdendo nitidez. Por via de consequência, isso permitiu que determinadas atividades de interesse coletivo passassem a ser exercidas por entes privados, porém submetidos a uma maior regulação, em especial quanto ao ingresso no mercado, que se passa a fazer agora por meio de uma autorização ou licença e não mais por intermédio da concessão.[131]

No caso da proposta de novel legislação, houve a opção pela utilização do instituto da autorização, proposto para outorga de serviços de transporte aéreo público regular, em substituição ao modelo de concessão.

Contudo, o referido projeto de lei do Senado, n.º 258, de 2016, tratou a matéria de modo distinto de uma anterior proposição de retificação da Lei n.º 7.565/1986, atual Código Brasileiro de Aeronáutico vigente.

Nesse sentido, ainda consta em tramitação, o Projeto de Lei da Câmara, de n.º 6.961/10[132], cuja estruturação mostra-se mais consentânea com o instituto da autorização e o regime de exploração dos serviços de transporte aéreo. Esta proposta incluiria o artigo 180-B, no atual Código Brasileiro de Aeronáutica, com a seguinte redação:

> "Art. 180-B. A exploração de serviço de transporte aéreo público será realizada mediante autorização expedida pela autoridade de aviação civil.
> § 1o Para os fins desta Lei, entende-se por autorização de serviço de transporte aéreo público o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, não sujeito a termo final, de modalidade de serviços de transporte aéreo."

---

[130] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo.* V.I. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p.493.
[131] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p.66.
[132] BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Projeto de Lei n.º 6.961/10. Brasília. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=743662&filename=PL+6961/2010. Acesso em: 09/12/2020.

Esta proposta para utilização da autorização de serviço de transporte aéreo se assemelha ao que já fora utilizado no País no caso da exploração dos serviços de telecomunicações (Lei n.º 9.472/1995). Destaca-se, nesse ponto, que a referida propositura (PL 6.961/10) possibilitaria justamente a exploração do serviço aéreo público regular sob regime de direito privado, deixando isto consignado de forma bastante clara.

No Projeto de Lei do Senado, n.º 258/2016, contudo, não constou de forma expressa nenhum dispositivo com conteúdo semelhante ao que fora proposto no Projeto de Lei da Câmara n.º 6.961/10, no sentido de definir a autorização para os fins da exploração dos serviços aéreos públicos, como *ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, não sujeito a termo final, de modalidade de serviços de transporte aéreo público, quando preenchidas as condições estabelecidas pela autoridade de aviação civil.*[133]

Da Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 6.961/10[134], extraem-se as razões pelas quais haveria necessidade de alteração do atual modelo vigente para o setor:

> "5. Estudos realizados no âmbito deste Ministério da Defesa levaram ao entendimento de que o instituto da autorização é, jurídica e economicamente, o mais adequado ao atendimento dos interesses do Estado - titular do serviço público de transporte aéreo -, das empresas que o ofertam e dos consumidores. A partir da experiência de outros setores, verificou-se que, por esse regime, o Poder Público diminui as barreiras à entrada no setor e estimula em maior grau a competição entre os agentes. Como resultado, eleva-se a eficiência do setor, diminuem-se os custos regulatórios e aumentam-se a oferta e a qualidade dos serviços à população.
>
> 6. Assim, pela presente proposta, a exploração de serviços aéreos passa a ser realizada em regime privado. Ademais, pela nova disciplina são definidos os princípios a que a autorização está sujeita e é conferida suficiente estabilidade às relações advindas do instituto, a fim de que seja estimulado o investimento no setor. Em tempo, pelo Projeto de Lei, a exploração em regime público passa a ser admitida apenas excepcionalmente, conforme disposição de lei ordinária específica a ser editada sobre a matéria."
>
> Acrescente-se que a utilização deste instituto – exploração em regime privado mediante autorização – se faz viável em função do disposto no art. 21, XII, c, da Constituição:

[133] Artigo 180-B, do PL 6.961/10.

[134] https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=743662&filename=PL+6961/2010

> "Compete à União (...) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária".[135]

A respeito da constitucionalidade da fixação do regime de exploração privado de determinado serviço pelo legislador ordinário, há alguma controvérsia doutrinária[136].

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro[137], a exemplo, a opção pela autorização decorreria de uma necessidade de dar certa aparência de constitucionalidade à lei. Posiciona-se pela inconstitucionalidade, também, Celso Antonio Bandeira de Mello[138], o qual expõe que a Constituição Federal indicou expressamente, mas não de forma exaustiva, quais atividades considera como serviços públicos.

Representando a corrente que pugna pela constitucionalidade, citamos a exemplo paradigmático o posicionamento Marçal Justen Filho, o qual refuta a tese de que as atividades que foram arroladas no artigo 21 da Constituição Federal de 1988 sejam vistas como serviços públicos por inerência. Para referido autor, *"a finalidade do artigo 21 não se relaciona com a diferenciação entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. O dispositivo se volta à discriminação de competências entre os diversos entes federais."*[139]

Nessa esteira de ideias, em arremate, cabe trazer à colação a lição de Humberto Alves de Campos, para quem:

> "A conclusão a que se pode chegar é que um novo modelo de regulação de serviços públicos vem sendo instituído, obrigando a releituras dos mais diversos institutos do Direito Administrativo, em especial da noção de serviço público e de seus instrumentos de delegação: a concessão, a permissão e a autorização. Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se inclinado para admitir que essas atividades podem ser despublicizadas, isto é, convertidas em atividades econômicas em sentido estrito, pois a regra do artigo 21 é de competência legislativa, e que, consequentemente, esses serviços podem ser prestados sob regime público ou privado".[140]

---

[135] BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.
[136] CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de ransporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013, p.71
[137] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.99.
[138] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo. 16ª ed.* São Paulo: Malheiros, 2003, p.631.
[139] JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.44-46.
[140] CAMPOS, *op.cit.*, p. 74

Diante desse cenário descrito, colhe-se haver proposições em andamento no Congresso Nacional visando a modificação legislativa atinente à forma de exploração dos serviços públicos de transporte aéreo no País. Esta é uma realidade, e conforme apontou o TCU, uma necessidade, seja para aperfeiçoamento legislativo seja para atender a uma política de desregulamentação.

Contudo, dentre estas propostas, destacam-se o PLS n.º 258/2017 e o PL n.º 6.961/2010. O segundo é mais claro ao dispor expressamente sobre o regime de exploração privado desse serviço, mediante autorização, em analogia ao que já ocorreu com o setor de telecomunicações no Brasil por intermédio da lei n.º 9.472/95. De outra ponta, o primeiro apenas se refere à autorização para exploração sem essa especificação da despublicização do serviço; cria, ademais, condicionantes à desistência da exploração de linha aérea doméstica[141], o que de certa forma, pelo que se estudou até aqui, poderia contrariar o regime exploratório vigente de livre acesso e retirada do mercado.

[141] O artigo 230, parágrafo primeiro traz a previsão de comprovação de condições para desistência da exploração das linhas aéreas domésticas:
§ 1º A desistência ou a suspensão da exploração de linha aérea doméstica fica condicionada à anuência da Autoridade de Aviação Civil e desde que comprovada alguma das razões que inviabilizam a operação:
I – Queda de demanda continuada, que comprometa a continuidade da linha;
II – Deterioração das condições econômicas da empresa; ou
III – Alteração de condições técnicas de infraestrutura.
§ 2º A desistência ou suspensão de que trata o § 1º deverá ser comunicada à Autoridade de Aviação Civil com antecedência mínima de três meses.

6. CONCLUSÃO

Quando um passageiro compra seu bilhete de transporte aéreo, costuma lhe passar desapercebido o fato de estar se utilizando, atualmente, de um serviço público na forma da lei. Isso ocorre porque a teor do próprio Código Brasileiro de Aeronáutica, a relação jurídica entre a companhia e o passageiro é contratual e regida pelas respectivas normas previstas no Código de Aeronáutica e principalmente no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Nada obstante a falta de constatação pelo usuário, é certo que o vigente cenário normativo aponta no sentido de que os serviços de transporte aéreo de passageiros, carga e mala postal, regular ou não, são de natureza pública.

A Constituição Federal, em seu artigo 21, inciso XII, alínea “c", dispõe competir à União, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária.

Mais adiante, o artigo 175, da Constituição Federal de 1988 dispõe incumbir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A matriz constitucional revela, portanto, a atribuição de tais serviços de navegação aérea à União, evidenciando a senão a natureza pública de sua prestação, minimamente o interesse geral que ele representa à coletividade. De outro lado, o texto constitucional permite a descentralização, de modo que possa ser realizado por particulares, mediante as figuras próprias da concessão, da autorização e da permissão.

Descendo à legislação infraconstitucional, o Código Brasileiro de Aeronáutica, por sua vez, indica em seu artigo 180 a opção feita pelo legislador dentre as três formas indiretas de prestação, ao dispor claramente que a exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados.

Diante desta constatação, cabe indagar se de fato estamos diante da típica figura do instituto da concessão.

A resposta encontra após o estudo das características das concessões em geral nos leva à conclusão de que elas não se adequam à forma de

exploração dos serviços aéreos concedidos na forma do atual Código Brasileiro de Aeronáutica.

Nesse sentido, não há se falar no âmbito da concessão de exploração do serviço de transporte aéreo regular doméstico, de exigência de licitação prévia, de aplicação da equação de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, da reversão de bens ao final da concessão, tampouco em modicidade das tarifas, já que vige o sistema da liberdade tarifária. Não existe, ainda, o dever de a companhia aérea continuar a explorar uma rota, ainda que se mostre deficitária.

Como se vê, portanto, a despeito do Código Brasileiro de Aeronáutica se referir à prévia concessão quando se tratar de transporte aéreo regular, a realidade mostra que tal regime não mais se adequa às particularidades fáticas e jurídicas desta relação havida entre Poder Público e Companhias Aéreas em vista do dinâmico mercado da aviação comercial mundial.

Em arremate e frente ao panorama traçado, entende-se que seria mais adequado uma reforma legislativa, no sentido de viabilizar a delegação do transporte aéreo público mediante autorização emanada do Poder Público, a qual decorreria do preenchimento dos requisitos pré-estabelecidos pelo arcabouço normativo, resumindo-se na qualificação técnico-jurídica traçada pelo §1º, do artigo 48 da lei n.º 11.182/2005: observância da capacidade operacional de cada aeroporto e das normas regulamentares de prestação de serviço adequado expedidas pela ANAC.

Nesse sentido, a propósito, são as proposições legislativas, as quais propõem esta mudança à vista de perceberem que a referência à concessão para exploração do transporte aéreo público regular de passageiros, carga e mala postal, não se mostra consentânea com a natureza e o regime de exploração desse nicho específico de serviços. Daí o motivo pelo qual há projetos de lei em andamento no Congresso Nacional com objetivo de alterar a atual forma de delegação, despublicizando os serviços e permitindo sua exploração de forma privada, mediante autorização.

Nada obstante a tais constatações, há necessidade de outras pesquisas e estudos sobre o tema para aprofundar o conhecimento sobre o problema abordado e contribuir na busca de possíveis soluções, de modo a encontrar um ponto de equilíbrio entre o interesse público e a atividade econômica privada, em verdadeiro papel regulatório a ser desenvolvido pelo Estado. A questão tornou-

se ainda mais premente, presentemente, em virtude dos deletérios efeitos financeiros experimentados pelas Companhias Aéreas por consequência da Pandemia de Covid-19.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A*utorizações Administrativas. In: Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo.* Org.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. vol. II.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo.* V.I. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARAT, Josef. *Globalização, logística e transporte aéreo.* São Paulo: Editora Senac, 2012.

BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Projeto de Lei n.º 6.961/10. Brasília. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=743662&filename=PL+6961/2010. Acesso em: 09/12/2020.

BRASIL. Senado Federal. Lei n. 7565, de 19 de dezembro de 1986. Brasília, 19 de dezembro de 1986.

BRASIL. Senado Federal. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

BRASIL. Senado Federal. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Senador Federal. Lei n.º 13.460, de 26 de junho de 2017.

BRASIL. Senado Federal. Decreto-lei n,º 483 , de de 1938.

BRASIIL. Senado Federal. Decreto n.º 21.713, de 27 de agosto de 1946.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Raimundo Carneiro. Acórdão 346/2008. Diário Oficial da União de 07 de março de 2008.

CAMPOS, Humberto Alves de. *Direito e Regulação: Delegação da prestação de serviços de transporte aéreo regular doméstico no Brasil.* Curitiba: CRV, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Grau, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10ª ed. Malheiros: São Paulo. 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In:Sunfeld, Carlos Ari (org.). Direito administrativo econômico, 2ª tiragem. São Paulo:Malheiros, 2002, p.60.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In:Sunfeld, Carlos Ari (org.). Direito administrativo econômico, 2ª tiragem. São Paulo:Malheiros, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.9ª ed. São Paulo:* Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras independentes*. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KAWAHALA, Érica de Angelis. Serviço de transporte aéreo nacional e internacional: atividade econômica ou serviço público*? Revista do Advogado.* São Paulo.n.142

KÖHLER, Etiane da Silva Barbi. A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 Contornos e Desdobramentos. Direito em Debate. Ano XI nº 18, jul./dez. 2002 — nº 19, jan./jun. 2003.

LAENDER, Alessandro Azzi; MOURÃO, Sergio Luís; SILVA, Juliano Veloso Leite e (org). *Direito Aeronáutico.* Belo Horizonte: Editora D´Placido, 2019.

MARRARA, Thiago. Manual de Direito Administrativo – v. II: funções administrativas e bens estaduais. 2ª ed. Ribeirão Preto: Obben Educação Ltda, 2020

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo. 16ª ed.* São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público.* São Paulo: Malheiros, 2017.

PACHECO, José da Silva. *Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINTO, Victor Carvalho. *Companhia Aérea não é concessionária de serviço público.* Conjur, 24 de mai. 2013. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2013-mai-24/vitor-pinto-companhia-aerea-nao-concessionaria-servico-publico>. Acesso em: 01/12/2020.

SILVEIRA, Daniel Barile da. *A Crise no conceito clássico de serviço público e a sua repercussão no regime jurídico das taxas.* Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, Brasília, V.3, n.º2, p.252, Jul-Dez, 2016. Disponível em <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/7701/pdf (27/10/2020)> Acesso em: 13/ de nov. 2020.

SILVA, Washington Eduardo Pezorim. *As formas de atuação do Estado no Domínio Econômico: limites constitucionais sob a perspectiva do Poder Judiciário.* Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 17(32): 263-298, jan.-jun. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-Dir_n.32.12.pdf. Acesso em: 01/12/2020.

SPITZCOVSKY, Celso, *Direito Administrativo*.14ª ed. São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico.*2ª ed. São Paulo: Método, 2006.

VASCONCELOS, Clever. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.