



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSÉ LUIZ DE OLIVEIRA

TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PESSOAS E
TRANSPORTE CLANDESTINO INTERMUNICIPAL
NO ÂMBITO DE MINAS GERAIS

JUIZ DE FORA

2014

JOSÉ LUIZ DE OLIVEIRA

**TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PESSOAS E
TRANSPORTE CLANDESTINO INTERMUNICIPAL
NO ÂMBITO DE MINAS GERAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Ma. Bianca Stephan S. Mascarenhas

JUIZ DE FORA

2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

JOSÉ LUIZ DE OLIVEIRA

Aluno

TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PESSOAS E TRANSPORTE
CLANDESTINO INTERMUNICIPAL NO ÂMBITO DE MINAS GERAIS.

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Bianca Stephan S. Macanudo

[Assinatura]

[Assinatura]

Aprovada em 30 / 06 / 2014.

Dedico à minha esposa Elenir, por todo carinho, a minha mãe pelos ensinamentos. E a minha filha Luiza e ao meu pai Juracy, que sempre estarão presentes na minha caminhada.

Agradecimentos

Agradeço em especial minha orientadora, Ma. Bianca Stephan S. Mascarenhas, pela paciência, dedicação e competência. E a todos os professores da graduação, por todo conhecimento acadêmico e experiência de vida passados.

“Um homem não pode fazer o certo numa área da vida,
enquanto está ocupado em fazer o errado em outra.
A vida é um todo indivisível.”
Mahatma Gandhi

Resumo

A monografia tem por proposta analisar o serviço público com enfoque no transporte rodoviário intermunicipal e no transporte clandestino na circunscrição de Minas Gerais, inclusive a fiscalização e os efeitos desse último. Sem o propósito de esgotar o assunto, se fundamenta em doutrina, jornais, artigos jurídicos e normas específicas. O transporte público de passageiros, na qualidade de serviço público, deve respeitar os princípios estabelecidos na Lei Nacional n. 8.987/95 e, também, aos princípios constitucionais. Assim, para efetivação desse sistema de princípios, o interesse público deve prevalecer como finalidade básica do setor, importando nas diretrizes a serem seguidas pelos delegatários e nos objetivos da Administração Pública. Os delegatários devem zelar pelo cumprimento do serviço adequado, pela continuidade e qualidade satisfatória aos usuários. Por outro lado, o Estado deve fiscalizar as delegatárias e combater o transporte clandestino, através do seu poder de polícia, para manter o equilíbrio econômico-financeiro contratual das delegações e proteger a sociedade. Com isso, deve-se buscar, sob enfoque da segurança da sociedade, a integridade física dos usuários e a segurança jurídica nas relações, beneficiando os usuários com serviços regulares e sempre avançando para ampliação do transporte e maior satisfação nas prestações já disponíveis aos usuários. Tendo o serviço público caráter de direito fundamental, nesse aspecto, o transporte rodoviário no âmbito de Minas Gerais ganha importância social e econômica das mais importantes, devido as grandes dimensões do Estado, sendo que o exercício dos demais direitos fundamentais da coletividade depende diretamente do seu nível de facilidade de locomoção.

Palavras-chaves: Direito Administrativo. Serviço público. Transporte público de pessoas. Transporte clandestino. Fiscalização.

Abstract

The monograph aims to analyze the public service with a focus on intercity road transport and smuggling in the district of Minas Gerais, including the supervision and the effects of the last one. without pretending to exhaust the argument, based on doctrine, newspaper, articles of the law and specific legal standards. The public passenger transport, as a public service, must respect the principles of the National Law. 8.987/95 and also to constitutional principles. Thus, the execution of this system, the public interest must prevail as a basic purpose, regardless of the guidelines to be followed by delegatee and objectives of the Public Administration. The delegatee shall ensure compliance with the appropriate service, satisfying the continuity and quality to users. On the other hand, the state must supervise the use of the power and combat smuggling through its police power, to maintain the contractual economic balance of delegations and protect the society. With this seeks focus on the safety of society, the physical integrity of users and legal certainty in relations benefiting users with regular services and always advancing for the expansion of transportation and greater satisfaction in the benefits already available to users. For the public service has character of fundamental rights, and in that aspect, road transport within Minas Gerais earns the most importance social and economic, because it is a large state, the exercise of other fundamental rights depend on easy way to move.

Keywords: Administrative Law. Public service. Public transport. Smuggling. Supervision.

Sumário

Introdução.....	09
Administração Pública Brasileira.....	12
1.1 Noções de Estado: forma e poderes.....	12
1.2 Direito Administrativo.....	13
1.3 Regime Jurídico Administrativo – Conceito, supremacia e indisponibilidade, prerrogativas e restrições.....	15
1.4 Interesse Público.....	16
2 Poder de Polícia.....	20
2.1 Conceito de Poder de Polícia.....	20
2.2 Atributos do Poder de Polícia.....	21
2.3 Poder de Polícia Originário e Delegado.....	23
2.4 Modalidade de Exercício.....	24
3 Serviço Público e o Transporte de Passageiros.....	27
3.1 Conceito de Serviço Público.....	27
3.2 Princípios dos Serviços Públicos e do Transporte Rodoviário Intermunicipal de Minas Gerais.....	29
3.3 Competência.....	34
3.4 Transporte de Passageiros: serviço essencial e conceito legal.....	36
3.5 Delegação.....	37
4 Transporte Clandestino.....	44
4.1 Direitos do Clandestino e os Direitos da Coletividade	44
4.2 Transporte Clandestino e a Lei 19.445/ 2011 de Minas Gerais.....	45
4.3 Prejuízos acarretados pelo Transporte Clandestino	46
4.4 Fiscalização do Transporte Clandestino.....	48
4.5 Fiscalização e a Relação Direta com o Transporte Clandestino.....	50
Conclusão.....	52
Referências Bibliografias.....	55
Sitiografia.....	56

Introdução

O transporte público exerce papel de grande relevo, principalmente em Minas Gerais devido à extensão territorial do Estado. Diante disso, surgem necessidades da coletividade e outros interesses particulares dos mais variados, cabendo ao Direito Administrativo estabelecer as relações jurídicas que devem ser protegidas e os mecanismos disponíveis à busca da efetivação de um transporte de qualidade.

Dessa forma, a presente pesquisa pretende destacar os conceitos elementares do Direito Administrativo com uma particular visão ao entendimento do serviço público de transporte coletivo e a relação com o Poder Público e sua função fiscalizadora, com ênfase no transporte intermunicipal mineiro.

Assim, pretende analisar o problema do transporte rodoviário público intermunicipal de pessoas e o interesse público, trazendo os princípios basilares do Direito Administrativo, sejam os expressos na Constituição Republicana de 1988, ou outros expressos em normas infraconstitucionais, tendo todos como ponto em comum a derivação da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Nesse diapasão, o interesse público aparece sempre como prioridade no Direito Administrativo, nos serviços públicos e, consequentemente, na prestação de transporte público. Sendo o ponto fundamental a ser observado por toda a sociedade, pelas concessionárias de transporte público de passageiros e pelos operadores de direito nas lides que envolvem o transporte, que tem como objeto maior a preservação dos direitos fundamentais de ir e vir da população, proporcionando à mesma o exercício de outros direitos básicos ao homem, como educação, tratamento médico, propriedade etc.

Assim, para a defesa desse direito é disponibilizado ao Estado o Poder de Polícia que visa, em um primeiro momento, regular as ações dos direitos individuais que possam por em risco o dito interesse público. E, em outra fase, possibilita a fiscalização e desta forma, a ação repressiva do Ente Político, como Administração, ou seja, partindo de um plano posterior a lei.

Nesses termos, o poder de polícia ganha uma conotação de suma importância para o equilíbrio e o bom funcionamento dos serviços públicos. Sendo esses citados institutos, dois dos mais peculiares e importantes do ramo de Direito Administrativo. Restando inclusive, a constatação de que em um primeiro momento, na Escola Pública Francesa o serviço público era considerado e confundido com a própria função pública.

Atualmente a função pública não se confunde com serviço público, mas este é certamente um dos objetivos mais básicos do Estado, inclusive para os especialistas a sua amplitude se relaciona diretamente com o nível de desenvolvimento do Estado Soberano.

O Estado estabelece através dos Entes Federativos e seus respectivos poderes legislativos a positivação dos serviços públicos. O que no âmbito nacional é delimitado pela própria Constituição Republicana ao tratar das competências e, também, no art. 175, que é regulamentado pela Lei 8.987/95 que trata de norma de caráter geral, devendo ser observadas por todos os entes da República nas concessões e permissões de serviços públicos.

No âmbito de Minas Gerais as concessões, permissões e autorizações de transporte público de passageiros são tratadas por Leis e Decretos específicos, como por exemplo, a Lei Delegada 164 de 2007 e os Decretos 44. 603/07 e 44.035/05.

Dentre os objetivos dessas normas nacionais e estaduais estão a consecução do serviço adequado, para isso considera como adequação do serviço de transporte público de pessoas a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia no atendimento e modicidade das tarifas.

Nessa esteira, é evidente a relação da adequação com os seus princípios qualificativos, sendo todos importantes na aferição da finalidade do interesse público, bastando à ausência de um deles para comprometer toda a relação desenvolvida. Nesse nível de entrelaçamento de princípios e objetivos, que é também característica de todo o sistema de Direito Administrativo, é perceptível a potencialização dos efeitos de cada um deles, seja tanto pelo valor social e econômico, quanto pelo valor de direito fundamental individual atribuído aos mesmos.

Sendo assim, pode-se considerar, por exemplo, a continuidade, generalidade e modicidade das tarifas, como bases para o cumprimento dos fins sociais e objetivos visados pela CF/88 no seu art. 3º como verdadeiros princípios fundamentais.

Mas, contudo, no nosso sistema constitucional não há princípio absoluto, do mesmo jeito a nossa Carta Magna institui como fundamento no art. 1º, IV: “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Nesse último contorno aparece o transporte ilegal, não acolhido pela legislação infraconstitucional, sendo uma consequência da estrutura social, econômica e política.

Daí, buscando a oportunidade de gerir um empreendimento e conseguir a auto suficiência no campo profissional, o referido transporte busca a realização de serviço público sem a devida concessão, permissão ou autorização do poder concedente.

Desta forma, os mesmos se expõem, além do risco característico do investimento privado, a sujeição às sanções autorizadas normativamente pelo Estado. E também, ficam expostos aos riscos desse transporte os usuários, que diretamente não gozam das garantias legais como, por exemplo, o seguro no caso de acidente, bem como a segurança de um transporte realizado por profissional qualificado e veículo que atende as normas legais.

Mas além desses riscos inerentes ao transportador ilegal e seus usuários, esse tipo de transporte causa um desequilíbrio na relação jurídica existente entre Estado e Concessionária. O fato de não obedecer a nenhum critério ou objetivos pré-estabelecidos pelo Legislador para a prestação de serviço público de transporte de pessoas, ou seja, adequação e pressupostos, torna-se um transporte com características próprias apenas prestando o serviço que é de seu interesse, não tendo compromissos ou obrigações, tal como a continuidade, a segurança e universalidade, além de não efetuar o recolhimento de impostos.

Sendo assim, o transporte clandestino traz prejuízos ao sistema de transportes, colocando em risco o direito fundamental da coletividade. Sendo que as pessoas gozam, além do direito de locomoção, do direito de serem atendidas independentemente da região onde residem ou trabalham ou por qualquer outro motivo no qual desejam locomover-se com a certeza de chegarem com segurança ao seu destino e com horários pré determinados.

Para tutelar esses direitos e o equilíbrio financeiro contratual das concessões, bem como o controle da evasão fiscal, foi editada a Lei 19.445 de 2011 perante a qual o Estado de Minas estabeleceu sanções mais duras ao transporte clandestino, visando em parceria com o Departamento de Estrada e Rodagens de Minas Gerais e demais Órgãos, a tarefa de coibir esse transporte.

Dentre essas sanções se encontra a apreensão dos veículos flagrados realizando transporte clandestino e a condução destes ao depósito até o pagamento das multas e demais encargos. Situação essa que não está conseguindo amparo no Judiciário, que entende estar havendo extrapolação na competência legislativa do Estado, como também tem julgado inadequada a exigência de pagamento prévio de multas aos infratores, já que a todos é dado o direito de ampla defesa e contraditório, seja administrativamente ou judicialmente.

Assim, o presente estudo terá como fundamento a Constituição Republicana Brasileira e demais dispositivos normativos pertinentes ao transporte público intermunicipal de pessoas na circunscrição do Estado de Minas Gerais e o respectivo transporte clandestino. A pesquisa também abrangerá o estudo de doutrina e jurisprudência, utilizando-se textos, artigos e obras condizentes, inclusive sítios da internet.

1 A Administração Pública Brasileira

1. 1 Noções de Estado: forma e poderes

A noção de Estado pode ser percebida de diversos modos a depender da ótica que se visa. Desta forma, o Estado pode ser entendido como personalidade soberana e capaz de exercer direitos e contrair obrigações na esfera interna e, também, na esfera externa, mediante o reconhecimento das demais pessoas jurídicas de direito público externo.

Ademais, o nosso regime federativo positivado pela Constituição Republicana, o qual é marcado pela descentralização política, atribui a todos os entes federados parcelas de competência.

Desta forma, a União, os Estados, o Distrito Federal, e os Municípios são responsáveis pela materialização do Estado Brasileiro concebido Constitucionalmente. Cabendo, desta forma, organizadamente a cada um dos entes parcelas das funções do Estado.

Nesse sentido, de acordo com a Constituição Federal de 1988, visualiza-se além da formação estatal por entes com personalidade jurídica e política, a formação do Estado Constitucional dentro da trilogia de suas funções: legislativa, administrativa e jurisdicional (MELLO, 2010).

A Ordem Jurídica Brasileira adotou a estrutura interna de funções idealizadas por Montesquieu na sua notável obra “*L’Ésprit des Lois*”¹. A ideia principal é repartir as funções do Estado em funções legislativa, executiva e judiciária.

Todavia essas funções não são estanques de cada poder, podendo ser realizada de maneira atípica pelos outros poderes, dentro dos quais apenas não são atividades exercidas predominantemente.

Essa estrutura visa impedir a concentração do poder sobre uma única pessoa e, ao mesmo tempo, controlar as manifestações de cada Órgão Público pelo sistema de freios e contrapesos, equilibrando as funções estatais de forma a ser mais justo o desempenho do Estado e, também, com o intuito de rebater os abusos e atos tiranos (MELLO, 2010).

¹ **Do Espírito das Leis** (em francês - *De l'esprit des lois*), publicado em 1748, é o livro em que Montesquieu tratou das formas de governo, que se tornaram pontos básicos de estudos e ainda exercem grande influência no pensamento político moderno.

Assim, o povo manifesta a sua vontade elegendo os membros do Poder Legislativo dentro das suas esferas políticas, os quais editam as leis, que todos devem observar sob pena de responder pela legalidade maculada. Com isso depreende a importância do legislador, pois ao mesmo é conferido o poder de inovar no ordenamento, sendo, sem dúvida nenhuma, cabível a ele, nesse mesmo sentido, a importante função de realizar a primeira interpretação dos fundamentos e princípios jurídicos legítimos de nosso Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, cabe ao Poder Executivo administrar a máquina estatal, conduzindo o Estado segundo a sua conveniência e oportunidade, mas seguindo sempre as diretrizes do ordenamento jurídico, conforme a legalidade administrativa do Art. 37, *caput* da CR/88. Ou seja, cabe ao administrador a tarefa precisa de seguir o que a lei ordena e na medida da liberdade legal realizar o juízo de mérito na gestão político-administrativa do Estado.

Já ao Judiciário cabe o controle de Legalidade, adentrando na valoração da proporcionalidade e razoabilidade das ações administrativas, corrigindo e prevenindo qualquer abuso de poder, seja na modalidade de desvio ou de excesso de poder.

1.2 Direito Administrativo

Diante desse conjunto de pessoas e órgãos que surgem como Administração é necessária a pontuação, dentro do direito, das matérias relativas à estrutura e ao exercício das funções administrativas, ou seja, o Direito Administrativo. Assim, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o Direito Administrativo como sendo o “(...) ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a desempenham” (2010, p. 37).

Segundo a conceituação tecida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Direito Administrativo estaria inserido no ramo do direito público, tendo por objeto os órgãos, os agentes e as pessoas jurídicas administrativas que compõem a Administração pública, bem como os bens utilizados pela Administração para a realização de seus fins, bem como por exclusão as atividades não judiciais (2014).

Marçal Justen Filho utiliza um conceito mais amplo de Direito Administrativo que, segundo ele, é objeto de mudanças permanentes e constantes das funções do Estado e das responsabilidades da sociedade. Assim para o mencionado autor, o Direito é orientado pela segurança das relações e ao mesmo tempo essa segurança reside na certeza de variações. A

lógica seguida pelo Doutrinador, que traz esse paradoxo, é de que o “direito contemporâneo se caracteriza pela instabilidade e pela mudança”, então se a sociedade e suas necessidades mudam, a segurança para o Direito estaria na flexibilidade do mesmo acompanhar essas mudanças. Desta forma, dentro dessas variações, por exemplo, cabe ao Direito Administrativo moderno disciplinar, o terceiro setor, saindo assim do campo que regula exclusivamente a Administração Pública. (2013, pp. 89 - 90).

O administrativista também enfatiza a inserção dos direitos fundamentais como parte integrante do conceito de Direito Administrativo, que se apresenta como o conjunto de “(...) normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho” (2013, p. 90).

Segue o raciocínio Marçal Justen Filho:

Por um lado, o direito administrativo disciplina um setor de atividades e um conjunto de organizações estatais e não estatais para produzir a limitação dos poderes inerentes à existência do Estado e ao desenvolvimento da sociedade humana. O direito administrativo visa a evitar que a concentração de poderes políticos e econômicos, relacionados com as atividades de satisfação de interesses coletivos, produza o sacrifício da liberdade e de outros valores fundamentais. Sob esse ângulo, o direito administrativo é um instrumento de limitação do poder (estatal e não estatal). Essa é uma faceta que se poderia qualificar como de atuação negativa ou omissiva.

Sob outro prisma, o direito administrativo tem um compromisso com a realização dos interesses coletivos e com a produção ativa dos valores humanos. Há valores fundamentais a serem realizados, cuja afirmação é inquestionável e cuja produção não pode ser deixada às escolhas individuais e egoísticas. É necessário produzir organizações estatais e não estatais para promover esses valores fundamentais. O direito administrativo é o instrumento jurídico e social para a atuação dessas organizações e para a realização dessas atividades. Essa é a faceta que se diria de atuação positiva ou comissiva. (2013, pp. 92-93).

Partindo-se dessa conceituação, observa-se que o Direito Administrativo é um conjunto de normas que se apresentam como necessárias à satisfação dos direitos fundamentais, tendo como princípio orientador a dignidade humana. Dessa forma, o Direito Administrativo atuando de forma negativa, visa controlar a administração em face da sociedade ou do indivíduo social, ou, em outro plano, atuando positivamente aponta para a promoção dos direitos fundamentais dos mesmos indivíduos na sociedade.

1.3 Regime Jurídico Administrativo – conceito; supremacia e indisponibilidade; prerrogativas e restrições.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010) trata o Regime Jurídico Administrativo sob o enfoque de dois princípios, a Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado e, também, a Indisponibilidade do Interesse Público. Para o consagrado autor são as pedras de toque do Direito Público, dentre as quais todos os demais princípios administrativos são decorrentes.

A supremacia do interesse público faz parte da própria existência do Estado-sociedade. Trata-se de uma máxima reconhecida, perante a qual consolida a prevalência do interesse coletivo sobre o interesse privado, como condição até mesmo de segurança e sobrevivência do Estado organizado. Desta forma, a supremacia é requisito para uma ordem social estável, onde todos e cada um ao mesmo tempo tenham o direito de sentirem-se tutelados pelo Estado de Direito. Ademais, nesse sentido, é ela que dá sustentação à presunção de legalidade dos atos praticados pela Administração e sustentação às prerrogativas administrativas.

Já o princípio da indisponibilidade torna o direito subjetivo da Administração em dispor do interesse público limitado à legalidade. E desta forma, cabe a mesma, apenas o dever de gestão da coisa alheia, pois, na realidade constitucional, o verdadeiro possuidor e titular do poder público é o povo, que para isso se faz representar pelo Poder Legislativo ou diretamente nos termos da Constituição Republicana Federal. Nesse sentido, sendo o interesse público um interesse próprio da coletividade, é certo que ele não seja passível de apropriação por quem quer que seja, mesmo o administrador da coisa pública. (MELLO, 2010).

Desta forma, o regime administrativo sintetiza-se sobre dois enfoques: prerrogativas e sujeições; trazendo consigo características de autoridade, de supremacia sobre o interesse privado, com vistas à finalidade do interesse geral. Assim, o Direito Administrativo tem sua estrutura fincada de um lado na proteção aos direitos individuais em face ao Estado, do qual decorre a legalidade administrativa; e, de outro lado, na necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que acarreta a concessão de prerrogativas à Administração.

Nesse pensamento, o Estado não está livre para impor todas as suas vontades aos indivíduos, devendo corresponder às liberdades previstas no ordenamento jurídico em obediência à legalidade. E ao mesmo tempo, em contraposição, para assegurar a supremacia do interesse público sobre o interesse particular e assegurar a finalidade do Estado são dadas

prerrogativas públicas ao administrador para que prevaleça sobre o direito privado ou o direito comum.

Sobre as restrições a que estão sujeitas a Administração é importante destacar que na sua ausência os atos praticados estão sujeitos à nulidade, assim como o responsável pela sua prática está sujeito às respectivas sanções previstas em lei. Como restrições aparecem em nosso ordenamento, como exemplos, os princípios da administração pública, como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência etc.

Na realidade, pode-se entender que o regime jurídico administrativo, no sentir da doutrina, nada mais é do que o conjunto de prerrogativas e restrições que regulam as relações que envolvem a Administração e que diferencia essa relação das relações puramente privadas.

Assim, as prerrogativas inserem a Administração em posição de vantagem diante do particular, para que essa desempenhe da melhor forma possível o bem comum, e as restrições limitam a atividade administrativa, determinando certas finalidades e princípios que devem ser obrigatórios, com pena de ser caracterizado desvio de poder e, consequentemente, nulidade nos atos da administração. (DI PIETRO, 2014).

Por esse motivo, restrições às atividades administrativas, é imperativo pontuar que a Administração pública não pode basear a existência do seu regime apenas no princípio da supremacia do interesse público. Também é preciso observar o princípio da indisponibilidade do interesse público, ou as restrições impostas por outros princípios decorrentes ou não desses últimos como afirma a Doutrina.

Assim, toda a supremacia do interesse público, tem que ser sopesada diante da oposição de outros princípios, quando em conflito com esses. Pois a existência do Estado é para realizar o bem individual do todo, ou seja, do bem individualmente, em que o interessado final é o próprio povo.

1.4 Interesse Público

Existem alguns elementos ou requisitos que devem integrar o ato administrativo, são eles: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Em linhas gerais, a competência é o poder legal conferido ao agente público para desempenhar atribuições administrativas. Já a finalidade é a intenção do ato, pois é aquilo que se procura tutelar. A forma seria seu modo de exteriorização, o elemento motivo sua causa

imediate, ou seja, a situação que determina sua prática, quanto ao objeto é o conteúdo material deste (CARVALHO M, 2013).

Nesse sentido, a Doutrina trata o interesse público como elemento de validade dos atos administrativos, pois traz em seu bojo a finalidade. Assim, tal elemento é sempre vinculado, pois, não é o agente que determina a finalidade a ser perseguida com a prática daquele ato, e sim a lei.

Nesse contexto, se a respectiva lei conferir ao administrador poderes para intervir, fiscalizar, punir, penalizar, por exemplo, é porque tem como finalidade atender ao interesse geral em conflito com o interesse particular. Sendo assim, se a administração desviar-se dessa finalidade legal estará incorrendo em abuso de autoridade na modalidade de desvio de poder ou desvio de finalidade.

É importante observar que o interesse público identifica-se com o interesse coletivo em certos momentos e em outros se distancia para proteger o direito patrimonial e demais interesses da organização estatal.

Daí surge a necessidade de qualificar o interesse público em primário e secundário. Interesse primário é o interesse próprio da sociedade, enquanto que interesse secundário é o interesse patrimonial do Estado, seria o interesse particular da pessoa administrativa.

Sendo de grande importância a compreensão de que o interesse público visado, em regra, deve ser o interesse público primário, o que interessa a todos e não apenas ao patrimônio estatal ou a um particular, ou até mesmo a um grupo específico, mas ao interesse coletivo da sociedade, sendo da mesma forma, necessário que atenda também ao interesse individual de cada membro da sociedade.

Assim, todos os atos e contratos administrativos devem ter como finalidade o interesse público, sob pena de ser tocado pela invalidade. A Doutrina afirma que interesse público é o oposto de interesse privado, isto é, o oposto ao interesse individual e pessoal de cada um.

Mas ao mesmo tempo, mesmo sendo o oposto do interesse individual, desse não está inteiramente desassociado, pois não há separação absoluta entre os dois interesses, pelo contrário, o interesse do todo é simplesmente concebido como função qualificada da manifestação do interesse individual. Sendo inaceitável que haja um interesse público discordante do interesse de cada uma das partes que compõem esse interesse social (MELLO, 2010).

Desta forma, trazendo o interesse público para o tema do presente trabalho, ou seja, o transporte público de passageiros, é fácil encontrar o interesse público se contrapondo a

interesses individuais. O que não se admite é o interesse público indo de encontro ao interesse de cada um dos membros da sociedade.

Quanto ao transporte clandestino, incluindo as suas diversas formas, percebe-se que o interesse público colidirá com interesses pessoais dos seus transportadores, e, até mesmo, com o interesse imediato de usuários desse transporte.

Nessa toada, um proprietário de veículo pode praticar serviço de transporte ilegal entre duas cidades, e isso será de seu interesse, pois, desta forma, estará auferindo lucro com a atividade. Certamente os seus transportados terão interesse direto no transporte, atraídos pelos preços praticados ou por alguma outra facilidade oferecida como, por exemplo, o ponto de embarque e desembarque.

Ocorre que, ao mesmo tempo, esses interesses individuais colidem com o interesse geral da sociedade, pois o serviço ilegal pode tornar uma linha de transporte de passageiros inviável. Linha esta que engloba um serviço muito mais complexo e completo, pois possui uma tabela de preços, que é controlada pela administração e, ao mesmo tempo, tem quadros de horários que devem ser respeitados pela delegatária, atendendo diversos horários de alta e baixa demanda em várias localidades, dentre as quais pontos de seção que possuem baixa procura e que se tomado isoladamente não daria sustentação a manutenção do serviço naquela localidade.

Nesse sentido, fica claro o interesse maior da parcela da sociedade que depende de transporte público, inclusive para localidades de difícil acesso e com diversidades de horários e, também, com compromisso em sua manutenção tanto no presente, como para o futuro. Ademais, tão importante quanto à imediata prestação do serviço público, é a sua manutenção trazendo segurança na preservação da promoção, desenvolvimento e igualdade social.

Na verdade, o interesse público é apontado pelos estudiosos como sendo um conceito muito difícil de ser trabalhado e um dos mais fundamentais do Direito Administrativo. Segundo Carvalho Filho, o destinatário da atividade administrativa não é o indivíduo, mas sim a sociedade. Assim o Estado-social possui como dever a dedicação aos interesses públicos que muitas vezes irão colidir com interesses particulares, e, sobre os quais deverão prevalecer.

Essa é a faceta da primazia do interesse público, já consagrada pela doutrina, onde o interesse do todo é, em regra, supremo ao interesse individual. Isso é claramente percebido em diversos institutos desse ramo do Direito, como no que diz respeito ao poder de polícia do Estado, a desapropriação, aos contratos administrativos etc.

Mas, demonstrando que o Direito não é tão simples, esse interesse público não pertence de forma alguma aos governantes, mas sim ao povo. E toda a supremacia que decorre do interesse público e do regime público não é absoluta. Dessa forma, qualquer interesse privado ou público, no campo do transporte ou em qualquer outro, tem que ser analisado sobre o prisma dos direitos fundamentais do homem. Pois essa é a função dos direitos fundamentais consagrado pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, de limitar as ações do Estado frente ao indivíduo.

2 PODER DE POLÍCIA E TRANSPORTE DE PASSAGEIROS

2. 1 Conceito de Poder de Polícia

Tratando-se do poder de polícia é imprescindível o conceito legal do instituto, dado pelo art. 78 do CTN:

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (BRASIL, Lei 5.172 de 1996).

Nessa esteira, no transporte intermunicipal de passageiros encontramos particulares querendo usufruir das suas liberdades de ir e vir, de livre iniciativa, de propriedade e de profissão. Pois bem, essas liberdades encontram limitações trazidas pelo ordenamento jurídico, as quais se denominam poder de polícia. Que nesse sentido, usando desse instrumento, a Administração visa coibir atuações pretendidas pelos particulares, praticadas de maneira perigosa ou nociva a sociedade organizada.

O poder de polícia é necessário para dar efetividade aos princípios basilares da Administração, à objetividade dos direitos fundamentais e à organização estatal, e, desta forma, ganha elevada significância, se tornando essencial a consecução do fim público analisado como um sistema.

Tal instrumento, portanto, visa a manutenção desses fins objetivos do Estado, através de ações e mecanismos positivados e qualificados no nosso direito pátrio. Portanto, apresenta-se como verdadeira prerrogativa a disposição da administração.

Desta forma, essas prerrogativas dadas à Administração cuidam, como basicamente todo o direito administrativo, dos objetivos e da organização do Estado frente às liberdades individuais. Mas também, por outro lado, visa tutelar os direitos individuais dos cidadãos

frente a outros direitos individuais exercidos indiscriminadamente, sem observância a organização e harmonia social.

Dessa forma, o poder de polícia objetiva impedir qualquer dano aos bens e direitos coletivos resultantes do uso da propriedade e da liberdade individual. E tem como finalidade a harmonização de direitos fundamentais, estabelecendo regras e disciplinando as matérias afetas e trabalhando a idéia central de supremacia do interesse público.

Assim, para a doutrinadora, Fernanda Marinela, o poder de polícia encontra o seu fundamento no princípio da predominância do interesse público sobre o interesse privado. Com esse fundamento a Administração mantém uma posição de superioridade sobre seus administrados, caracterizando o efetivo exercício da supremacia geral sobre os seus governados (2013).

2. 2 Atributos do Poder de Polícia

O tema atributos do poder de polícia gera controvérsias entre os doutrinadores, pois parte prefere a denominação de características do poder de polícia no lugar de atributos. Por outro lado temos divergência, também, no que refere à enumeração desses atributos. Celso Antônio Bandeira de Mello considera o poder em tela como discricionário e ao mesmo tempo vinculado. (2010). Já Di Pietro coloca entre esses atributos a indelegabilidade (2014).

Contudo, a doutrina majoritária aponta como atributos do poder de polícia, a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade.

Assim, considera-se a discricionariedade como atributo do poder de polícia no seu sentido amplo. Desta forma, esse atributo deve referir-se basicamente à atuação legislativa do Estado, em obediência ao princípio da legalidade que deve prevalecer no Estado de Direito.

Na prática da administração pública propriamente dita, o poder de polícia poderá ser discricionário ou vinculado, não estabelecendo uma regra absoluta. Assim teríamos atos, como licenças para construir, para dirigir e outros, que serão vinculados, ou seja, se o administrado preencher os critérios estabelecidos normativamente só restará a Administração Pública a opção de conceder a licença. Já quanto às autorizações para portar armas, para transporte de pessoas para determinado evento ou para circulação de veículo com carga excedente, dentre outras, a administração terá uma margem de discricionariedade, para deferir ou não a respectiva autorização. Gozando, nesse caso, do juízo de conveniência e

oportunidade para conceder a autorização ou até mesmo para revogar a mesma após a expedição, por se tratar de ato precário (MARINELA, 2013).

Quanto ao segundo atributo, a autoexecutoriedade representa a prerrogativa do Estado em praticar os atos e dar a eles a imediata execução, sem depender da intervenção judiciária.

As medidas de polícia tem seu requisito de autoexecutoriedade fundado na lei, pois é esta que autoriza a administração a exercer os atos de forma imediata, estabelecendo quais os bens e direitos que devem ser protegido com urgência, qualificando-os segundo o interesse coletivo a ser protegido.

Ainda, quanto a esse atributo, ele pode ser dividido em exigibilidade e executoriedade. Sendo a exigibilidade classificada como meios indiretos de coerção, como por exemplo, a aplicação de uma multa. E a executoriedade é a característica que o Poder Público possui de concretizar diretamente, independentemente do consentimento do Judiciário, suas decisões, como no caso do fechamento de um laboratório que fornece medicamento em desacordo com as normas específicas (MARINELA, 2013).

Ademais, a doutrina pátria considera que há atos não autoexecutórios e como exemplo cita-se a multa, que para ter efetivada sua cobrança, caberá a Administração recorrer ao judiciário. Tal mecanismo é necessário para não possibilitar uma “forma dissimulada de autoexecutoriedade de poder que não possui a autoridade”, como depreende de julgamento do TJ-RJ citado por Carvalho Filho. Sendo que no caso concreto, há entendimento que na apreensão de veículo, o condicionamento a liberação desse ao pagamento de multas² estaria transformando as mesmas multas em punição autoexecutória, o que vai de encontro com o ordenamento jurídico brasileiro (CARVALHO FILHO, pp. 87 – 88).

Mas não é esse o pensamento do Doutrinador citado acima, já que para ele a quitação da multa seria mera condição para a prática de um novo ato administrativo. Assim ocorrendo em vários casos, como na maioria das apreensões de veículos por transporte clandestino, e, havendo disposição em lei (vontade legal) não caberia questionamento para impugnação da exigência em tela.

Diante da celeuma por ora estudada, os tribunais tem decidido, na maioria das vezes, pela realização das cobranças das multas, que versam sobre transporte clandestino, pelo Ente Público, apenas mediante regular procedimento de cobrança, com observância aos princípios

² A Lei 19.445 de 2011, que trata do transporte clandestino de passageiros, prevê no seu artigo 7º, parágrafo primeiro, a liberação do veículo apreendido somente após pagamento de multas vencidas, na pratica era cobrado do infrator inclusive a multa pelo transporte clandestino que gerou a apreensão do veículo.

do contraditório e da ampla defesa³. Assim, nessa esteira, no dia 31/03/ 2014, o Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula 510 que preceitua que a “liberação de veículo retido apenas por transporte irregular de passageiros não está condicionada ao pagamento de multas e despesas” (BRASIL).

2. 3 Poder de Polícia Originário e Delegado.

Quanto ao poder de polícia originário, como o próprio nome sugere, é o poder pertencente aos entes políticos da federação. Pois a esses cabem a competência de estabelecer as leis, os regulamentos e atos limitativos dos direitos e dos bens em geral pertencentes aos administrados.

E a delegabilidade é ao mesmo tempo rechaçada pela doutrina e pelos tribunais. Assim é que, como visto, Di Pietro (2014) entende que a indelegabilidade é requisito do poder de polícia do Estado, pois esse poder envolve prerrogativas que são próprias de quem exerce função estatal possuindo regime de direito público. Assim, o agente ao exercer as funções de polícia, típicas de Estado, tem que estar investido em cargo público e coroado das garantias protetoras dessas funções .

No mesmo sentido, Marinela (2013) entende que os atos de polícia não pode ser delegado aos particulares, pois se assim o fosse estaria em “risco o equilíbrio social”. Com efeito, se esse poder envolve função típica de segurança do estado, com emprego de coação e repressão é de bom tom que seja negado a sua realização por particulares.

Nessa esteira, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que no que tange aos atos de sanção de polícia, o seu “bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro – aplicação de multas para aumentar a arrecadação”⁴.

³ Nesse sentido os julgados do TJ-SP: TJ-SP – Apelação / Reexame Necessário REEX 672668020058260114-80.2005.8.26.0114 (TJ-SP) publicado no dia 15/08/2012 e TJ-SP – Apelação APL 286231420098260114 SP 0028623-14.2009.8.26.0114 (TJ-SP), publicado no dia 22/09/2011.

⁴ REsp 817.534/MG, STJ – Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Julgamento: 10.11.2009, DJe: 10.12.2009

Por outro lado, segundo o ordenamento pátrio, é conveniente parcelar o poder de polícia para demonstrar que algumas de suas parcelas ou alguns atos são dados à possibilidade de delegação. Assim, o exercício da atividade do poder de polícia deve ser dividido em quatro espécies: a) legislação, que é a definição das situações em abstratos; b) consentimento, que é a concretização da vontade do poder público; c) a fiscalização; e, d) aplicação da sanção pela Administração. Impede destacar que se admite a delegação apenas dos atos meramente materiais, como no consentimento do poder público, por exemplo, na emissão de carteira de habilitação e no processo de fiscalização, como na manutenção dos radares eletrônicos para a fiscalização das infrações de trânsito (sobre esses não recaem atos de decisão, mas apenas atos de constatação (MARINELA, 2013).

2. 4 Modalidades de Exercício

A atividade de polícia da Administração, segundo a Doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 830), é o resultado da pura execução das leis administrativas. É a outra face do Estado, que depreende do Dever de efetivar a legislação vigente. Assim, não pode com o pretexto de cumprir a lei, exercer “esse poder indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império destas leis”.

Nessa esteira, o poder exercido pela Administração diante da sua responsabilidade de polícia administrativa deriva da supremacia geral, que é a supremacia derivada das leis, a qual é colocada em prática através de atos da própria Administração Pública. A doutrina em geral distingue essa supremacia geral da supremacia especial, sendo que essa é decorrente de vínculos especiais existentes entre o Estado e sujeitos específicos. Na supremacia especial, embora haja manifestações limitadoras da Administração, o ponto chave, que a diferencia, é que as manifestações tem origem em um título jurídico especial, por exemplo, um contrato.

Assim, a fiscalização e o poder de sancionar as delegatárias, os concessionários, os permissionários e autorizatários decorrem do poder disciplinar, que deriva de um vínculo especial, da supremacia especial e desta forma pode ser regulado por decreto do poder executivo.

O Poder disciplinar, nesse sentir, é nada mais que uma supremacia especial exercida pelo Estado sobre os sujeitos ligados à “Administração por relações de qualquer natureza,

subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente”. (MEIRELLES, 2006, p. 124)

Já a fiscalização e sanção do transporte clandestino, visto que não há vínculo contratual anterior, decorre da supremacia geral da administração, a qual depende de lei, pois é direito fundamental do particular fazer tudo que a lei não proíbe.

Sendo assim o transporte clandestino é também denominado de transporte ilegal, pois ofende diretamente a lei. Enquanto o transporte que é submetido à relação contratual com a administração e ao mesmo tempo está em desacordo com as normas regulamentadoras é definido tecnicamente como transporte irregular.

Com o fito de complementar e enriquecer os conceitos de poder de polícia, é necessário distinguir e qualificar o poder de polícia em dois sentidos, um amplo e outro sentido estrito.

O poder de polícia em sentido amplo consiste nas ações restritivas dos direitos individuais praticadas pelo Estado, com relevo na atuação do Poder Legislativo. Sendo que por determinação Constitucional, somente a lei pode reduzir ou ampliar os direitos das pessoas, inovando no ordenamento pátrio. Nesse sentido, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (BRASIL, Constituição Republicana de 1988, art. 5º, II).

Já em sentido estrito, o poder de polícia são as prerrogativas dadas a Administração para limitar a liberdade e a propriedade de acordo com o disposto em lei. Por esse ângulo, o poder de polícia é atividade administrativa posterior a lei. Pois pelo reverso do princípio da legalidade, a administração somente pode fazer o que a lei permitir. (CARVALHO FILHO, 2012)

Para fins de conceituação, é importante trazer a diferenciação quanto aos atos por meios dos quais se expressa o poder de polícia, que pode ser preventivo, repressivo ou fiscalizador.

O poder de polícia preventivo compreende os atos normativos, como regulamentos e portarias, que não tem destinatários específicos, por serem mandamentos genéricos e abstratos de limitação das atividades e interesses dos particulares em contraposição ao interesse público geral. Enquanto que o poder de polícia repressivo possui destinatários específicos e é voltado a concretização das leis e regulamentos, como a remoção de um veículo que esteja impedindo a livre circulação de via pública. E, por último, poder de polícia fiscalizador é aquele que visa proteger os administrados de possíveis lesões, aqui a atuação da administração é preventiva, como, por exemplo, a inspeção semestral para verificação das condições de veículos

destinados ao transporte escolar prevista no artigo 136 da Lei 9.503 de 1.997⁵ (MARINELA, 2013).

Assim, a segurança em um sentido amplo e, também, a organização da sociedade-estado depende necessariamente do poder de polícia. Além do mais, como objeto desse estudo o poder de polícia ganha uma conotação de suma importância para o equilíbrio e o bom funcionamento dos serviços públicos. Sendo esses citados institutos, dois dos mais peculiares e importantes do ramo de Direito Administrativo. Restando inclusive, a constatação de que em um primeiro momento, na Escola Pública Francesa o serviço público era considerado e confundido com a própria função pública.

⁵ - Lei que institui o Código de Trânsito Brasileiro.

3 Serviço Público e o Transporte de Passageiros

3.1 Conceito de Serviço Público

Segundo Marçal Justen Filho:

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, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público (2013, p. 731).

Nessa esteira, de acordo com a professora Marinela, prevalece a ideia central de que cada povo elege o que é serviço público e o que não é serviço público através do seu respectivo sistema legislativo. Assim, cada Estado, seguindo a sua estratégia política, qualifica as metas a serem exercidas direta ou indiretamente pelo mesmo, e por sua vez as metas que devem ser consideradas serviços públicos, ou não, através da constituição, das leis, dos costumes e da jurisprudência. Sendo esse regime jurídico variável e aberto a transformações conforme as necessidades do seu povo e as prioridades políticas em um dado momento histórico.

Sendo assim, a noção de serviço público é dinâmica e tende a traduzir as transformações de acordo com as necessidades sociais.

Essas necessidades sociais impõem a obrigação da prestação do serviço público em atender o interesse geral da coletividade, pois sem esse interesse geral haveria violação a finalidade e a impessoalidade administrativa. Desta forma não deve ser considerado como serviço público, os serviços de interesses individuais ou de pequenos grupos (MARINELA).

Assim, para reforçar a conceituação de serviço público, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (2010, p. 679).

De acordo com Bandeira de Mello (2010), o que pretende é garantir a instrumentalização com meios jurídicos qualificados para a boa execução das comodidades e utilidades destinadas a satisfação da coletividade. Assim, o que almeja é a tutela, do melhor modo possível, pelo ordenamento jurídico do serviço público, contra terceiros que podem embarrá-lo e contra o próprio Estado e o delegatário que esteja fazendo-lhe às vezes. Nesse sentido o que se pretende é, ao posicionar algum serviço como público, dar a esse maior proteção possível, quer de um lado protegendo esse serviço contra os interesses particulares de terceiros, quer de outro, protegendo contra a Administração ou quem lhe faça às vezes, da omissão ou ação abusiva que possa embarrar ou privar os administrados dos seus direitos considerados fundamentais⁶.

Nessa linha, o Doutrinador tece duras críticas ao sistema atual de fiscalização dos serviços públicos, que é regido pelas agências reguladoras. Pois para o Autor, dentro do serviço público, a figura que deve ser destacada é o usuário e não os seus titulares ou os prestadores dele. Sendo assim, nesse arcabouço jurídico foram criados os órgãos ou agências responsáveis pela regulação e fiscalização dos serviços públicos, para atender a tutela dos direitos dos usuários, porém os mesmos, ou as mesmas na maioria das vezes “comportam-se como se fosse inteiramente desinteressadas disto e muito mais interessadas nos interesses das concessionárias, ao ponto de se poder supor que foram introduzidas entre nós com este deliberado propósito” (2010, p.685).

Assim, o serviço público, entendido de maneira jurídica e social, deve ser tratado sempre com o objetivo principal de satisfação concreta das necessidades coletivas e sobre esse

⁶ Desta forma, o transporte público intermunicipal requer proteção contra o transporte ilegal visando a manutenção do equilíbrio econômico financeiro das linhas; e a proteção contra as omissões dos entes detentores do mesmo, e, ao mesmo tempo a proteção contra os próprios delegatários, pois a finalidade precípua do transporte público não é o lucro, e sim a satisfação dos direitos fundamentais da comunidade.

aspecto deve versar qualquer ação e sobre tudo, dentro dos princípios do Direito Administrativo.

3. 2 Princípios dos Serviços Públicos e do Transporte Rodoviário Intermunicipal de Minas Gerais

Como visto, o Estado através da sua soberania e mediante o poder de polícia, estabelece através dos Entes Federativos e de seus respectivos poderes legislativos a positivação dos serviços públicos. Esses seguem as regras do direito público submetendo-se, dessa forma, ao regime jurídico-administrativo. O que dentro do âmbito nacional é delimitado pela própria Constituição Republicana ao tratar das competências e, também, no art. 175, que diz que “incube ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

O artigo constitucional citado é regulamentado pela Lei 8.987/95 que trata de norma de caráter geral, devendo ser observada por todos os entes da República nas concessões e permissões de serviços públicos.

Assim, também, nosso ordenamento jurídico é baseado em princípios e desta forma constata-se que os serviços públicos se subordinam aos princípios gerais da administração, como por exemplo, os expressos no *caput* do art. 37 da CR/88, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; assim como também aos princípios do interesse público, da indisponibilidade, da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da isonomia, entre outros.

Mas o ordenamento traz também para os serviços públicos os seus princípios específicos que segundo Di Pietro, são: o da continuidade do serviço público, o da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade dos usuários.

Assim, Di Pietro (2014, p. 113) trata do princípio da continuidade do serviço público como decorrente da sua essencialidade na prestação dentro da qual não poderá ser

interrompido, e desta forma esse princípio apresenta uma especial ligação com os “contratos administrativos e ao exercício da função pública”. Apresentando, dentre outras, como implicações: a imposição unilateral de prazos para a contratada, a aplicação da teoria da imprevisão, a inaplicabilidade, como regra, da teoria da exceção de contratos não cumpridos e o uso do instituto da encampação por parte da Administração.

Já quanto ao princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins, diz que o regime de execução do serviço é flexível no tempo para sua adaptação ao interesse coletivo e em razão disso resulta que em termos de contratos de prestação de serviço ou mesmo em relação ao próprio serviço público não há que se falar em direito adquirido. Desse princípio resulta a alteração ou rescisão unilateral contratual pela Administração.

Outro princípio tratado por Di Pietro (2014) é o da igualdade dos usuários perante o serviço público que reza que nenhuma pessoa deve ser tratada desigualmente, desde que satisfeitas as exigências legais. Esse princípio sofre mitigação pela própria Lei Geral de Serviços Públicos, dentre essas as decorrentes dos princípios da isonomia e da razoabilidade.

Ademais, no que tange aos referidos princípios específicos, a Lei vem elucidar mais um, o princípio do serviço adequado:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.(BRASIL, Lei 8.987, de 13-02-95).

Dentre os objetivos da norma nacional está a consecução do serviço adequado, para isso, como se observa, a mesma considera como adequação do serviço público a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia no atendimento e modicidade das tarifas.

Nessa esteira, é evidente a relação da adequação com os seus princípios qualificativos, sendo todos importantes na aferição da finalidade do interesse público, bastando a ausência de um deles para comprometer toda a relação desenvolvida. Nesse nível de entrelaçamento de princípios e objetivos, que é também característica de todo o sistema administrativo, é perceptível a potencialização dos efeitos de cada um deles, tanto pelo valor

social e econômico, quanto pelo valor de direito fundamental individual atribuído aos mesmos.

Sendo assim, podemos considerar, por exemplo, a continuidade, generalidade e modicidade das tarifas, como base para o cumprimento dos fins sociais e objetivos visados pela CF/88 no seu art. 3º como verdadeiros princípios fundamentais.

Quanto a esses princípios é importante destacar que a regularidade se faz presente mediante o cumprimento das condições e horários estabelecidos, sem atrasos.

Já a continuidade refere-se ao direito da coletividade em ter a prestação do serviço público de forma ininterrupta e intermitente, “sua prestação deve ser continua para evitar que a paralisação provoque como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 331).

A eficiência estabelece estreita relação com o princípio da modicidade das tarifas e consiste no exercício do serviço público com presteza, perfeição e rendimento funcional, buscando sempre melhor qualidade e aproveitamento pelo menor custo. Estipula resultados positivos para o serviço público e satisfação no atendimento da comunidade e seus integrantes (MEIRELLES, 2006).

Nesse sentido, o Estado deve prestar seus serviços com a maior eficiência possível, mantendo atualizado com os novos processos tecnológicos, objetivando uma execução sempre mais proveitosa ao menor dispêndio possível. Assim, é importante que a Administração busque periodicamente a realização de avaliações sobre o aproveitamento do serviço realizado para melhoras e aprimoramentos em seu atendimento, ampliando ou reduzidos certos serviços, buscando desta forma a sua adequação de acordo com a demanda social (CARVALHO FILHO, 2012).

Ademais, cabe sempre a observação crítica de Celso Antônio Bandeira de Melo sobre o princípio Constitucional da eficiência:

A Constituição se refere, no art. 37, ao princípio da eficiência. Advirta-se que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito Italiano: o princípio da ‘boa administração’. Este último significa, como resulta das lições de Guido Falzone, em desenvolver a atividade administrativa ‘do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto’. Tal dever, como assinala Falzone, ‘não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera aspiração deontológica, senão como um dever atual e

estritamente jurídico'. Em obra monográfica, invocando lições do citado autor, assinalamos este caráter e averbamos que, nas hipóteses em que há discricionariedade administrativa, 'a norma só quer a solução excelente'. Juarez Freitas, em oportuno e atraente estudo – no qual pela primeira vez entre nós é dedicada toda uma monografia ao exame da discricionariedade em face do direito à boa administração -, com precisão irretocável, afirmou o caráter vinculante do direito fundamental à boa administração (2010, pp.122 – 123).

Já, quanto ao princípio da segurança, esse é o zelo pela integridade dos usuários e da coletividade como um todo, inclusive de terceiros não usuários do serviço. No transporte intermunicipal público de Minas Gerais, esse princípio está presente, por exemplo, na obrigação de vistoria e laudo técnicos e atualização da frota de veículos encarregados do transporte de passageiros (MINAS GERAIS, Decreto nº 44.603 de 22-08-2007).

Assim, também, o princípio da segurança pode ser visto, segundo doutrina, sob a ótica da segurança jurídica, limitando o desfazimento de situações e atos na fruição dos respectivos serviços e fazendo com que os usuários se sintam abrigados e tutelados tanto no presente quanto no futuro na prestação dos serviços. Sendo assim, por essa ótica, o que se visa é precipuamente a estabilidade das relações jurídicas⁷.

Já em relação a atualidade e a generalidade, segundo Matheus Carvalho, significa respectivamente que o serviço público deve ser prestado através das técnicas mais modernas, buscando sempre atualização no seu desempenho - a atualidade é também conhecida como princípio da adaptabilidade. Já a generalidade diz que a prestação dos serviços deve ser a mais geral possível, abrangendo o maior número de pessoas, aqui o que pretende-se evitar é a prestação setorializada, que traz benefícios somente para certa parcela da sociedade. (CARVALHO M, 2013)

Assim, no sentir da Doutrina, vale dizer que a generalidade possui duplo sentido, o de maior amplitude possível na prestação dos serviços, que no caso específico do trabalho, é o transporte público intermunicipal, que, dessa forma, deve beneficiar o maior número de usuários e localidades possíveis. E como outro sentido tem como relevo a não discriminação entre os beneficiários do transporte, ou do serviço público, quando esses possuírem as mesmas condições de gozo. É a aplicação do princípio da isonomia ou do princípio da impessoalidade, que deve tratar todos os usuários de maneira igual, reservadas as suas

⁷ BAROUCHE, Tônia de Oliveira. A principiologia do serviço público de transporte e suas implicações. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12424>. Acesso em abr 2014.

diferenças e rechaçada quaisquer preferências postas de forma arbitrária. (CARVALHO FILHO, 2013)

Já a cortesia na prestação do serviço público requer urbanidade por parte do atendimento a população, com educação e polidez no trato com o usuário.

Por último, modicidade das tarifas é o princípio que diz que o valor cobrado do usuário deve ser o menor possível, ou seja o mais módico, reduzindo o máximo possível a margem de lucro do empresário para tornar o serviço acessivo ao maior número de pessoas. Dessa maneira a modicidade é instrumento da universalidade no atendimento e, é também aplicável tanto para as taxas como para as tarifas públicas. As legislações brasileiras prevêm para efetivação do princípio em tela a instrumentalização de fontes alternativas de remuneração do prestador de serviço, como por exemplo, espaço publicitários explorados pelo concessionário nos ônibus ou ao lado da rodovia.

Também, importante para o serviço público e para o transporte público em específico, ainda com relação à modicidade, o pensamento de Carvalho Filho, que cita Diógenes Gasparine:

Parece-nos acertado o pensamento segundo o qual esse princípio ‘traduz a noção de que o lucro, meta da atividade econômica capitalista, não é objetivo da função administrativa, devendo o eventual resultado econômico positivo decorrer da boa gestão dos serviços, sendo certo que alguns deles, por seu turno, têm de ser, por fatores diversos, essencialmente deficitários ou, até mesmo gratuitos’ (2012, p. 336).

Diante do exposto acima, sobre os princípios trazidos pelo art. 6.º da Lei 8.987/95, é importante observar que essa não é a única posição doutrinária, já que existem autores que referem a esse art. 6º e em relação à regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas, não como princípios, mas apenas como requisitos mínimos para que o serviço seja considerado adequado ao pleno atendimento dos usuários. (ALEXANDRINO; PAULO, 2006)

Ademais, esses princípios trazidos pela norma geral, Lei 8.987/95, ou requisitos, conforme entendimento da Doutrina, são os mesmos repetidos no campo do transporte

rodoviário de passageiros de Minas Gerais pelo Decreto nº 44.603/07, que regulamenta o referido transporte na circunscrição do Estado⁸. Assim dispõe a respectiva norma:

Art. 2º Considerar-se-á como serviço adequado aquele que satisfizer aos seguintes indicadores:

I - regularidade: prestação dos serviços nas condições estabelecidas neste Regulamento;

II - continuidade: manutenção, em caráter permanente, da oferta dos serviços;

III - eficiência: execução dos serviços de acordo com as normas técnicas aplicáveis buscando em caráter permanente, a excelência dos serviços e assegurando, qualitativa e quantitativamente, o cumprimento dos objetivos e das metas da delegação;

IV - segurança: prestação do serviço de acordo com o estabelecido no Código de Trânsito Brasileiro, neste Regulamento e na legislação pertinente;

V - atualidade: modernidade das técnicas, dos equipamentos e das instalações, sua conservação e manutenção, bem como a melhoria e expansão do serviço na medida das necessidades dos usuários;

VI - generalidade: universalidade da prestação dos serviços, isto é, serviços iguais, sem qualquer discriminação, com presteza, rapidez e segurança para todos os usuários;

VII - cortesia: tratamento com urbanidade na prestação do serviço, respeito, polidez e conforto para todos os usuários; e

VIII - modicidade da tarifa: justa correlação entre os custos do serviço e a indenização pecuniária paga pelos usuários, expressa no valor da tarifa fixada pela SETOP (MINAS GERAIS).

Assim, sobre os princípios dos serviços públicos, pode-se inferir que as legislações específicas, na maioria das vezes repetem a norma geral, até em razão dos serviços públicos ser, como vimos, objeto de satisfação de direitos fundamentais, e como tal se sujeitam ao Regime de Direito Administrativo. É onde reside a grande diferença entre o serviço público e o transporte clandestino ou ilegal, que não tem a finalidade de promover diretamente ou imediatamente os direitos fundamentais das pessoas. (JUSTEN FILHO, 2013)

3.3 COMPETÊNCIA

Na definição de José Afonso da Silva (2011, p. 478), competência é “faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir

⁸ Decreto 44.603 de 2007 contém o Regulamento do Serviço de Transporte Coletivo Rodoviário Intermunicipal e Metropolitano do Estado de Minas Gerais - RSTC.

decisões.” Desta forma, são as diferentes modalidades de poder utilizadas no cumprimento das funções do seu detentor.

O legislador constitucional, tendo em vista o nosso Estado Federal, adotou o princípio da predominância do interesse na repartição das competências. Desta forma, a União é encarregada das matérias de predominância do interesse geral, os Estados das matérias e das questões de interesse regional e os Municípios são encarregados dos assuntos referentes ao interesse local. (MORAES, 2006)

Por sua vez, segundo esse princípio da predominância do interesse, a competência para prestar serviços públicos é distribuída entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Sendo que a mesma se confirma mediante critérios jurídicos e técnicos, haja vista o interesse de cada ente público, com isso, tomando a nomenclatura de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

Assim, a Constituição Republicana, no artigo 21, inciso XII, trata como competência da União a exploração direta, ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transportes rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Já quanto à competência dos estados membros para a prestação de serviços públicos, não está expressa na Constituição Brasileira, restando a estes a competência residual, remanescentes das competências da União e Municípios (BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 25, parágrafo primeiro). Portanto, agregam aos Estados todos os serviços públicos não reservados à União e nem estabelecidos aos Municípios. Sendo que a esses últimos são dado às competências locais, de acordo com o próprio artigo 30 da Constituição Republicana⁹.

Desta forma, a competência de prestação de serviços pelos Estados, por se tratar de competência residual, não é relacionada exaustivamente. Assim, ensina Hely Lopes (2006, p.339) que pertencem ao Estado os serviços que ultrapassam as divisas de um Município ou interessam a uma região. E dessa forma, “compete ao Estado-membro a realização de serviços de interesse geral, ou de grupos ou categorias de habitantes disseminados pelo seu território, e em relação aos quais não haja predominância do interesse local sobre o estadual”.

Nessa esteira, sob o tema do transporte intermunicipal de Minas, é essencial destacarmos a Constituição do Estado de Minas Gerais, que em seu art. 9º diz ser “reservada ao Estado a competência que não lhe seja vedada pela Constituição da república.”; e, também, no art. 10, inciso IX, preconiza ser competência do Estado de Minas Gerais: “explorar

⁹ BRASIL, Constituição Republicana de 1988. Acesso em 20/03/2014. Disponível no sitio: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

diretamente, ou mediante concessão, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário que não transponham os limites do seu território e o rodoviário estadual de passageiros”¹⁰.

3. 4 Transporte Público de Passageiros: Serviço Essencial e Conceito Legal

Como vimos, o transporte de passageiros, caracterizado como serviço público, tem alicerce na nossa Constituição Republicana de 1988, a qual estabelece a competência desses segundo o princípio da preponderância de interesses. Além disso estabelece o transporte coletivo como serviço público essencial, conforme se verifica no artigo 30.

Sendo assim, como direito posto essencial, o transporte coletivo de passageiros exerce enorme importância na sociedade, sendo seu acesso fundamental na vida das pessoas, pois as integram com os demais direitos assegurados pela nossa Carta Republicana.

Desta forma, o transporte coletivo aparece como direito-meio, na medida em que serve ao cidadão como instrumento na busca da dignidade humana, também, assegurada na Constituição Republicana. Assim, o transporte de passageiros busca tutelar o acesso ao atendimento às necessidades de saúde, educação, trabalho, lazer, liberdade, propriedade e muitos outros direitos, que sem a presença de um transporte coletivo restariam inviabilizados¹¹.

Sendo assim, o transporte de passageiros ganha uma conotação de grande valor econômico, além do valor social, pois reflete diretamente na extensão territorial do Estado e sua estruturação, bem como na redução das desigualdades regionais configurando como instrumento de inclusão social e confirmando assim sua característica de serviço essencial.

Nesse campo, visando conceitos mais técnicos, Garrone Reck, professor da Universidade Federal do Paraná, defini transporte de passageiros como:

¹⁰ MINAS GERAIS, Constituição do Estado de Minas Gerais. Acesso em 18/03/2014. Disponível no sítio: <https://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>

¹¹ inviabilização potencializada pelas dimensões do nosso Estado (Minas Gerais). São 853 municípios segundo dados do IBGE, Segundo o Portal do Estado de Minas. Disponível no sítio: <<http://www.mg.gov.br/governomg/portal/m/governomg/invista-em-minas/invista-em-minas/11995-populacao/11972/5042>>

Um tipo de transporte acessível a toda a população contra pagamento de uma tarifa, ou gratuitamente em certos casos, estando seus serviços submetidos à obrigação de explorar permanentemente uma rede de transportes determinada; transportar todos os passageiros segundo um horário fixado; cobrar tarifas definidas pelo poder público; informar previamente aos usuários o valor dos serviços; executar um transporte social em alguns casos, a favor de determinados grupos sociais ou para atender certas regiões.¹²

Ainda, para finalizar, dentro do conceito de transporte coletivo rodoviário de passageiros, na circunscrição do Estado de Minas Gerais, o Decreto 44.603 de 2007, no art. 4º, inciso XXX, pontua que o transporte coletivo é: a) um serviço regular e permanente; b) controlado pelo Estado de Minas através da SETOP; c) executado com base em princípios; d) aberto ao público com itinerário, seccionamentos intermediários, horários e tarifas definidos pela SETOP; e) com frota cadastrada.

3.5 DELEGAÇÃO

De início, é importante lembrar que os serviços públicos podem ser prestados diretamente ou mediante delegação do Poder Público. Ocorrendo a delegação estaremos diante do instituto chamado descentralização, que para Carvalho Filho, é o fato administrativo que transfere a execução da atividade estatal, como no caso, o serviço público, a determinada pessoa, que pode ser integrante ou não da Administração.

Segundo o Autor, a delegação transfere somente a execução do serviço e de maneira alguma sua titularidade, independentemente do tipo de delegação, seja para particular ou mesmo para administração pública indireta, neste caso o que muda é apenas o instrumento formal em que se opera a delegação, em um caso será a lei (que cria a entidade e delega o serviço) e em outra situação será o contrato (mediante concessão ou permissão).

Em razão disso a Administração poderá extinguir a qualquer momento a delegação, tanto através da revogação da lei, ou mediante rescisão antecipada do ajuste contratual. (CARVALHO FILHO, 2012)

¹² RECK, Garrone. Apostila Transporte Público – Departamento de Transporte. Paraná. UFPR. Disponível em: <http://www.dtt.ufpr.br/Transporte%20Publico/Arquivos/TT057_Apostila.pdf>. Acesso em 30 de Mar. de 2013.

Nesta esteira, partindo para o instituto da delegação, o ordenamento jurídico tem como norma geral para concessão e permissão a Lei nº 8.987/95¹³, sendo que, também, aplica-se a referida Lei, no que couber, às autorizações de serviços públicos.

O fundamento da concessão de serviço público comum e da Lei citada se encontra no art. 175 da Constituição Republicana de 1988, que contempla as concessões e permissões, e, também traz para o ordenamento pátrio princípios e parâmetros a ser seguidos pela Administração.

Quanto à concessão de serviço público, Carvalho Filho (2012, p. 367) afirma que é uma espécie de contrato administrativo dentre a qual a Administração (Poder Concedente) transfere a pessoa jurídica ou a consórcio de empresas (concessionário) “a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifa pagas pelos usuários”. Neste sentido é, também, o conceito legal trazido pela Lei 8.987/95:

Art. 2º, II - Concessão de serviço público é 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 (BRASIL, Lei Federal 8.987 de 1995).

Ademais, entende-se que além da regulamentação do art. 175 da Constituição, a Lei 8987/95 tem caráter de norma geral, cabendo aos demais Entes Federados realizarem as adaptações convenientes à sua circunscrição¹⁴.

No âmbito de Minas Gerais as concessões, permissões e autorizações de transporte público de passageiros são tratadas por Leis e Decretos específicos, como, por exemplo, a Lei Delegada 164 de 2007 e os Decretos 44. 603/07 e 44.035/05.

Nesses termos, o art. 1º do Decreto 44.603 de 2007 estabelece que o transporte coletivo rodoviário, realizado no território de Minas Gerais, é serviço público de competência da Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas – SETOP, podendo ser prestado diretamente ou por delegação.

¹³Art. 1º 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 (BRASIL, Lei nº 8987 de 1995).

¹⁴Art. 1º (...) Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços (BRASIL, Lei nº 8987 de 1995).

Sendo assim o mesmo Decreto explica no art. 4º, que delegatária é o “titular de delegação outorgada pela SETOP para prestar serviço nos sistemas de transporte coletivo rodoviário intermunicipal e metropolitano de passageiros no Estado”. E, que serviço delegado é a “designação genérica do objeto especificado para delegação do serviço”.

A lei 8.987/95, em seu artigo 14, preconiza que o serviço público concedido deverá ser precedido de licitação, devendo está ser imposta a toda Administração, sempre observando os demais princípios aplicáveis, como os da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, e do julgamento por critérios objetivos e vinculação ao instrumento convocatório (BRASIL, Lei Federal nº 8.987 de 1995).

Desta forma é importante lembrar que a concessão de serviço é um contrato administrativo e segue, também, o regime geral dos contratos previstos na Lei nº 8666/93¹⁵, respeitando as suas obrigações e garantias.

A Lei Geral das Concessões trata dessas garantias ou direitos e dos encargos da concessionária, como no art. 31:

Art. 31. Incumbe à concessionária:

- I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;
- II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;
- III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;
- IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;
- VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;
- VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e
- VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço (BRASIL, 1995).

E como direitos das concessionárias, aparece como principal garantia contratual, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro que consiste em um conjunto de direitos estabelecidos ao tempo da realização contratual com o Poder concedente. Neste caso, é a garantia do particular contratado a manutenção da margem de lucro inicialmente pactuada.

¹⁵ Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 - Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Ainda, nesse diapasão, importante é a lição de Matheus Carvalho, que diferencia os contratos de serviço público dos contratos de serviços comum, os quais não devem ser confundidos. Nos contratos de serviços públicos o Poder Público contrata determinada empresa para prestar o serviço através de delegação. E essa empresa é remunerada basicamente pelo usuário, mediante a cobrança de tarifas sobre o uso efetivo do serviço, como exemplo tem-se o próprio transporte coletivo de passageiros.

Situação diferente ocorre quanto o mesmo Poder Público contrata uma empresa para realizar serviço comum, desta feita, a remuneração desse serviço será realizada diretamente pela própria Administração Pública, e será regida pela Lei 8.666/93, não devendo confundir com a concessão de serviços públicos. Como exemplo, o autor cita o serviço de limpeza de uma cidade.

Na concessão comum, concessão de serviço público, a remuneração, como se viu, em regra, é cobrada do usuário do serviço, podendo a mesma ser diferenciadas por diversas razões, como por exemplo, atendimento aos distintos segmentos de usuários.

A política tarifária, assim como o equilíbrio financeiro e econômico das delegadas, nas concessões de serviço público, tem seu esboço nos art. 9º ao 13 da Lei 8.987/95. Sendo que a mesma, segundo Fernanda Marinela, é definida dentro do procedimento licitatório, de acordo com o edital e com a proposta vencedora, e, deverá ser preservada de acordo com a legislação, o edital e o contrato.

A tarifa deverá ser o reflexo dos custos para a prestação do serviço, somado aos lucros da concessionária e buscando a amortização dos investimentos. A política tarifária deve sempre buscar a preservação do equilíbrio econômico-financeiro, não admitindo alteração com base em situação preexistente ao tempo de celebração do contrato.

Mas, por outro lado, poderá haver alteração do contrato por meio de reajuste de preços, que significa atualização normal da remuneração, uma vez que os custos do serviço não são estáticos, e, sendo assim, essa ocorrerá mediante situações previstas contratualmente. Também é aplicável, com vistas na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro o instituto da revisão de preços, que é a alteração nos valores em decorrência de situação nova, não prevista inicialmente no pactuado (MARINELA, 2013).

Visto a concessão, passamos a pontuar o conceito de permissão de serviços públicos. Carvalho Filho (2012, p. 413) ensina que a permissão de serviço público é um “contrato administrativo através do qual o Poder Público (permitente) transfere a um particular (permissionário) a execução de certo serviço público nas condições estabelecidas em normas de direito público”, até mesmo estabelecendo o valor das tarifas.

Por conseguinte, a Lei 8.987, em seu artigo 2º, inc. IV regulamenta a permissão de serviço público como “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”. Já no artigo 40, a Lei diz que a precariedade e a revogabilidade unilateral do contrato pelo Poder Público devem constar no contrato, que será formulado na espécie de contrato de adesão (BRASIL, 1995).

Assim a permissão que sempre teve natureza jurídica de ato administrativo, com o advento da CR/88, art. 175, parágrafo único, e da respectiva Lei 8.987/95 adquiriu o caráter de contrato de adesão.

A Doutrina leciona no sentido desse caráter contratual das permissões não ser compatível com a manutenção do equilíbrio econômico financeiro, qualidade dos contratos administrativos, visto a característica peculiar dada a permissão de serviços públicos: a precariedade (CARVALHO FILHO, 2012).¹⁶

A Lei 8987/95 e a Doutrina aponta as seguintes diferenças entre os contratos de concessão e os contratos de permissão: a) a concessão de serviço públicos deverá ser precedida de licitação na modalidade concorrência e a permissão admite outras modalidades de licitação, dependendo do valor contratado; b) a concessão somente é celebrada com pessoas jurídicas ou com consórcios de empresas, ao passo que a permissão de serviços públicos pode ser celebrada com pessoa física ou pessoa jurídica; c) a concessão depende de autorização legislativa expressa para sua celebração e a permissão dispensa lei específica (CARVALHO M, 2013).

Por último, vejamos o instituto da autorização de serviços públicos, sendo que alguns doutrinadores afirmam que o instituto tem como finalidades atender “interesses coletivos instáveis ou de emergência transitória”, ou ainda pequenos serviços. É o caso de Hely Lopes Meirelles (2006, p. 406), que completa dizendo que a “modalidade de serviços autorizados é adequada para todos aqueles que não exigem execução pela própria Administração”, e, como exemplo, cita os serviços de taxi.

Carvalho Filho (2012, p. 441) afirma que não existe autorização para serviço público. E, desta forma, conceitua a mesma como espécie de “ato administrativo discricionário e

¹⁶O TJMG já julgou prejudicada indenização em face do permissionário devido ao caráter precário do contrato, estimando que a indenização seria vedada exclusivamente pelo fato de cuidar a espécie de uma permissão. Informação acessada no dia 13/03/2014 no sítio do Supremo Tribunal Federal AI.761898.AGR/MG ><http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4657367><

precário pelo qual a Administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu exclusivo ou predominante interesse”.

Desta forma, é corrente o entendimento de que a autorização é concretizada na realização de um interesse particular, não podendo, de forma alguma, prejudicar o interesse público. Ensina a autora, Fernanda Marinela:

O fato de ser ato unilateral e precário permite que a Administração tenha total domínio da situação, podendo conceder e revogar a autorização, quando for conveniente para o interesse público, sem necessidade de indenizar qualquer prejuízo. A formalização ocorre por decreto ou portaria. A realização de procedimento licitatório não é regra comum, haja vista que normalmente há caracterização de uma hipótese de dispensa ou inexigibilidade. (2013, p.584.)

No âmbito do transporte intermunicipal de Minas Gerais, o transporte fretado de passageiros é regulado pelo Decreto nº 44.035 de 1º de junho de 2005¹⁷. Assim, o transporte a título precário é caracterizado pela norma como fretamento contínuo ou eventual. Nesse sentido, são os conceitos trazidos pela norma no seu art. 2º:

Art. 2º Para efeito de prestação de serviço fretado de transporte rodoviário intermunicipal de pessoas, considera-se:

I - autorização - ato discricionário, unilateral, precário, personalíssimo, intransferível e temporário, pelo qual o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - DER/MG autoriza a prestação de serviço fretado de transporte rodoviário intermunicipal de pessoas;

II - autorizatário - pessoa jurídica legalmente constituída para o exercício de atividade econômica de transporte de pessoas, sob a forma de empresa proprietária ou detentora do arrendamento mercantil do veículo de aluguel, ou cooperativa, titular da autorização para a prestação do serviço de que trata este Decreto;

(...)

V - fretamento contínuo - serviço autorizado pelo DER/MG, destinado ao deslocamento de empregados e servidores de pessoas jurídicas privadas ou públicas, bem como de grupo de pessoas matriculadas ou inscritas em estabelecimento de ensino, desde que comprovado o vínculo, em caráter habitual, mediante contrato e emissão de documento fiscal, com pontos de origem e destino preestabelecidos, não aberto ao público, vedado qualquer característica de transporte público;

VI - transporte escolar - serviço destinado ao transporte remunerado de estudantes regularmente matriculados em estabelecimento de ensino, quando realizado em veículo especialmente destinado a esse fim, nos termos do Código de Trânsito Brasileiro;

VII - fretamento eventual - serviço autorizado pelo DER/MG, destinado ao deslocamento eventual, não aberto ao público, de grupo fechado de pessoas

¹⁷ Disciplina a autorização para prestação de serviço fretado de transporte rodoviário intermunicipal de pessoas e altera o Decreto nº 32.656, de 14 de março de 1991.

devidamente identificadas em relação nominal e mediante emissão de documento fiscal apropriado, ambos de porte obrigatório no veículo, com finalidade turística, cultural, recreativa, religiosa ou assemelhada, com pontos de origem e destino preestabelecidos, sendo-lhe vedado praticar quaisquer características do serviço de transporte público, tais como, o embarque ou desembarque de pessoas nos terminais rodoviários de passageiros e suas áreas de entorno, e a cobrança individual de passagens;

VIII - transporte fretado - serviço remunerado de transporte rodoviário intermunicipal de pessoas, não aberto ao público, prestado mediante contrato bilateral de aluguel entre o transportador e grupo de pessoas ou entidades de direito público ou privado, prestado em veículo de aluguel, devidamente cadastrado mediante emissão da respectiva documentação fiscal e da necessária autorização do DER/MG, em conformidade com o art. 107, do Código de Trânsito Brasileiro; e

IX - transporte público - serviço público delegado de transporte coletivo intermunicipal de passageiros, regular e permanente, controlado e coordenado pelo DER/MG, executado sob as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas, realizado entre dois ou mais municípios, mediante itinerário, seccionamentos intermediários, horários e tarifa previamente definidos pelo DER/MG, frequência regular, venda individual de passagens, destinado ao transporte aberto ao público realizado em veículo devidamente cadastrado.¹⁸

Ainda, nesse sentido, poderá ocorrer dúvida na interpretação dos consentimentos estatais, principalmente na questão da autorização e permissão. Para isso deverá ser entendido como autorização se o consentimento versar predominantemente sobre atividade de interesse particular, trazendo comodidade a alguma pessoa individualmente ou ao um grupo determinado de pessoas. E permissão e concessão quanto o consentimento administrativo versar sobre atividade de prestação indireta de serviço público, em conformidade com o art. 175 da CR/1988.

¹⁸ Minas Gerais.

http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=44035&comp=&ano=2005&aba=js_textoAtualizado#texto

4 TRANSPORTE CLANDESTINO

4.1 Direitos do Clandestino e os Direitos da Coletividade.

Em contraposição aos princípios estudados, surge o transporte clandestino. Que também busca justificativa na nossa Carta Magna, que institui como fundamento no art. 1º, IV: “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” e também no art. 5º a liberdade de locomoção e o direito de propriedade (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Assim, o referido transporte aparece, também, como uma consequência da estrutura social, econômica e política do País. Daí, buscando a oportunidade de gerir um empreendimento e conseguir a auto-suficiência no campo profissional, os proprietários de veículos automotores buscam a realização de serviço remunerado de passageiros sem a devida concessão, permissão ou autorização do poder concedente¹⁹.

Desta forma, os mesmos se expõem a além do risco característico do investimento privado, à sujeição às sanções autorizadas normativamente pelo Estado. E também, deixa exposto aos riscos desse transporte, o usuário, que diretamente não goza das garantias legais, como por exemplo, seguro no caso de acidente, e, segurança de um transporte realizado por profissional qualificado e em veículo inspecionado que atende as normas legais.

Nesse sentido, as estatísticas do DER/MG foi de uma média mensal de 506 veículos suspeitos de transporte clandestino envolvidos em acidentes em 2013. O total foi de 15.168 acidentes envolvendo carros de passeio, desses 6.067 acidentes envolveu o transporte clandestino, ou seja 40% do total²⁰.

Mas além desses riscos, inerente ao transportador ilegal e seus usuários, esse tipo de transporte alternativo causa um desequilíbrio na relação jurídica existente entre Estado e Concessionária. Pois, pelo fato de não obedecer nenhum critério, ou nenhum dos objetivos pré-estabelecidos pelo Legislador para a prestação de serviço público de transporte de

¹⁹ MAMANI, Hernán Armando. **Alternativo, informal, irregular ou ilegal? O campo de lutas dos transportes públicos**. Disponível em: < <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/rural1/p6art2.pdf>>. Acesso em 21 de fev. de 2014.

²⁰ PEDRO FERREIRA (Minas Gerais). Em.com (Ed.). **Carros do transporte clandestino estão envolvidos em 40% dos 15 mil acidentes**. 2014. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/02/26/interna_gerais,502168/carros-do-transporte-clandestino-estao-envolvidos-em-40-dos-15-mil-acidentes.shtml>. Acesso em: 21 mar. 2014.

peçoas, ou seja, a adequação e seus pressupostos; torna-se um transporte com características próprias apenas prestando o serviço que é de seu interesse, não tendo compromisso ou obrigações, como por exemplo, com a continuidade, a regularidade, a segurança e a universalidade, além de não efetuar o recolhimento de impostos, exercendo desta forma uma concorrência desleal com as empresas delegatárias²¹.

Sendo assim, o transporte clandestino vem colocar em risco o sistema de transportes públicos, pois mesmo exercendo o seu direito particular de ir e vir, de propriedade, entre outros, coloca em risco o direito da coletividade, que é um direito maior e bem mais amplo. Assim, o direito fundamental da coletividade, que dentro do sistema goza além do direito de locomoção, do direito de ser atendido independentemente da região onde reside ou trabalha ou por qualquer outro motivo mediante o qual deseje se locomover para o exercício de seus direitos fundamentais, dentre esses, também, de ter a certeza de chegar com segurança ao seu destino e de contar com horários definidos, ou seja, pré determinados.

4.2 Transporte Clandestino e a Lei 19.445/2011 de Minas Gerais

A Lei Estadual de nº 19.445/2011 foi editada com a finalidade de estabelecer normas para coibir o transporte intermunicipal clandestino de passageiros no âmbito do Estado de Minas Gerais.

Assim, a mesma Lei conceitua o que é transporte clandestino²² e apresenta as respectivas vedações:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se clandestino o transporte metropolitano ou intermunicipal remunerado de passageiros, realizado por pessoa física ou jurídica, em veículo particular ou de aluguel, que:

- I – não possua a devida concessão, permissão ou autorização do poder concedente;
- II – não obedeça a itinerário definido pela Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas –SETOP.

²¹ MAMANI, Hernán Armando. **Alternativo, informal, irregular ou ilegal? O campo de lutas dos transportes públicos**. Disponível em: < <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/rural1/p6art2.pdf>>. Acesso em 21 de fev. de 2014.

²² A partir de 2013, o DER-MG, partindo de jurisprudência do Poder Judiciário, passou a tratar o transporte clandestino, como transporte ilegal, por haver violação direta a Lei 19.445/11. Assim, o entendimento é de que o transporte clandestino seria aquele que estivesse escondido, oculto, o que não é caso.

Art. 3º Não será considerado clandestino o transporte metropolitano ou intermunicipal de passageiros realizado eventualmente por automóvel provido de taxímetro e devidamente autorizado pelo poder público municipal, desde que o retorno ao Município de origem da autorização seja realizado com o mesmo passageiro do trajeto de ida ou com o veículo vazio.

Parágrafo único. No caso do transporte previsto no caput deste artigo, é vedado:

I – realizar serviço com característica de transporte coletivo, incluída a fixação de itinerário ou de horário regular para embarque ou desembarque de passageiros, a lotação de pessoas, a venda de passagens e a cobrança de preço por passageiro;

II – embarcar ou desembarcar passageiros ao longo do itinerário;

III – recrutar passageiros, inclusive em terminais rodoviários ou pontos de embarque e desembarque do transporte coletivo;

IV – utilizar, em qualquer ponto do início ao fim do trajeto, terminais rodoviários para embarque ou desembarque de passageiros.

V – realizar viagens habituais, com regularidade de dias, horários ou itinerários;

VI – fazer transporte de encomendas ou mercadorias nos veículos utilizados na respectiva prestação (MINAS GERAIS).

Assim, para a Lei, todo transporte remunerado com característica de transporte público, qual seja, cobrança individual de passagens, fixação de itinerário e de pontos de embarque e desembarque de passageiros, habitualidade e outras, são considerados clandestinos.

Ademais, não considera clandestino, além dos concessionários e permissionários, o autorizatário devidamente cadastrado e portador da autorização a título precário, seja autorização de transporte fretado (ATF) continua ou eventual (Minas Gerais, Decreto 44.035 de 2005).

4.3 Prejuízos Acarretados pelo Transporte Clandestino

Dentre os principais prejuízos acarretados pelo transporte clandestino está a lesão direta aos próprios passageiros, pela falta de segurança; a sonegação de tributos do Estado e a concorrência ruínosa com o serviço público delegado de transportes.

Assim, como já exposto, fazendo um paralelo com o transporte regular,²³ a segurança dos passageiros reside nos direitos estabelecidos nas normas específicas, que compreendem: seguro específico para o caso de acidente em favor das pessoas transportadas, indenização

²³ O transporte é considerado regular quando está em conformidade com as normas específicas, ou seja, é o transporte remunerado de passageiros realizado mediante concessão, permissão ou autorização.

referente à perda de bagagem, realização de transporte por veículos vistoriados, fiscalizados e conduzidos por motoristas capacitados, dentre outros. Sendo que no transporte clandestino não há fiscalização, vistoria e o transportado não goza de nenhuma dessas garantias legais.

Outra realidade do transporte clandestino é a sonegação de impostos através do instituto da evasão fiscal²⁴. As prestadoras de serviços de transporte rodoviários intermunicipais e interestaduais de passageiros estão sujeitas ao pagamento de ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. O ICMS possui previsão Constitucional no artigo 155, II e é uma das fontes essenciais de arrecadação estadual para o custeio geral da sua administração.

Assim, o “princípio básico de atuação” do transporte clandestino é a sonegação de impostos e a “ausência de investimento em infra-estrutura de funcionamento”. Desta forma, os Clandestinos ou transportadores ilegais podem oferecer vantagens para o transportado que o serviço regular não pode, em razão da tributação e das exigências legais e contratuais que o serviço legalizado tem que assumir (MACEDO; CARVALHO, 2011)²⁵.

Ademais, a sonegação é um dos fatores que contribui para concorrência desleal no que refere ao preço das passagens, entre transporte regularizado e clandestino, visto que alguns transportados preferem o risco do transporte clandestino em troca de um preço mais em conta. E esse melhor preço é possível em parte pela ausência da carga tributária nos custos do transporte ilegal. Sendo assim, a evasão fiscal passa ser incisiva para o desequilíbrio econômico e financeiro contratual das concessões.

A sonegação de tributos, também contribui para o desequilíbrio socioeconômico de todo o sistema, pois com o crescimento do transporte ilegal, as empresas detentoras de linhas regulares tende a ter o custo final das planilhas de transporte aumentado ou até mesmo ter linhas desativadas em função da baixa demanda. Em todas as duas situações, a coletividade é prejudicada ou pagando mais caro por um serviço, ou ficando até mesmo sem ele, e, nesse último caso a mercê do transporte ilegal (PINTO, 2013)²⁶. Restando, desta forma, prejudicado tanto o interesse público primário como o interesse público secundário.

²⁴ Segundo Ricardo Alexandre, evasão fiscal é uma pratica ilícita em que o contribuinte visa camuflar o fato gerador e desta forma o conhecimento do surgimento da obrigação tributária pelo Fisco (2013, p.270).

²⁵ MACEDO, Luiz Carlos de Almeida; CARVALHO, Ronaldo de Assis. **Comunicação Técnica 198: Transporte Clandestino em Minas Gerais**. 2011. 18º Congresso Brasileiro de Transporte e Transito. Disponível em: <http://www.antp.org.br/_5dotSystem/download/dcmDocument/2013/01/21/AC1C0323-85C5-4752-B39D-2816CC08A5E1.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2014.

²⁶ PINTO, Grazielle Reis de Moraes. **Evasão Fiscal: referente ao imposto do ICMS no transporte ilegal de passageiros no âmbito intermunicipal no Estado de Minas Gerais**. 2013. Revista de Direito do Centro Newton Paiva. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1479>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

4.4 Fiscalização do Transporte Clandestino

O Decreto 44.603 de 2007, que regula o serviço de transporte coletivo rodoviário intermunicipal, dá como competência do Departamento de Estradas e Rodagens de Minas Gerais – DER/MG, a fiscalização desse serviço delegado, que será realizado por intermédio de seus agentes fiscais e o Decreto 44.035 de 2005, que trata do serviço fretado de transporte rodoviário intermunicipal de pessoas, diz que a fiscalização desse transporte autorizado será exercida pelo DER/MG e demais órgãos dentro de suas competências. Inclusive citando expressamente a fiscalização de veículo licenciados como táxi:

Art. 24. Ao DER/MG e aos órgãos ou entidades citados no art. 3º compete a fiscalização e aplicação das sanções cabíveis ao proprietário de veículo de aluguel licenciado pelo Poder Público Municipal – taxi – que realizar transporte intermunicipal remunerado de pessoas, com característica de transporte público, inclusive mediante aliciamento e transporte de pessoas diversas entre as viagens de ida e volta (MINAS GERAIS).

Nesse diapasão, a Lei 19.445 de 2011, que trata especificamente do transporte clandestino de pessoas na circunscrição de Minas Gerais, trata da competência da fiscalização:

Art. 5º A Secretaria de Estado e Obras Públicas e o Departamento de Estradas de Rodagem – DER-MG –, respeitada à competência de cada um são responsáveis pelo controle e fiscalização do transporte clandestino de passageiros de que trata esta Lei. Parágrafo único. A fiscalização de que se trata esta Lei, com vistas à maior eficiência e a segurança dos usuários, poderá ser exercida, respeitada a competência de cada um, isoladamente ou em conjunto com a Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas, ou DER-MG, pela Polícia Militar, Secretaria de Estado de Defesa Social, Secretaria de Estado de Fazenda, Secretaria de Estado de Turismo, ou, mediante convênio, por qualquer outro órgão ou entidade pública Federal, Estadual ou Municipal (MINAS GERAIS).

Nessa mesma esteira tem sido o entendimento do Judiciário Mineiro, reconhecendo o poder de polícia do DER/MG para atuar na fiscalização do serviço de transporte público e no combate ao transporte clandestino.

Sendo que quanto a esse último, as sanções dispostas pela Lei Estadual 19.445/2011, no seu artigo 6º, para a pessoa física ou jurídica flagrada realizando transporte clandestino é de multa de 500 Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais (Ufemgs) e apreensão do veículo, sendo que a multa será duplicada em caso de reincidência.

Ademais, a Lei condiciona a liberação desse veículo, a abertura de processo administrativo pela autoridade competente para o processamento do auto de infração. E ao pagamento das multas vencidas, taxas e despesas de transbordo dos passageiros, da remoção e estada do veículo em depósito (MINAS GERAIS, Lei 19445 de 2011, arts. 6º a 7º).

Porém, quanto à liberação do veículo o Judiciário tem se posicionado contrário a Lei:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS. LEI ESTADUAL Nº 19.445/2011. APREENSÃO E MULTA ADMINISTRATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO. REQUISITOS. PRESENÇA. RECURSO PROVIDO. -É reconhecida a competência do DER para fiscalizar o transporte intermunicipal de pessoas dos condutores que não possuem a autorização para tanto, conforme Lei Estadual nº 19.445/2011, que, a princípio, encontra suporte na competência concorrente do Estado reconhecida no art. 23, XII, da Constituição Federal de 1988. VV. Não obstante o Poder Público ter o dever de empregar todos os recursos necessários à garantia da segurança da população, sendo reconhecida a competência do DER para fiscalizar o transporte intermunicipal de pessoas, resta caracterizada a verossimilhança das alegações do recorrido, bem assim o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, quando a liberação do veículo apreendido é condicionada ao pagamento das multas vencidas, taxas, despesas com o transbordo dos passageiros, remoção e estada, em razão da proibição constitucional do confisco. (DESª. SANDRA FONSECA). (TJ-MG - Apelação Cível AC 10024120756697002 MG (TJ-MG) - Data de publicação: 03/05/2013).

Assim, os tribunais tem entendido que o poder de polícia conferido ao Estado, necessário a fiscalização, não dispensa o direito ao devido processo legal administrativo e judiciário, com direito do infrator à ampla defesa e ao contraditório. E, somente, cabendo a Administração utilizar da autoexecutoriedade quando não houver outra alternativa capaz de satisfazer o interesse público além de expressa previsão de lei. (MARINELA, 2013)

Nesse mesmo sentido, o STJ, em 31 de março de 2014, publicou a Súmula 510, que diz: “A liberação de veículo retido apenas por transporte irregular de passageiros não está condicionada ao pagamento de multas e despesas”.

Além da sujeição da liberação do veículo apreendido ao pagamento de todas as quantias devidas pelo infrator, os Tribunais tem rechaçado a própria apreensão. Pois segundo entendimento não caberia à Lei Estadual 19.445 de 2011 tratar de apreensão de veículo no

transporte clandestino, uma vez que, a própria Lei 9.503 de 1997²⁷, Lei que estabelece normas nacionais, tratou da infração com menos rigor, ou seja apenas com a medida administrativa de retenção do veículo até a devida regularização (BRASIL, Lei 9.503 de 1997, art. 231, VIII).

Assim, é o julgado do Supremo Tribunal Federal, que considera a matéria de competência privativa da União devendo prevalecer às disposições da Lei 9.503 (Código de Transito Brasileiro – CTB): “A Lei estadual n. 19.445/2011 destoa do disposto no CTB, visto que estabelece uma penalidade mais gravosa para os casos de transporte irregular de passageiros, o que não se mostra adequado”, pois a Constituição Republicana não atribui competência legislativa suficiente ao Estado para tanto (Recurso Extraordinário com Agravo 775.607 Minas Gerais – Relatora: Min. Carmem Lúcia – Brasília, 12 de Outubro).

4.5 Fiscalização e a Relação Direta com o Transporte Clandestino

Segundo o sítio do IBGE, o Estado de Minas Gerais possui 853 municípios com uma população estimada para 2013 de 20.593.356 habitantes²⁸. São, de acordo com o Departamento de Estradas e Rodagem de Minas Gerais (DER-MG), 36.103 km de malha rodoviária²⁹ a ser fiscalizada pelos 300 agentes fiscais do DER-MG³⁰.

Daí, não é difícil concluir que há falta de fiscais para combater o transporte ilegal de passageiros, que é outro problema no Estado de Minas. Pois esses 300 fiscais são responsáveis, também, pela fiscalização das linhas regulares, os concessionários e permissionários regulados pelo Decreto 44.603/07 e consequentemente pelos terminais rodoviários. Como, da mesma forma, fiscalizam os autorizatários, regidos pelo Decreto 44.035/05 e as faixas de domínio das rodovias do Estado³¹.

Essa carência de efetivo além de favorecer o aumento da clandestinidade pela ausência da fiscalização direta sobre os mesmos, favorece também, o transporte clandestino,

²⁷ Lei Nacional n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Institui o Código de Trânsito Brasileiro.

²⁸ IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (Brasil). **Estados @:** Minas Gerais. Estimativa da população em 2013. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=mg>>. Acesso em: 22 maio 2014.

²⁹ MINAS GERAIS. DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGENS DE MINAS GERAIS. . **RESUMO DA MALHA RODOVIÁRIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - 2013**. 2014. Disponível em: <<http://www.der.mg.gov.br/saiba-sobre/rede-rodoviaria/52-malha-do-estado>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

³⁰ MINAS GERAIS. DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGENS DE MINAS GERAIS. . **Fiscalização do Transporte Irregular de Passageiros**. 2013. Disponível em:

<http://www.der.mg.gov.br/images/2013_Noticia/balanco_2013/fiscalizacao.pdf>. Acesso em: 22 maio 2014.

³¹ Faixas de domínios são áreas laterais contíguas às rodovias e necessárias a segurança da via e também reservadas para modificações posteriores.

pela ausência de fiscalização no transporte regular, que em diversas situações deixa de corresponder às expectativas da população, funcionando como porta de entrada para concorrência ilegal.

Assim, sem uma efetiva fiscalização, o setor privado, que visa o lucro, deixa de cumprir com os requisitos que devem nortear o transporte público. Como diz José Alberto da Costa Vilar, as empresas às vezes preocupam-se “antes com o lucro fácil que com a parcela de responsabilidade pública” que assumem com a delegação do serviço. Sendo que para o Autor os “lucros fáceis e bons serviços são incompatíveis”³².

É bom lembrar que dentro do transporte clandestino, além das vantagens imediatas apresentadas para o passageiro, como preço, disponibilidade de viagens em horários de pico do transporte regular e outros. O transporte ilegal, em alguns casos, também goza de serviço com qualidade, melhor do que o do transporte regular, como na reportagem do Jornal Hoje em Dia:

Ônibus limpo, com banheiros feminino e masculino, geladeira cheia de água mineral para os passageiros, ar-condicionado, TV, som ambiente, certificado de dedetização recente, dois andares e muito conforto. Assim são alguns dos veículos que fazem o transporte clandestino de Belo Horizonte ao Norte de Minas. As excursões “piratas” são oferecidas por empresas autorizadas a funcionar como estabelecimentos de turismo, ou seja, com atividade restrita à venda e à realização de excursões³³.

Segundo a mesma publicação do jornal, em entrevista aos passageiros e funcionários da empresa que realiza o serviço da linha de Porterinha a Belo Horizonte, a detentora da concessão mantém ônibus em situação precária, enquanto a empresa ilegal mantém o conforto acima, além de vantagens como, no valor de passagem e maior capacidade de transporte de bagagens sem onerosidade para os passageiros.

³² VILLAR, José Alberto da Costa. **Transporte Regular e Transporte Clandestino: Uma Abordagem Jurídica de Políticas Públicas**. 2014. DataVenía.net. Disponível em: <www.datavenia.net/artigos/Direito_Administrativo/alberto.html>. Acesso em: 01 abr. 2014.

³³ ROSILDO MENDES (Minas Gerais). Jornal Hoje em Dia. **Piratas de luxo cruzam as estradas de Minas**. 2013. Disponível em: <<http://www.hojeemdia.com.br/minas/piratas-de-luxo-cruzam-as-estradas-de-minas-1.189728>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

Conclusão

A finalidade precípua do serviço público é a satisfação concreta da coletividade e dos seus direitos individuais. Portanto, considera-se serviço público toda atividade eleita pelo Estado como prioritária e em razão disso tem sua execução efetivada pelo próprio Ente Político, diretamente ou por quem lhe faça às vezes, realizada sob as prerrogativas e restrições próprias do Direito Administrativo

Assim, quando se determina que o transporte rodoviário de pessoas, serviço público essencial a todos, deve ser regido pelo regime jurídico de Direito Público, a finalidade é de proteção a esse sistema de serviço. Dessa forma, o que se deseja é um serviço mais eficiente, para atender as comodidades das pessoas e capaz de assegurar a satisfação da população em geral e atender a todos, tomando sempre como base o princípio da isonomia, com redução das desigualdades sociais e pleno desenvolvimento do Estado prestador.

Nessa linha, o regime público é dado como instrumento para a defesa da boa administração do transporte, não apenas contra terceiros, mas também contra quem presta o serviço e até mesmo contra o próprio Ente Político.

Não resta dúvida do caráter prejudicial do transporte clandestino ou ilegal de pessoas para os cofres públicos, para as atividades de concessão e permissão dos respectivos transportes e também para a coletividade.

Nessa esteira, se o Estado não arrecada com a evasão fiscal realizada por alguns, ficam sobrecarregados os que contribuem com os impostos devidos. E também, perde diretamente o patrimônio desse Estado, deixando de realizar obras e serviços necessários para toda coletividade.

A concessão também é prejudicada com a concorrência ruínosa, pois com os cálculos dos impostos e os demais encargos a que as delegatárias estão obrigadas, o transporte clandestino consegue trabalhar com preços mais baixos e atrativos aos usuários.

E por fim a coletividade, que tem os custos com transportes aumentados por causa das planilhas apresentadas com o impacto do transporte clandestino. E, ainda, suporta o risco de ficar com um transporte sem nenhuma estabilidade na prestação, visto que, o clandestino não tem nenhuma obrigação contratual com quem quer que seja.

Mas, por outro lado, as ações da Administração Pública têm que ser baseadas na estrita legalidade, com pena da perda da legitimidade, como no caso da Lei 19.445 de 2011 de Minas Gerais, que estabeleceu pena de apreensão de veículo, que é mais severa que a sanção traçada pelo próprio Código de Trânsito Brasileiro (apenas retenção até a devida regularização).

Ademais, como a função do serviço público é de valorizar e proteger os direitos fundamentais do homem, e, também, de desenvolver a dignidade da pessoa humana, não pode, a pretexto desse mesmo serviço público, haver supressão dos demais direitos, como o direito à ampla defesa e ao contraditório, um dos mais elementares em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a maioria das leis que regulam o transporte clandestino, não só a de Minas Gerais, tem encontrado resistência do Judiciário no tocante à apreensão e recolhimento de veículo flagrado realizando transporte clandestino, e quanto à sua liberação apenas após o pagamento de multa e demais despesas.

Por outro lado, como solução no combate ao transporte clandestino é inegável o valor de uma ferramenta, a fiscalização regular e efetiva através do poder de polícia, seja essa a fiscalização do transporte clandestino ou também das próprias concessões, como proteção para o sistema.

Assim, com a fiscalização das próprias concessionárias pelo Estado, o que se visa é a efetivação dos próprios princípios estatuídos nas normas específicas, como a adequação do serviço e outros princípios gerais da administração como a eficiência ou dever de boa administração.

Nesses termos, se a Administração mantém uma concessionária que presta realmente um serviço eficiente, com tarifas proporcionais à qualidade do serviço e este a contento das necessidades do usuário, dificilmente haverá espaço para o transporte irregular. Lembrando que na grande maioria das vezes o clandestino nasce nas falhas do detentor da linha, decorrentes de superlotação e má qualidade no transporte prestado.

Assim, tais falhas não deixam de ser responsabilidade do Estado, que tem como função principal a manutenção da adequação do serviço que foi eleito fundamental para a coletividade. E, na maioria das vezes, não cumpre o seu papel por deficiência, principalmente no efetivo de pessoal. Essa deficiência leva ao estabelecimento de metas principais de fiscalização, deixando de lado outros pontos a serem fiscalizados, como por exemplo, os terminais rodoviários.

Além disso, o sistema adotado majoritariamente pelos Entes Políticos no Brasil prevê um mesmo Órgão ou uma mesma Entidade para fiscalizar cumulativamente o transporte clandestino e o transporte delegado. Ocorre que, no combate ao transporte clandestino, existe uma aproximação muito forte entre as delegatárias e as respectivas fiscalizações. Aproximação em razão de fornecimento de suporte diretamente pelas concessionárias ou através das respectivas associações ou sindicatos.

Desta forma, seria de grande proveito a separação dos respectivos órgãos de fiscalização com a finalidade de buscar uma maior eficiência nas duas linhas de fiscalização, sem quebra na legitimidade e credibilidade do controle administrativo.

Assim, cabem os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello que diz que o princípio constitucional da eficiência deve ser tratado com o enfoque do princípio da boa administração. Princípio este mais amplo e com raiz no Direito Italiano, que prega uma maior adequação entre a administração e seus fins, incluindo a escolha dos meios que devem buscar os resultados de excelência seja em qualquer campo do ramo do direito público e de sua administração.

Diante do exposto, finaliza o presente trabalho, sem a intenção de esgotar qualquer dos assuntos, mas com o propósito apenas de iniciação ao debate dos serviços públicos de transporte rodoviário de pessoas no Estado de Minas Gerais e o transporte clandestino respectivo, deixando registrada a carência de doutrina a respeito desse último.

Referências Bibliográfica

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2013. 722 p.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006. 738 p.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012. 1250 p.
- CARVALHO, Matheus. **Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2013. 469 p.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 1408 p.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2013. 1166 p.
- MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. 615 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006. 826 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011. 1127 p.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. 948 p.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. 966 p.
- SILVA, José Afonso da. **Cuso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011. 928 p.

Sitiografia

G1 - MINAS (Minas Gerais). Globo Minas (Ed.). **Passageiros se submetem aos riscos do transporte clandestino em MG**. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2014/04/passageiros-se-submetem-aos-riscos-do-transporte-clandestino-em-mg.html>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (Brasil). **Estados @: Minas Gerais**. Estimativa da população em 2013. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=mg>>. Acesso em: 22 maio 2014.

MACEDO, Luiz Carlos de Almeida; CARVALHO, Ronaldo de Assis. **Comunicação Técnica 198: Transporte Clandestino em Minas Gerais**. 2011. 18º Congresso Brasileiro de Transporte e Transito. Disponível em: <http://www.antp.org.br/_5dotSystem/download/dcmDocument/2013/01/21/AC1C0323-85C5-4752-B39D-2816CC08A5E1.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2014.

MAMANI, Hernán Armando. **Alternativo, informal, irregular ou ilegal? O campo de lutas dos transportes públicos**. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/rural1/p6art2.pdf>>. Acesso em 21 de fev. de 2014.

MINAS GERAIS. DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGENS DE MINAS GERAIS. . **Fiscalização do Transporte Irregular de Passageiros**. 2013. Disponível em: <http://www.der.mg.gov.br/images/2013_Noticia/balanco_2013/fiscalizacao.pdf>. Acesso em: 22 maio 2014.

MINAS GERAIS. DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGENS DE MINAS GERAIS. . **RESUMO DA MALHA RODOVIÁRIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - 2013**. 2014. Disponível em: <<http://www.der.mg.gov.br/saiba-sobre/rede-rodoviaria/52-malha-do-estado>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

PINTO, Grazielle Reis de Moraes. **Evasão Fiscal**: referente ao imposto do ICMS no transporte ilegal de passageiros no âmbito intermunicipal no Estado de Minas Gerais. 2013. Revista de Direito do Centro Newton Paiva. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1479>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

RODRIGUES/, Mariana. **Agepan orienta passageiros a evitar transporte clandestino no carnaval**: A maioria dos acidentes de ônibus nas rodovias envolvem veículos que realizam o transporte clandestino. 2014. Msrepórter. Disponível em: <<http://www.msreporter.com.br/agepan-orienta-passageiros-a-evitar-transporte-clandestino-no-carnaval/>>. Acesso em: 27 fev. 2014.

VILLAR, José Alberto da Costa. **Transporte Regular e Transporte Clandestino**: Uma Abordagem Jurídica de Políticas Públicas. 2014. DataVenianet. Disponível em: <www.datavenia.net/artigos/Direito_Administrativo/alberto.html>. Acesso em: 01 abr. 2014.

