

A AUTUAÇÃO PELO DETRAN AO TRANSPORTADOR CLANDESTINO NO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS E A COMPETÊNCIA DA ARCE PARA ANÁLISE RECURSAL

Álisson José Maia Melo*

RESUMO: A pesquisa procura desenvolver os aspectos jurídicos existentes na situação de lavratura de auto de infração de transporte para o transportador clandestino, no contexto dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros do Estado do Ceará. Entre outras questões, enfrenta-se o conflito normativo com a legislação do setor de trânsito, a cargo da União, a divisão de competências fiscalizatórias e regulatórias no contexto desse setor, bem como a previsão de recurso impróprio por decreto estadual. Conclui-se que a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará, considerando suas atribuições enquanto entidade reguladora do setor, deve conhecer do recurso apresentado por transportador clandestino, não qualificado como delegatário do Poder Público, e deliberar pela nulidade do auto de infração de transporte, por vício de forma e de motivo, sem adentrar no mérito da autuação.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço público. Transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. Estado do Ceará. Transportador clandestino. Processo administrativo.

TRANSPORT NOTICING BY DETRAN TO THE CLANDESTINE CARRIER IN THE PUBLIC SERVICE OF INTERMUNICIPAL ROAD TRANSPORT OF PASSENGERS AND THE COMPETENCE OF ARCE FOR APPEAL REVIEW

135

ABSTRACT: The research seeks to develop the legal aspects that exist in the situation of drafting of a transportation violation notice for the clandestine carrier, in the context of the public services of intermunicipal road transport of passengers of the State of Ceará. Among other issues, it discusses the normative conflict with the legislation of the transit sector, in charge of the Union, the division of control and regulatory competences in this sector, as well as the prediction of improper appeal by state decree. The Regulatory Agency of Delegated Public Services of the State of Ceará, considering its attributions as regulator of the sector, must hear the appeal presented by a clandestine carrier, not qualified as a delegate of the Public Power, and cancel the transportation violation notice, due to defect in its form and motive, without discussing the merit of the appeal.

KEYWORDS: Public service. Intermunicipal road transportation of passengers. State of Ceará. Clandestine carrier. Administrative process.

1 INTRODUÇÃO

Aos Estados-membros, no contexto das competências residuais, foi reservada a gestão dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. Paralelamente à questão dos serviços públicos de transporte, há

* Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Professor do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Analista de Regulação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE).

um espaço legislativo relevante para tratar de trânsito. Discute-se, nesse contexto, a situação de lavratura de auto de infração a transportador clandestino no contexto dos serviços públicos de transporte no âmbito do Estado do Ceará; mais especificamente, o tratamento jurídico a ser dado no âmbito da fase recursal, a cargo da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE).

A discussão possui relevância por alguns aspectos. Primeiramente, pela existência de um aparente conflito normativo entre leis da União e do Estado do Ceará, o que remete à necessidade de se desenvolver uma solução satisfatória no ordenamento jurídico. Em segundo lugar, a necessidade de apontar falhas na atuação das autoridades de transporte no exercício da atividade fiscalizatória, falhas essas que podem vir a prejudicar direitos fundamentais de motoristas autuados. Em terceiro lugar, identificar o papel os limites de atuação da ARCE no contexto do serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros (STRIP).

Quanto aos objetivos, além do principal, consistente na apresentação da solução ao caso hipotético de lavratura de auto de infração de transporte para o transportador clandestino e a deliberação a nível recursal, propõe-se de forma secundária apresentar, de modo indireto, uma metodologia de interpretação jurídica em situações de complexidade normativa, envolvendo, por exemplo, pluralismo interno ao ordenamento jurídico e sobreposição de temáticas legislativas. Por fim, a pesquisa também contribui para a difusão e desenvolvimento científico da legislação estadual, em tema bastante específico, bem como da ARCE, em prol do conhecimento pela própria comunidade acadêmica e profissional cearense do Direito.

A pesquisa é exploratória, desenvolvida a partir de uma abordagem dedutiva, com recurso aos procedimentos bibliográfico e documental. O desenvolvimento está dividido em três partes. Na primeira seção, faz-se uma revisão da perspectiva constitucional do tema dos transportes. Na segunda seção, é apresentada a legislação estadual em torno do STRIP, mais especificamente o papel da ARCE no contexto desse específico setor. Por fim, à luz do exposto, discute-se o problema principal que move esta investigação, apontando-se a solução mais conforme com o ordenamento jurídico brasileiro.

2 UM PANORAMA SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA DE TRANSPORTE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a mais prolixa de todas as constituições brasileiras, tratou, entre outros temas, do transporte. Não custa mencionar de partida que a Constituição estabeleceu o transporte como elemento essencial da ordenação econômica do país. Afinal, os transportes são um dos principais custos de produção, e somente através de uma adequada gestão dos transportes em âmbito nacional que se pode pensar em desenvolvimento, econômico e social. Com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995, dispõe o art. 178:

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

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

Conforme José Afonso da Silva (2009, p. 731), a nova redação teve por consequências a eliminação da predominância de armadores nacionais nos transportes aquáticos, e do monopólio nacional de navegação de cabotagem; ademais, os serviços de transporte a cargo de outros entes federativos deverão ficar sujeitos “aos princípios e diretrizes da política de transportes estabelecidos em lei pela União”.

Por outro lado, mais recentemente, pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015, o transporte foi alçado ao *status* de direito fundamental social. Para Cidade e Leão Junior (2016, p. 199), o direito fundamental social ao transporte se compreende como um “direito que garante acesso aos demais direitos sociais (logo, direito meio) e se presta a assegurar o *status* jurídico material do cidadão”, considerada, assim, a importância da prestação de transporte público de qualidade para a melhoria das condições e qualidade de vida do trabalhador urbano e rural, bem como dos moradores das periferias em grandes centros urbanos.

Afora essas duas perspectivas, e ao mesmo tempo levando em conta ambas as perspectivas, a Constituição cuidou de inserir os transportes na definição das competências dos entes federativos.

No processo de construção do modelo brasileiro de federalismo, adotando-se o modelo misto de distribuição de competências, consistente na técnica aglutinativa para o federalismo de primeiro nível, entre União e estados,

combinado com a técnica devolutiva para o federalismo de segundo nível, entre estados e municípios (MELO, 2013), os transportes foram inseridos na distribuição de competências, tanto materiais quanto legislativas.

No que tange às primeiras, o art. 21, inc. XI, als. *d* e *e*, da Constituição prevê para a União o compromisso de explorar “os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território” e “os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros”. Aos municípios, nos termos do art. 30, inc. V, compete a organização e prestação dos serviços públicos de transporte coletivo.

Aos estados, a despeito do silêncio constitucional, a Constituição a ela reservou as competências residuais ou, mais especificamente, as competências “não vedadas”. Inclui-se entre elas, assim, os serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros (GONDIM; MELO, 2014, p. 116).

Já no que concerne às competências legislativas, pela teoria dos poderes implícitos, cada um dos entes federativos pode legislar sobre os serviços de sua própria competência, de modo a organizar seu funcionamento. Todavia, a Constituição tratou expressamente disso, atribuindo determinadas competências normativas para a União. Nos termos do art. 22, incs. IX e XI, compete à União legislar sobre as “diretrizes da política nacional dos transportes” e sobre “trânsito e transporte”. No exercício dessas competências, a União editou quatro normas de relevância. A primeira é a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), estabelecendo regras compreensivas sobre trânsito, veículos e habilitação, bem como definindo infrações e crimes de trânsito.

Outra norma é a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, criando as Agências Nacionais de Transportes Aquaviário (ANTAQ) e Terrestre (ANTT). Conjugada com a anterior, tem-se a Lei nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007, que disciplinou acerca do transporte rodoviário de cargas (TRC).

E a última a se destacar, ressaltando a existência de diversas legislações esparsas tratando de temas distintos (cidade, idoso, deficiência, educação, juventude, saúde, trabalho) (CIDADE; LEÃO JUNIOR, 2016, p. 205-208), consiste na Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que, com fundamento no art. 21, inc. XX – diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive transportes –, e no art. 182 – diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano –,

institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana (PNMU), inclusive cuidando do transporte público coletivo. Segundo Vitoi (2015, p. 40), essa lei, embora não venha a ser a solução definitiva para o problema,

[...] representa um avanço no que se refere à formulação e implantação de políticas públicas para o setor de transporte e mobilidade urbana ao estabelecer os instrumentos para que os municípios, no âmbito da competência conferida pela Constituição Federal de 1988 e apoiados pela União, possam atacar os graves problemas de mobilidade e acessibilidade enfrentados pela população brasileira residente nos aglomerados urbanos.

A título de diretrizes, a legislação federal acaba por estabelecer uma disciplina uniforme a ser cumprida pelas legislações estadual e municipal, sob pena de ofensa à Constituição.

É nesse contexto normativo que deve-se observar a legislação estadual relativamente ao STRIP, bem como o papel da ARCE no exercício das atividades de regulação e fiscalização dos serviços delegados a particulares.

3 O PAPEL DA ARCE NO SETOR DE TRANSPORTE PÚBLICO INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS

A prestação dos serviços de transporte público coletivo é, em certa medida, um monopólio natural; em outras palavras, uma situação na qual é inviável, seja do ponto de vista físico, seja do econômico (o que seria o caso), o estabelecimento da livre concorrência sujeita à liberdade de escolha do mercado. A despeito da existência de outros modais (transporte particular motorizado e não motorizado, sistema de táxi etc.), os transportes rodoviários demandam custos de operação (pessoal, combustível, veículo, garagem etc.), conquanto sejam considerados baixos em comparação com outros setores econômicos que demandam grandes investimentos de infraestrutura, para os quais impor uma competição entre dois ou mais prestadores para os mesmos trechos inviabilizaria a sustentabilidade da atividade com qualidade e eficiência e a um custo módico para o cidadão. Souto (2010, p. 118) assinala que “o instrumento clássico de defesa do mercado para prevenir ou minimizar os impactos negativos de um monopólio natural é a regulação”.

A ARCE configura-se como uma agência reguladora estadual, voltada para o exercício da atividade de regulação preconizada no art. 174 da Constituição da República. Nos termos do texto constitucional, essa função remete ao exercício das “funções de fiscalização, incentivo e planejamento”. Mais es-

pecificamente, qualifica-se ainda como agência reguladora de serviços públicos, na qual, de acordo com o escólio de Almiro do Couto e Silva (2009, p. 49-50),

[...] a atividade é pública, pois dela é titular uma pessoa jurídica político-administrativa, que a *delegou* a particulares mediante institutos jurídicos de direito público, designadamente de Direito Administrativo (autorização, permissão ou concessão). [...] Além disso, por ser de direito administrativo a relação jurídica que liga o delegante ao delegado, [...] está o delegante investido de poderes, quer por força de lei, quer do contrato, que lhe permitem utilizar vasta gama de providências para ajustar o comportamento do delegado ao interesse público, embora com o ônus de ter de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando as providências adotadas o romperem.

Sendo uma agência reguladora de serviços públicos delegados, ela qualifica-se como uma agência multissetorial, pois não é específica para cuidar de um determinado segmento econômico (p. ex. a Agência Nacional de Telecomunicações), mas pensada para absorver modalidades distintas. Criada pela Lei nº 12.786, de 30 de dezembro de 1996, dispõe: “Art. 6º. Caberá ao poder concedente atribuir à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE, mediante disposição legal ou pactuada, competência para regulação e fiscalização de serviço público”.

São competências de uma entidade reguladora de serviços públicos, basicamente, proceder ao acompanhamento de dados contábeis e econômicos das empresas prestadoras de serviços públicos, para verificar a adequação dos custos e investimentos por eles realizados de modo a se alcançar, na melhor medida possível, o valor devido a título de remuneração e, assim, definir, mediante resoluções, as tarifas e preços públicos a serem aplicados pelos prestadores e cobradas de seus usuários.

Em segundo plano, também são competências de agências reguladoras dessa natureza a fiscalização técnica, ou seja, tanto a normatização própria a respeito das condições técnicas de qualidade dos produtos e serviços oferecidos em seus variados aspectos, dentro do contexto daquilo que se pode denominar de serviço público adequado, quanto a fiscalização do cumprimento desses parâmetros de qualidade e, no mesmo sentido, o recebimento de reclamações e denúncias através do sistema de ouvidoria; além dessas, também pode-se incluir no escopo das agências reguladoras de serviços públicos o planejamento do setor em que incidem, sua estruturação de modo a gerar os melhores resultados para a sociedade, impactando também na possibilidade de realizar as licitações para delegação dos serviços públicos ou, no mínimo, homologar

os editais para tanto, assim como a verificação do cumprimento das metas de expansão e universalização previstos nos contratos ou nos planos; por fim, pode-se incluir algo dentro do contexto de regulação jurídica, consistente na verificação da adequação jurídica de atos, contratos e outras práticas comerciais realizadas pelos prestadores de serviço público em consonância com os ditames constitucionais, legais, regulamentares e contratuais. A Lei nº 12.786/96 assim prevê:

Art. 7º. Sem prejuízo de outros poderes de direção, regulação e fiscalização sobre serviços públicos que possam vir a ser delegados à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE, as seguintes atribuições básicas serão de sua competência:

I - regulação econômica dos serviços públicos delegados, mediante o estabelecimento de tarifas ou parâmetros tarifários que reflitam o mercado e os custos reais de produção, de modo a, concomitantemente, incentivar os investimentos privados e propiciar a razoabilidade e modicidade das tarifas aos usuários;

II - regulação técnica e controle dos padrões de qualidade, fazendo cumprir os critérios tecnológicos e normas qualitativas, conforme estabelecidos em contrato de concessão, termo de permissão, Lei ou pelos órgãos competentes, de forma a garantir a continuidade, segurança e confiabilidade da prestação de serviço público;

III - atendimento ao usuário, compreendendo o recebimento, processamento e provimento de reclamações relacionadas com a prestação de serviços públicos delegados, conforme a regulamentação desta Lei.

141

Art. 8º. Compete ainda à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE:

I - zelar pelo fiel cumprimento da legislação, dos contratos de concessão e termos de permissão de serviços públicos sob a sua competência regulatória, podendo, para tanto, determinar diligências junto ao poder concedente e entidades reguladas, e ter amplo acesso a dados e informações; [...]

III - dirimir, em âmbito administrativo, conflitos entre o poder concedente, entidades reguladas e usuários;

IV - outorgar concessões e permissões, quando o poder concedente delegar à ARCE tal atribuição por meio de instrumento específico, e sempre em obediência à legislação vigente;

V - fiscalizar, diretamente ou mediante contratação de terceiros, os aspectos técnico, econômico, contábil, financeiro, operacional e jurídico dos contratos de concessão e termos de permissão de serviços públicos, aplicando, se for o caso, diretamente as sanções cabíveis, entre as quais, suspensão temporária de participação em licitações, intervenção administrativa e extinção da concessão ou permissão, em conformidade com a regulamentação desta Lei, e demais normas legais e pactuadas;

VI - incentivar a competitividade nos diversos setores sujeitos à sua regulação; [...]

IX - fixar critérios para o estabelecimento, ajuste, revisão e aprovação de tarifas dos serviços públicos delegados, em consonância com as normas legais e pactuadas; [...]

XV - expedir resoluções e instruções nos limites de sua competência, inclusive fixando prazos para cumprimento de obrigações por parte das entidades reguladas; [...]

XVII - atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo infrações, compondo e arbitrando conflitos de interesses, e promovendo a coordenação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;.

Atualmente, a ARCE, com seus quase vinte anos de atuação, permanece responsável pelos quatro segmentos básicos de sua atuação desde ao menos a última década. De um lado, a regulação de energia elétrica, tanto no segmento de distribuição quanto na parte de geração, no caso das eólicas, por delegação recebida diretamente da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por meio da celebração de convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição, regulamentado pela Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 e mais especificamente pelos arts. 20 a 22 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. De outro, a regulação do saneamento básico, mais especificamente dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário prestados pela Companhia de Água e Esgoto do Ceará (CAGECE), mediante atuação estadual em virtude da omissão decisória municipal, conforme definido pela Lei Estadual nº 14.394, 7 de julho de 2009, com fundamento no princípio da subsidiariedade aplicado ao federalismo brasileiro.

Quanto aos serviços especificamente estaduais, tem-se primeiramente submetida à sua regulação os serviços públicos locais de gás canalizado, competência do Estado respaldada no art. 25, § 2º, da Constituição, atualmente prestados pela Companhia Estadual de Gás Canalizado (CEGÁS) mediante contrato de concessão. No mesmo sentido, submete-se ao poder regulatório da ARCE os serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros (STRIP), com fundamento nas competências não vedadas, segundo o art. 25, § 1º, da Constituição, mas também reconhecido pela União por meio do art. 17, inc. I, da Política Nacional de Mobilidade Urbana, Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012. Com base na teoria dos poderes implícitos (LOPES FILHO, 2012, p. 93), também compete à ARCE a regulação dos terminais rodoviários vinculados ao STRIP.

Cada um desses segmentos possui suas próprias idiossincrasias, de tal forma que não é possível falar em semelhança ou aproximação entre elas. A

atuação multisetorial da ARCE promove alguns ganhos de escopo, principalmente nos setores em que é possível acumular sem prejuízo à qualidade dos trabalhos, como é o caso do setor administrativo interno, da ouvidoria, da procuradoria jurídica e do colegiado decisório.

No caso do STRIP, tem-se uma situação inusitada, pois, além das empresas concessionárias de transporte na modalidade convencional (ônibus e micro-ônibus) e das cooperativas permissionárias na modalidade complementar (vans e topiques), existe um outro ato estatal, responsável pelo exercício de fiscalização, que é o Departamento Estadual de Trânsito do Ceará (DETRAN), autarquia transformada pela Lei Estadual nº 9.450, de 14 de maio de 1971. A legislação do setor está organizada, basicamente, por dois atos normativos, a Lei Estadual nº 13.094, de 12 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 29.687, de 18 de março de 2009, que busca compatibilizar as competências entre ARCE e DETRAN dentro da gestão do STRIP.

Desde a vigência dos regulamentos anteriores, os Decretos nº 26.103, de 12 de janeiro de 2001 (convencional), e 26.803, de 24 de outubro de 2002 (complementar), desenvolvia-se na ARCE o entendimento de que a regulação, por ser uma atividade mais ampla a cargo do Estado do Ceará, ante a pré-existência da fiscalização exercida pelo DETRAN e a delegação pelo Chefe do Executivo dessa função à ARCE, também incluiria a fiscalização sobre o próprio DETRAN. Todavia, havia questões sensíveis a serem superadas como, por exemplo, que tipo de fiscalização ficaria a cargo da ARCE, já que o DETRAN é quem faz a fiscalização *in loco* das delegatárias, verificando se os veículos estão em condições de trafegabilidade e se estão cumprindo as rotas nos terminais rodoviários, assim como é o próprio DETRAN quem realiza a licitação do setor. Outra situação se verificava na elaboração de resoluções pela ARCE que estabeleciam obrigações e prazos a serem cumpridos pelo DETRAN, o que gerava certo desconforto e riscos institucionais em caso de descumprimento. Da mesma forma, submeter o departamento à fiscalização da agência reguladora, ou, mais do que isso, reconhecer publicamente essa submissão, representaria um enfraquecimento significativo do *enforcement* daquele perante os prestadores de serviços.

Após muita discussão interinstitucional, conflitos internos de posição e tentativas de compatibilização de interesses mediante convênio de cooperação, possível de se explicar com a teoria da cooperação, foi possível alcançar uma

zona de equilíbrio instável no qual ambas as instituições reconheceram reciprocamente seu papel. À ARCE, em grande medida, incumbiu-se a macropolítica do setor de transportes, devendo ocupar-se de planejar a malha viária do Estado, as linhas necessárias para o atendimento das necessidades da população, bem como o tipo de serviço (convencional ou complementar) de modo a que o serviço seja prestado em todo o território estadual com qualidade e frequência e em custos compatíveis com as demandas, bem como de pensar a integração dessa modalidade de transporte com outros modais emergentes nos municípios (ônibus urbano, transporte metroviário etc.) e proceder às revisões ordinárias dos contratos. Ao DETRAN, coube a fiscalização *in loco* e a realização das licitações e celebração dos contratos de concessão e termos de permissão, assim como o reajuste e as revisões extraordinárias, a serem homologadas pela ARCE.

A regra geral de distribuição competências para DETRAN e ARCE no contexto do STRIP encontra-se especificamente nos arts. 62 e 63 da Lei nº 13.094/01:

Art. 62. A fiscalização dos Serviços de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros, em tudo quanto diga respeito a segurança da viagem, conforto do passageiro e ao cumprimento da legislação de trânsito e de tráfego rodoviário intermunicipal, inclusive desta Lei, será exercida pelo Poder Concedente através dos órgãos e entidades competentes, visando ao cumprimento das normas legais, regulamentares e pactuadas pertinentes.

Art. 63. Além da fiscalização de que trata o artigo anterior, as prestadoras de Serviços de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros no Estado do Ceará submeter-se-ão ao poder regulatório da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE.

§ 1º O poder regulatório da ARCE será exercido nos termos desta Lei e da Lei Estadual nº 12.788, de 30 de dezembro de 1997, e demais normas legais, regulamentares e pactuadas pertinentes, cabendo à ARCE, com relação aos Serviços de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros, sem prejuízo de outras atribuições:

I - fiscalizar indiretamente os órgãos e entidades privadas e públicas envolvidos na prestação do serviço, através de auditoria técnica de dados fornecidos por estes ou coletados pela ARCE;

II - atender e dar provimento às reclamações dos usuários do serviço, decidindo inclusive sobre indenizações ou reparações a serem pagas pelas transportadoras, independentemente de outras sanções a estas aplicáveis;

III - expedir normas regulamentares sobre a prestação do serviço;

IV - responder a consultas de órgãos e entidades públicas e privadas sobre a prestação do serviço;

V - encaminhar ao órgão ou entidade responsável pela aplicação de penalidades a constatação, através de decisão definitiva proferida pela ARCE, de infração

cometida por transportadora, caso não tenha sido delegada à ARCE tal aplicação.

§ 2º No desempenho do poder regulatório, incluindo as competências atribuídas neste artigo, a ARCE usufruirá de todas as prerrogativas asseguradas através da Lei Estadual nº 12.786, de 30 de dezembro de 1997, e outras normas legais e regulamentares pertinentes.

§ 3º As prestadoras de Serviço de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros, qualquer que seja a modalidade de serviço prestado, tornam-se entidades reguladas pela ARCE por força desta Lei, estando submetidas à competência regulatória desta, nos termos da Lei Estadual nº 12.786/97 e demais normas legais e regulamentares pertinentes.

Em outras passagens pontuais, a Lei nº 13.094/01 volta a retratar a atuação da ARCE no setor, em paralelo com a atuação do DETRAN. No art. 10, § 2º, consta a competência da ARCE para homologar os editais de licitação, bem como os respectivos contratos de concessão e termos de permissão:

Art. 10. [...]

§ 2º Todas as minutas de editais e de contratos de concessão ou de termos de permissão relativos à outorga de Serviço Regular de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros deverão ser obrigatoriamente encaminhados à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE, para exame e homologação prévios, caso esta não tenha sido responsável pela elaboração das mesmas

145

Já o art. 43, por sua vez, divide a regulação tarifária da maneira já mencionada, conferindo ao DETRAN o reajuste e revisão extraordinária das tarifas, cabendo à ARCE realizar a homologação dos cálculos do DETRAN e a realização da revisão ordinária, qualitativamente mais ampla e complexa.

Art. 43. [...]

§ 1º Compete ao DETRAN/CE, de ofício ou a pedido do interessado, promover o reajuste e a revisão extraordinária das tarifas referentes aos Serviços Regulares de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros, nos termos das normas regulamentares e pactuadas pertinentes.

§ 2º Compete à ARCE/CE promover a revisão ordinária das tarifas referentes aos Serviços Regulares de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros, bem como homologar o reajuste e a revisão extraordinária praticados pelo DETRAN/CE, nos termos das normas regulamentares e pactuadas pertinentes.

O Decreto nº 29.687/09, por sua vez, informa desde já que a fiscalização será compartilhada entre DETRAN e ARCE, nos termos do art. 23, §§ 1º e 2º, assinalando que ao primeiro inclui-se ainda a gestão do STRIP.

Art. 23. [...]

§ 1º Caberá ao DETRAN/CE e à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE fiscalizar o cumprimento da Lei estadual nº 13.094, de 12 de janeiro de 2001, e suas alterações.

§ 2º As concessões e permissões de Serviços Regulares de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros sujeitar-se-ão à gestão e fiscalização pelo DETRAN/CE, nos termos das normas legais, regulamentares e pactuadas, com a cooperação dos usuários.

Além dos dispositivos já mencionados, o regulamento do STRIP também inclui uma outra divisão de atribuições. Para o que interessa no presente estudo, no contexto dos procedimentos punitivos, consistentes na emissão de autos de infração em virtude do descumprimento de infrações previstas tanto na Lei nº 13.094/01 quanto no regulamento, o Decreto nº 29.687/09 estipula que compete precipuamente ao DETRAN a lavratura dos autos de infração, da qual poderá o autuado apresentar defesa; do julgamento da defesa, pode ainda submeter recurso à ARCE.

Art.147 Da decisão proferida pelo DETRAN/CE caberá recurso à ARCE, em face de razões de legalidade e de mérito, a ser interposto no prazo de 5 dias, contados da ciência do interessado. [...]

§ 3º A ARCE, no julgamento do recurso, poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, na matéria que for de sua competência.

Art.149 A decisão proferida pela ARCE no julgamento do pertinente recurso administrativo é definitiva, devendo esta ser formalmente comunicada ao DETRAN/CE e ao infrator.

Diante desse contexto normativo, pode-se discutir a situação-problema de enquadramento de autuado por transporte clandestino.

4 A AUTUAÇÃO DO TRANSPORTADOR CLANDESTINO E A POSSIBILIDADE DE EXAME RECURSAL PELA ARCE

A situação do transportador clandestino enfrenta uma questão de enquadramento normativo. De um lado, atuando como transportador do STRIP, caberia a aplicação da legislação do setor. Mais especificamente, o art. 70, inc. IV, al. z, da Lei nº 13.094/01 prevê:

Art. 70. A pena de multa, calculada em função do valor da Unidade Fiscal de Referência do Estado do Ceará - UFIRCE, ou outro índice estadual que venha substituí-la, será aplicada quando do cometimento das seguintes infrações: [...]

IV - a transportadora, através de dirigente, gerente, empregado, preposto, contratado ou qualquer que atue em seu nome, alternativamente: [...]

z) operar o serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros sem regular concessão, permissão ou autorização do Poder Concedente.

Pena - Multa correspondente ao valor de 340 (trezentas e quarenta) UFIRCEs.

Para a mesma infração, a legislação também prevê outra sanção, no art. 73: “A penalidade de apreensão do veículo será aplicada sem prejuízo da multa cabível, quando a transportadora ou qualquer pessoa física ou jurídica estiver operando o serviço sem regular concessão, permissão ou autorização do Poder Concedente”. No caso, a aplicação das penas se dá de forma cumulativa, e não gradativa, conforme prevê o art. 68, § 5º, da Lei nº 13.094/01.

Por outro lado, o CTB também possui previsões próprias acerca da hipótese infracional. Com efeito, dispõe o art. 231:

Art. 231. Transitar com o veículo: [...]

VIII - efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, salvo casos de força maior ou com permissão da autoridade competente;

Infração - média;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - retenção do veículo;

Apresentando punições distintas, a antinomia poderia ser resolvida através dos critérios clássicos (BOBBIO, 1999, p. 91-96). Pelo critério cronológico, prevaleceriam as disposições da Lei nº 13.094/01; pelo critério da especialidade, prevaleceriam também as regras da lei estadual. No entanto, o critério hierárquico não conduz a uma solução óbvia, já que não haveria hierarquia entre a legislação federal e estadual, remetendo-se a questão para as regras constitucionais de distribuição de competências, já apresentadas.

É preciso ir mais a fundo na diferenciação. Assumir desde já uma antinomia é uma atitude hermenêutica inadequada; é necessário primeiramente assegurar-se de que se trata de normas jurídicas que alcançam o mesmo espectro material de eficácia e aplicabilidade. Sendo possível colocar cada uma das regras em esferas materiais ou subjetivas de aplicação distintas, a antinomia desaparece. Considerando que as duas regulamentações estejam se referindo a âmbitos normativos distintos, a competência legislativa para os Estados legislar sobre o STRIP restringiria sua atuação aos transportadores detentores de contrato de concessão ou termo de permissão. Em outras palavras, quando se tratar de infrator sem contrato de concessão ou termo de permissão com o Estado do Ceará, a ele deve ser aplicadas as regras do CTB. A penalidade de transporte, prevista na Lei nº 13.094/01 terá sua aplicabilidade mais restrita, a saber, para transportadores verdadeiramente detentores de delegação pelo Estado do Ceará, mas que estejam realizando trechos para os quais não foram autorizados.

O verdadeiro problema exsurge quando o agente de transporte estadual, diante da situação do transportador clandestino, autua-o com fundamento no art. 70, IV, z, da Lei nº 13.094/01, lavrando Auto de Infração de Transporte (e não o Auto de Infração de Trânsito). Enquanto no último caso o recurso deveria ir para a Junta Administrativa de Recursos de Infrações (JARI) competente para discutir o auto, no primeiro, se o autuado ingressar corretamente com o recurso, este deverá ser encaminhado à ARCE.

No entanto, para a autoridade regulatória do setor de transportes estadual, apresenta-se um dilema. De um lado, o Decreto nº 29.687/09 impõe a apreciação recursal, das decisões de segunda instância do DETRAN relacionadas com o Auto de Infração de Transporte; de outro, no caso concreto, o autuado não se qualifica como transportador do STRIP, o que poderia configurar um óbice para a atuação regulatória da ARCE, seja nos termos da Lei nº 12.786/97, para dirimir conflitos entre Poder Concedente e entidades reguladas, seja nos termos da Lei nº 13.094/01, ao submeter as prestadoras ao poder regulatório da ARCE.

148 | A primeira questão consiste na possibilidade de recebimento do recurso. Tanto pelo critério cronológico quanto pelo da especialidade, as disposições do Decreto nº 29.687/09 deveriam prevalecer sobre as das Leis nº 12.786/97 e 13.094/01. Mas o critério hierárquico pesa em favor dessas leis. Entre o Decreto e a Lei nº 13.094/01 é estabelecida, no entanto, uma relação de hierarquia-concretização: o decreto regulamenta a lei à medida que a lei confere fundamento de validade ao decreto. Assim, quando o Decreto nº 29.687/09 estabelece a segunda instância decisória para a ARCE, o faria, *a priori*, nos estritos limites daquilo que foi determinado na lei, ou seja, como responsável pela regulação das prestadoras do serviço e, nesse sentido, não caberia o conhecimento do recurso apresentado pelo transportador clandestino. Também não seria o caso de se aplicar a teoria da aparência (FURTADO, 2010, p. 263).

Entretanto, é preciso ressaltar que se está falando de uma relação de controle que é conferida a duas autarquias estaduais. Conquanto se possa aceitar que a ARCE não exerça regulação sobre o DETRAN, não se ignora que a Administração Pública direta, por meio da secretaria de Estado respectiva (no caso, a Secretaria de Infraestrutura) e, em última instância, pelo Governador do Estado, exerce a supervisão sobre suas autarquias. No entanto, para abali-

zada doutrina, o poder de supervisão não poderia implicar a autotutela da Administração Pública sobre atos praticados pela Administração indireta. Como assinala Furtado (2010, p. 1112),

[...] o controle exercido pela entidade política (Administração Pública direta) sobre as entidades administrativas (Administração Pública indireta) não possui natureza hierárquica. Trata-se de mera vinculação administrativa, e o controle decorrente dessa relação é de natureza eminentemente política, exercido por meio da designação e do afastamento, pela entidade política, dos dirigentes das entidades administrativas.

Se a possibilidade de análise recursal pela ARCE, por um lado, significa o exercício de regulação sobre os prestadores, por outro lado, de forma mais crítica, também poderia significar uma difícil delegação feita pelo Poder Executivo central à ARCE para que proceda à revisão das decisões tomadas pelo DETRAN, quanto à regularidade formal e material dos autos de infração lavrados. É preciso aprofundar mais o exame, de modo a apaziguar os entraves jurídicos.

Ademais, a revisão de atos de lavratura de auto de infração por outra instituição configura típica modalidade de recurso impróprio dentro do processo administrativo. A despeito da ausência de assento constitucional, mas reconhecido o prestígio conferido pela Constituição ao direito de recurso, os recursos hierárquicos impróprios, “[...] que não decorre[m] do exercício do poder hierárquico, somente deve[m] ser admitido[s] se expressamente previsto[s] em lei” (FURTADO, 2010, p. 1247). Na vagueza da Lei nº 13.094/01, que fala em recurso no art. 75, § 3º, o Chefe do Poder Executivo decidiu por estabelecer uma modalidade de recurso impróprio. Sob o risco de se atribuir a pecha de ilegalidade para a atribuição conferida a nível regulamentar, o papel institucional da ARCE como regulador do STRIP, reforçado pelas disposições da Lei nº 12.786/97, em especial a competência para dirimir conflitos entre o poder concedente (DETRAN) e entidades reguladas (prestadores de serviços), deve ser levado em consideração, para minimizar os impactos e conferir maior legitimidade para a determinação por decreto.

A Administração Pública tem o dever de declarar nulos seus atos quando eivados de vícios. A autotutela consiste na “prerrogativa da Administração Pública de desfazer determinados atos, seja em razão de ilegalidade, seja em razão de motivos de oportunidade ou conveniência” (FURTADO, 2010, p. 304). Está definitivamente consagrada pelo Supremo Tribunal Federal por força do enunciado 473 de sua Súmula. A regulação, por sua vez, configura-se como

uma modalidade de intervenção indireta mais incisiva do que o poder de polícia, atuando sobre os agentes que fazem parte do segmento regulado, principalmente para os públicos e para os privados que se situam numa relação jurídica especial (contrato de concessão ou termo de permissão), inclusive para desconsiderar efeitos para atos praticados por esses agentes e para desconstituir atos praticados em desconformidade com as normas legais, regulamentares e pactuadas.

Mais ainda, quando o DETRAN autua um suposto transportador que não se qualifica como prestador do serviço público de transporte rodoviário, seja por transporte clandestino ou por qualquer outra infração cometida, a autarquia confere ao autuado uma expectativa legítima de tratamento da questão no processo administrativo, que é reflexo do princípio da boa-fé da Administração Pública (GONZÁLEZ PÉREZ, 1983). Em outras palavras, de ser tratado, em tudo quanto diga respeito à autuação de transporte e a discussão administrativa, como se verdadeiro transportador fosse. Tal compreensão da questão coaduna-se com a garantia do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, devida aos litigantes em processo administrativo, consagrado no art. 5º, LV, da Constituição.

Superada essa primeira discussão, chega-se ao ponto sensível da questão, a saber, quanto à solução a ser dada ao caso concreto. Isso porque, para efeitos de revisão do auto de infração, poder-se-ia argumentar que não teria ocorrido erro de enquadramento e, em acréscimo, que os fatos narrados pelo agente no auto de infração são atingidos pela presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos. Com isso, a deliberação, num exame perfunctório, redundaria na manutenção do auto de infração.

A ARCE, dotada da competência de revisão recursal – superada a discussão a esse respeito, dentro do contexto de suas competências regulatórias –, deve identificar vícios formais no auto de infração de transporte, entre eles a indicação de infrator que não se enquadra como transportador. E, tratando-se de infrator não transportador, determinar a anulação do auto, com a recomendação ao DETRAN para que seja feita a autuação como de trânsito, caso ainda esteja no prazo decadencial, de modo que seja dado o devido processamento. Não há cabimento para convalidação do ato, tendo em vista ser insanável o vício identificado, seja pela natureza do auto (forma), seja pela radical divergência na legislação aplicável (motivo). Também não caberia nesse processo

o exame do mérito recursal, ou seja, examinar a autoria e materialidade dos fatos narrados no auto de infração.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, são defendidas nesta pesquisa as seguintes teses:

- a) a Constituição brasileira de 1988 reservou aos Estados-membros e ao Distrito Federal, no contexto das competências não vedadas do art. 25, § 1º, a gestão dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros realizadas entre municípios localizados no mesmo estado e, pela aplicação da teoria dos poderes implícitos, dos respectivos terminais rodoviários;
- b) no âmbito do Estado do Ceará, o DETRAN e a ARCE exercem as competências para gestão, fiscalização e regulação dos serviços públicos do STRIP, atuando a ARCE de forma mais indireta, inclusive com a responsabilidade de atuar como segunda instância em processos administrativos punitivos de aplicação de penalidades a transportadores infratores da legislação estadual;
- c) devido à superposição de penalidades aplicáveis a motoristas que façam transporte sem a devida autorização, tanto pela legislação de trânsito, federal, quanto pela legislação de transporte, estadual, não sendo tolerável a possibilidade de *bis in idem* nessa situação, deve-se apontar a norma correta a ser aplicada para o caso, de forma a representar a segurança jurídica;
- d) em contextos de complexidade normativa, consistente no pluralismo jurídico interno a um mesmo ordenamento jurídico e à superposição de âmbitos de validade e de aplicação normativa, a solução hermenêutica adequada deve preservar, quando possível, a força normativa dos preceitos em conflito, ainda que isso signifique a redução da aplicabilidade das regras envolvidas;
- e) no caso específico, considerando que a legislação estadual refere-se aos transportadores do STRIP, havendo previsões equivalentes de punição na legislação federal, deve-se restringir o âmbito de aplicação do normativo estadual, e concluir que a infração tipificada como transporte clandestino somente se aplica para os transportadores que já possuam autorização do Governo do Estado, mas que extrapolem os limites conferidos pela delegação;
- f) a previsão de recurso impróprio a nível de decreto regulamentar não se justifica pela tutela da Administração Pública direta sobre a Administração

ção Pública indireta, mas se fundamenta precipuamente pela competência de resolução de conflitos entre o Poder Concedente e os agentes do setor;

- g) caso a autoridade de transporte venha a autuar o transportador privado pelo cometimento de transporte clandestino, através de auto de infração de transporte, por um imperativo de garantia do devido processo legal, especialmente dos corolários do contraditório e da ampla defesa, direitos fundamentais do Estado brasileiro, deve prevalecer o entendimento de que a ARCE deve conhecer do recurso eventualmente apresentado, mesmo não se tratando de transportador com delegação;
- h) na decisão, a ARCE não deve se imiscuir no mérito, já que a infração em si remeteria à legislação que foge de sua competência, mas caberia a anulação do auto incorretamente lavrado, por vício de forma e de motivo, bem como recomendar ao DETRAN para que faça a lavratura do auto de trânsito correspondente.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CEARÁ. **Decreto nº 29.687, de 18 de março de 2009**. Aprova o regulamento dos serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros do Estado do Ceará e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Lei nº 12.786, de 30 de dezembro de 1997**. Institui a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Lei nº 13.094, de 12 de janeiro de 2001**. Dispõe sobre o Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros do Estado do Ceará e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CIDADE, Roberto Berttoni; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. O direito ao transporte como direito fundamental social. **Revista de direito urbanístico, cidade e alteridade**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 196-216, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://>

www.indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/download/509/506>. Acesso em: 10 jan. 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GONDIM, Liliane Sonsol; MELO, Álisson José Maia. O direito fundamental de acessibilidade das pessoas com deficiência no âmbito dos transportes, o passe livre e a questão econômico-tarifária. In: FERRAZ, Fernando Basto; Araujo, Elizabeth Alice Barbosa Silva de; MARQUES JÚNIOR, William Paiva (org.). **Direitos fundamentais sociais na contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2014, p. 115-125.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983. Disponível em: <<http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/discursos/D32.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências federativas: na Constituição e nos precedentes do STF**. Salvador: Juspodivm, 2012.

MELO, Álisson José Maia. **Gestão associada de serviços públicos no Brasil: federalismo cooperativo, administração pública e direitos fundamentais**. 2013. 175 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Fortaleza-CE, 2013.

SILVA, Almiro do Couto e. A administração direta e as autarquias: autarquias especiais, agências reguladoras e agências executivas. In: MODESTO, Paulo (coord.). **Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 33-53.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUTO, Marcos Jurueña Vilela. Formas consensuais de composição de conflitos para a exploração de ferrovias. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 117-131, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8049/6838>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

VITOI, Carlos Alberto Ayupe. A fiscalização nos empreendimentos de mobilidade urbana após a vigência da Lei n.º 12.587, de 2012. **Revista da CGU**, Brasília, v. 7, n. 10, p. 35-48, jun./jul. 2015. Disponível em: <https://ojs.cgu.gov.br/index.php/Revista_da_CGU/article/download/2/pdf_11>. Acesso em: 10 jan. 2017.