

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN, RELATOR DA
ADPF Nº 574 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)**



BUSER BRASIL TECNOLOGIA LTDA. (“Buser”), inscrita no CNPJ/MF sob o nº 29.365.880/0001-81, com sede na Av. Barão do Rio Branco, nº 400, São José dos Campos/SP, devidamente representada por seus advogados (docs. 1 a 4), nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (“ADPF”) em epígrafe, ajuizada pela **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PASSAGEIROS (“ABRATI”)**, vem, nos termos do art. 102, § 1º da Constituição Federal (“CF”), do art. 6º, §§1º e 2º da Lei nº 9.882/99, do art. 138 do Código de Processo Civil (“CPC”) e dos arts. 21, inciso XVIII, e 131, § 3º do Regimento Interno do STF, pleitear seu ingresso no feito na qualidade de **ASSISTENTE, TERCEIRO INTERESSADO** ou de **AMICUS CURIAE**, pelos motivos que passa a expor.

I. RESUMO DO CASO

1. Trata-se de ADPF ajuizada pela ABRATI com o intuito de (i) declarar a inconstitucionalidade do conjunto de decisões judiciais que autorizam o serviço de transporte coletivo de passageiros intermediado por plataformas digitais e aplicativos de fretamento colaborativo; e (ii) declarar a inconstitucionalidade da suposta omissão das agências reguladoras de transporte terrestre na fiscalização e proibição dessa atividade.

2. De acordo com a Associação autora, o chamado serviço de fretamento colaborativo violaria o direito ao transporte (art. 6º da CF), a garantia da prestação adequada do serviço público de transporte (art. 175, parágrafo único, IV c/c art. 21, XII, “e” c/c art. 30, V c/c art. 25, § 1º da CF) e a garantia de concorrência justa e leal (art. 170 *caput* e inciso IV c/c art. 173, § 4º da CF).

¹ Desde já, com a finalidade de ilustrar de forma bastante simples e interativa quem é a Buser e qual sua atividade, V. Exa. pode assistir a um vídeo de 2 minutos de duração. Basta aproximar do QR Code acima a câmera de um iPhone (como se se pretendesse tirar uma fotografia) ou a webcam do computador, se for o caso. Caso o smartphone seja Samsung (ou qualquer outro com sistema Android), será preciso baixar um aplicativo de leitura de QR Code. O mesmo vídeo pode ser visto neste link: www.bit.ly/video-buser.

3. A mera leitura da inicial e dos documentos que a instruem evidenciam a real intenção da ABRATI, que é a de utilizar a via restrita da ADPF com a finalidade de inviabilizar a atividade de intermediação desenvolvida pela ora petionante, Buser.

4. Com efeito, a despeito do manifesto descabimento da presente ação – o que será oportunamente detalhado –, fato é que toda e qualquer decisão que vier a ser proferida neste caso terá repercussão direta na esfera de direitos da Buser, inclusive a ponto de simplesmente inviabilizar sua atividade econômica, o que justifica sua admissão no feito, como se passa a expor.

II. QUEM É A BUSER

5. Importante esclarecer quem é a Buser, única empresa referida na petição inicial, e única a figurar como parte em todas as ações em que foram proferidas as decisões judiciais que a ABRATI pretende desconstituir por meio desta ADPF.

6. A narrativa apresentada pela ABRATI na inicial contém uma série de **premissas equivocadas sobre a Buser**, em evidente tentativa de se traçar um cenário de clandestinidade que simplesmente não existe.

7. A representante das empresas de ônibus busca associar a imagem da Buser, *startup* de tecnologia voltada à mobilidade, com a de empresas de transporte clandestino – transporte esse muito conhecido de todos nós brasileiros, promovido por pessoas que atuam à margem da lei, colocando em risco os passageiros que dele se utilizam. **Ocorre que a Buser em nada se assemelha a tais clandestinos.**

8. A Buser presta um serviço absolutamente legal, moderno, alinhado com a chamada economia compartilhada, que é uma realidade em todo o mundo, e em total consonância com os princípios norteadores dos transportes no Brasil. Trata-se de empresa de tecnologia voltada à mobilidade, que desenvolveu um aplicativo de intermediação para facilitar a conexão entre pessoas e empresas que prestam serviço de **transporte por fretamento.**

9. Em resumo, o aplicativo funciona em duas etapas: (i) ajuda as pessoas a encontrarem outras que desejam realizar uma mesma viagem, formando grupos de interesse comum; e (ii) conecta esses grupos a empresas que prestam serviços de transporte fretado.

10. Na primeira etapa, as pessoas podem buscar, entre os grupos existentes, aquele que atenda às características da viagem que pretendem realizar; caso não haja nenhum, o usuário pode criar um grupo novo, propondo destino, data e horário da viagem. Se mais pessoas aderirem ao grupo, a viagem será fechada e, por meio do aplicativo, essas pessoas contratarão uma das empresas de fretamento cadastradas, rateando entre si o valor total do frete do veículo. Quanto mais pessoas tiverem entrado no grupo, menor será o valor do rateio.

11. Essa segunda etapa do funcionamento do aplicativo – a contratação do fretamento – é bastante conhecida e utilizada por diversos grupos de pessoas, comoromeiros em viagens a Aparecida, excursões, viagens de verão etc. Por meio de sua plataforma, a inovação que a Buser promove consiste em tornar possível a aproximação de pessoas que têm o desejo comum de realizar uma mesma viagem. Usando a tecnologia, a empresa permite a realização de um fretamento colaborativo, em que os interessados fazem um rateio do custo total de um ônibus fretado.

12. O modelo de negócios da Buser funciona sob a mesma lógica de empresas como Uber, 99, Cabify, entre outras, que se utilizam da tecnologia para a mobilidade, no contexto da economia compartilhada. As pessoas poderiam se encontrar fisicamente para contratar o fretamento. Ou então poderiam se conectar por meio de grupos em redes sociais, como o Facebook – o que já acontece. O que a Buser faz é facilitar esses encontros e conectar esses grupos de pessoas às empresas de fretamento de ônibus.

13. Essas empresas, ressalte-se, já atuam regularmente no mercado de fretamentos, detendo as autorizações necessárias para tanto. Dessa forma, ao contrário do que tenta fazer crer a ABRATI, **a atividade de intermediação realizada pela Buser não guarda absolutamente nenhuma relação com “vans piratas” ou com as “lotadas”** (fl. 7).

14. Por prezar por segurança, qualidade e regularidade na operação, a Buser adota rígidos critérios de seleção das empresas cadastradas que devem ser autorizadas a funcionar e cumprir todas as exigências legais para o setor de fretamentos, como também ser as melhores no mercado. Esse é o compromisso da Buser com seus usuários: obter as melhores condições, com os melhores transportadores de transporte privado do Brasil.

15. Propõe-se, assim, uma solução criativa, inclusiva, segura e sustentável para o transporte privado de passageiros nas rodovias, de modo a contribuir para a melhoria da mobilidade por meio da tecnologia, gerando menor impacto ambiental e melhor uso dos recursos, mediante aproveitamento da frota ociosa de veículos coletivos. A criação da Buser, portanto, vem ao encontro dos novos marcos da economia compartilhada e em atendimento às demandas da população.

16. Com o avanço da tecnologia, os aplicativos participam do cotidiano da população brasileira, sendo inegável que o modelo da Buser – existente em outros países (Grabr Coach, FlixBus, OuiBus, DeinBus, entre outros) –, é um passo inevitável em direção ao futuro, ampliando o acesso da população a serviços até então indisponíveis ou menos acessíveis.

17. A Buser, portanto, **não é uma empresa de transporte**; é uma empresa de tecnologia que desenvolveu um aplicativo que lhe permite a realização de intermediação, de forma semelhante aos exemplos abaixo, bastante conhecidos do nosso dia a dia:

Não são empresas de táxi:

- Uber
- 99
- Cabify
- Easy

Não é empresa de transporte aéreo:

- Flapper

Não são varejistas:

- Mercado Livre
- Buscapé

Não são hotéis:

- AirBnB
- Alugue Temporada

Não são gravadoras:

- Spotify
- iTunes

Não são empresas de telefonia:

- WhatsApp
- Messenger
- Telegram

Não são canais de televisão:

- Youtube
- NetFlix

Não são restaurantes:

- iFood
- PedidosJá
- UberEats

III. O INGRESSO DA BUSER

18. Como é sabido, a ADPF é um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade. Como tal, possui natureza objetiva, sem litígio ou partes, razão pela qual, em regra, não admite as convencionais modalidades de intervenção de terceiros.

19. Entretanto, conforme se demonstrará, o ingresso da Buser neste caso se faz absolutamente necessário, pois a presente ADPF está sendo indevidamente utilizada como meio para se obter a inviabilização de sua específica atividade econômica. De fato, a Buser é a **única** a ser diretamente atingida pelos efeitos da decisão a ser proferida por essa Corte Superior, sendo de rigor que lhe seja oportunizada sua contribuição.

20. A teor do que prevê a Lei nº 9.882/99, os legitimados passivos da ADPF são aqueles que editaram o ato questionado, conforme a lição de Cássio Scarpinella Bueno²:

Embora os dispositivos não sejam claros a respeito, é inegável que o editor – ou, em sendo mais de um, os editores – do ato normativo questionado (v. n. 6, *infra*) são os legitimados *passivos* da “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, e é nesta qualidade que devem ser *citados* para manifestarem-se perante o Supremo Tribunal Federal acerca das alegações feitas pelo legitimado ativo.

É daquelas autoridades o ônus de estabelecer o devido *contraditório*, como dá a entender o art. 7º da Lei n. 9.882/1999 quando autoriza o relator, após o prazo das “informações”, pedir dia para julgamento, reservando, de qualquer sorte, o prazo de cinco dias para que o Procurador-Geral da República manifeste-se no caso quando não tiver sido ele o *autor* do pedido. Sua atuação, para os fins do parágrafo único do referido dispositivo, é inegavelmente de *custos legis*.

21. Ocorre que, como dito, a presente ADPF é, na realidade, uma manobra da associação autora na tentativa de indevidamente impedir a atividade de intermediação desempenhada pela Buser.

22. Embora a autora alegue pretender discutir o tema das “*plataformas digitais de aproximação de demandas*” (fl. 6) de forma genérica, citando o nome da Buser como a “*principal plataforma de ‘fretamento colaborativo’*” (fl. 7), basta ler os documentos por ela juntados para notar que **todos** os atos judiciais, supostamente violadores de preceitos fundamentais, foram proferidos em ações em que a ora petionante é parte.

23. Em outras palavras, esta ADPF visa tão só interferir na atividade desenvolvida por uma empresa específica: a Buser. É nesse contexto de desvirtuamento da via restrita da ADPF que **a Buser deve ser admitida no feito na condição de assistente**, nos termos do art. 119 e seguintes do CPC. Com efeito, **toda e qualquer decisão que vier a ser proferida nesse caso afetará diretamente a esfera de direitos da Buser, podendo, inclusive, inviabilizar por completo sua atividade empresarial.**

24. Assim, embora a Lei nº 9.882/99 não contemple de modo expreso a possibilidade de ingresso de assistente na ADPF, é de se considerar o contexto em que essa ação foi ajuizada e o fim a que ela verdadeiramente se destina: impedir a regular operação da Buser. Há necessidade, portanto, de flexibilização da referida regra em prol dos direitos da Buser ao contraditório e à ampla defesa, ambos resguardados pela CF.

25. Ainda que essa Corte Suprema não entenda ser o caso de assistência, deverá admitir o ingresso da Buser ao menos na qualidade de terceiro interessado, conforme prevê o art. 6º da Lei nº 9.882/99. Isso porque, frise-se, todos os atos judiciais, supostamente violadores de preceitos, foram proferidos em ações em que a Buser figura como parte, de forma que seu interesse em relação a este caso é inegável.

² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil: Direito Processual Público, Direito Processual Coletivo**. Vol. 2, Tomo III, 4. Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 235.

26. Além disso, é preciso considerar, repise-se, que qualquer decisão a ser proferida nesta ADPF terá repercussão direta na esfera de direitos da Buser, razão pela qual deve ser garantido que ela tenha a possibilidade contribuir para o resultado do julgamento do presente caso.

27. *Subsidiariamente*, na remota hipótese de a Buser não ser admitida em nenhuma das outras modalidades de intervenção de terceiros, pede-se ao menos seu ingresso como *amicus curiae*, como já vem sendo admitido por essa Corte Suprema, inclusive em sede de ADPF³.

"AMICUS CURIAE" - INTERVENÇÃO PROCESSUAL EM SEDE DE ADPF - ADMISSIBILIDADE - PLURALIZAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL E A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL - DOCTRINA - PRECEDENTES - PRETENDIDA AMPLIAÇÃO, POR INICIATIVA DESSE COLABORADOR PROCESSUAL, DO OBJETO DA DEMANDA PARA, NESTA, MEDIANTE ADITAMENTO, INTRODUIR O TEMA DO USO RITUAL DE PLANTAS ALUCINÓGENAS E DE DROGAS ILÍCITAS EM CELEBRAÇÕES LITÚRGICAS, A SER ANALISADO SOB A ÉGIDE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE RELIGIOSA - MATÉRIA JÁ VEICULADA NA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS, DE 1971 (Artigo 32, n. 4), DISCIPLINADA NA RESOLUÇÃO CONAD Nº 1/2010 E PREVISTA NA VIGENTE LEI DE DROGAS (Lei nº 11.343/2006, art. 2º, "caput", "in fine") - IMPOSSIBILIDADE, NO ENTANTO, DESSE ADITAMENTO OBJETIVO PROPOSTO PELO "AMICUS CURIAE" - DISCUSSÃO SOBRE A (DESEJÁVEL) AMPLIAÇÃO DOS PODERES PROCESSUAIS DO "AMICUS CURIAE" - NECESSIDADE DE VALORIZAR-SE, SOB PERSPECTIVA EMINENTEMENTE PLURALÍSTICA, O SENTIDO DEMOCRÁTICO E LEGITIMADOR DA PARTICIPAÇÃO FORMAL DO "AMICUS CURIAE" NOS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA.

28. Ressalta-se que, no intuito de permitir a pluralização do debate constitucional, em consonância com o precedente supracitado, essa egrégia Corte vem realizando, de ofício, a conversão de um pedido de intervenção de terceiro em outra modalidade análoga. A título de ilustração, confira-se decisão do ilustre Ministro LUIZ FUX:

A Associação Brasileira de Empresas de Exploração e Produção de Petróleo e Gás – ABEP **requer seu ingresso no feito na condição de assistente das rés**, alegando ter interesse jurídico na causa a autorizar tal providência. *In casu*, apesar de não vislumbrar interesse jurídico direto e suficiente a ensejar a sua intervenção no feito na condição de assistente, **admito a ABEP na condição de amicus curiae**, à luz da relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda e da repercussão social da controvérsia, nos termos do art. 138 do CPC/2015.⁴ (grifou-se)

³ STF, ADPF nº 187, Rel. Min. CELSO DE MELO, Tribunal Pleno, j. 15.6.2011. Nesse sentido: STF, ADPF nº 172 MC-RF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, j. 10.06.2009.

⁴ STF, ACO nº 2865/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Decisão Monocrática, j. 31.08.2016.

29. Importante lembrar que o art. 138 do CPC⁵ ampliou as hipóteses de atuação dos *amici curiae*, permitindo seu ingresso em qualquer processo, independentemente da instância, desde que presentes 2 (dois) requisitos: (a) relevância, especificidade ou repercussão da controvérsia, e (b) representatividade adequada do postulante.

30. No caso, ambos os requisitos estão presentes. Não há dúvidas de que a Buser possui representatividade adequada. Não só porque a própria autora reconhece ser ela a “principal” plataforma de fretamento colaborativo existente, como também porque todos os atos judiciais citados na inicial foram proferidos em processos judiciais em que a Buser é parte. Ademais, não se conhecem outras empresas que ofereçam a atividade de intermediação para contratação de fretamento privado de ônibus. A Buser é a única nesse mercado.

31. O outro requisito também está configurado, pois os efeitos da eventual procedência da ADPF terão grave impacto não somente sobre a própria Buser, inviabilizando sua existência, mas sobre toda a coletividade, que perderá inovadora forma de intermediação de transporte coletivo, os chamados “fretamentos colaborativos”.

32. Note-se que na ADPF 449⁶, hipótese semelhante (e não idêntica à presente), a Uber – que é, por igual, plataforma digital de intermediação de transporte – foi admitida como *amicus curiae*, tendo em vista sua expressiva posição de mercado. Nesse contexto, caso não se aceite o ingresso da Buser como assistente, pelo claro atingimento à sua esfera de direitos, nem tampouco se considere seu ingresso como interessada, a Buser deve ser admitida ao menos na qualidade de *amicus curiae*, nos termos do art. 138 do CPC.

33. Diante disso, demonstradas as circunstâncias que embasam este pedido de admissão no feito e autorizam o seu deferimento, ainda que na condição de *amicus curiae*, a Buser apresenta – desde logo e sem prejuízo de manifestação posterior – algumas considerações sobre a petição da ABRATI, aptas a demonstrar que a pretensão contida nesta ADPF não merece prosperar, sequer em medida cautelar.

IV. PRELIMINARMENTE – RAZÕES PARA O NÃO CONHECIMENTO DA ADPF

IV.1 INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA | DESVIRTUAMENTO DA ADPF

34. Como é sabido, a ADPF é instrumento de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, que tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Como tal, trata-se de via absolutamente restrita, de caráter subsidiário, em que se discute a constitucionalidade de atos em tese.

⁵ CPC, art. 138, *caput*: “O juiz ou o relator, considerando a **relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia**, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com **representatividade adequada**, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.” (grifou-se).

⁶ Nesse particular, confira-se a seguinte notícia divulgada no site do STF: “Partes e interessados apresentam alegações no julgamento de ações sobre legalidade de transporte individual por aplicativos”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=397861>>. Acesso em 11abr2019.

35. Esta ADPF, contudo, está sendo utilizada como meio para desconstituir decisões judiciais proferidas em casos concretos: ações que envolvem a Buser. Com efeito, **todas** as decisões judiciais mencionadas pela autora, que supostamente seriam violadoras de preceitos fundamentais, foram proferidas em processos nos quais a ora petionante figura como parte.

36. Ademais, embora a autora alegue pretender discutir o tema das “*plataformas digitais de aproximação de demandas*” (fl. 6) de forma genérica, mencionando inclusive o nome da Buser apenas como a “*principal plataforma de ‘fretamento colaborativo’*” (fl. 7), a realidade é que em momento algum a ABRATI menciona a existência de qualquer outra plataforma que também realize intermediação para contratação de fretamento.

37. Nesse contexto, não há dúvidas de que **a ADPF visa a interferir em uma única situação jurídica individual e concreta**, e está sendo utilizada como substitutiva dos recursos cabíveis, desviando-se completamente de sua característica eminentemente objetiva, de controle de constitucionalidade de atos do Poder Público.

38. Está caracterizado, assim, o desvirtuamento do instituto da ADPF, que não pode ser utilizado como sucedâneo recursal, na linha do seguinte precedente do egrégio Plenário, da relatoria do ilustre Ministro **EDSON FACHIN**:

AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO ELEITORAL. DECISÕES JUDICIAIS. COLIGAÇÕES. AUTONOMIA E CARÁTER NACIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS. INAFSTABILIDADE JURISDIONAL. LEI 9.504/1997. LEI 9.096/1995. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. MEIO CAPAZ DE SANAR A CONTROVERSIA DE FORMA GERAL, IMEDIATA E EFICAZ. 1. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, em sua modalidade incidental, possui seu interesse processual correlato às ações eleitorais ajuizadas. 2. Tendo em vista os objetos serem pronunciamentos judiciais submetidos regularmente ao sistema recursal eleitoral, constata-se que esta ADPF foi funcionalizada pela parte Agravante como verdadeiro sucedâneo recursal. Precedentes. 3. O requisito da subsidiariedade coloca-se como óbice ao processamento da ADPF, pois é possível a utilização de ADI ou ADC como veículo processual com aptidão para conferir interpretação conforme à Constituição aos dispositivos da Lei 9.096/95. Precedentes. 4. Agravo regimental em arguição de descumprimento de preceito fundamental a que se nega seguimento⁷. (grifou-se)

39. De fato, tem-se aqui nítida pretensão de se submeter, *per saltum*, ao STF, decisões judiciais de primeiro e de segundo graus, as quais desafiam recursos próprios, na forma da lei processual, na tentativa de se impedir a atividade econômica desenvolvida pela Buser com sua plataforma digital.

40. Ao contrário do que sustenta a associação autora, não se está diante de uma infinidade de casos em que se discute a legalidade de aplicativos que permitem o fretamento colaborativo. Em primeiro lugar, como dito, são mencionadas na inicial exclusivamente ações judiciais que envolvem a Buser. Não se faz referência a nenhuma outra decisão que envolva outra empresa que não ela.

⁷ STF, ADPF nº 266 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. 12.05.2017.

41. Além disso, não há um cenário de multiplicidade de decisões, como quer fazer crer a ABRATI. Hoje estão tramitando **2 (dois) mandados de segurança** que foram impetrados pela Buser para garantir seu direito líquido e certo de exercer sua atividade de intermediação, via aplicativo, e outras **6 (seis) ações judiciais** nas quais ela figura como ré, que buscam impedir sua atividade, consoante demonstra a planilha abaixo:

PROCESSO	AUTOR	RÉU	Juízo	AJUIZAM ENTO
Ação de obrigação de fazer nº 5090883-03.2017.8.13.0024	Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros no Estado de Minas Gerais (SINDPAS).	BUSER	5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte.	3.7.2017
Mandado de segurança nº 1002506-80.2018.4.01.3800	BUSER	Superintendente de Serviço de Transporte de Passageiros da Unidade da ANTT em MG; Superintendente de Fiscalização da Unidade da ANTT em MG; Diretor de Fiscalização do DEER/MG; Gerente de Fiscalização de Transporte e Trânsito do DEER/MG; Coordenador Regional do DEER/MG.	3ª Vara Federal Cível de Belo Horizonte.	8.3.2018
Mandado de segurança nº 5005438-03.2018.4.03.6100	BUSER	Superintendente de Serviço de Transporte de Passageiros da Unidade Regional de São Paulo da ANTT; Superintendente de Fiscalização da Unidade Regional de São Paulo da ANTT; Diretor Geral da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP); Diretor de Procedimentos e Logística da ARTESP.	3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (em fase recursal)	7.3.2018
Ação ordinária nº 1070212-30.2017.8.26.0100	Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado de São Paulo (SETPESP)	BUSER; ARTESP; Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo (EMTU)	2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo.	14.3.2018
Ação ordinária nº 1024518-48.2018.8.26.0053	Empresa de Ônibus Pássaro Marron S.A.	BUSER; ARTESP – Agência de Transporte do Estado de São Paulo.	10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo.	17.5.2018
Ação civil pública nº 1033775-97.2018.8.26.0053	Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado de São Paulo (SETPESP)	BUSER	2ª Vara Cível do Foro Central Cível de São Paulo.	12.7.2018
Ação ordinária nº 5027566-06.2018.4.04.7000	Federação das Empresas de Transporte de Passageiros dos Estados do Paraná e Santa Catarina (FEPASC)	BUSER ANTT; União Federal.	3ª Vara Federal de Curitiba.	4.7.2018
Ação coletiva nº 5005307-11.2019.4.02.5101	Sindicato das Empresas de Transportes Rodoviários Intermunicipais do Estado do Rio de Janeiro (SINTERJ)	BUSER; ANTT; União Federal.	10ª Vara Federal Cível do Rio de Janeiro.	4.2.2019

42. Observe-se que a autora incluiu na planilha – talvez para dar aparência de multiplicidade de ações –, recursos decorrentes das ações judiciais principais. Contudo, o fato é que todos os desdobramentos processuais ali referidos são resumidos em 8 (oito) ações judiciais, das quais apenas 2 (duas) foram promovidas pela Buser, na busca pelo seu direito de operar. As demais foram ajuizadas por empresas de transporte coletivo público de linha ou sindicatos assemelhados à ABRATI, representantes da categoria.

43. Além de serem poucos os casos, todos envolvendo exclusivamente a Buser – frise-se –, não se está diante de multiplicidade de decisões judiciais. O único processo em que foi proferida sentença é o mandado de segurança impetrado perante a Justiça Federal de São Paulo, em que se aguarda julgamento da apelação interposta pela Agência Nacional de Transporte Terrestre (“ANTT”) pelo respectivo tribunal.

44. Como se pode notar, as referidas demandas tramitam em São Paulo, Rio de Janeiro e Paraná. O mandado de segurança impetrado perante a Justiça Federal de Minas Gerais foi remetido à Seção Judiciária de São Paulo, por força de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) em conflito negativo de competência.

45. Em outras palavras, está-se diante de típica hipótese em que a associação autora pretende fazer dessa Suprema Corte um órgão de revisão – *per saltum*, diga-se – das decisões judiciais, mesmo diante da absoluta e cristalina possibilidade de serem apresentados os recursos cabíveis nos respectivos processos judiciais. No ponto, confira-se trecho do voto da Min. ELLEN GRACIE no julgamento da ADPF nº 172:

Isso não significa, contudo, que toda e qualquer decisão proferida por órgão judiciário brasileiro possa ser submetida, *per saltum*, a esta Suprema Corte por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tal entendimento levaria ao completo desvirtuamento da sistemática de distribuição orgânica da jurisdição traçada pela Constituição Federal.⁸

46. Ademais, não está atendido aqui o princípio da *subsidiariedade*. Como se sabe, a ADPF só é admitida caso não haja outro meio no controle objetivo para sanar a alegada violação a preceito fundamental, **como já decidiu Vossa Excelência em julgado recente**⁹. No presente caso, a questão é nitidamente subjetiva e, portanto, não passível de exame no controle concentrado de constitucionalidade.

⁸ STF, Tribunal Pleno, ADPF nº 172 MC-REF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. em 10.06.2009.

⁹ STF, ADPF nº 536 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. 10.09.2018: “AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO FINANCEIRO. LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL. SUBSIDIARIEDADE. CABIMENTO. SOBERANIA DO PARLAMENTO. COMPETÊNCIA DE ÓRGÃO JURISDICIONAL. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL. 1. **O pressuposto da subsidiariedade para ajuizamento de ADPF demanda apenas a existência de meio processual com eficácia potencial de solver a controvérsia judicial apresentada em ação de controle objetivo, e não a efetiva utilização do mencionado instrumento com a pacificação da situação jurídica já à época do ajuizamento da arguição. (...).**”

47. Assim, seja porque a ADPF está sendo usada com o intuito de atingir e prejudicar a atividade de intermediação realizada pela Buser, utilizando-se, para tanto, da via restrita de uma ação constitucional e objetiva, seja porque não está presente o requisito essencial da subsidiariedade, não há como se admitir o cabimento desta ADPF, sendo de rigor seu indeferimento liminar, nos termos do art. 4º, §1º da Lei nº 9.882/99.

IV.2 INEXISTÊNCIA DE PRECEITO FUNDAMENTAL VIOLADO

48. Como mencionado pela própria associação autora, nem a CF, ao prever, em seu artigo 102, §1º, o cabimento da ADPF, nem a Lei nº 9.882/99, que regula o instituto, especificaram o que seriam os preceitos fundamentais tutelados pela mencionada ação.

49. Para justificar o cabimento desta ADPF, a ABRATI, no entanto, limitou-se a afirmar que haveria “*substancial consenso na doutrina*” de que estariam enquadrados dentre os preceitos fundamentais: **(i)** o direito ao transporte; **(ii)** a garantia de prestação de serviço público adequado; e **(iii)** a garantia de concorrência justa e leal. Ocorre que, embora não se discuta a relevância de tais direitos, eles não se inserem no que se compreende por preceitos fundamentais para os fins de ajuizamento de uma ADPF.

50. Com efeito, apesar da especial relevância de todos os direitos resguardados pela CF, nem todas as previsões dela constantes são consideradas preceitos fundamentais. Do contrário, o caráter excepcional de controle de constitucionalidade por meio de ADPF seria prejudicado, e veríamos proliferar milhares de arguições por violação de qualquer dispositivo de nossa extensa CF.

51. Como dito, a ADPF é um instrumento de controle de constitucionalidade restrito, que deve ser utilizado apenas na hipótese de ofensa a preceitos fundamentais – e caso não haja outra medida capaz de resguardá-los. Não pode ser usada, portanto, para alegar contrariedade a todo e qualquer dispositivo constitucional.

52. Nesse sentido, os direitos referidos na inicial, embora relevantes, não são suficientes a justificar a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Sobre o tema, essa Corte, ao julgar a ADPF nº 388¹⁰, elucidou quais são os direitos que caracterizam preceitos fundamentais, nos termos do voto do Relator Ministro **GILMAR MENDES**:

É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de **preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais** (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela

¹⁰ STF, ADPF nº 33, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, j. 7.12.2005. No mesmo sentido: ADPF nº 388, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, j. 09.03.2016.

cláusula pétrea do art. 60, §4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (**art. 34, VII**). (grifou-se)

53. Como se depreende, somente direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas e princípios sensíveis podem ser enquadrados como preceitos fundamentais cuja contrariedade daria ensejo à ADPF. Na hipótese vertente, os direitos mencionados pela ABRATI não se enquadram nessa categoria. Por esse motivo também, a ADPF não pode ser sequer conhecida, nos termos do art. 4º da Lei 9.882/99.

IV.3 INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE NA “OMISSÃO” DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

54. O fundamento da ADPF por “*omissão das agências reguladoras de transporte terrestre na fiscalização e proibição do exercício dessa atividade por prestadores sem delegação do Estado*” baseia-se na falsa premissa de que a atividade de intermediação de fretamento colaborativo realizada pela Buser deveria ser proibida.

55. Com efeito, a autora busca substituir, por meio desta ADPF, a vontade do legislador (princípio da legalidade; art. 5º, II, e 37, CF) e do administrador público (discricionariedade) no estabelecimento de políticas públicas, o que, por si só, revela a inviabilidade da pretensão. A par disso, a atividade de fretamento já é regulamentada, a revelar a ausência de omissão normativa quanto ao serviço de transporte em questão.

56. Se, todavia, a regulamentação não abrange os aplicativos de uso compartilhado desse serviço de transporte privado não se trata de omissão da ANTT, até porque no plano privado prevalece o princípio de que o que não está proibido está permitido, em homenagem ao princípio da legalidade em sentido estrito. E mais, cuida-se de demanda da sociedade, no maior interesse dos consumidores, ampliando o direito ao transporte.

57. A alegada omissão da agência competente na fiscalização não existe. Tanto que a Buser se viu obrigada a ir a juízo para garantir seu direito líquido e certo de realizar intermediação, diante da arbitrariedade do poder público¹¹, o que foi reconhecido por decisões da Justiça Federal de São Paulo e de Minas Gerais, com o aval do Ministério Público Federal (“MPF”).

¹¹ A ANTT e outros órgãos estaduais estão extrapolando sua competência fiscalizatória, passando a agir no intuito de impedir o funcionamento do aplicativo da Buser, ao interromper as viagens, deixando os usuários constrangidos, no meio da rua, à noite, sob o único fundamento de que um fretamento não poderia ser contratado via aplicativo, quando não há norma a impedir essa atividade.

58. Nesse contexto, a única conclusão possível é a de que não existe qualquer “omissão” atribuível aos órgãos reguladores ou ao poder público no que diz respeito à fiscalização, como alega a autora. Com efeito, o que não pode ser tolerado é que o órgão regulador ou de fiscalização, em abuso e extrapolação de suas competências, impeça a atividade lícita de intermediação realizada pela Buser.

59. Não se pode aceitar, também, que a autora pretenda compelir a ANTT a atuar de acordo com os interesses de suas associadas, em completa desconsideração dos ditames constitucionais, em prejuízo da livre iniciativa e dos interesses dos próprios usuários. Inconstitucionalidade haveria na proibição do regular funcionamento de aplicativo (atividade de intermediação) que apenas facilita a contratação de fretamentos e beneficia diretamente os consumidores com preços mais baixos e serviços de melhor qualidade.

60. Desse modo, a única conclusão possível é a de que não existe qualquer “omissão” atribuível à ANTT ou aos demais órgãos reguladores, no que diz respeito à fiscalização, como alega autora. Na realidade, tais órgãos se excederam, passando a interferir na regular atividade econômica da Buser.

61. Portanto, ao contrário de existir inconstitucionalidade na alegada “omissão” dos entes reguladores, **há inconstitucionalidade na tentativa de se proibir o regular funcionamento de um aplicativo que não se confunde com atividade de transporte e simplesmente facilita a contratação de fretamentos.**

V. MÉRITO

V.1. BREVE CONTEXTO DOS LITÍGIOS ENVOLVENDO A BUSER

62. Esta ADPF não é a primeira tentativa dos representantes das empresas de transporte rodoviário público de obstar as atividades da Buser. Como dito, já foram ajuizadas outras 6 (seis) ações com vistas a proibir o funcionamento do aplicativo, como ocorreu com os sindicatos dos taxistas quando a Uber passou a atuar no mercado brasileiro.

63. Ao perceber que as empresas de ônibus começaram a se movimentar para inviabilizar seu negócio, e que os órgãos competentes para a fiscalização das viagens estavam alinhados com elas, a Buser teve de impetrar mandados de segurança para garantir que as viagens por ela intermediadas não fossem interrompidas indevidamente.

64. Em suma, agentes da ANTT surpreendiam os ônibus cujo fretamento havia sido contratado via Buser e, **não encontrando nenhuma irregularidade**, lavravam autuação sob o argumento de que a viagem não seria um fretamento, mas sim um transporte público irregular. Em outras palavras, as viagens foram impedidas pelo simples fato de terem sido contratadas via aplicativo da Buser.

65. Nos dois mandados de segurança da Buser, os juízes federais de Minas Gerais e São Paulo concederam as tutelas de urgência pleiteadas, nos seguintes termos:¹²

Ante o exposto, DEFIRO o pedido de medida liminar para determinar às autoridades impetradas que se “abstenham de criar qualquer óbice, impedir ou interromper as viagens intermediadas pela Buser sob o fundamento de prestação clandestina de serviço público, ou qualquer outro que extrapole a regular fiscalização de trânsito e segurança”, e ato contínuo SUSPENDO a exigibilidade das multas e penalidades administrativas aplicadas sob esse fundamento em desfavor da impetrante e das empresas por ela contratadas para a prestação do serviço de transporte.

Nesses motivos, presentes os pressupostos legais, **defiro à Impetrante o provimento liminar** e determino às Autoridades impetradas que se abstenham de criar qualquer óbice, impedir ou interromper viagens intermediadas pela Impetrante sob o fundamento de prestação clandestina de serviço público ou qualquer outro que extrapole a regular fiscalização de trânsito e segurança, ficando ditas Autoridades advertidas de que deverão fiscalizar as viagens intermediadas pela BUSER como qualquer outro fretamento contratado por meios tradicionais.

66. Em ambos os casos, o MPF apresentou manifestações favoráveis à atividade da Buser e opinou pelo desprovimento dos agravos de instrumentos interpostos contra as liminares concedidas (doc. 5):

Primeiramente, não há a menor dúvida de que a BUSER não oferece transporte público, como alegam as autoridades impetradas, por meio de seus prepostos. Com efeito, constitui empresa de tecnologia que se presta a conectar pessoas interessadas em fazer viagens com destinos em comum, que se unem em uma plataforma digital, mediante prévio cadastramento e, uma vez atingido o mínimo necessário, o grupo assume o fretamento proposto pela BUSER. Uma vez feita a junção, a ligação entre os interessados e a empresa que disponibilizará e fretará o ônibus da BUSER encerra-se. O fretamento em si é contratado pelo grupo e não pela Agravada. Verifica-se um rateio do valor do frete entre os interessados. Não há, portanto, na operação de compartilhamento levado a cabo pela BUSER, nenhum oferecimento de transporte pela empresa. Sua ação é meramente tecnológica.

67. Ressalte-se ter sido proferida sentença no mandado de segurança impetrado perante a Justiça Federal de São Paulo, na qual foi reconhecida a legalidade da atividade de intermediação realizada pela Buser, determinando que a ANTT e a agência estadual, não obstem as viagens de fretamento colaborativo:

¹² Por questão de boa-fé processual, a Buser informa que a decisão liminar concedida pela Justiça Federal de Minas Gerais foi reformada pelo TRF-1ª Região, após decisão de primeiro grau determinando a remessa dos autos a São Paulo.

Ante o exposto, e por tudo mais que consta dos autos, extinguindo a ação com análise do mérito, confirmo a liminar, julgo PROCEDENTES os pedidos que constam da exordial, e CONCEDO a segurança para determinar às autoridades impetradas que se abstenham de criar qualquer óbice, impedir ou interromper as viagens intermediadas pela Buser sob o fundamento de prestação clandestina de serviço público, ou qualquer outro que extrapole a regular fiscalização de trânsito e segurança, ficando as autoridades impetradas advertidas de que deverão fiscalizar as viagens intermediadas pela Buser como qualquer outro fretamento contratado por meios tradicionais.

68. Destacou o magistrado, nas razões de decidir, que as características dos fretamentos via aplicativo da Buser são legais, e ilegítimas as exigências da ANTT:

A lei não exige que os passageiros de uma viagem fretada constituam necessariamente “grupo fechado de pessoas previamente identificadas, de interesse privado e unificado em relação ao objeto da viagem” (definição utilizada pela superintendência da ANTT).

A exigência imposta pela ANTT é ilegal, pois em momento algum a lei estabelece como requisito para o fretamento (transporte terrestre coletivo não regular), que os passageiros possuam um objetivo comum específico pré-determinado. Ora, a prevalecer o entendimento da ANTT existiriam somente os fretamentos turísticos.

Contraditória, portanto, a ANTT, vez que não só de finalidades turísticas são autorizados os fretamentos, pois admitido o fretamento eventual, ou como previsto em lei, o transporte não regular.

Assim, sob o aspecto estritamente legal, tenho que as restrições impostas pela ANTT e congêneres estaduais carecem de base legal por extrapolarem os limites e requisitos previstos em lei.

69. Foi reconhecida, portanto, a legalidade da atividade da Buser e a atuação arbitrária dos órgãos fiscalizadores, notadamente da ANTT. A agência interpôs recurso de apelação, no qual o MPF se manifestou pela absoluta legalidade e constitucionalidade do modelo de negócio da Buser (doc. 6).

70. Essas informações são relevantes para demonstrar o cenário da demanda, que não passa de mais uma tentativa, agora em ação constitucional, das empresas monopolistas prestadoras do serviço de transporte público coletivo, de impedir a regular contratação de fretamento colaborativo via plataforma digital da Buser, o que não se pode admitir.

V.2 AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO AO TRANSPORTE

71. A ABRATI sustenta que as decisões judiciais proferidas nas ações em que a Buser figura como parte violariam, ainda, os arts. 6º *caput*; 21, XII, “e”; 25, §1º, e 30, V, da CF, que qualificam o transporte coletivo de passageiros como serviço público e estipulam regime específico para o desempenho dessa atividade.

72. Segundo a autora, permitir “a prestação do serviço de transporte coletivo por aplicativos de fretamento colaborativo” implicaria renúncia à titularidade do serviço, que passaria a ser determinada só pelo interesse de mercado, a prejudicar o direito ao transporte. **Ao contrário**, a intermediação realizada pela Buser garante aos consumidores mais opções de transporte coletivo **privado**, o que proporciona mais mobilidade e maior acesso a tais serviços, em observância ao direito constitucional ao transporte.

73. Em resumo, a discussão proposta pela autora passa pela avaliação sobre a possibilidade ou não de convivência entre o transporte privado contratado por meio de uma inovação tecnológica, e o transporte coletivo público. É importante lembrar que o transporte privado convive harmoniosamente com o público. Os fretamentos são absolutamente regulares e coexistem com os ônibus rodoviários de linha há vários anos.

74. Portanto, esse argumento, de plano, não se sustenta e contraria a realidade conhecida de todos. Trata-se de alegação, com o devido respeito, fantasiosa, que visa apenas gerar temor injustificado de “colapso” do transporte – o que evidentemente não ocorre hoje e nem ocorrerá.

75. **Além disso, a intermediação realizada pela Buser, na prática, garante que os consumidores possam ter acesso a mais opções de transporte, proporcionando, por consequência, mais mobilidade e maior acesso a tais serviços, o que se alinha à perfeição com a garantia de acesso ao transporte prevista na CF.**

76. Na verdade, muito ao contrário do cenário “terrorista” que a associação traça em sua inicial, o fato é que os aplicativos facilitam e muito a vida das pessoas, e com o transporte coletivo não é diferente. Com a Buser, as pessoas têm a facilidade de contratar ônibus fretados que possam atender às suas necessidades, com toda a segurança que as melhores empresas que atuam no mercado oferecem.

77. Para sustentar as alegadas violações ao direito ao transporte, a autora relata situação de todo hipotética, de falência do setor de transporte público, o que não passa de argumento *ad terrorem*. Embora aduza, de forma genérica, que o setor seria prejudicado, a ponto de atingir o direito dos usuários, não traz nenhum elemento que evidencie o pretenso desequilíbrio econômico que a suposta concorrência da Buser já teria gerado.

78. A mera insinuação de pretensos danos, sem qualquer suporte fático, não autoriza a suspensão ou, muito menos, a desconstituição de decisões judiciais, tal como se pretende com a presente ADPF, pois o direito e a prestação jurisdicional se dão no campo dos fatos e não de alegações hipotéticas. No caso concreto, é patente a distinção do que é a realidade normativa constitucional e o que a autora gostaria que fosse (*de lege ferenda*).

79. Em relação às afirmações sobre o aplicativo em si, a autora demonstra clara tentativa de desvirtuar o seu funcionamento. A ABRATI se esforça para justificar a infundada alegação de que a atividade da Buser seria, de fato, a de prestação de serviço de transporte coletivo regular “camuflada”. Todavia, basta ver as características do aplicativo para se aferir a absoluta diferença do transporte público regular de linha.

80. Em resumo, nas viagens intermediadas pela Buser:

- a) Não há habitualidade ou regularidade. As viagens dependem exclusivamente da demanda específica dos usuários, que são responsáveis por criarem os grupos. Logo, os destinos, datas e horários variam conforme os interesses dos próprios usuários;
- b) Não há itinerários ou “linhas”. As viagens dependem das propostas dos usuários e variam conforme a demanda (há grupos abertos, aos quais os usuários podem aderir);
- c) Não há universalidade. Somente a comunidade virtual e previamente formada no aplicativo pode criar ou participar de grupos, e apenas grupos fechados podem contratar fretamentos;
- d) Não há venda de passagem. Os usuários pagam o valor do rateio do custo da contratação da empresa de fretamento, valor esse que irá variar conforme a lotação do veículo (quanto mais pessoas, menor o valor individual a ser pago); e
- e) Não há garantia de que a viagem acontecerá. Diferentemente de quando se compra uma passagem, no fretamento colaborativo sabe-se de antemão que a viagem só ocorrerá se formado um grupo de passageiros.

81. Esclareça-se, ainda, que, ao contrário do que sustenta a ABRATI, a exigência da Resolução ANTT nº 4.777/2015¹³, segundo a qual as viagens por fretamento devem sempre ser realizadas pelo mesmo grupo de pessoas nos trajetos de ida e de volta (o chamado circuito fechado), não se aplica à modalidade tecnológica de fretamento colaborativo. Fosse essa a pretensão, haveria ofensa direta diversos princípios constitucionais e, a rigor, ao próprio direito ao transporte (art. 6º).

82. Trata-se de regra criada com a única finalidade de manter a reserva de mercado que existe no setor, impedindo a atuação de outras empresas. Sobre o tema, cabe transcrever as palavras do Professor Carlos Ari Sunfeld (doc. 7), que analisou em profundidade a questão do chamado “circuito fechado”:

Em sendo o serviço de transporte privado terrestre eventual de passageiros em grupo atividade lícita e livre, não pode o estado, por meio de barreiras artificiais, direta ou indiretamente comprimir ou eliminar os pressupostos necessários à sua realização pela iniciativa privada, tudo em prol da instituição de reserva de mercado aos serviços públicos regulares e sem conexão alguma com o “poder de polícia de segurança”. A liberdade de preços, de itinerários e de frequência no transporte privado terrestre eventual de passageiros em grupo, enquanto valor essencial a fretamentos dessa natureza, é protegida pelo princípio constitucional da livre iniciativa e não prejudica a segurança coletiva. Regulação estatal editada com o efeito de ferilo não pode subsistir.¹⁴ (p. 25)

¹³ “Art. 3º. (...) XIV - **Circuito fechado**: viagem de um grupo de passageiros com motivação comum que parte em um veículo de local de origem a um ou mais locais de destino e, após percorrer todo o itinerário, observado os tempos de permanência estabelecidos nesta Resolução, este grupo de passageiros retorna ao local de origem no mesmo veículo que efetuou o transporte na viagem de ida”.

Também é ilegal a exigência, estabelecida pelo decreto federal 2.521, de 1998 (art. 3º, XI e art. 36), e pela resolução da ANTT 4.777/2015 (art. 3º, VII e XIV)¹⁸, de que as viagens de fretamento eventual sejam sempre realizadas em circuito fechado (com os mesmos passageiros nos trajetos de ida e volta), pois isso nada tem a ver com segurança coletiva e se trata de restrição artificial sobre a liberdade dos passageiros e empreendedores, com o objetivo desviado de proteger o mercado de empresas estabelecidas no serviço regular. (p. 28)

83. Portanto, de modo diverso do que afirma a ABRATI, o circuito fechado não é pressuposto do fretamento colaborativo, inexistindo qualquer ofensa ao direito ao transporte. Muito ao contrário, o fretamento colaborativo, reitere-se, privilegia tal direito, democratizando o acesso às viagens de ônibus, e beneficia diretamente os consumidores com preços mais baixos e serviços de melhor qualidade.

84. Há, sim, tentativa das empresas de ônibus de linha de manterem reserva de mercado em detrimento dos interesses dos consumidores e das novas tecnologias.

V.3 AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À GARANTIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO

85. A associação autora argumenta que as decisões judiciais proferidas nas ações que envolvem a Buser supostamente ofenderiam *“a garantia de prestação de serviço público adequado, conformada pelos princípios da universalidade, continuidade e regularidade do serviço público de transporte coletivo”*.

86. Segundo alega, a CF teria qualificado, de maneira expressa, o transporte coletivo de passageiros como serviço público, de modo que o chamado fretamento colaborativo estaria “usurpando” a titularidade do Estado sobre esse serviço. Em sua deturpada visão, não haveria como o fretamento colaborativo conviver com o serviço público de transporte, pois seria *“impossível assegurar, sob uma lógica estritamente econômica, que toda a população terá a oferta de transporte”*.

87. A argumentação, contudo, não se sustenta. Em primeiro lugar, relembre-se que o serviço público de transporte convive há anos em harmonia com o privado, prestado pelas empresas de fretamento, o que – por si só – desconstrói o cenário amedrontador que a ABRATI pretende desenhar.

88. A par disso, a CF não reservou ao poder público o setor de transporte de passageiros. De acordo com a mecânica constitucional, apenas parcela do serviço de transporte terrestre de passageiros é considerada serviço público. Aliás, ao inserir o transporte terrestre em seu art. 178, a CF definiu que se trata de atividade econômica, vinculada aos princípios gerais do art. 170, entre eles a livre iniciativa.

89. O texto constitucional prevê que o serviço de transporte coletivo, quando público, opera em nichos específicos e é titularizado, prestado ou delegado pelos entes da Federação (arts. 21, XII, 25, §1º, e 30, V). Como tal, deve atender ao regime de direito público e ser regular, contínuo, universal e pautado pela modicidade tarifária (art. 175, parágrafo único, IV da CF e art. 6º, § 1º da Lei nº 8.987/95).

90. Ao serviço público são concedidos benefícios, como isenções fiscais, exclusividade no uso de infraestrutura pública e conexão direta a outros modais de transporte. São os ônibus de linha que operam em rodoviárias, cujas empresas estão representadas pela ABRATI.

91. Nesse ponto, ao tratar do pretense desequilíbrio econômico decorrente da convivência do setor público com o fretamento colaborativo, a ABRATI ignorou os vários benefícios concedidos às empresas prestadoras do serviço de transporte público, benefícios esses não estendidos nem extensíveis às empresas que atuam na iniciativa privada.

92. **Relembre-se que o serviço público e o serviço privado coexistem em diversos setores (como na saúde e na educação, por exemplo), sem que isso implique qualquer clandestinidade ou, muito menos, inviabilidade do serviço público.**

93. De fato, o serviço de transporte público deve ser garantido pela União, mas a própria CF entendeu possível a coexistência do serviço de transporte público e do serviço de transporte privado. Logo, não há como serem estabelecidas restrições sem que isso não signifique afronta aos preceitos fundamentais da CF.

94. Sobre esse tema, o Professor Carlos Ari Sundfeld, em parecer elaborado com a finalidade de analisar o modelo de negócios da Buser, destacou que:

Veja-se que a Constituição, ao tratar de saúde e educação (arts. 197 e 206, III), diz que o estado tem o dever de prestar serviços nesses setores à população, mas não os reserva ao estado. A iniciativa privada coexiste nesses setores, sem necessidade de concessão estatal. **A própria Constituição põe em xeque a falsa premissa de que serviços públicos e atividade econômica não podem, em absoluto, conviver em um mesmo setor.**

Se, no exemplo dos setores da saúde e educação, a Constituição determinou a coexistência do estado e da iniciativa privada na sua prestação, em relação ao setor nuclear a situação é bem diversa. Nesse caso, a Constituição tomou a decisão de reservar para a União o exercício de “monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados” (art. 22, XXIII). Aqui, por força de norma expressa, há reserva do setor como um todo ao estado, que fica vedado à iniciativa privada.

No que tange ao setor de transporte de passageiros, nenhuma norma constitucional o reservou como um todo ao poder público. O que este pode e deve fazer (por determinação constitucional) é garantir a prestação de certos serviços, os públicos regulares, em benefício da população. **Fora desses nichos, há liberdade de mercado. Eventual criação de reserva de mercado em benefício dos serviços públicos regulares de transporte seria inconstitucional.** (pp. 11-13 – grifou-se)

95. Em resumo, conforme explica o Professor Carlos Ari, o Poder Público tem o dever de garantir o serviço público de transporte, tal como mencionado pela ABRATI em sua inicial. Não há dúvidas de que se trata de serviço essencial, que deve atender a todas as normas do regime jurídico de serviço público.

96. Contudo, a CF não estabeleceu que todo transporte coletivo será público, de maneira que os serviços privados, como os de fretamento colaborativo, devem atuar dentro da liberdade de mercado. E, ao contrário da genérica alegação da ABRATI, não há sequer indícios de desequilíbrio ou mesmo qualquer prejuízo às empresas que operam o transporte coletivo público. Trata-se de mera ilação, sem respaldo fático algum.

V.4 AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À GARANTIA DA CONCORRÊNCIA JUSTA E LEAL

97. A ABRATI sustenta que haveria necessidade de limitação à livre iniciativa no setor de transporte de passageiros, como forma de preservação dessa atividade, evitando-se a alegada concorrência desleal, que, em seu entendimento, seria capaz de desestabilizar o equilíbrio econômico do setor, ocasionando verdadeira inviabilidade operacional.

98. No presente caso, isso não ocorre. Primeiro porque a atividade da Buser envolve apenas a intermediação do serviço privado de fretamento, que já é largamente utilizado no Brasil e convive em harmonia com o serviço regular público. Além disso, embora se apoie no fato de que as empresas prestadoras de serviço público arcam com o ônus de gratuidades e mantêm frequência mínima da frota, é notório que elas recebem diversos incentivos e isenções fiscais, o que a autora pareceu ignorar.

99. A pretensão da ABRATI é se amparar indevidamente no argumento da existência de concorrência desleal e de necessidade de limitação à livre iniciativa para conseguir manter ilegal e indevida reserva de mercado que existe no setor, em claro prejuízo e desrespeito aos consumidores.

100. A Buser – frise-se – apenas facilita a contratação de fretamentos feitos por empresas legalmente estabelecidas no mercado, que têm autorização para operar (e autorizações específicas da ANTT para cada viagem contratada, nos termos da lei), possuem veículos em excelentes condições de funcionamento, observam padrões de segurança e não podem ser confundidas com transporte clandestino.

101. Desse modo, é uma *startup* que pratica atividade de intermediação por meio de plataforma tecnológica, voltada à mobilidade, e que atua dentro dos estritos ditames da lei, com total transparência aos seus usuários.

102. Nesse contexto, não se vislumbra qualquer violação à concorrência justa e leal, mas o exercício da livre iniciativa (art. 170 da CF), que consiste em projeção da liberdade individual no âmbito econômico e é meio essencial para o desenvolvimento econômico, voltado ao bem da sociedade como um todo e ao direito do consumidor em particular.

103. Sobre a questão concorrencial, o Professor Carlos Ari Sunfeld pontua:

Embora haja alguma semelhança, quanto à atividade material realizada, entre serviços públicos de transporte rodoviário e serviços privados de transporte terrestre eventual de passageiros, não se poderia cogitar de confusão e ou competição desleal entre um e outro, pois **os serviços privados de transporte terrestre eventual de passageiros não gozam dos mesmos privilégios que os serviços públicos respectivos como benefícios fiscais e exclusividade no uso de infraestrutura pública facilitadora de sua prestação (os terminais públicos de ônibus).**

No Estado de São Paulo, por exemplo, prestadores do serviço público podem ter isenção do imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS. Também no mesmo Estado pode ser concedida isenção de Imposto de sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA para ônibus e micro-ônibus empregados no transporte público de passageiros. Além disso, de maneira geral, é dada ao serviço público exclusividade no acesso a terminais públicos de passageiros e assegurada sua conexão com as demais linhas e modais da rede pública de transporte. **Serviços prestados no regime de serviço público e fora dele possuem, cada um, suas próprias características. Não há que se falar, portanto, na desvantagem de um em relação ao outro. Também não há que se falar em reserva do setor de transporte terrestre de passageiros como um todo ao estado.** A Constituição estabeleceu que apenas nichos bem específicos do setor seriam organizados a partir do regime público; **deixou os demais espaços abertos à iniciativa privada, que pode atuar em regime de mercado.** (pp. 16-18 – grifou-se)

104. Com efeito, se a CF não reservou todo o setor dos transportes para exploração do poder público, a única conclusão é admitir que a livre iniciativa deve ser garantida também ao setor privado. Além do mais, no art. 170, o constituinte consagrou como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, que também se inserem como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).

105. O princípio da livre iniciativa é, pois, irrefutável. E daí decorre o fato de que, como destaca José Afonso da Silva, *“todas as normas constantes no sistema da legislação ordinária, no campo econômico, devem ser interpretadas à luz desse princípio”*.¹⁴

106. Revela-se impossível não conectar diretamente à Buser as palavras de Tércio Sampaio Ferraz sobre a livre iniciativa que, segundo ele, promove *“a espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Essa espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas dirigindo, e com isso substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”*.¹⁵

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Regime constitucional de controle de preços**. In: *Direito Público: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 102.

¹⁵ FERRAZ, Tércio Sampaio. **Congelamento de preços – tabelamentos oficiais**. In: *Revista de Direito Público*, nº 91, 1989, p. 77.

107. Assim, deve-se ressaltar a premissa fundamental relativa à vinculação do particular às normas jurídicas: inexistindo restrição legal expressa a determinada atividade econômica, não se pode interpretar que haja vedação ao seu exercício.

108. Nesse passo, a proibição da atuação da Buser se torna ainda mais inaceitável, pois não se estaria apenas coibindo algo que a lei não proibiu, mas cometendo frontal violação aos princípios constitucionais da legalidade (art. 5º, II), da livre iniciativa (art. 170, *caput*), do livre exercício da atividade econômica (arts. 5º, XIII e 170, parágrafo único) e da defesa do consumidor (art. 170, V).

109. Em tal sentido, destaca-se trecho do parecer do Professor Carlos Ari Sundfeld, que detalhadamente analisou a juridicidade da atividade da Buser:

3. Proibir a atuação da Buser implica ofensa a princípios constitucionais, notadamente o da livre iniciativa (artigo 1º, IV, e 170), do livre exercício da atividade econômica (artigo 170, parágrafo único) e da defesa do consumidor (artigo 170, V)?

Sim. A Buser exerce atividade econômica livre, protegida pela Constituição Federal. Sua proibição, portanto, implicaria em ofensa a preceitos constitucionais da livre iniciativa, do livre exercício da atividade econômica e da defesa do consumidor. (pp. 33-34)

110. Não há, portanto, como acolher os absurdos argumentos de que a livre iniciativa deva ser restringida em relação ao setor de transportes, sob a frágil alegação de concorrência desleal, uma vez que não se estaria apenas coibindo algo que a lei não proibiu, mas cometendo frontal violação a essenciais fundamentos da nossa CF.

VI. RAZÕES PARA O INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR

111. A possibilidade de concessão da liminar de forma monocrática é admitida pela legislação apenas “em caso de extrema urgência” ou “perigo de lesão grave”, nos termos do § 1º do mencionado dispositivo. No presente caso, contudo, não estão presentes os requisitos que autorizariam o deferimento do pedido.

VI.1 AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*

112. A ABRATI sustenta que as decisões judiciais, proferidas nos feitos em que a Buser figura como parte, teriam violado o direito ao transporte, a garantia de prestação de serviço público adequado e a concorrência justa e leal. Como visto, porém, a autora desvirtua por completo a ADPF, ação constitucional abstrata e objetiva, utilizando-a com o fito de desconstituir decisões judiciais que dizem respeito ao caso concreto da Buser.

113. Esse motivo, por si só, afasta o *fumus boni iuris*.

114. Como se não bastasse, não foi respeitado o princípio da subsidiariedade – até porque, conforme demonstrado, a intenção da ABRATI é reformar decisões judiciais que considera desfavoráveis aos negócios de suas associadas. E, também, nenhum dos direitos suscitados na inicial são preceitos fundamentais capazes de justificar a ADPF. Demais disso, a ação constitucional é usada de maneira indevida, i.e., como sucedâneo recursal.

115. Mesmo que assim não fosse, isto é, ainda que a ADPF atendesse às hipóteses legais de cabimento, no mérito não poderia prosperar pela ausência de demonstração mínima de ofensa a qualquer preceito fundamental.

116. A ABRATI afirma – de forma genérica – que as decisões judiciais apontadas teriam ofendido dispositivos constitucionais. Ao contrário do que alega, todavia, essas decisões judiciais que permitiram a atuação da Buser não afrontam preceitos constitucionais, porquanto suas atividades estão em total consonância com a CF.

117. A atuação da Buser, frise-se, consiste em intermediar os consumidores e o serviço de transporte por fretamento, traduzindo, na prática, o princípio da livre iniciativa garantido pela CF. A consequência da intermediação é a contratação de viagens por fretamento, em âmbito privado e em setor que não foi reservado ao poder público.

118. Não se pode permitir, assim, que princípios fundamentais de nossa ordem constitucional sejam relevados, coibindo-se a implantação de novas tecnologias com vistas à modernização do mercado e ao melhor atendimento dos anseios do consumidor.

119. Por conseguinte, ainda que a ADPF pudesse ter seu mérito apreciado, a realidade é que não houve qualquer violação a preceitos fundamentais em razão das decisões judiciais proferidas até então.

120. Acrescente-se a isso o fato de que a discussão pretendida pela ABRATI não enseja a concessão da medida liminar pleiteada. Reitere-se, a título de exemplo, que o MPF se manifestou, em alguns dos casos nos quais a Buser é parte, pela regularidade do aplicativo, inclusive por oferecer ao consumidor mais uma forma de locomoção.

121. É inegável que a revolução tecnológica gerada pelo acesso à internet trouxe inovações em diversos segmentos da sociedade, e não se pode pretender enquadrar a Buser como “clandestino” ou “pirata” apenas porque a atividade de intermediação que ela presta ainda não é conhecida e difundida.

122. Nesse contexto, inexistente a necessária probabilidade do direito, de rigor a não concessão do pedido liminar, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.882/1999.

VI.2 AUSÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA*

123. A ABRATI sustenta que o *periculum in mora* consistiria na propagação de decisões judiciais, pelo território nacional, que permitam a realização do fretamento colaborativo. Aduz, ainda, que haveria risco aos usuários pela suposta ausência de meios para garantir sua segurança.

124. Nenhuma dessas infundadas alegações seriam capazes de caracterizar o perigo na demora. Com relação ao primeiro ponto, não se está diante de um universo considerável de processos, tampouco de potencial existência de decisões judiciais por todo território nacional.

125. A discussão sobre a atuação da Buser limita-se a 8 (oito) ações judiciais, concentradas em 3 (três) estados e no Distrito Federal. Apenas essa circunstância já é suficiente para demonstrar que não há, em absoluto, o “*potencial multiplicador de decisões por todo o território nacional*” sustentado pela autora.

126. No tocante à concorrência predatória, a alegação não passa de mera ilação acerca de prejuízo totalmente hipotético, sem qualquer indício de efetivo desequilíbrio econômico.

127. Quando a ABRATI menciona a necessidade de concessão de gratuidades legais e o atendimento a determinadas rotas, para justificar o valor cobrado no setor público e sustentar a concorrência predatória que a Buser representaria, ela nada menciona em relação às diversas isenções e facilidades conferidas a essas empresas.

128. Repise-se: os setores de transporte coletivo público e privado não se confundem. São serviços com naturezas jurídicas distintas e sujeitos a regimes jurídicos distintos. Não há que se falar em concorrência desleal.

129. Por fim, também não merece acolhida o argumento da falta de segurança aos usuários. Como a própria ABRATI admite, as empresas contratadas por meio da plataforma tecnológica para prestar o serviço de fretamento recebem da respectiva agência reguladora autorização para realizar o fretamento eventual, que é, de fato, o caso das viagens intermediadas pela Buser.

130. Ademais, a Buser só admite o cadastro em sua plataforma de empresas que possuam licença de funcionamento expedida pela ANTT e elas devem obter autorização específica para cada viagem a ser realizada sob o regime de fretamento eventual.

131. Essas medidas já seriam suficientes para garantir a segurança dos usuários, pois entender o contrário significaria desacreditar o próprio órgão regulador e seu papel fiscalizador das empresas que atuam no setor privado de transportes.

132. Contudo, a Buser realiza, também, vistoria nos ônibus de cada empresa que pretende se cadastrar na plataforma, com o objetivo de intermediar a contratação de viagem que garanta aos usuários as melhores condições, não apenas em relação ao preço, mas principalmente em relação à segurança e à qualidade do serviço.

133. Acrescente-se a isso que todas as empresas prestadoras de serviço de transporte por meio da plataforma digital da Buser têm seguro contra acidentes, requisito para seu cadastramento. Não obstante isso, a própria Buser também possui esse seguro, de maneira que os usuários do fretamento via aplicativo têm mais segurança do que os passageiros das viagens regulares, afastando-se o *periculum in mora*.

134. Nesse contexto, não estão presentes os requisitos exigidos pelo art. 5º da Lei nº 9.882/1999, razão pela qual deve ser indeferido o pedido de concessão de liminar formulado pela ABRATI.

VII. CONCLUSÃO E PEDIDOS

135. Por todo o exposto, e diante da completa desvirtuação da presente ADPF, que ensejará impactos diretos e imediatos em sua esfera de direitos, sendo tal medida indispensável ao respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a Buser pede **seja admitida na ação como assistente**, com amparo nos arts. 119 e seguintes do CPC. Caso assim não se entenda, pede **seja admitida como terceira interessada**, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.882/99, ou, alternativamente, **na condição de *amicus curiae***, já que preenchidos todos os requisitos do art. 138 do CPC.

136. Considerando que a ADPF visa a tutela de uma única situação jurídica individual e concreta (proibir o aplicativo de intermediação de fretamentos desenvolvido pela Buser), há claro desvirtuamento do instituto, além de não ter sido respeitada a subsidiariedade e não ter sido suscitada ofensa a preceito fundamental, a Buser requer seja **rejeitada a petição inicial**, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.882/1999.

137. Subsidiariamente, caso superado o óbice de não cabimento da ADPF, a Buser requer seja **indeferida a medida cautelar postulada**, visto que não estão presentes os requisitos necessários à sua concessão, previstos no art. 5º da Lei nº 9.882/1999.

138. Se a tanto chegar, e sem prejuízo de apresentar manifestações complementares, no mérito, a Buser requer sejam **julgados improcedentes os pedidos** formulados na presente ADPF, diante da completa ausência de violação a qualquer preceito fundamental.

Brasília/São Paulo, 11 de abril de 2019.

Carlos Eduardo Caputo Bastos

OAB/DF 2.462

Luciano de Souza Godoy

OAB/SP 258.957

Beatriz Donaire de Mello e Oliveira

OAB/DF 15.315

Ricardo Zamariola Junior

OAB/SP 224.324

Ana Carolina A. Caputo Bastos

OAB/DF 26.891

Miriam Menasce Ajame

OAB/SP 285.758