



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5018509-41.2020.4.04.0000/RS

AGRAVANTE: FEDERACAO DAS EMPRESAS DE TRANSP RODOVIARIOS DO ERGSUL

ADVOGADO: MAURÍCIO GABOARDI (OAB RS042190)

ADVOGADO: FERNANDO ANTONIO VARIANI (OAB RS026709)

ADVOGADO: LAÉRCIO DE LIMA LEIVAS (OAB RS060272)

ADVOGADO: MARCOS EDUARDO NONDILO (OAB RS033021)

ADVOGADO: BRUNA VARIANI CHIKOSKI (OAB RS097925)

AGRAVADO: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

AGRAVADO: BUSER BRASIL TECNOLOGIA LTDA.

ADVOGADO: RICARDO ZAMARIOLA JUNIOR (OAB SP224324)

ADVOGADO: LUCIANO DE SOUZA GODOY (OAB SP258957)

ADVOGADO: PAULO ROBERTO DOLSAN (OAB PR059394)

ADVOGADO: PAULO RIBAS TAQUES (OAB PR096903)

ADVOGADO: RODOLFO STADTLOBER (OAB PR092508)

ADVOGADO: ANA LAURA REBELATO SEEFELD (OAB RS098939)

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por FEDERAÇÃO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DO ERGSUL contra decisão proferida nos autos da ação nº 50054875320204047100 que indeferiu pedido de tutela de urgência formulado nestes termos:

A) contra a Ré BUSER, para que a mesma: (1) se abstenha se divulgar e/ou comercializar pela internet e/ou pelo respectivo aplicativo viagens de transporte interestadual de passageiros, seja no Estado do Rio Grande do Sul, seja para o Estado do Rio Grande do Sul; bem como (2) se abstenha de, por qualquer outro modo, praticar concorrência ilegal ou predatória contra o Sistema Nacional Viário Integrado do Transporte Interestadual Público de Passageiros, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50.000,00, a ser revertida à Autora, sem prejuízo de outras medidas coercitivas consideradas adequadas pelo Juízo (art. 297 do CPC) bem como das medidas legais inerentes à eventual desobediência da ordem judicial;

B) contra a ANTT, para que a mesma efetivamente exerça o Poder de Polícia relativo à devida fiscalização do serviço público do transporte interestadual de passageiros, em especial àquele ofertado pela Ré BUSER e outras empresas que tais, usando de todos meios legais e expedientes cabíveis (tanto administrativos quanto judiciais) para coibir a concorrência predatória, ilegal e ruínosa do serviço público, inclusive sobre a viagem acima mencionada, programada para o dia 31/01/2020, sob pena das medidas coercitivas

(inclusive multa diária) e do resultado prático equivalente consideradas adequadas pelo Juízo.

Assevera a parte agravante que a Agravada oferta no seu site viagens em circuito aberto (veja-se na imagem a seguir que, no site da BUSER, consta a opção de viagem de “ida” e a “volta” é “opcional”), tudo a demonstrar que a BUSER não se enquadra no regime de fretamento, tampouco no regime de sistema regular de passageiros, muito menos detém autorização para a venda de passagens.

Aduz que A plataforma de “fretamento colaborativo” (não) esconde seu verdadeiro objetivo, qual seja, o de ofertar um serviço de transporte de pessoas aberto, diário e regular, em frequência e horários que inequívoca e ostensivamente concorrem com o serviço regular.

Alega: não se trata de uma situação nova a partir do avanço da tecnologia; pelo contrário, o modelo de negócio aqui combatido é velho e conhecido. O clandestino sempre operou, mas atualmente ele é impulsionado/projetado, a partir do site da BUSER. Mas ele sempre existiu, sempre foi combatido. Aliás, todos os casos que a ANTT apresentou são casos de transportes clandestinos. Não é diferente para a ré BUSER e seus transportadores! A tecnologia (não) disfarça o verdadeiro intuito de promover viagens clandestinas. E não se trata de reserva de mercado para atores econômicos já estabelecidos, mas da sobrevivência de serviço público essencial que pressupõe atuação estatal para continuar oferta de serviços em todas as localidades e em horários fixos e (pré)estabelecidos pelo Estado-regulador. Não se estabelece, portanto, a ideia de livre iniciativa, livre concorrência estabelecida no acórdão do STF (Recurso Extraordinário nº 1.054.110) e na ADPF nº 449, haja vista que se trata de serviço público, com premissas distintas para operação e atendimento da população. (...) A BUSER não é a UBER!!! A regulação existente sobre o transporte de passageiros dentro do ônibus é completamente distinta. E aqui não se está falando de transporte individual, da livre iniciativa ou do transporte de passageiros dentro das cidades, está-se falando do transporte coletivo interestadual. Claramente é uma situação totalmente diversa da analisada pela ilustre Magistrada

E ainda: A ideia de concorrência predatória e/ou desleal se desvela com a maior ou menor oneração para uma das partes e é justamente o que acontece neste caso, já que enquanto o transporte regular de passageiros tem severa carga regulatória e fiscal, o clandestino, in casu, a BUSER, opera livremente. Por isso é que esta última pode(rá) ofertar viagens por valor menor. O que está colocado para o consumidor é uma oferta de preço em detrimento do controle e fiscalização estatal: o preço do transporte regular conforma segurança e atendimento universal, ou seja, maior capilaridade, maior alcance e maior distribuição de transporte, o que, certamente, nunca se verá no transporte irregular/clandestino, que opera sem qualquer regulação, obrigação de universalidade de atendimento e acesso e/ou carga tributária e fiscal.

Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

É o sucinto relatório.

A respeito da tutela de urgência, dispõe o art. 300 do Código de Processo Civil:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

O Juízo da 2ª Vara Federal de Porto Alegre, MMª. DANIELA TOCHETTO CAVALHEIRO, assim se pronunciou (evento 36):

Trata-se de ação pelo procedimento comum proposta pela FEDERAÇÃO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - FETERGS em face da AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT e da empresa BUSER BRASIL TECNOLOGIA LTDA. A autora afirma que a empresa ré oferece transporte coletivo de passageiros, "como se linha regular fosse, sem ter, contudo, qualquer delegação ou autorização do Poder Público" (p. 5 do doc. INIC1 do ev. 1). Refere que a empresa realiza trajetos interestaduais, promovendo, ainda, o transporte coletivo intermunicipal de passageiros. Menciona que a ANTT foi notificada a adotar providências quanto ao transporte coletivo rodoviário interestadual de passageiros, o que não teria surtido efeito. Observa que a autarquia estaria a manter-se omissa, mesmo depois de proferidas decisões da Justiça Federal de Florianópolis e de Curitiba e do próprio Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Requer tutela de urgência, liminarmente, nestes termos:

A) contra a Ré BUSER, para que a mesma: (1) se abstenha de divulgar e/ou comercializar pela internet e/ou pelo respectivo aplicativo viagens de transporte interestadual de passageiros, seja no Estado do Rio Grande do Sul, seja para o Estado do Rio Grande do Sul; bem como (2) se abstenha de, por qualquer outro modo, praticar concorrência ilegal ou predatória contra o Sistema Nacional Viário Integrado do Transporte Interestadual Público de Passageiros, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50.000,00, a ser revertida à Autora, sem prejuízo de outras medidas coercitivas consideradas adequadas

pelo Juízo (art. 297 do CPC) bem como das medidas legais inerentes à eventual desobediência da ordem judicial;

B) contra a ANTT, para que a mesma efetivamente exerça o Poder de Polícia relativo à devida fiscalização do serviço público do transporte interestadual de passageiros, em especial àquele ofertado pela Ré BUSER e outras empresas que tais, usando de todos meios legais e expedientes cabíveis (tanto administrativos quanto judiciais) para coibir a concorrência predatória, ilegal e ruínosa do serviço público, inclusive sobre a viagem acima mencionada, programada para o dia 31/01/2020, sob pena das medidas coercitivas (inclusive multa diária) e do resultado prático equivalente consideradas adequadas pelo Juízo.

(p. 26 do doc. INICI do ev. 1)

Pede, no mérito, a declaração da ilegalidade do modelo da empresa ré BUSER (de oferta de transporte interestadual de passageiros), a declaração da obrigação da ANTT quanto ao zelo pelo serviço público e pelo Sistema Nacional Viário do transporte interestadual de passageiros, a condenação da empresa ré a abster-se de realizar a atividade em questão e de comercializar passagens por meio do referido modelo em sua plataforma digital e, ainda, a condenação da ANTT a adotar as medidas para coibir a atividade da empresa ré. Requer a intimação do MPF, em razão do interesse público envolvido. Afirma não se opor à realização de audiência para tentativa de conciliação (ev. 1).

A decisão do ev. 3 postergou a apreciação da tutela para o momento subsequente às contestações.

O autor requereu a reconsideração da decisão, de modo a ser apreciada liminarmente a tutela (ev. 7).

A autora recolheu custas (ev. 8).

A decisão do ev. 10 determinou, por aplicação analógica aos termos do art. 2º da L 8.437/1992, a intimação da ANTT, para manifestar-se, no prazo de 72 horas, sobre a tutela pleiteada.

A ré contestou. Alega ilegitimidade ativa da autora. Esclarece seu sistema de funcionamento, apresentando sua atividade como de conexão de pessoas por meio de plataforma eletrônica e sustentando que se constitui como uma empresa de intermediação de transporte privado (e, não, público), comparável a outras que reputa ser de igual natureza. Afirma que não há rotas preestabelecidas e regulares de transporte, que não há garantia de prestação de serviços de transporte, que não há cobrança individual, mas simples rateio do custo total do frete, que não são utilizados terminais de passageiros e que os fretamentos não são abertos indistintamente a toda a população, mas apenas às pessoas previamente cadastradas e conectadas pela plataforma. Refere que não

há concorrência desleal e ameaça à continuidade e à regularidade do serviço público de transportes. Requer o indeferimento da tutela de urgência. Requer, no mérito, o julgamento de improcedência do pedido (ev. 16).

A ANTT manifestou-se sobre a tutela provisória, afirmando que a fiscalização da BUSER é realizada pela Superintendência de Fiscalização em todo o País, e requerendo, assim, o indeferimento do pleito (ev. 20). Juntou nota técnica (doc. OUT2 do ev. 20) e despacho dessa superintendência, em que apresentados esclarecimentos (doc. OUT3 do ev. 20).

A decisão do ev. 22 determinou a intimação da autarquia ré, para apresentar o relatório de operação de fiscalização mencionado, no prazo de cinco dias.

A autora peticionou, requerendo que a intimação da ANTT fosse efetuada em regime de urgência e, se necessário, em regime de plantão (ev. 24).

A decisão do ev. 26 manteve a decisão anterior pelos seus fundamentos.

A ANTT peticionou, juntando relatório de fiscalização (doc. RELT2 do ev. 31) e afirmando que está cumprindo com suas obrigações, independentemente de determinação judicial (ev. 31).

O processo veio concluso para decisão (ev. 32).

A autora reiterou o requerimento de tutela de urgência. Faz referência ao relatório de fiscalização juntado pela ANTT, e afirma que a operação realizada seria "absolutamente insuficiente", o que imporia a determinação de medida por parte do Poder Judiciário (ev. 34).

Legitimidade ativa

A ré BUSER alega ilegitimidade ativa da FETERGS.

A legitimidade para a causa diz respeito à qualidade da parte como subjetivamente pertinente para estar na ação e controverter o objeto da demanda.

A FETERGS tem por associados, como aponta a inicial, o Sindicato das Empresas de Transporte Coletivo Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional do Estado do Rio Grande do Sul – SINDETRI, o Sindicato das Empresas de Transportes Rodoviários no Estado no Rio Grande do Sul - SETERGS e o Sindicato das Agências e Estações Rodoviárias do Rio Grande do Sul – SAERRGS. Seu estatuto social aponta que ampara os seguintes interesses, como um de seus objetivos:

Art. 2º. A FEDERAÇÃO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL terá por objetivo:

[...]

II - Amparar e defender os interesses gerais da classe transportadora e representar essa classe perante os poderes públicos federais, estaduais e municipais, colaborando com os mesmos no estudo e soluções de todos os assuntos que, direta e indiretamente, possam, de qualquer forma, interessar à classe transportadora.

[...]

Art. 3º. São prerrogativas da FEDERAÇÃO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL:

a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais das respectivas categorias econômicas dos transportes rodoviários, no âmbito de sua circunscrição;

(pp. 6 e 8 do doc. OUT3 do ev. 1)

A Federação congrega, assim, o interesse das empresas de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros, que está, de uma forma ou de outra, em discussão na presente lide.

Cabe registrar que deve ser privilegiada a presença, em Juízo, de figuras que permitam a representação coletiva dos interesses em questão, sob pena de proliferação de demandas individuais que têm por objeto a mesma questão de fundo.

Pelo exposto, afasto a preliminar de ilegitimidade ativa.

Tutela de urgência

Os argumentos da autora envolvem, basicamente, aspectos relacionados aos seguintes pontos: 1 - concorrência desleal, 2 - risco à continuidade dos serviços e à segurança dos passageiros, e 3 - ausência de fiscalização por parte da ANTT. Passo à análise pontual de cada um deles.

Concorrência desleal

O argumento da autora é que está a sofrer concorrência desleal frente à empresa ré, uma vez que a última estaria a oferecer transporte coletivo de passageiros, como se atuasse por meio de linha regular, sem, no entanto, contar com delegação ou autorização do Poder Público.

Diferentemente do alegado, não se identifica norma concreta que proíba que pessoas com interesses comuns - no caso, o ânimo de transportarem-se de um lugar de origem a um de destino - contratem o serviço em questão em convergência de vontades. A inexistência de proibição dessa natureza implica, por decorrência lógica, a sua permissão.

A autora afirma que a empresa ré não constituiria uma "plataforma de fretamento colaborativo", reputando tratar-se de um serviço de oferta regular de transporte, com "notas de constância, homogeneidade, harmonia de horários, itinerários e operadoras de transporte, ainda que disfarçada de mera intermediação" (pp. 6 e 7 do doc. INIC1 do ev. 1).

Pelo que se verifica do serviço em questão, no entanto, as viagens não se submetem à regularidade alegada, uma vez que a confirmação de sua ocorrência depende, exatamente, da presença do interesse comum de pessoas em quantitativo suficiente para viabilizar a efetivação do percurso. Isso se comprova pela própria página do sítio eletrônico da empresa ré, na qual é evidenciado que há viagens nas quais o ônibus encontra-se na condição "confirmado", em oposição a outras, nas quais a condição indicada é "chance baixa de confirmação":

(doc. ANEXO2 do ev. 34).

A existência de um aplicativo, de um sítio eletrônico ou de dispositivo semelhante, com vistas a satisfazer a essa necessidade de concentração de informações quanto aos interesses envolvidos, não sofre nenhuma proibição legal, constituindo-se mero avanço decorrente das novas tecnologias da informação que permitem que, em tempo real, as pessoas possam manifestar suas vontades e, assim, contratar, de modo colaborativo, nesse contexto, o serviço de "fretamento". O mero fato de tratar-se de uma tecnologia nova e, eventualmente, mais eficiente ou lucrativa não é, por si só, razão para ver seu uso obstaculizado.

A proibição indistinta de tal modalidade de prestação de serviço acabaria por contrariar a livre iniciativa e a livre concorrência, ensejando crescimento desproporcional de reservas de mercado em favor daqueles atores econômicos que já se encontram estabelecidos, o que, aliás, prejudica o próprio consumidor final, que não pode desempenhar sua liberdade de escolha. Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha discutido, em específico, a situação do "transporte individual urbano", no recurso extraordinário nº 1.054.110, a razão de decidir, quanto ao ponto, aparenta ser a mesma para o presente caso:

Direito constitucional. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Transporte individual remunerado de passageiros por aplicativo. Livre iniciativa e livre concorrência. 1. Recurso Extraordinário com repercussão geral interposto contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que

proibiu o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas cadastrados em aplicativos como Uber, Cabify e 99. 2. A questão constitucional suscitada no recurso diz respeito à licitude da atuação de motoristas privados cadastrados em plataformas de transporte compartilhado em mercado até então explorado por taxistas. 3. As normas que proíbam ou restrinjam de forma desproporcional o transporte privado individual de passageiros são inconstitucionais porque: (i) não há regra nem princípio constitucional que prescreva a exclusividade do modelo de táxi no mercado de transporte individual de passageiros; (ii) é contrário ao regime de livre iniciativa e de livre concorrência a criação de reservas de mercado em favor de atores econômicos já estabelecidos, com o propósito de afastar o impacto gerado pela inovação no setor; (iii) a possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica para preservar o mercado concorrencial e proteger o consumidor não pode contrariar ou esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos essenciais. Em um regime constitucional fundado na livre iniciativa, o legislador ordinário não tem ampla discricionariedade para suprimir espaços relevantes da iniciativa privada. 4. A admissão de uma modalidade de transporte individual submetida a uma menor intensidade de regulação, mas complementar ao serviço de táxi afirma-se como uma estratégia constitucionalmente adequada para acomodação da atividade inovadora no setor. Trata-se, afinal, de uma opção que: (i) privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência; (ii) incentiva a inovação; (iii) tem impacto positivo sobre a mobilidade urbana e o meio ambiente; (iv) protege o consumidor; e (v) é apta a corrigir as ineficiências de um setor submetido historicamente a um monopólio “de fato”. 5. A União Federal, no exercício de competência legislativa privativa para dispor sobre trânsito e transporte (CF/1988, art. 22, XI), estabeleceu diretrizes regulatórias para o transporte privado individual por aplicativo, cujas normas não incluem o controle de entrada e de preço. Em razão disso, a regulamentação e a fiscalização atribuídas aos municípios e ao Distrito Federal não podem contrariar o padrão regulatório estabelecido pelo legislador federal. 6. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação das seguintes teses de julgamento: “1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)”. (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 1.054.110, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 9maio2019, DJe-194, divulg. 5set.2019, public. 6set.2019, grifou-se)

Em linhas semelhantes, que esclarecem ainda mais o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, em especial quanto à livre concorrência, vale reproduzir a ementa da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 449, que aponta, especificamente, para o fato de que a evolução tecnológica pode ensejar a superação de problemas econômicos que impunham a necessária intervenção regulatória por parte do Estado, que passa a ser, hoje, nesses âmbitos, mitigada:

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E REGULATÓRIO. PROIBIÇÃO DO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO (ART. 1º, IV), DA LIBERDADE PROFISSIONAL (ART. 5º, XIII), DA LIVRE CONCORRÊNCIA (ART. 170, CAPUT), DA DEFESA DO CONSUMIDOR (ART. 170, V) E DA BUSCA PELO PLENO EMPREGO (ART. 170, VIII). IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE RESTRIÇÕES DE ENTRADA EM MERCADOS. MEDIDA DESPROPORCIONAL. NECESSIDADE DE REVISÃO JUDICIAL. MECANISMOS DE FREIOS E CONTRAPESOS. ADPF JULGADA PROCEDENTE. 1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é cabível em face de lei municipal, adotando-se como parâmetro de controle preceito fundamental contido na Carta da República, ainda que também cabível em tese o controle à luz da Constituição Estadual perante o Tribunal de Justiça competente. 2. A procuração sem poderes específicos para ajuizar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode ser regularizada no curso do processo, mercê da instrumentalidade do Direito Processual. 3. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não carece de interesse de agir em razão da revogação da norma objeto de controle, máxime ante a necessidade de fixar o regime aplicável às relações jurídicas estabelecidas durante a vigência da lei, bem como no que diz respeito a leis de idêntico teor aprovadas em outros Municípios. Precedentes: ADI 3306, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2011; ADI 2418, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2016; ADI 951 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016; ADI 4426, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2011; ADI 5287, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016. 4. A União possui competência privativa para legislar sobre “diretrizes da política nacional de transportes”, “trânsito e transporte” e “condições para o exercício de profissões” (art. 22, IX, XI e XVI, da CRFB), sendo vedado tanto a Municípios dispor sobre esses temas quanto à lei ordinária federal promover a sua delegação legislativa para entes federativos menores, considerando que o art. 22, parágrafo único, da Constituição faculta à Lei complementar autorizar apenas os Estados a legislar sobre questões específicas das referidas matérias. Precedentes: ADI 3136, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2006, DJ 10/11/2006; ADI 2.606, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 07/02/2003; ADI 3.135, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ de 08/09/2006; e ADI 3.679, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 03/08/2007; ARE 639496 RG, Relator(a): Min. Cezar Peluso, julgado em 16/06/2011; ADI 3049, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2007. 5. O motorista particular, em sua atividade laboral, é protegido pela liberdade fundamental insculpida no art. 5º, XIII, da Carta Magna, submetendo-se apenas à regulação proporcionalmente definida em lei federal, pelo que o art. 3º, VIII, da Lei Federal n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e a Lei Federal n.º 12.587/2012, alterada pela Lei n.º 13.640

de 26 de março de 2018, garantem a operação de serviços remunerados de transporte de passageiros por aplicativos. 6. A liberdade de iniciativa garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira consubstancia cláusula de proteção destacada no ordenamento pátrio como fundamento da República e é característica de seletivo grupo das Constituições ao redor do mundo, por isso que não pode ser amesquinhada para afastar ou restringir injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas. 7. O constitucionalismo moderno se fundamenta na necessidade de restrição do poder estatal sobre o funcionamento da economia de mercado, sobrepondo-se o Rule of Law às iniciativas autoritárias destinadas a concentrar privilégios, impor o monopólio de meios de produção ou estabelecer salários, preços e padrões arbitrários de qualidade, por gerarem ambiente hostil à competição, à inovação, ao progresso e à distribuição de riquezas. Literatura: ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam – As origens do poder, da prosperidade e da pobreza.* Trad. Cristiana Serra. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 8. A teoria da escolha pública (public choice) vaticina que o processo político por meio do qual regulações são editadas é frequentemente capturado por grupos de poder interessados em obter, por essa via, proveitos superiores ao que seria possível em um ambiente de livre competição, porquanto um recurso político comumente desejado por esses grupos é o poder estatal de controle de entrada de novos competidores em um dado mercado, a fim de concentrar benefícios em prol de poucos e dispersar prejuízos por toda a sociedade. Literatura: STIGLER, George. “The theory of economic regulation”. in: *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971). 9. O exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado, competindo ao Judiciário, à luz do sistema de freios e contrapesos estabelecidos na Constituição brasileira, invalidar atos normativos que estabeleçam restrições desproporcionais à livre iniciativa e à liberdade profissional. Jurisprudência: RE nº 414426 Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011; RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009. 10. O sistema constitucional de proteção de liberdades goza de prevalência prima facie, devendo eventuais restrições ser informadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo e adequar-se ao teste da proporcionalidade, exigindo-se ônus de justificação regulatória baseado em elementos empíricos que demonstrem o atendimento dos requisitos para a intervenção. 11. A norma que proíbe o “uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas” configura limitação desproporcional às liberdades de iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da CRFB) e de profissão (art. 5º, XIII, da CRFB), a qual provoca restrição oligopolística do mercado em benefício de certo grupo e em detrimento da coletividade. Ademais, a análise empírica demonstra que os serviços de transporte privado por meio de aplicativos não diminuíram o mercado de atuação dos táxis. 12. O arcabouço regulatório dos táxis no Brasil se baseia na concessão de títulos de permissão a um grupo limitado de indivíduos, os quais se beneficiam de uma renda extraordinária pela restrição artificial do mercado, de modo que o ativo concedido não corresponde a qualquer benefício gerado à

sociedade, mas tão somente ao cenário antinatural de escassez decorrente da limitação governamental, sendo correto afirmar que os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, caput), da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e da livre concorrência (art. 173, § 4º) vedam ao Estado impedir a entrada de novos agentes no mercado para preservar a renda de agentes tradicionais. Jurisprudência: ADI 5062, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016. 13. A proibição legal do livre exercício da profissão de transporte individual remunerado afronta o princípio da busca pelo pleno emprego, insculpido no art. 170, VIII, da Constituição, pois impede a abertura do mercado a novos entrantes, eventualmente interessados em migrar para a atividade como conseqüência da crise econômica, para promover indevidamente a manutenção do valor de permissões de táxi. 14. A captura regulatória, uma vez evidenciada, legitima o Judiciário a rever a medida suspeita, como instituição estruturada para decidir com independência em relação a pressões políticas, a fim de evitar que a democracia se torne um regime serviente a privilégios de grupos organizados, restando incólume a Separação dos Poderes ante a atuação dos freios e contrapesos para anular atos arbitrários do Executivo e do Legislativo. 15. A literatura do tema assenta que, verbis: “não há teoria ou conjunto de evidências aceitos que atribuam benefícios sociais à regulação que limite a entrada e a competição de preços” (POSNER, Richard A. “The Social Costs of Monopoly and Regulation”. In: *The Journal of Political Economy*, Vol. 83, No. 4 (Aug., 1975), pp. 807-828). Em idêntico prisma: SHLEIFER, Andrei. *The Enforcement Theory of Regulation*. In: *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Cambridge: The MIT Press, 2012. p. 18; GELLHORN, Walter. “The Abuse of Occupational Licensing”. In: 44 *U. Chi. L. Rev.* 6 1976-1977. 16. A evolução tecnológica é capaz de superar problemas econômicos que tradicionalmente justificaram intervenções regulatórias, sendo exemplo a sensível redução de custos de transação e assimetria de informação por aplicativos de transporte individual privado, tornando despicienda a padronização dos serviços de táxi pelo poder público. Literatura: MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. 17. Os benefícios gerados aos consumidores pela atuação de aplicativos de transporte individual de passageiros são documentados na literatura especializada, que aponta, mediante métodos de pesquisa empírica, expressivo excedente do consumidor (consumer surplus), consistente na diferença entre o benefício marginal na aquisição de um bem ou serviço e o valor efetivamente pago por ele, a partir da interação entre a curva de demanda e o preço de mercado, por isso que a proibição da operação desses serviços alcança efeito inverso ao objetivo de defesa do consumidor imposto pelos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição. 18. A Constituição impõe ao regulador, mesmo na tarefa de ordenação das cidades, a opção pela medida que não exerça restrições injustificáveis às liberdades fundamentais de iniciativa e de exercício profissional (art. 1º, IV, e 170; art. 5º, XIII, CRFB), sendo inequívoco que a necessidade de aperfeiçoar o uso das vias públicas não autoriza a criação de um oligopólio prejudicial a consumidores e potenciais prestadores de serviço no setor, notadamente quando há alternativas conhecidas para o atingimento da mesma finalidade e à vista de evidências empíricas sobre os benefícios gerados à fluidez do trânsito por aplicativos de transporte, tornando patente

que a norma proibitiva nega “ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente”, em contrariedade ao mandamento contido no art. 144, § 10, I, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 82/2014. 19. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei Municipal de Fortaleza nº 10.553/2016, por ofensa aos artigos 1º, IV; 5º, caput, XIII e XXXII; 22, IX, XI e XVI; 144, § 10, I; 170, caput, IV, V e VIII; e 173, § 4º, todos da Carta Magna. (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449, Rel. Min. Luiz Fux, j. 8maio2019, processo eletrônico DJe-190, divulg. 30ago.2019, public. 2set.2019, grifou-se)

Desse modo, não resta identificada a concorrência desleal por parte da empresa ré, como apontado pela autora.

Risco à continuidade dos serviços e à segurança dos passageiros

A autora alega que a existência do serviço em questão levaria à ruína das empresas que realizam o transporte regular interestadual de passageiros, fato que importaria risco à continuidade dos serviços. Aponta, por exemplo, que houve queda de arrecadação da ordem de 27,5%, nos últimos oito anos, bem como redução de embarcados na rodoviária de Porto Alegre, de 2018 para 2019 (p. 3 do doc. OUT14 do ev. 1). De outra parte, afirma que há prejuízo à segurança dos passageiros.

Os dados juntados não permitem qualquer conclusão quanto aos motivos que provocaram tal diminuição da procura pelo transporte coletivo. Não há qualquer demonstração de relação de causa e efeito, no que diz respeito ao momento subsequente à existência de sistemas de aplicativos como os da ré, no mercado em questão, de modo que qualquer relação aventada fundamenta-se em suposições, o que se revela insuficiente, no presente contexto.

Aliás, a informação de que há queda de arrecadação nos últimos oito anos permite inferir que os motivos envolvidos para tanto dizem respeito a outros fatores, considerando que a plataforma da empresa ré em questão é mais recente (a cláusula terceira do contrato social da empresa ré aponta a data de 1ºdez.2017 como o de início das atividades, cf. p. 2 do doc. CONTRSOCIAL2 do ev. 16).

A existência de uma modalidade de transporte diversa, como a discutida neste processo, não implica, necessariamente, a cessação da forma jurídica das concessões das linhas regulares. É plenamente possível, aliás, que as duas formas de acesso ao transporte interestadual ocorram de modo concomitante.

Da mesma forma, não há elementos concretos que indiquem, substancialmente, quais os riscos à segurança dos passageiros, no contexto de viagens por fretamento, prática sobremaneira comum e autorizada pelo Poder Público, muito antes da própria existência da empresa ré no mercado. Cumpre frisar,

inclusive, que as atividades da empresa ré não estão a ocorrer à revelia da fiscalização da autarquia ré, o que é analisado, detidamente, a seguir.

Inexistem, assim, elementos concretos capazes de configurar o risco alegado pela autora.

Ausência de fiscalização por parte da ANTT

A autora sustenta que a ANTT não estaria a realizar efetiva fiscalização do serviço público de transporte interestadual de passageiros, em especial o ofertado pela empresa ré e por empresas de mesma natureza. Afirma que a autarquia deveria exercer efetivo poder de polícia.

De início, cabe registrar que a ANTT apresentou a nota técnica SEI nº 505/2020/COCAF/GERAP/SUPAS/DIR, na qual a autarquia aponta que não há irregularidade na prestação do serviço de transporte fretado, desde que a empresa esteja a prestar o serviço para o qual está autorizado, ressaltando, por outro lado, que a empresa que for flagrada prestando o serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros sem a devida autorização da ANTT será autuada:

DA MANIFESTAÇÃO DA SUPAS

2. Inicialmente é necessário esclarecer que nos termos do que prevê o Decreto nº 2521/1998, que dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, o serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual de passageiros é aberto ao público em geral, mediante pagamento individualizado de tarifa, ofertado em determinado itinerário, conforme esquema operacional preestabelecido.

3. Isto é, o atendimento é feito com regularidade, vez que os quadros de horário das linhas, bem como seus itinerários já são preestabelecidos, havendo a garantia de que o serviço será prestado ao público em geral em certo dia e horário, de forma sistemática e regular, independentemente do número de passageiros que adquiriram bilhetes de passagens para a viagem.

4. Já o serviço de fretamento, é um serviço prestado por um grupo fechado de pessoas previamente identificadas, de interesse unificado em relação ao objeto da viagem.

DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PELA BUSER

5. Cabe informar que a empresa BUSER não possui cadastro na ANTT, significando dizer que ela não está apta a operar o serviço regular ou fretado de transporte de passageiros.

6. Para prestar o serviço de transporte interestadual e internacional rodoviário regular de passageiros a empresa deverá cumprir o que é determinado pela Resolução n.º. 4770/2015. Já para fazer o transporte fretado de passageiros, interestadual e internacional, a empresa deverá cumprir a Resolução n.º. 4777/2015.

7. Assim, não há irregularidade na prestação do serviço desde que a empresa esteja prestando o serviço para o qual está autorizada.

8. No entanto, caso a empresa for flagrada pela fiscalização da Agência prestando o serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros sem a devida autorização desta ANTT, será autuada.

9. Portanto, caso as empresas estejam realizando viagens para vários destinos interestaduais, para os quais não possui autorização da ANTT, com horários e itinerários preestabelecidos, cobrança de tarifa individual, poderão ser autuadas.

10. Quanto as questões de fiscalização, importante manifestação da Superintendência de Fiscalização.

11. Ante o exposto, sendo estas as informações que dispomos, submeto a presente Nota à consideração superior, propondo posterior encaminhamento à Procuradoria para as demais providências.

(assinado eletronicamente)

JOÃO PAULO DE SOUZA

Superintendente de Serviços de Transporte de Passageiros

(p. 1 e 2 do doc. OUT2 do ev. 20, grifou-se)

A autarquia juntou, ainda, despacho da Superintendência de Fiscalização, com os seguintes esclarecimentos:

Data: 10/02/2020

O presente Despacho trata de atendimento ao OFÍCIO n. 00764/2020/PF-ANTT/PGF/AGU (2647665), o qual solicita encaminhamento de subsídios para a elaboração de defesa da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT em ação judicial na forma especificada no OFÍCIO n. 00095/2020/EATEINFRA/EEFIN-RS/PGF/AGU (2644686).

A autora requer, em síntese, a imposição de obrigação à ANTT para que esta zele pelo serviço público e pelo Sistema Nacional Viário do transporte interestadual de passageiro, bem como, para que a Agência Reguladora adote todas as providências legais cabíveis no sentido de coibir a atividade da Ré

BUSER, bem assim assegurar, proteger e manter o serviço público e o Sistema Nacional Viário do transporte interestadual de passageiros.

DA COMPETÊNCIA DA ANTT

A União é responsável pela prestação direta ou pela outorga do transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, conforme preceitua o art. 21, inciso XII, alínea "e", da Constituição da República. Com o advento da Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, a ANTT passou a ser o ente concedente federal responsável pela delegação dos referidos serviços.

Para a execução do transporte rodoviário interestadual remunerado de passageiros, é necessária prévia autorização desta Agência Reguladora. A competência da ANTT surge quando o serviço rodoviário de passageiros prestado transpõe o limite de um ou mais Estado(s) da Federação.

De acordo com o artigo 78-A da Lei nº 10.233/2001, a infração a esta lei e o descumprimento dos deveres estabelecidos sujeitará o responsável às seguintes sanções, sem prejuízo daquelas de natureza civil e penal:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão;

IV - cassação;

V - declaração de inidoneidade;

VI - perdimento do veículo.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres atua em flagrante, ou seja, ao verificar uma irregularidade na prestação do serviço, o transportador é autuado de acordo com a Resolução ANTT nº 233/2003, normativo interno que regulamenta a imposição de penalidades por parte da Agência, no que tange ao transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

A atuação da ANTT sobre o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros constitui exercício do poder de polícia, cuja previsão legislativa encontra-se na Lei nº 10.233/01:

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

[...]

XVIII - dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços de transporte.

Como se vê, empresas que exercem atividades de transporte rodoviário sujeitam-se ao regramento próprio do setor, por se tratar de serviço autorizado pelo Poder Público, incumbindo à ANTT a fiscalização e a aplicação de sanções.

DA CONCEPÇÃO DE MERCADO DE TRANSPORTE TERRESTRE

O início da concepção de um mercado de transportes terrestres começa com o levantamento de informações a respeito das demandas populacionais em termos de deslocamentos, envolvendo: dias, horários, tempos de percurso, volume de passageiros, sazonalidade, origens, destinos, trajetos, motivação dos passageiros, etc.

A partir desses dados, surgem quatro principais grupos:

1. Viagens economicamente inviáveis e opcionais: são viagens que possuem seu número altamente reduzido (virtualmente não ocorrem), relegadas às vontades individuais e sob custos do próprio passageiro, dotado de sua liberdade de investir seu capital da forma que melhor entender. Via de regra, são atendidas pelo transporte próprio e individual (automóveis).

2. Viagens economicamente inviáveis e necessárias: são viagens cuja responsabilidade reside no poder público, já que, pela sua característica econômica (inviável), a livre concorrência/libre iniciativa/libre exercício de atividade econômica não se predispõe, voluntariamente, a exercer.

3. Viagens economicamente viáveis e opcionais: são viagens de interesse empresarial pelo seu caráter economicamente viável, porém geram incertezas em relação aos recebimentos devido ao seu caráter eventual. É dizer: se forem demandadas, geram lucro. Se não forem demandadas, não geram. Na composição de custos fixos e variáveis, a empresa deve incluir em seus planejamentos (fundo de reserva) as perdas decorrentes do custo fixo sem retorno por operação nas situações em que as viagens não venham a ocorrer.

4. Viagens economicamente viáveis e necessárias: são as viagens de maior interesse aos operadores uma vez que são viáveis economicamente e possuem a garantia de sua operacionalização. Nesse sentido, virtualmente, sempre geram lucro. Por serem necessárias, ensejam responsabilidade do poder público. Entretanto, não há riscos em relegar tal responsabilidade ao setor privado pois, dada a sua viabilidade econômica, pressupõe-se que será devidamente atendida.

Considerando esse contexto, cabe à ANTT estabelecer critérios que obriguem o setor privado a realizar viagens economicamente inviáveis e necessárias, no intuito de garantir a prestação do serviço público essencial.

Nesse sentido, a opção regulatória encontrada pela ANTT foi estabelecer critérios para que as empresas interessadas nas viagens economicamente

viáveis e necessárias operem também os serviços economicamente inviáveis e necessários.

Portanto, a ANTT busca manter a isonomia entre as empresas para evitar a concorrência predatória. Tal situação se caracteriza quando as empresas operam exclusivamente mercados economicamente viáveis e necessários, auferindo a sensível vantagem de obter apenas lucros, sem ter que arcar com os custos decorrentes das viagens economicamente inviáveis, porém necessárias. Em última instância, o bem maior protegido por uma Agência Reguladora é esse tênue e sensível equilíbrio de mercado.

O conceito de "serviço de transporte" é, portanto, abstrato, envolvendo a capacidade de uma empresa promover o deslocamento do usuário de um local para o outro. O que o diferencia entre Regular e Fretado é o grupo que é explorado (ou seja, decorre do conhecimento levantado na primeira fase de formação do mercado). O "ônibus", apesar de tangível, é mera ferramenta, não sendo suficiente para determinar se o serviço se trata de Regular ou Fretado e, por isso mesmo, não é requisito que o veículo seja de propriedade da empresa prestadora do serviço. De fato, uma prestadora do serviço de transporte pode, dentro dos parâmetros legais, ritualísticos e com autorização, utilizar-se de veículo de outra empresa ou pessoa física.

Por todo o exposto, se uma empresa explora as viagens economicamente viáveis e necessárias, ela realiza o transporte regular. Se explora viagens economicamente viáveis e opcionais, realiza transporte fretado. Para todos os casos, é necessária anuência regulatória. Se a empresa explora de modo indevido qualquer um dos grupos, caracteriza-se transporte não autorizado, cabendo as medidas coercitivas decorrentes do poder de polícia dos órgãos fiscalizadores.

DA OPERAÇÃO DA BUSER

A empresa BUSER BRASIL é uma empresa de tecnologia que, por meio de uma plataforma tecnológica, faz a intermediação entre os passageiros e as empresas de transporte rodoviário de passageiros cadastradas na Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT como empresas de fretamento.

Ao analisarmos a operação da BUSER, não resta dúvidas sobre o nicho que explora: a empresa, por meio de sua tecnologia, colhe informações do público interessado (através dos usuários que se cadastram em suas plataformas) a respeito das suas motivações e interesses de viagem. Nesse sentido, realiza a primeira fase do serviço de transportes terrestres, tal qual delimitamos, que se trata desse levantamento informacional de demandas. Entretanto, a própria estrutura do software criado (enquanto ferramenta, e não enquanto produto-fim da empresa) realiza a separação dos grupos 1 (viagens economicamente inviáveis e opcionais), 2 (viagens economicamente inviáveis e necessárias), 3 (viagens economicamente viáveis e opcionais) e 4 (viagens economicamente viáveis e necessárias).

A primeira separação realizada se dá entre grupos (1 e 2) e (3 e 4). Os "grupos de viagem" que não se preenchem com suficiente adeptos (ou seja, são viagens economicamente inviáveis, envolvendo os grupos 1 e 2) são imediatamente rejeitadas pelo próprio sistema. Resta-se então, a separação entre grupos 3 e 4, para classificar a real atuação da BUSER.

Conforme descrito, o grupo 3 possui característica eventual, enquanto que o grupo 4 possui característica regular. Somados, em números absolutos, o número de viagens do grupo 4 torna-se infinitamente superior ao número de viagens do grupo 3, fazendo com que a probabilidade de que uma viagem tomada ao acaso intermediada pela BUSER enquadre-se no grupo 4. Entretanto, probabilidades não se prestam à tomada de decisão final no direito. Para tal, é preciso ir além. De uma perspectiva do usuário, a pessoa que se cadastra, não resta dúvidas, não possui motivação grupai, senão pessoal, ainda que os destinos entre elas coincidam (tal qual ocorre no grupo 4). De uma perspectiva empresarial, a operadora do grupo 3, para que realize apenas viagens lucrativas, arca com as consequências da necessidade de manter fundo de reserva e com as instabilidades decorrentes das flutuações de interesse de passageiros, ou seja, a sua não regularidade. Doutro lado, ao operador do grupo 4, para que realize as viagens lucrativas do grupo 4, arca com as consequências da necessidade de operar também o grupo 2, visto que não sofre com as instabilidades de demanda, graças à sua característica de regularidade.

Assim, enquanto empresa que não mantém custos fixos relevantes (decorrentes da disponibilidade de recursos para materialização das operações de transporte) e que explora interesses individuais dos passageiros, a BUSER sai na frente, em termos de "Inteligência Econômica" em relação às empresas do grupo 3 e do grupo 4.

Talvez o mais incisivo dos argumentos é de que sob uma perspectiva regulatória, o fato de a BUSER não explorar o grupo 2 é pressuposto lógico e imediato para o fato de que sua exploração do grupo 4 seja clandestina. Afinal, conforme exposto no raciocínio transcrito até o momento, a BUSER exploraria, ao mesmo tempo, grupos 3 e, majoritariamente, 4. Para explorar o grupo 4, deveria explorar também o grupo 2, o que não faz, tornando sua atuação clandestina, ilegal e predatória (da perspectiva concorrencial).

Assim, há fortes indícios de que, do ponto de vista regulatório, a BUSER opera o Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros sob regime regular, usando-se de veículos de empresas de fretamento.

DAS DECISÕES JUDICIAIS RELATIVAS À BUSER

Desde o início de suas operações, a empresa BUSER BRASIL tem recorrido ao Poder Judiciário para garantir a operação de seu negócio. A BUSER postula a concessão de segurança para que seja determinado às autoridades 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 de segurança, ficando as autoridades impetradas advertidas de que deverão fiscalizar as viagens intermediadas pela BUSER como qualquer outro fretamento contratado pelos meios tradicionais.

Além disso, como se pode perceber da documentação anexa à inicial (2621582 fls. 99 a 278), considerando que as transportadoras que operam por meio desta plataforma tecnológica exploram o transporte rodoviário de passageiros nos moldes do transporte regular praticando preços bem inferiores ao mercado regulado, alguns sindicatos e associações que representam as empresas que possuem autorização desta Agência para executar serviços de transporte rodoviário regular de passageiros também têm provocado o Poder Judiciário para coibir a prática da concorrência ruínosa que afeta diretamente seus negócios, como no presente caso concreto.

Nesse contexto, importa destacar precedente judicial (2538959) que ordena a fiscalização das empresas cadastradas na BUSER como serviço de transporte fretado, corroborando com a forma de atuação da ANTT.

CONCLUSÃO

Portanto, informamos que a SUFIS vem fiscalizando as operações de transporte ofertadas pela BUSER em todo o país.

(pp. 2 a 5 do doc. OUT3 do ev. 20, grifou-se)

Por fim, o relatório apresentado pela Gerência de Fiscalização - GEFIS da ANTT tem o seguinte teor, apontando, de modo inequívoco, que estão sendo tomadas as medidas de fiscalização necessárias, tendo sido realizadas, inclusive, autuações, quando descumpridas as normas que são objeto de fiscalização da autarquia:

1. INTRODUÇÃO

Este relatório tem por objetivo descrever a ação de fiscalização ocorrida em 07/02/2020 em conjunto com o Departamento Autônomo de Estradas e Rodagem do Rio Grande do Sul - DAER/RS, e apoio policial da Brigada Militar/RS. 2. DESCRIÇÃO DA OPERAÇÃO

2.1 LOGÍSTICA

Participaram da ação os servidores Alessandro Kuhn dos Santos, Charles Adriano Cananea e Vinícius Pereira de Oliveira.

Devido à proximidade dos locais, as equipes reuniram-se na Estação Rodoviária de Porto Alegre e seguiram para o local da ação.

Previamente foi realizado o levantamento das licenças de viagem emitidas para a data com partida da cidade de Porto Alegre.

O Comando Operacional teve duração enquanto a equipe policial teve condições de realizar o apoio. Quando comunicaram a necessidade de atender outras ocorrências, a atividade foi logo encerrada. Por necessidade de encerramento da atividade, os veículos autuados no código 401 não puderam ter o seu transbordo ou apreensão realizados.

2.2 OPERAÇÃO

A equipe de fiscalização abordou os veículos que realizavam embarque no entorno do terminal rodoviário.

Em sua maioria, os passageiros das viagens com destino a Chapecó e Florianópolis relataram não ter a intenção de realizar o circuito completo. Porém, por tratar-se do início da viagem a equipe não pôde confirmar que a viagem seria concluída somente em seu trecho de ida (circuito aberto). A exceção deu-se no caso da empresa BUSCOOP em que o veículo estava iniciando o serviço, porém a lista apresentava o retorno da viagem (veículo e tripulação identificados como 4bus).

3. CONCLUSÃO

Sabendo de denúncias apresentadas por empresas que realizam o serviço de modo regular (linhas), a equipe consultou as licenças de viagens emitidas a partir da segunda quinzena de dezembro de 2019 para os veículos que foram encontrados na atividade. Dessa posterior análise pode-se constatar que:

** Os veículos fiscalizados da empresa Spazzini Turismo, nos últimos 60 dias emitiram licença de viagem para um único contratante (BUSER Brasil Tecnologia) e tem sua data e hora de retorno das viagens incompatível com um roteiro turístico, além disso as viagens entre Porto Alegre e Florianópolis tem frequência diária.*

** A empresa COOPERATIVA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS, SERVIÇOS E TECNOLOGIA - BUSCOOP, tem como sua única contratante a empresa 4BUS TECNOLOGIA NO TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. Ainda, foi verificado que empresa não realizou o primeiro trecho da viagem, possivelmente para realizar a viagem em circuito aberto.*

** O veículo da empresa UNESUL apresentou licença de viagem com contratante a empresa Transporte e Turismo LTDA, porém, os passageiros apresentaram vouchers emitidos pela própria UNESUL.*

** A empresa Santo Anjo da Guarda, ao realizar embarque no local, utilizou a mesma viagem para realizar a viagem regular do serviço Porto Alegre/RS - Florianópolis.*

A equipe sugere monitoramento das licenças emitidas para as empresas citadas nos pares Origem/Destino Porto Alegre/Florianópolis e Porto Alegre/Chapecó para direcionar os esforços de fiscalização e, se for o caso, atuar comprovando que não há, na prática, viagem de retorno dos passageiros.

[...]

4. ESTATÍSTICA

Veículos fiscalizados: 7 (relacionados no anexo) Autos lavrados: 4 (listados acima)

07 de Fevereiro de 2020.

(pp. 1 a 3 do doc. RELT2 do ev. 31, grifou-se)

Nos termos do inc. III do art. 26 da L 10.233/2001, cabe à ANTT autorizar o transporte de passageiros, sob regime de fretamento. A ANTT não está, por tudo que foi apontado, a deixar de exigir a autorização. Desse modo, não se revela razoável determinar à autarquia ré, em tutela de urgência, que realize as medidas jurídicas cabíveis que já está a realizar, em sua atuação regular.

Por todas essas razões, e considerando, essencialmente, que não há clara proibição quanto ao regime de funcionamento da empresa ré, o caso é de indeferimento da tutela de urgência.

Pelo exposto, **afasto** a preliminar de ilegitimidade ativa, e **indefiro** a tutela de urgência.

Intimem-se.

Aguarde-se a contestação da ANTT.

Findos os prazos, intime-se o MPF.

Após, venha concluso para análise.

dispõe: Pois bem. A Constituição Federal, em seu art. 21, XII, "e", assim

Art. 21. Compete à União:

[...]

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

[...]

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

Já a Lei nº 10.233/2001 estabelece nos seus artigos 12 e 13 que a operação de transportes terrestres será descentralizada, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão:

Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre:

*I – descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, **mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal**;*

[...]

Art. 13. Ressalvado o disposto em legislação específica, as outorgas a que se refere o inciso I do caput do art. 12 serão realizadas sob a forma de:

[...]

V - autorização, quando se tratar de:

*a) **prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros;***

b) prestação de serviço de transporte aquaviário;

c) exploração de infraestrutura de uso privativo; e

d) transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura ferroviária, por operador ferroviário independente.

*e) **prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura.***

Parágrafo único. Considera-se, para os fins da alínea d do inciso V do caput, operador ferroviário independente a pessoa jurídica detentora de autorização para transporte ferroviário de cargas desvinculado da exploração da infraestrutura.

No art. 26 da Lei nº 10.233/2001, está previsto que cabe à Agência Nacional de Transportes Terrestres autorizar "o transporte de passageiros, realizado por empresas de turismo, com a finalidade de turismo", "o transporte de passageiros, sob regime de fretamento" e a "prestação de serviços regulares de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;" e no art. 44 a mesma Lei dispõe que a autorização será disciplinada em regulamento próprio.

Por sua vez, o Decreto nº 2.521/1998, que dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, determina que "o controle das outorgas, a delegação e a fiscalização dos serviços de que trata este Decreto caberão à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT" (art. 2º-A), e ainda estabelece os seguintes conceitos:

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

[...]

X - fretamento contínuo: é o serviço prestado a pessoas jurídicas para o transporte de seus empregados, bem assim a instituições de ensino ou agremiações estudantis para o transporte de seus alunos, professores ou associados, estas últimas desde que legalmente constituídas, com prazo de duração máxima de doze meses e quantidade de viagens estabelecidas, com contrato escrito entre a transportadora e seu cliente, previamente analisado e autorizado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT;

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

[...]

XXXVII - serviço regular: é aquele delegado para execução de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros entre dois pontos terminais, aberto ao público em geral, com tarifas estabelecidas e com esquema operacional aprovado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT.

Do art. 36, caput e § 1º, da mesma norma, é possível extrair-se que os serviços de fretamento "têm caráter **ocasional**, só podendo ser prestados em **circuito fechado, sem implicar o estabelecimento de serviços regulares ou permanentes**" e que "não poderão ser praticadas vendas de passagens e emissões de passagens individuais, nem a captação ou o desembarque de passageiros no itinerário, vedadas, igualmente, a utilização de terminais rodoviários nos pontos extremos e no percurso da viagem, e o transporte de

encomendas ou mercadorias que caracterizem a prática de comércio, nos veículos utilizados na respectiva prestação".

Inclusive há previsão de sanção para a empresa que se valer de sua autorização para finalidade diversa daquela para a qual foi concedida (art. 36, § 5º, do Decreto nº 2.521/1998, *in verbis*:

§ 5º A empresa transportadora que se utilizar do termo de autorização para fretamento contínuo, fretamento eventual ou turístico para a prática de qualquer outra modalidade de transporte diversa da que lhe foi autorizada, será declarada inidônea e terá seu registro cadastral cassado imediatamente, sem prejuízo da responsabilidade civil e das demais penalidades previstas neste Decreto.

Conclui-se, pois, que as normas acima transcritas revelam significativa diferença entre o transporte rodoviário interestadual de passageiros prestado na **forma regular** e na **forma de fretamento**, sendo necessária uma autorização específica para cada modalidade.

Diante de tal normatização, tenho que não é possível dizer, como o fez a juíza da causa, que *não há norma concreta que proíba que pessoas com interesses comuns - no caso, o ânimo de transportarem-se de um lugar de origem a um de destino - contratem o serviço em questão em convergência de vontades e que a inexistência de proibição dessa natureza implica, por decorrência lógica, a sua permissão.*

Veja-se.

No caso dos autos, restou incontroverso que a ré opera sistema que disponibiliza para o consumidor diversas opções de viagens em variados trechos interestaduais que tem o Estado do Rio Grande do Sul como ponto de partida ou de chegada e que são disponibilizados diversos trajetos diários, com preço individual e horários fixos, em circuito aberto (só ida), e sem informação quanto à empresa responsável pelo transporte, como se infere dos documentos acostados com a inicial, em especial a Ata Notarial do *evento1, OUT5*.

Além da nota de regularidade na oferta dos serviços (viagens diárias, no mesmo horário), a venda de bilhetes individuais e a compra facultativa da passagem de volta (circuito aberto) revelam que não se trata de serviço de caráter ocasional, mas sim de "*estabelecimento de serviços regulares ou permanentes*".

Portanto, o transporte coletivo regular de passageiros oferecido pela BUSER não se enquadra no conceito de fretamento e, sim, de um serviço público regular (linha) de transporte coletivo, que necessita de outorga estatal para seu pleno funcionamento.

A matéria em exame não é nova para este relator, que já teve oportunidade de analisar agravos de instrumento em ações ajuizadas nas Seções Judiciárias do Paraná e de Santa Catarina (5032158-44.2018.4.04.0000/PR e 5044837-42.2019.4.04.0000/SC), bem como pedido de efeito suspensivo em apelação em uma das referidas ações (5040618-83.2019.4.04.0000/PR).

Com efeito, já manifestei entendimento segundo qual o que a plataforma digital da BUSER oferece não se limita à alegada intermediação de transporte interestadual em regime de fretamento regularmente previsto, porque: (1) são disponibilizados diversos trajetos diários, com preço individual e horários fixos, em circuito aberto (só ida), e sem informação quanto à empresa responsável pelo transporte; (2) a regularidade na oferta dos serviços (viagens diárias, no mesmo horário), a venda de bilhetes individuais e a compra facultativa da passagem de volta (circuito aberto) revelam que não se trata de serviço de caráter ocasional, mas sim de "*estabelecimento de serviços regulares ou permanentes*"; (3) as empresas cadastradas na plataforma da ré possuem apenas autorização para fretamento no circuito fechado.

Como se vê, **a empresa agravada possui plataforma digital que oferece transporte irregular, em desacordo com as normas atinentes à matéria e sem que as empresas cadastradas (exclusivamente de fretamento, de caráter ocasional, no sistema de circuito fechado - consoante art. 36, caput e § 1º do Decreto n. 2.521/1998) possuam autorização para atuar na forma em que o serviço está sendo oferecido (em circuito aberto, com caráter regular ou permanente, de transportes de passageiros).**

Em sendo assim, não calha à espécie o argumento de que a BUSER não presta serviços de transporte, porquanto insuficientes a afastar as conclusões neste juízo de cognição sumária a respeito da irregularidade do serviço oferecido pela sua plataforma digital, sendo desnecessário qualquer estudo econômico a comprovar os prejuízos alegados pela federação agravante.

O que está em discussão é, efetivamente, um determinado modelo irregular de fretamento instaurado pela BUSER que, inegavelmente, cria um mercado de transporte interestadual paralelo àquele regulamentado pelo poder público, gerando um sistema de concorrência desleal àquelas empresas que atuam de forma regular e previamente autorizada.

Destaque-se que a atuação de um agente de mercado e a livre concorrência não são princípios absolutos da atuação empresarial, restando esta limitada pela regulamentação estatal acerca do serviço prestado que, no caso do transporte de passageiros, prevê diversas obrigações às empresas de transporte na modalidade regular - como, p.ex., o ônus de viagens de caráter necessário, ainda que economicamente inviáveis - das quais estariam à margem a BUSER e as transportadoras a ela associadas via plataforma digital. Significa dizer que a oferta do serviço na modalidade acima apontada implica em concorrência

potencialmente desleal com as empresas adequadamente autorizadas para o transporte de passageiros na modalidade regular.

Outrossim, mesmo na linha de fundamentação da decisão agravada, se os serviços prestados são de agenciamento de passageiros interessados em formar um grupo para viagem, ocorre que toda a organização e oferta dos destinos, horários e custos é promovida pela empresa titular da plataforma digital e, isso está inserido no sistema de comercialização de passagens, o qual possui regulação e deve ser executado nos moldes legais. Entretanto, a atuação da empresa agravada somente se conclui com a contratação das empresas de fretamento de passageiros, o que demonstra incidência direta e/ou indireta na operação do transporte coletivo.

Dessa forma, a infringência às normas reguladoras do sistema de transporte interestadual se verifica em dois planos: **i) na comercialização irregular das passagens**, em desacordo com as normas legais e disciplinas da ANTT, mesmo que se considere possível a utilização de plataformas digitais, desde que previamente previstas pelo agente regulador; **ii) na operação - no mínimo indireta - do próprio serviço de transporte, visto que firma parceria com empresas de fretamento**. E não se diga que estas possuem autorização, visto que são para serviço de circuito fechado e executam sistema diverso para atender a demanda da empresa BUSER.

Assim, por se tratar de inovação na prestação de serviço de transporte interestadual, em função de adoção de nova tecnologia na comercialização de passagens e mescla de transporte com itinerário/destinos parcialmente alterados e, por consequência irregulares, cabe ao órgão fiscalizador (ANTT) atualizar seus instrumentos normativos para melhor exercício do poder de polícia. Enquanto isso, incidem as disposições atuais que devem obstar a prestação de serviços não disciplinados e, em prejuízo às empresas autorizadas legalmente.

Tudo indica que a tendência seja a adequação da legislação em atendimento às inovações, seja para regular a modalidade de serviços alternativos, seja para coibir de forma mais expressas seus limites e conflitos com outras formas já existentes, como ocorrem em outras áreas conhecidas pelo uso e incorporação de novas tecnologias eletrônicas. Isso poderá até ocorrer na tramitação e instrução da ação, inclusive por meio de composição judicial. Contudo, por ora, cabe aplicar a legislação vigente e obstar o exercício irregular da atividade atacada.

Desde já esclareço ter presente a necessidade de preservar o direito à livre iniciativa que é um valor garantido constitucionalmente (inciso IV do art. 1º da CF/88), sobretudo quando nova atividade econômica, por meio da tecnologia, vem trazer benefícios aos consumidores e racionalidade na utilização dos meios de transportes, otimizando a lotação dos veículos. Todavia, há serviços que, pela natureza, precisam de autorização e regulamentação,

exigências estas também previstas na Constituição, a exemplo dos serviços de transporte rodoviário interestadual - 'e' do inciso XII do art. 21 da CF/88.

Na verdade, especificamente acerca do BUSER, há a necessidade de se adaptar as normas de autorização para disciplinar a sua forma de atuação no cenário de transportes rodoviários. O que não se pode permitir, ao menos neste momento, é a manutenção de uma concorrência desleal e predatória em face das empresas legalizadas. Veja-se que todo o sistema é feito de forma a manter uma habitualidade e continuidade dos serviços, bem como um equilíbrio na distribuição de linhas: horários mais rentáveis são divididos entre as empresas, ao tempo em que são obrigadas a operar outros trechos não tão lucrativos em centros menores mas que são essenciais às suas comunidades.

Aqui não se discute o mérito ou modalidade do novo serviço ofertado por plataforma digital, o qual deve ser solucionado pelos órgãos competentes, mediante regulamentação adequada que confira legalidade e discipline a forma de prestação dos serviços, limites e demais regras incidentes. Aliás, a exigência de disciplina normativa para essa nova modalidade de serviço (na verdade um misto entre serviço de fretamento - viagem só de ida ou retorno - com sobreposição de transporte regular de linhas pré autorizadas), faz-se necessária também para oportunizar que as empresas já autorizadas possam migrar para o novo modelo, garantindo ampla concorrência e igualdade de condições entre os interessados.

Portanto, considerando a probabilidade do direito alegado e o risco de dano, tenho por deferir o efeito suspensivo ao recurso, a fim de determinar:

A) à BUSER que se abstenha se divulgar e/ou comercializar pela internet e/ou pelo respectivo aplicativo viagens de transporte interestadual de passageiros, seja no Estado do Rio Grande do Sul, seja para o Estado do Rio Grande do Sul, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

B) à ANTT, para que a mesma adote, dentro do poder fiscalizatório e regulamentar que possui a referida agência, as medidas que entender adequadas e necessárias para obstar a prestação por meio da BUSER de serviços de transporte rodoviário interestadual em descompasso com as normas regulamentares aplicáveis.

Do exposto, **defiro o pedido de efeito suspensivo.**

Intimem-se, sendo a parte agravada para os fins do disposto no art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Documento eletrônico assinado por **ROGERIO FAVRETO, Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40001804890v22** e do código CRC **fb81f928**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ROGERIO FAVRETO
Data e Hora: 23/5/2020, às 16:20:58