

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO

Departamento de Direito

Murilo Oliveira Souza

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A INTERMEDIÇÃO DO  
TRANSPORTE COLETIVO NO BRASIL POR MEIO DE PLATAFORMAS  
DIGITAIS: a divergência entre a economia do compartilhamento e a igualdade  
de regimes jurídicos**

Ouro Preto – MG

2022

Murilo Oliveira Souza

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A INTERMEDIÇÃO DO  
TRANSPORTE COLETIVO NO BRASIL ATRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITAIS:  
a divergência entre a economia do compartilhamento e a igualdade de regimes  
jurídicos**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel e Direito.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Comarela Milanez

Área de concentração: Direito Econômico.

Ouro Preto – MG

2022



## FOLHA DE APROVAÇÃO

**Murilo Oliveira Souza**

Análise crítica sobre a intermediação do transporte coletivo no Brasil, por meio de plataformas digitais: a divergência entre a economia do compartilhamento e a igualdade de regimes jurídicos

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Aprovada em 21 de junho de 2022.

### Membros da banca

Dr. Felipe Comarela Milanez - Orientador - Universidade Federal de Ouro Preto  
Dra. Beatriz Schettini - Universidade Federal de Ouro Preto  
Dr. Federico Nunes de Matos - Universidade Federal de Ouro Preto

Dr. Felipe Comarela Milanez, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 24/06/2022



Documento assinado eletronicamente por **Felipe Comarela Milanez, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 29/06/2022, às 13:53, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.ufop.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0352082** e o código CRC **B034F86F**.

## **AGRADECIMENTOS**

*Primeiramente, agradeço à minha Mãe e ao meu Pai pelo apoio incondicional prestado não só durante a graduação, mas durante toda minha vida.*

*Ainda em contexto familiar, serei eternamente grato aos meus Tios e Tias que sempre me prestaram e ainda prestam grande auxílio.*

*A todos e todas Professores e Professoras da Universidade Federal de Ouro Preto que contribuíram ativamente para a excelente formação acadêmica que recebi durante todos esses anos.*

*Ao meu Orientador, Prof. Dr. Felipe Comarela, que tornou possível a realização deste trabalho com suas relevantes considerações.*

*“A ignorância do sentido das palavras, isto é, a falta de entendimento, predispõe os homens para confiar, não apenas na verdade que não conhecem, mas também nos erros e, o que é mais, nos absurdos daqueles em quem confiam.*

*Porque nem o erro nem o absurdo podem ser detectados sem um perfeito entendimento das palavras. Do mesmo deriva que os homens deem nomes diferentes a uma única e mesma coisa, em função das diferenças entre suas próprias paixões.*

*Quando aprovam uma determinada opinião, chamam-lhe opinião, e quando não gostam dela chamam-lhe heresia; contudo heresia significa simplesmente uma opinião determinada, apenas com mais algumas tintas de cólera.”<sup>1</sup>*

*“Mais c’est une revolte? – Non, Sire, c’est une revolution !”*

*Louis XVI et le Duc de la Rochefoucauld – Liancourt – , Paris, 1789.<sup>2</sup>*

---

1 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Nizza. São Paulo: Editora Abril, 1974, p. 67

2 “É uma revolta?” – “Não, Senhor, é uma revolução!”. Resposta do Duque de La Rochefoucauld-Liancourt para o rei Luís XVI (1754-1793) que, despertado na noite de 14 de julho de 1789, foi informado que o povo havia tomado a Bastilha e iniciado uma grande revolução para reformar o Estado Francês.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se a intermediação dos contratos de transporte por aplicativos encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, investigando, também, se a limitação desses contratos na modalidade “circuito fechado” fere a livre iniciativa e a livre concorrência, princípios que estruturam a ordem econômica brasileira. O estudo em questão justifica-se na medida em que esse novo modelo de negócio, por se tratar de uma tecnologia disruptiva, tendo como base a economia do compartilhamento, provoca um abalo relevante nas estruturas jurídicas, surgindo discussões a respeito de como extrair a melhor interpretação do contexto fático e jurídico para a aplicação das normas legais sem deixar de considerar os impactos socioeconômicos causados pelas inovações tecnológicas. Para a elaboração do presente estudo, foi utilizado o método bibliográfico, analisando de maneira crítica, as características, os conceitos e o regime jurídico que envolve a prestação do serviço de transportes rodoviário de passageiros no Brasil. As investigações são baseadas em fontes primárias e secundárias, utilizando-se de pesquisas bibliográficas, normas jurídicas, reportagens, decisões judiciais e artigos que retratam o tema. Ao final, foi possível constatar que a ordem constitucional prevê um regime jurídico específico para a prestação desse serviço, sendo propostas inclusive soluções para dirimir a controvérsia.

Palavras-chave: Direito Econômico; Livre iniciativa; Livre concorrência; Tecnologias disruptivas; Plataformas digitais.

## **ABSTRACT**

This work aims to analyze whether the intermediation of transport contracts by applications is supported in the Brazilian legal system, also investigating whether the limitation of these contracts in the "closed circuit" mode violates free enterprise and free competition, principles that structure the Brazilian economic order. The study in question is justified in so far as this new business model, which is a disruptive technology based on the economy of sharing, causes a significant impact on legal structures, arising discussions on how to extract the best interpretation of the factual and legal context for the application of legal norms while considering the socioeconomic impacts caused by technological innovations. In the end, it was possible to observe that the constitutional order provides a specific legal regime for the provision of this service, and solutions are proposed to resolve the controversy. For the elaboration of this study, the exploratory research method was used, analyzing critically, the characteristics, the concepts and the legal regime that involves the provision of road passenger transport services in Brazil. The investigations are based on primary and secondary sources, using bibliographic research, legal norms, reports, judicial decisions and articles that portray the subject.

**Keywords:** Economic Law; Free initiative; Free competition; Disruptive technologies; Digital platforms.

## Lista de Figuras

Figura 1 – Captura de tela do ambiente virtual da plataforma <i>Buser</i> .....	39
Figura 2 – Captura de tela do ambiente virtual da plataforma <i>Buser</i> .....	40



## **Lista de Tabelas**

Tabela 1 - Tabela da formação da demanda pelo serviço de transporte coletivo rodoviário ..... 42

## SUMÁRIO

1. Introdução .....	11
2. As bases históricas do direito concorrencial .....	15
2.1. <i>O primeiro período: A disciplina da concorrência como mecanismo para suprimir deturpações no mercado</i> .....	16
2.2. <i>O segundo período: a concorrência ligada a um modelo de organização do mercado</i> .....	18
2.3. <i>O terceiro período: a concorrência como instrumento para concretização de políticas públicas</i> .....	20
3. Os argumentos contrários à atividade de intermediação do transporte intermunicipal e interestadual por aplicativo: a prática de concorrência desleal através da fuga regulatória .....	23
3.1. <i>A atividade de transporte interestadual e intermunicipal de passageiros como um serviço de natureza pública</i> .....	23
3.2. <i>A ausência de delegação para exploração de serviço público por plataformas digitais como fator impeditivo da sua atuação</i> .....	25
3.3. <i>A concorrência-instrumento como pressuposto da prestação do transporte rodoviário</i> .....	31
4. Os argumentos favoráveis à intermediação do transporte coletivo rodoviário: a defesa da livre iniciativa e da inovação tecnológica em prol da otimização da mobilidade urbana .....	37
4.1. <i>A atuação da Buser e a impossibilidade do seu enquadramento como prestadora de serviço de transporte</i> .....	37
4.2. <i>A proibição da atividade é inconstitucional (art. 5º, II e art. 170, CRFB/88)</i> 41	
5. Conclusão.....	50
6. Bibliografia .....	51

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho se originou da necessidade de aferir se o Projeto de Lei 1.155/2015 do Estado de Minas Gerais, hoje Lei 23.941/21, estaria em desacordo (ou não) com o ordenamento jurídico, pois havia, em momento pretérito à conclusão deste estudo, manifestações políticas de que poderia prejudicar o estabelecimento de concorrentes no mercado de transportes rodoviários. Isso porque, veiculou-se a possibilidade de que, caso aprovado, a norma proibiria a intermediação dos contratos de transporte em Minas Gerais, notadamente aqueles prestados por plataformas digitais.

Durante todo o trâmite legislativo houveram posições favoráveis e contrárias à sua aprovação. Para os que defenderam a aprovação da medida legislativa, ergueu-se o argumento de que o serviço convencional (de oferta de passagens pelas empresas já atuantes no mercado) garante o benefício de gratuidade das pessoas idosas e com deficiência, conforme a Lei Estadual 21.121/20 e possui horários regulares. As posições contrárias apoiavam-se no argumento de que a Constituição da República estabelece como um de seus fundamentos a livre iniciativa, logo, projeto de lei algum poderia restringir a liberdade dos agentes econômicos.

A ideia central que fundamentava o projeto era a imposição de normas mais rígidas no setor, para restringir o transporte irregular de passageiros no Estado, de forma que o contrato de fretamento somente poderia ser realizado na modalidade de “circuito fechado”. O circuito fechado, segundo o projeto de lei, são viagens de grupos previamente definidos de pessoas, que devem obrigatoriamente retornar no mesmo veículo que efetuou o transporte na viagem de ida. Assim, a hipótese inicial era de que parecia haver colidência com um comando constitucional explícito, no sentido de atingir o princípio da livre concorrência, nas linhas do art. 170, IV da Constituição Federal.

Conforme a pesquisa se aprofundou, o escopo do trabalho aumentou consideravelmente, sendo necessário alinhar a investigação não somente no projeto de Lei mineira, mas sobre como está esquadrinhado o serviço de transporte rodoviário coletivo no Brasil como um todo, partindo-se da leitura das normas constitucionais e

infraconstitucionais atinentes ao tema combinando com os regulamentos elaborados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), autarquia que tem a missão de regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transportes no Brasil.

A partir desse ponto, devido as nuances da regulação e aos fortes interesses organizados daqueles que exploram o mercado intermunicipal e interestadual de transportes, surgiram diversas manifestações legislativas e judiciais, ora no sentido de proibir a intermediação, ora no sentido de cancelar sua viabilidade jurídica. Desse modo, mostrou-se pertinente investigar se há violação das normas constitucionais (notadamente no que se refere à ordem econômica), infraconstitucionais e regulamentares por parte de tal modelo de negócio e os desdobramentos jurídicos no direito econômico.

Isso, visto que o modelo de negócios no setor de transportes, sendo altamente flexibilizado, há forte mudança no célebre binômio da oferta-demanda e a sua constante expansão por todo o território nacional, tendo, inclusive, acentuado impacto na mobilidade urbana, seja pela política atrativa de preços mais baixos, seja pela necessidade de compor uma demanda local e regional de serviços de transporte.

É preciso salientar que à par da análise puramente jurídica do caso em questão, não se pode desconsiderar a revolucionária era digital que transformou profundamente – e continua a transformar – uma imensa lista de atividades humanas através da massificação do uso de computadores e celulares e da conexão à internet.

Conforme descreveu Schumpeter<sup>3</sup>, esse processo de rápida transformação e substituição no campo do desenvolvimento capitalista é o que se chama de destruição criadora. Nessa acepção, o progresso social e tecnológico torna inevitável a substituição do velho pelo novo, do analógico pelo digital, do físico pelo eletrônico, intensificando a disputa de mercado entre as novas tecnologias e os novos modos de produção com as formas tradicionais que já oferecem determinados produtos e serviços.

---

<sup>3</sup> SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura. 1961.

Nesse sentido, Paulo Bastos e Alessandro Pinheiro<sup>4</sup> exemplificam como esse processo de destruição atinge diversos setores da economia atualmente:

O processo de destruição criadora desencadeado pelas novas tecnologias põe em xeque não apenas atividades como livrarias e locadoras de vídeos, mas questiona o próprio conceito de loja física. A construção de novos shoppings vem caindo drasticamente em todo o mundo, diante do avanço do comércio eletrônico. O varejo tradicional é limitado pelo espaço físico, oferecendo pouca variedade e arcando com altos custos de pessoal e locação de espaços comerciais. Já as lojas virtuais podem oferecer uma gama praticamente ilimitada de produtos e serviços, sem necessidade de pagar aluguéis ou manter estoques físicos. O lado destruidor da desintermediação vem afetando corretoras de valores, bancos, empresas imobiliárias, agências de viagem e outras empresas que intermedeiam transações e facilitam a busca dos consumidores. Tais negócios vêm sendo substituídos pelos novos intermediários digitais, que aproximam oferta e demanda de forma muito mais rápida, automática e econômica.

Por esse motivo é que surge o desafio de adequar essas inovações com o mercado pré-existente, de forma que ainda que utilizem de modelos de negócio diferentes, exista uma concorrência justa entre os atores econômicos.

Daí que o tema inicialmente proposto, em verdade, se constituía de uma pequena fração de uma discussão muito mais ampla e que escapa às linhas teóricas, uma vez que há diversos processos que tramitam pela Justiça Federal e Estadual discutindo a (im)possibilidade de prestação do serviço de transporte rodoviário através de plataformas digitais.

Assim, o tema foi analisado sob a ótica de como está fundada a Ordem Econômica na Constituição da República e o estudo das regras concorrenciais que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que se refere ao setor de transportes.

Nessa linha, o capítulo inicial buscou apresentar um panorama do surgimento e da aplicação das regras concorrenciais em diferentes períodos históricos, demonstrando sua influência para a criação do sistema normativo que existe no Brasil.

No segundo capítulo, o trabalho procurou condensar os argumentos contrários à intermediação do transporte rodoviário por meio de plataformas digitais,

---

4 TIGRE, Paulo B.; PINHEIRO, Alessandro M. Inovação em serviços e a economia do compartilhamento. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788571440432. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788571440432/>. Acesso em: 10 mai. 2022.

investigando a natureza jurídica deste serviço, o regime jurídico adotado e a influência da concorrência na sua realização.

No capítulo subsequente, a pesquisa se deu por meio das razões invocadas para defender a possibilidade de intermediação do transporte rodoviário, no sentido de que a livre concorrência e a livre iniciativa neste setor econômico promovem a otimização da mobilidade urbana, bem como fomenta a inovação tecnológica no Brasil através da economia compartilhada.

Ao final, por se tratar de um trabalho científico, buscou-se trazer no último capítulo uma conclusão lógica acerca do tema e não meras justificativas ideológicas para defender um ponto de vista específico.

## 2. AS BASES HISTÓRICAS DO DIREITO CONCORRENCIAL

Com a tarefa de investigar as origens históricas do fenômeno da concorrência e apontar as causas pelas quais o ordenamento jurídico passou a considerá-la como um valor a ser protegido, é que se constrói este capítulo.

De fato, é necessário alertar que não se trata de um estudo que pretende esgotar todo o conjunto histórico que permeia a matéria, vez que tratar-se-ia de tarefa impossível no apertado espaço deste trabalho.

A concorrência pode ser conceituada, de acordo com Forgioni, como um fenômeno que ocorre quando duas ou mais pessoas pretendem vender, trocar ou comprar algo de um terceiro, ocorrendo uma disputa, uma competição pela mesma oportunidade.<sup>5</sup> Outrossim, essa disputa precisa ocorrer num ambiente comercial<sup>6</sup>, para que se possa, então, ser denominada de concorrência.

Outro ponto relevante destacado pela autora é a de que as regras de concorrência não têm necessária vinculação com o surgimento do livre mercado no Estado liberal, sendo que aquelas são muito anteriores ao surgimento do sistema de produção capitalista<sup>7</sup> e de que não havia, até o século XVIII, a percepção da importância de regulamentar a concorrência para a preservação do próprio mercado.<sup>8</sup>

Assim, a investigação se concentrará em torno de períodos históricos bem determinados, de sorte que terá como finalidade apontar os momentos mais relevantes que influenciaram a criação desse conjunto de regras específicas de competição entre os agentes econômicos e que é tão caro para o bom funcionamento das relações econômicas de um território. Desse modo, parte-se do pressuposto de

---

<sup>5</sup> FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.34.

<sup>6</sup> Aqui toma-se emprestado a forma de mercado posta por Max Weber na obra Economia e Sociedade: “Falamos de mercado quando pelo menos por um lado há uma pluralidade de interessados que competem por oportunidades de troca” citado pela autora.

<sup>7</sup> “Regras disciplinadoras do comportamento dos agentes econômicos sempre houve. São várias as notícias sobre, por exemplo, a vedação dos monopólios na antiguidade, do acaparramento de mercadorias, etc.” Os fundamentos do antitruste, p. 34

<sup>8</sup> “(...) tudo indica que não havia, no senso comum, a consciência da necessidade de regulamentação da concorrência. Os monopólios não eram regulados na antiguidade pois que contrários a uma forma de mercado escolhida como ótima, mas por razões extremamente práticas, ligadas ao fornecimento de mercadorias e ao abastecimento da população.” Idem, p. 36.

que as normas concorrenciais cumprem, em cada ordenamento jurídico, uma finalidade própria, mutável, diretamente influenciadas pelo período histórico.

A disciplina da concorrência, pertencente ao ramo do Direito Econômico, pode ser identificada em períodos históricos bem determinados, com um traço evolutivo marcado pela elaboração de regras que disciplinam o comportamento dos agentes econômicos para eliminar deturpações no mercado, por normas que visam preservar o próprio mercado contra suas tendências autodestrutíveis e, também, de forma mais recente, quando as normas antitruste se tornaram instrumento de implementação de políticas públicas.

### ***2.1. O primeiro período: A disciplina da concorrência como mecanismo para suprimir deturpações no mercado***

O primeiro período ocupa-se de produzir regras de competição práticas, com a finalidade de geração de receitas para o governo com a regulamentação de alguns monopólios e de abastecimento da população em geral.

Na Grécia antiga, por exemplo, existe notícia de uma interessante situação ocorrida na região da Ática, considerado como o primeiro caso antitruste da história<sup>9</sup>. Este território era marcado pelo solo infértil, pela grande quantidade de habitantes e pela atividade de importação de grãos.

Por essas razões, de acordo com Kotsiris (1988), emergiu a necessidade de impor regras para regular a atividade dos agentes econômicos com o fito de defender a população contra práticas que aumentassem o preço dos produtos injustamente.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> KOTSIRIS, Lambros. An antitrust case in ancient Greek Law. The International Lawyer, p. 451-457. Disponível em < <https://www.jstor.org/stable/40706085> > acesso em: 27/12/21.

<sup>10</sup> No original: "The development of the corn trade and the expectations of large profits opened the gates to speculators who knew how to corner the market. (...) To protect the people from speculative conspiracies and combinations of the grain importers and grain dealers, all those engaged in the grain business were required to observe complex prohibitive laws and regulations". A título exemplificativo: os comerciantes eram obrigados a colocar no mercado, pelo menos, 2/3 dos seus produtos, podendo realizar o estoque do restante; haviam regras para fixação do lucro máximo; criou-se comitês com a tarefa de fiscalizar o preço repassado aos consumidores. Assim, toda a cadeia produtiva era controlada desde a chegada dos grãos no porto de Piraeus até a compra do pão pelo consumidor final. A sanção para quem descumprisse essas regras era a pena de morte. Idem, p. 451-457.



O episódio relata que durante o inverno de 386 a.c. um grupo de mercadores se uniu para criar uma espécie de associação, com a finalidade de importar grandes quantidades de grãos, distribuindo, assim, o risco da atividade entre eles. O fato é que adquiriram para além dos limites de estocagem determinados pela lei local e, posteriormente, recusaram a venda ao público, o que gerou a escassez artificial dos produtos. O caso foi levado às autoridades para julgamento com base na acusação de que a conduta atentava gravemente contra o interesse público, manipulando de forma ilícita os preços

Na antiguidade romana houve um período em que existia o monopólio estatal e o concedido aos particulares, ambos com a intenção de gerar receitas aos cofres do governo, obstar a retenção de estoques e impedir o aumento abusivo de preços.<sup>11</sup>

Durante a Idade Média surgiram as corporações de ofício<sup>12</sup>, organizações que trataram de elaborar normas jurídicas próprias, disciplinando a atuação dos seus membros, por meio de regras relativas à concorrência desleal, à formação de monopólios e de ingresso no mercado, todas ligadas à preservação dos interesses mercantis.<sup>13</sup> Contudo, cabe ressaltar que havia também regras para a defesa do “consumidor” elaboradas pelos governantes das cidades nesse tempo, conforme destaca Paula Forgioni:

O próprio mecanismo das feiras era utilizado para evitar abusos de preços, principalmente de gêneros de primeira necessidade. Exigia-se que os agricultores levassem suas mercadorias a determinado lugar (praça de mercado), em horas preestabelecidas, visando a concorrência. Impunha-se, ainda, a obrigação dos vendedores de liquidar sua mercadoria antes do final da feira. Por outro lado, proibia-se aos compradores a aquisição de mercadoria acima da necessitada (“acaparramento”), bem como para a revenda. A desconfiança, em relação ao comerciante, impunha a contratação de funcionários públicos para a pesagem das mercadorias. (...) Igualmente, vedava-se a exportação de trigo, para que os habitantes da cidade conseguissem o produto a melhor preço.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Os fundamentos do antitruste, p. 40.

<sup>12</sup> Nas palavras do economista Robert Heilbroner eram: “Organizações comerciais e profissionais de artes e ofícios, de origem romana. As corporações eram as “unidades de negócios” da Idade Média; de fato, ninguém podia usualmente estabelecer-se nos “negócios” se não pertencesse a uma corporação. Assim, as corporações eram uma espécie de sindicato exclusivo, mas não tanto um sindicato de trabalhadores quanto de gerentes.” HEILBRONER, Robert. A formação da Sociedade Econômica, 5ª ed. Zahar Editores: Rio de Janeiro, 1980, p. 57.

<sup>13</sup> FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste, p. 44.

<sup>14</sup> Idem, p. 46.

Naquele tempo, as corporações de ofício regulamentavam verdadeiros “monopólios de profissões”, uma vez que criavam fortes barreiras de acesso ao mercado, fixando o controle da oferta de serviços (e produtos) naquelas sociedades e, conseqüentemente, eliminava qualquer concorrente em potencial. Conforme assinalado por Heilbroner (1980)<sup>15</sup>:

(...) a finalidade de uma corporação não era, em primeiro lugar e acima de tudo, ganhar dinheiro. (...) a concorrência estava estritamente limitada e os lucros eram mantidos nos níveis prescritos. (...) Não havia o livre jogo de preços, nenhuma concorrência livre, nenhuma exploração incansável de vantagens. Existindo à margem de uma sociedade relativamente alheia à circulação monetária, as corporações procuravam forçosamente eliminar os riscos em suas pequenas empresas.

Por fim, no período das grandes navegações, foi estabelecida uma relação de exclusividade comercial entre colônia-metrópole, de modo a não existir qualquer fomento à competição para a atuação de agentes econômicos que não fossem os previamente autorizados pelo soberano europeu e, noutra banda, havia a proibição do desenvolvimento de qualquer atividade industrial (leia-se processamento ou beneficiamento) de matérias primas nestes locais dominados, como por exemplo o Brasil.<sup>16</sup> Este período mercantilista é apontado como o início do antitruste, em razão do movimento reacionário contra as concessões reais que instituíam monopólios ou exclusividade de exploração em setores da economia, prevalecendo a proibição da concessão dessa prática, verdadeiro limite aos poderes do soberano à época.<sup>17</sup>

## **2.2. O segundo período: a concorrência ligada a um modelo de organização do mercado**

Até a primeira metade do século XVIII as normas que regulavam a competição não tinham o escopo tutelar a concorrência como um bem jurídico de *per se*, bem como não tinham a intenção de atrelá-la a um sistema econômico ou a alguma estrutura produtiva. Elas eram justificadas somente pela noção de liberdade dos cidadãos, constituindo-se mais pelo empirismo dos fatos que iam se sucedendo, seja

<sup>15</sup> A formação da sociedade econômica, p. 59. Essa restrição de entrada no mercado narrada por Heilbroner pode ser observada até os dias de hoje, nas circunstâncias em que grandes empresas que controlam determinada fração do mercado (o transporte de pessoas entre diferentes cidades e estados no Brasil, por exemplo) exerçam influência marcante para a edição de leis e normas administrativas que tendem a eliminar potenciais concorrentes, vide Projeto de Lei 1.155/MG.

<sup>16</sup> Não se olvida que a forma que esta relação econômica praticada nos tempos de Brasil colônia, bem como pela centralização de poder nos tempos imperiais podem ser causas diretas para o fenômeno da industrialização tardia pela qual o Brasil é historicamente conhecido.

<sup>17</sup> Paula Forgiori apud Fox e Sullivan, Cases and materials on antitrust, p.51.

para arrecadação de receitas ao governo, seja para garantir o abastecimento da população.<sup>18</sup>

Com a revolução industrial, todo o sistema produtivo foi vertiginosamente modificado, ativando a consciência geral das condições econômicas, despertando o interesse por inovações tecnológicas como a máquina a vapor construída por Watt e pela ascensão da fábrica ao centro da vida social e econômica.<sup>19</sup>

A necessidade dos grandes investimentos para a formação das indústrias (maquinário, mão de obra, edifícios, dentre outros) exigiram maior liberdade para a busca de novos mercados, estipulação de preços, formação de estoques, o que provocou, então, a extinção das regras e das corporações existentes.

Com isso, um dos relevantes motivos para esta abordagem histórica vem à tona, qual seja: o mercado liberal que se instalava, tanto para os novos industriários quanto para os comerciantes, traz intrinsecamente a ideia de livre concorrência.<sup>20</sup> Em síntese, rompe-se com a noção de mercado como local ou a concentração de pessoas para trocas, para se consolidar na noção de livre iniciativa e livre concorrência.

É preciso apontar que, nesta época, esse desejo de liberdade resumia-se pela não intervenção do Estado no funcionamento normal do mercado, sendo que este trabalho tem a intenção de analisar se as tecnologias disruptivas vinculadas ao transporte de pessoas (a Buser, por exemplo) causam uma distorção *anormal* no mercado, criando falhas que merecem reparos. Importante notar também que nem mesmo na sua gênese, a liberdade de iniciativa<sup>21</sup> se traduzia de forma absoluta,

---

<sup>18</sup> Kotsiris no original: "In Athens, freedom of trade and competition was a general rule. It was not a rule of law based on a certain economic system but a consequence of the basic principle that individuals were free to engage in commerce, unless public policy required certain restrictions."

<sup>19</sup> Para um detalhado das transformações econômicas e sociais causadas pela revolução industrial conferir *A formação da Sociedade Econômica* do professor Robert Heilbroner, p. 101-131.

<sup>20</sup> Os fundamentos do antitruste, p.56.

<sup>21</sup> Da leitura do art. 170, IV da CR88 extrai-se que a livre iniciativa é de conceituação bastante ampla. Assim, por decorrer diretamente da liberdade enquanto fundamento da República, seja em seu sentido substancial, seja no sentido institucional, não cabe reduzi-lo à mera afirmação do capitalismo. A liberdade em formato substancial se traduz como resistência ao poder, como pretensão de melhores condições de vida, que ao fim gere opções de conduta e de resultado. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 17ª ed. 2015, p. 199-201.

sempre se sujeitando a alguma forma de regulamentação, o que em última análise reflete o poder de polícia realizado pelo Estado.<sup>22</sup>

Assim, de acordo com Forgioni, esse período é marcado pela noção de que livre mercado significa “poder conquistar novos consumidores, praticando comércio e a indústria como bem aprouver ao agente econômico.”<sup>23</sup>

Posteriormente, viu-se que essa grande margem de liberdade elevou por demais a concentração de poder aos agentes econômicos, o que vinha a causar distorções que além de comprometer a estabilidade do mercado, poderia acabar por destruí-lo<sup>24</sup>, sendo necessário então a elaboração de normas para regulamentá-lo de acordo com o sistema de produção. Daí, que surge o chamado *Sherman Act*, lei norte-americana utilizada para simbolizar esse período, uma vez que reconhecia a importância da concorrência para o sistema econômico e ao mesmo tempo exigia a atuação do Estado para eliminar distorções causadas ao sistema.

### **2.3. O terceiro período: a concorrência como instrumento para concretização de políticas públicas**

Nas primeiras décadas do século XX, com a deflagração da primeira grande guerra mundial e alguns anos mais tarde, em 1929, com a quebra da bolsa de Nova York, observou-se uma crise econômica devastadora em nível internacional. Como consequência, os países foram se organizando na intenção de impulsionar e intervir ativamente na economia, oferecendo linhas de crédito para aumentar a

---

<sup>22</sup> A origem do princípio da livre iniciativa, conforme Eros Grau, remonta ao século XVIII na França, quando em 1791, por meio do decreto d'Allarde, houve determinação no sentido de que seria livre a realização por qualquer pessoa de qualquer negócio ou profissão, arte ou ofício, desde que tivesse uma “patente” (uma espécie de imposto), pagasse as taxas exigidas e se submetesse aos regulamentos específicos (fiscalização do poder de polícia). Idem, p.201. No mesmo sentido, Geraldo Ataliba “Nem na Inglaterra, nem nos Estados Unidos, países reconhecidos como os mais liberais e individualistas, o estado se limitou à tutela do direito e à proteção da liberdade.” O Estado é meio e não fim, 3ª ed. São Paulo, 1955. p.82.

<sup>23</sup> Os fundamentos do antitruste, p. 61.

<sup>24</sup> Citado por Paula Forgioni, afirmou Polanyi: “Por mais paradoxal que pareça não são apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham de ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado autorregulável, mas também a própria organização da produção capitalista.” Idem, p. 65.

produção industrial e agrícola, intervindo no ramo bancário e de seguros, planejando o comércio exterior, etc.<sup>25</sup>

Conforme ensina Forgioni:

(...) muitas vezes a atuação do Estado sobre a economia (“intervenção”) é efetuada mediante a utilização de norma destinada a tutelar a livre-concorrência entre os agentes ou reprimir o abuso do poder econômico, ou seja, uma norma antitruste. Dentre as técnicas de organização dos mercados colocam-se as normas destinadas a regular a concorrência entre os agentes econômicos e o abuso do poder econômico.<sup>26</sup>

Daí que no contexto de pós-guerra europeu, que o direito da concorrência se caracterizará como verdadeiro instrumento para dar concretude a políticas públicas.

Essa concepção de concorrência-instrumento afirma que a concorrência não é um valor absoluto, mas uma técnica utilizada para atingir o equilíbrio econômico, proteger os interesses da massa consumerista e, também, promover o desenvolvimento tecnológico.<sup>27</sup>

Nesse mesmo sentido, Luís Roberto Barroso esclarece que:

À luz da Constituição brasileira, a ordem econômica funda-se, essencialmente, na atuação espontânea do mercado. O Estado pode, evidentemente, intervir para implementar políticas públicas, corrigir distorções e, sobretudo, para assegurar a própria livre iniciativa e promover seu aprimoramento. Este é o fundamento e o limite de sua intervenção legítima.<sup>28</sup>

Nessa linha, Paula Forgioni alega que:

(...) no Brasil, não se pode sustentar que a disciplina antitruste visa apenas a implementar a eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica. A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> A intervenção do Estado na economia sempre ocorreu, porém, o destaque para o início do século passado está na quantidade de normas com esse viés, que inclusive recebe diversas nomenclaturas nos diferentes ramos do conhecimento, podendo ser adotado como dirigismo estatal ou estado de bem estar social, em referência ao economista John Keynes.

<sup>26</sup> Os fundamentos do antitruste, p. 79

<sup>27</sup> FERREIRA ALVES, Jorge de Jesus. Direito da concorrência nas comunidades europeias. Coimbra: Coimbra, 1992.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 226, 2001. p. 205.

<sup>29</sup> FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste, p. 188.

Extrai-se da Constituição da República que os seus arts. 1º, 3º e 170 justificarem tal entendimento<sup>30</sup>. Assim é que, conforme a Carta Constitucional de 1988, pode-se afirmar que a escolha política nela realizada instaurou, no que se refere a Ordem Econômica, a concorrência-instrumento, sendo ferramenta hábil para proporcionar a liberdade e competitividade no mercado e, ao mesmo tempo, o progresso social e tecnológico.

---

<sup>30</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

### **3. OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ATIVIDADE DE INTERMEDIÇÃO DO TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL POR APLICATIVO: A PRÁTICA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL ATRAVÉS DA FUGA REGULATÓRIA**

Conforme destacado previamente, o foco deste trabalho é compreender, de forma crítica, a legalidade da utilização de plataformas digitais no mercado de transporte coletivo de passageiros.

Isto porque, a controvérsia tem início quando se afere a possibilidade de existir concorrência entre empresas habilitadas pelo Estado (concessionários, permissionários e autorizados) com plataformas de fretamento colaborativo que não se sujeitam às mesmas regras jurídicas.

A principal consequência da possibilidade dessa competição perpassa pela noção de que a entrada de novos agentes econômicos neste setor, sem a devida igualdade de condições com as empresas que já atuam no mercado de transportes, inviabilizaria a prestação do serviço público mediante a dissipação da demanda que, conseqüentemente, afetaria a universalidade e a continuidade do próprio serviço exigidos destas últimas.<sup>31</sup>

#### **3.1. *A atividade de transporte interestadual e intermunicipal de passageiros como um serviço de natureza pública***

Inicialmente, não se olvida da dificuldade em traduzir o sentido preciso do que são os serviços públicos. Entretanto, a abordagem utilizada por José dos Santos Carvalho Filho<sup>32</sup> é de extrema valia, em que:

(...) a expressão 'serviço público' admite dois sentidos fundamentais, um subjetivo e outro objetivo. No primeiro, levam-se em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade. Nesse sentido, são serviços públicos, por exemplo, um órgão de fiscalização tributária e uma autarquia previdenciária. No sentido objetivo, porém, serviço público é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes. Aqui nos abstraímos da noção de quem executa a atividade para nos prendermos à ideia da própria atividade.

---

<sup>31</sup> Em sentido contrário, conforme abordado no capítulo que tratou da história do direito concorrencial, a restrição de entrada de novos concorrentes em um mercado também é uma prática que, se realizada de forma arbitrária, configura lesão à livre concorrência.

<sup>32</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.p. 343. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027259/>. Acesso em: 05 fev. 2022.

Mesmo que se adote o segundo sentido, a controvérsia em definir o serviço público persiste, sendo que a compreensão se altera sensivelmente a depender do enfoque dado em suas características. Daí que surgem pelo menos três correntes doutrinárias. A primeira baseia-se no critério orgânico, em que serviço público é aquele prestado pelo Estado. A segunda corrente, por sua vez, adota o critério formal, que define o serviço público como aquele que é submetido a um regime de direito público. Já a terceira corrente doutrinária leva em conta a natureza da atividade exercida, sendo serviço público aquele que atende diretamente à comunidade.

De modo crítico, percebe-se falhas em cada um dos critérios de modo que nenhum deles se sustenta firmemente. A crítica igualmente se desdobra em três pontos, no sentido de que o serviço público não se restringe somente a prestação pelo Estado, que em alguns casos há incidência de regras de direito privado para alguns segmentos da administração pública, que algumas atividades executadas pelo Estado não visam diretamente os indivíduos, mas os atingem de forma indireta.

Maria Sylvia di Pietro conceitua serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”<sup>33-34</sup>

Daí que uma das conclusões é a de que o Estado, por meio de lei, escolhe quais são as atividades que num determinado momento são consideradas serviços de natureza pública e que “a própria Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, § 2º, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995”<sup>35</sup>

Desse modo é nítido que o serviço de transporte intermunicipal e interestadual é de fato um serviço público que comporta regramento específico, conforme os arts. 21, XII, ‘e’ c/c art. 25, §1º, da CRFB<sup>36</sup>. Ademais, parece razoável

---

<sup>33</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. p. 148. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993351/>. Acesso em: 05 fev. 2022.

<sup>34</sup> No mesmo sentido é o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho e Hely Lopes Meirelles, *in* Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.p. 344.

<sup>35</sup> DI PIETRO, p. 148.

<sup>36</sup> 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; Art.



admitir que se é necessária uma delegação pelo Estado ao particular para explorar determinado segmento da economia, aparenta igualmente razoável que o poder concedente tenha o dever de garantir essa exclusividade, na forma outorgada, impedindo a concorrência predatória, uma vez que tal prática rompe com o equilíbrio econômico do contrato e atinge a estruturação da própria prestação do serviço público.

### **3.2. A ausência de delegação para exploração de serviço público por plataformas digitais como fator impeditivo da sua atuação**

Conforme demonstrado, a Constituição da República é clara no sentido de que o transporte coletivo de passageiros pode ser exercido por particulares, mediante delegação do poder público. Importa dizer que os prestadores desse serviço são habilitados pelo Estado por via de concessão, autorização ou permissão.

Ocorre que, diante do acentuado desenvolvimento tecnológico, surgiram novos modelos de circulação de bens e serviços próprios da denominada economia de compartilhamento. Nesse sentido, ensinam os professores Ronaldo Lemos e Carlos Affonso que a economia compartilhada pode ser caracterizada como:

uma nova etapa no processo de desenvolvimento econômico, simbolizado pela superação da lógica de consumo em massa e visando ao acúmulo de bens, típica do final do último século, por um momento em que o mercado, já saturado por crises financeiras e pautado por necessidades ligadas à sustentabilidade e ao uso racional dos bens, passa a privilegiar novas formas de acesso a bens e a serviços. Em última instância, a economia do compartilhamento está baseada no uso de tecnologia da informação em prol da otimização do uso de recursos através de sua redistribuição, compartilhamento e aproveitamento de suas capacidades excedentes.<sup>37</sup>

Nesse ritmo desenvolvimentista, surgiram plataformas digitais de “fretamento colaborativo” com a finalidade de apresentar à população uma opção aos trechos operados pelos delegatários do serviço público.

Em que pese tratar-se de uma tecnologia associada ao transporte sob demanda, é crucial diferenciar o transporte coletivo de passageiros com o modelo utilizado por aplicativos como o *Uber*, *Cabify* e *99*, uma vez que estas plataformas

---

25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

<sup>37</sup> Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. Revista de Direito da Cidade, vol. 08, nº 4. 2016, p. 1758-59. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25740>, acesso em 05/02/2022.

operam mediante transporte individual remunerado e já tiveram sua constitucionalidade apreciada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>38</sup>.

Portanto, em consonância com os fundamentos utilizados pelo STF, em se tratando do transporte coletivo, a situação é diversa, pois há um regime constitucional específico para sua prestação, de sorte que a titularidade é conferida ao Estado e pode ser exercida por particulares, desde que seja feita delegação do serviço público.

Em razão da objetividade buscada neste trabalho, optou-se por abordar, a título exemplificativo, as operações realizadas pela plataforma digital “*Buser*”, pois é nitidamente o aplicativo de fretamento colaborativo com maior sucesso, aporte financeiro e alcance no cenário brasileiro<sup>39</sup>.

O site da empresa explica que a Buser é uma plataforma de intermediação de viagens, conectando pessoas que querem viajar com as empresas de fretamento executivo, destacando a qualidade, a segurança e a economia do serviço<sup>40</sup>.

De todo modo, pelo que se nota do referido ambiente eletrônico, não há qualquer distinção entre a intermediação anunciada pela plataforma *Buser* e o serviço oferecido por empresas delegatárias do serviço público que atuam no transporte coletivo regular entre municípios e estados<sup>41</sup>. Isso porque, a estratégia adotada nos sítios digitais é a mesma, em que há a oferta de viagens abertas ao público geral com trechos e horários previamente determinados.

Posto isso, inaugura-se um impasse jurídico, de onde se originam duas indagações relevantes: a) é lícita a prestação do serviço de transporte coletivo de passageiros por agentes sem a delegação do Estado? e, sendo possível, b) é possível

---

<sup>38</sup> No ponto, relevante é o trecho do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no RE-RG 1.054.110 que conclui: “A legislação infraconstitucional não pode, assim, excluir a livre iniciativa, salvo se outra norma constitucional específica fundamentar a imposição de restrição. E aqui se encontra o primeiro fundamento para a inconstitucionalidade de normas que proíbam ou restrinjam excessivamente o transporte individual de passageiros cadastrados em aplicativos: não há regra nem princípio constitucional que prescreva a manutenção de um modelo específico de transporte individual de passageiros. A edição de leis ou atos normativos proibitivos, pautada em uma inexistente exclusividade do modelo empreendido por táxis, não se conforma ao regime constitucional da livre iniciativa” Disponível o inteiro teor do acórdão em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5206938> , acesso em 05/02/2022.

<sup>39</sup> Disponível em : <https://www.cnnbrasil.com.br/business/buser-recebe-investimento-de-r-700-milhoes-e-quer-crescer-10x-em-2-anos/> , acesso em 05/02/2022.

<sup>40</sup> Disponível em: <https://www.buser.com.br/> , acesso em 05/02/2022.

<sup>41</sup> Sugere-se ao/a leitor/a, a título exemplificativo, acessar sites de empresas atuantes no transporte coletivo intermunicipal e interestadual de passageiros, tais como a viação cometa, expresso união e pássaro verde e, após, comparar com o site da *startup Buser*.

adotar a livre concorrência no setor de transporte coletivo, por agentes que estão submetidos a regimes diversos de exploração?

Para ambas as perguntas, a resposta é uma só: não.

De início, porque a Constituição qualificou essa atividade – transporte coletivo de passageiros – como um serviço público próprio<sup>42</sup>, como aduz Di Pietro “são aqueles que, atendendo a necessidades coletivas, o Estado assume como seus e os executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (por meio de concessionários e permissionários)”<sup>43</sup>.

No mesmo sentido, ensina Carvalho Filho:

Serviços delegáveis são aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores. Como exemplo, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, sistema de telefonia etc.<sup>44</sup>

Desse modo, para que os serviços públicos sejam executados é necessária a existência de normas regulamentares que especifiquem a forma pela qual serão prestados e, a depender do caso, algumas são elaboradas com o intuito de repelir qualquer empecilho que possa dificultar ou impedir a execução do serviço<sup>45</sup>.

A execução indireta, inclusive, interessa tanto ao Estado na medida que cada vez mais os serviços públicos tornam-se mais complexos e numerosos, quanto aos particulares que visam uma oportunidade concreta para auferir lucros com sua delegação negociada.

Nesse sentido, instrui José dos Santos Carvalho Filho que:

denominamos de delegação negocial, porque sua instituição se efetiva através de negócios jurídicos regrados basicamente pelo direito público – a concessão de serviço público e a permissão de serviço público. A concessão caracteriza-se como contrato administrativo, e a permissão, apesar de tradicionalmente qualificada como ato administrativo, passou a ser formalizada por contrato de adesão, como consta do art. 40 da Lei no 8.987, de 13.2.1995, que regula ambos os institutos<sup>46</sup>.

Além dessas duas formas tradicionais de colaboração com particulares, também é necessário acrescer as parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004) e as

<sup>42</sup> À luz do art. 21, inciso XII, 'e' c/c art. 30, inciso V c/c art. 25, §1º, todos da CRFB.

<sup>43</sup> DI PIETRO, p. 154.

<sup>44</sup> Manual de Direito Administrativo, p. 347.

<sup>45</sup> Manual de Direito Administrativo, p. 354.

<sup>46</sup> Idem, p. 372.

parcerias estabelecidas com as organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790/1999) e organizações da sociedade civil (Lei nº 13.019/2014).

Portanto, a segunda pergunta tem que ser respondida necessariamente com uma negativa, visto que a adoção da livre concorrência plena no setor atenta não só ao regime jurídico da delegação – numa espécie de renúncia ao mandamento constitucional, mas também porque importa na fragmentação da demanda do serviço, o que resulta, conseqüentemente, na inviabilidade econômica das empresas delegatárias que já realizam o transporte coletivo de passageiros entre os municípios e estados brasileiros.

À vista disso, cumpre ilustrar o posicionamento da Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) que, nas palavras do Desembargador-relator Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, ao negar recurso da *Buser* por unanimidade, proibiu a startup de divulgar, comercializar e realizar atividades de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros com ponto de chegada ou saída no Estado:

À primeira vista, o que sobressai desta conjuntura é que a recorrente pretende o melhor dos mundos para si, qual seja, intermediar transporte regular de passageiros travestido de fretamento eventual, à margem dos marcos legais, contratuais e regulatórios desta atividade econômica.

Ao fornecer os meios para tanto, a agravante aparentemente incorre em violação — ou, quando menos, permite que incorram — às normas de regência da matéria, às concessões administrativas devidamente outorgadas às empresas transportadoras, ao próprio serviço público legitimamente delegado e, finalmente, à exigência constitucional de prévia licitação para a delegação da atividade econômica. É dizer: a intermediação via site e aplicativo *Buser* possibilita a atuação de fretadoras à margem da lei e do direito. (TJ-SC - AI: 50054578420208240000 TJSC 5005457-84.2020.8.24.0000, Relator: FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO, Data de Julgamento: 08/09/2020, 2ª Câmara de Direito Público).<sup>47</sup>

Ademais, ainda que se sustente o esvaziamento da livre iniciativa, tal argumento merece reparo já que nenhum princípio é absoluto, permitindo-se restrições ou flexibilizações fundadas no interesse público.

É bem por isso que há determinação constitucional de que, ocorrendo a prestação indireta do serviço público de transporte, ela se dará por meio de delegação

---

<sup>47</sup> Disponível em <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925273506/agravo-de-instrumento-ai-50054578420208240000-tjsc-5005457-8420208240000/inteiro-teor-925273530?ref=feed>, acesso em 06/02/2022.

por concessões, permissões e autorizações administrativas precedidas, em regra, por licitação pública.

Nessa linha, vale mencionar um caso similar que foi submetido ao Superior Tribunal de Justiça. Na origem, tratava-se de recurso ajuizado por uma empresa de transporte, permissionária de linhas regulares entre o Estado do Paraná até o Estado de Mato Grosso, contra outorga realizada pelo poder executivo federal que, por meio de um decreto, outorgou à uma concorrente a exploração de linhas regulares de ônibus comercial nos mesmos trechos, transformando uma mera autorização de fretamento em exploração de transporte rodoviário, justificando serem idênticos os regimes de autorização ou permissão<sup>48</sup>.

A corte do STJ estabeleceu o entendimento de que, diante da nova ordem constitucional, a exploração de linha regular de transporte rodoviário sem que se proceda ao devido procedimento licitatório não é possível, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – CONTRARIEDADE AO ART. 535 DO CPC – INOCORRÊNCIA – RECURSO ESPECIAL EM QUE SE APONTA VIOLAÇÃO DE DECRETO – CONCEITO DE LEI FEDERAL – POSSIBILIDADE – SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS – CONVOLAÇÃO DE FRETAMENTO EM LINHA REGULAR – IMPOSSIBILIDADE. 3. Impossibilidade de convolar-se autorização para prestação de serviço de fretamento de passageiros em permissão para exploração de linha regular de transporte interestadual sem o devido processo licitatório.

(...) de modo a adequar a prestação de serviços de transporte rodoviário à nova ordem constitucional, entrou em vigor o Decreto 952/93, revogando as disposições do Decreto 92.353/86. O novo diploma legal manteve a conceituação do fretamento como serviço especial, outorgado mediante autorização, independentemente de licitação, em razão de seu caráter ocasional. **Já para o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, a delegação dos serviços, mediante permissão, deve se dar em conformidade com a lei de licitações, em atendimento à Constituição de 1988 (art. 175). Inviável, portanto, que possa a recorrida proceder à exploração de linha regular de transporte rodoviário, sem que se proceda ao devido procedimento licitatório(...)** (REsp 886.763/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 18/04/2008)<sup>49</sup> (destaquei)

Na mesma linha é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

<sup>48</sup> RECURSO ESPECIAL Nº 886.763 – RS. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clap.+e+@num=%27886763%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27886763%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clap.+e+@num=%27886763%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27886763%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) acesso em 12/02/2022.

<sup>49</sup> Idem.

Transporte rodoviário interestadual de passageiros. Não pode ser dispensada, a título de proteção da livre iniciativa, a regular autorização, concessão ou permissão da União, para a sua exploração por empresa particular. Recurso extraordinário provido por contrariedade ao disposto no art. 21, XII, e, da Constituição Federal. (BRASIL, RE 214.382/CE, j. 1.999. Relator: Ministro Octávio Gallotti<sup>50</sup>).

Vale ressaltar, ainda, que mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico anterior já vedava a competição entre prestadores do transporte rodoviário sujeitos a diferentes regimes jurídicos, por meio do Decreto 92.353/86<sup>51-52</sup>.

De modo a facilitar a compreensão do tema, propõem-se um exemplo abstrato: sugere-se pensar no serviço prestado por um bar ou restaurante que comercializa livremente bebidas alcoólicas e não alcoólicas. Quanto a esse serviço pode-se afirmar com exatidão que não é um serviço público – seja porque formalmente não está previsto em norma jurídica, seja porque materialmente não está ligado à promoção do bem comum, que é um elemento intrínseco do serviço público –, mas tão somente uma expressão da liberdade dos indivíduos de comercializem e consumirem determinado produto.

Por isso, respeitadas normas de caráter sanitário e administrativo, a existência desses comércios será amplamente incentivada, homenageando a livre concorrência e a livre iniciativa.

Nesse contexto, tem-se relevante conclusão: diante da necessidade do processo licitatório, existe limitação à livre entrada do particular para exercer essa atividade no Brasil. Portanto, a qualificação constitucional do transporte coletivo com um serviço público, obrigatoriamente, submete esta atividade a um regime jurídico de natureza pública, sendo inviável admitir a concorrência fora do quadro normativo, sob pena de competição predatória.

---

<sup>50</sup> Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738724/recurso-extraordinario-re-214382-ce> acesso em 14/02/22.

<sup>51</sup> Art. 54 - As seguintes modalidades de transporte rodoviário interestadual e internacional coletivo de passageiros constituem serviço especial e, como tal, não podem ser operadas sob o regime de linha regular nem efetuar concorrência com os serviços regulares: I - transporte turístico; II - transporte sob fretamento.

<sup>52</sup> Art. 11 - A exploração dos serviços será adjudicada: I - pelo regime de concessão, mediante concorrência pública; II - pelo regime de permissão, mediante seleção sumária de transportadora. § 1º - Nas licitações para adjudicação dos serviços, não será permitida a participação de empresas que mantenham, entre si, vínculos de interdependência econômica, nelas se adotando formas e níveis de atendimento consentâneos com a demanda apurada.

### **3.3. A concorrência-instrumento como pressuposto da prestação do transporte rodoviário**

Como visto, a Constituição de 1988 consagrou a concorrência-instrumento no ordenamento jurídico pátrio, de modo que a disputa pelas oportunidades de mercado, bem como a prestação dos serviços públicos pelos particulares obedece mais a uma lógica jurídico-social do que puramente econômica.

Nesse sentido, afirma Victor Schirato que:

A prestação de serviços em massa [transporte coletivo] deve ser permeada por deveres que impeçam por completo o afastamento de cidadãos de sua fruição. Ou seja, não pode haver a prestação de um serviço público de forma que se possa alijar de sua fruição certa camada da população, seja em função de renda, seja em função de localidade. Essa afirmação, como bem pondera Simone Torricelli, faz com que a lógica puramente econômica do mercado seja mitigada em função de obrigações jurídicas inerentes ao serviço público<sup>53</sup>.

A defesa da concorrência dentro dos moldes estabelecidos pela Constituição revela, no estudo do presente caso, perspectivas intrigantes e talvez até contraditórias. É que a gênese do direito concorrencial está sedimentada na garantia da livre concorrência e na proteção da livre escolha pelo particular. Ocorre que este mesmo sistema, instaurado e executado pelo Estado, relaciona-se com seu próprio dever de atuação específica, que se volta à promoção de condições que ampliem de modo universal o acesso dos indivíduos à mobilidade.

É daí que surge o aparente contrassenso, pois “a necessidade estatal de cumprir determinados objetivos de caráter social e econômico, que podem estar dissociados e nem sempre convergem para a proteção da concorrência.”<sup>54</sup>. Por isso a importância de limitar a livre concorrência quando se trata da prestação de serviços públicos, já que o direito social ao transporte não deve se sujeitar à volatilidade da oferta e demanda.

---

<sup>53</sup> SCHIRATO, Victor Rhein. Os desafios da Regulação dos Serviços Públicos de Transporte Coletivo diante de novas tecnologias, In: Alexandre Santos Anna Carolina Migueis Pereira, Letícia Lobato Anciet Lisboa (Coord.), Regulação e Infraestrutura, 2018, p.680.

<sup>54</sup> MACEDO, Rafael Rocha de. Direito da Concorrência: instrumento de implementação de políticas públicas para o desenvolvimento. Dissertação de Mestrado. São Paulo: 2008. Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Sobre a atuação positiva do Estado, no que se refere aos direitos sociais, afirma José Afonso da Silva<sup>55</sup>:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Por esse ângulo, a Emenda Constitucional 90/15<sup>56</sup> incluiu o direito ao transporte no rol de direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição. A modificação, nesse caso, vai ao encontro dos marcos regulatórios até então existentes<sup>57</sup>, em que a prestação deste serviço público deve obedecer às regras quando: as linhas e regiões onde o serviço será fornecido; os horários e a frequência que o serviço será prestado; a política de preços; os procedimentos relativos às gratuidades e descontos obrigatórios; as normas de segurança; as garantias para o usuário, etc.

À vista disso é que a Constituição, sabidamente, reconhece a concorrência como um valor a ser protegido, mas no trato do serviço público de transporte, limitou sua abrangência de modo que para prestar essa atividade o particular, obrigatoriamente, precisa de outorga do poder público.

Mesmo nos casos em que a outorga não seja precedida de licitação ou quando não haja exclusividade na exploração, como acontece com o transporte regular interestadual e internacional, a prestação do serviço sempre é dirigida pelo Poder Público. No caso do “fretamento colaborativo” há um evidente descompasso, pois sua atuação não é autorizada pelo Estado e porque as condições de oferta são elaboradas unicamente pela plataforma digital.

---

<sup>55</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, 2008. P.286.

<sup>56</sup> Artigo único. O art. 6º da Constituição Federal de 1988 passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, **o transporte**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (destaquei). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc90.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc90.htm) acesso em 13/02/22.

<sup>57</sup> Fundada em 2001, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) é a autarquia federal responsável pela regulação das atividades de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal e de prestação de serviços de transporte terrestre, conforme art. 1º do Decreto 4.130/02. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4130.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4130.htm) acesso em 13/02/22.



Dito isso, vale apontar que a atividade de empresas como a *Buser* não pode ser enquadrada como de fretamento eventual ou para turismo<sup>58</sup>, mas é, sem dúvida, prestação de serviço de transporte coletivo regular aberto ao público.

O serviço ofertado na plataforma digital não se limita, porém, a agrupar clientes esporádicos. Ele alcança toda pessoa que pretende viajar entre municípios e estados, o que leva a criação de linhas regulares do transporte coletivo, invadindo a esfera de atuação das empresas delegatárias do serviço público<sup>59</sup>.

Nesse sentido, forçoso tratar do entendimento do Supremo Tribunal Federal que considerou, em caso marcadamente similar<sup>60</sup>, que a intermediação digital não descaracteriza a organização de meios de produção para a prestação do serviço de transporte quando reconheceu a repercussão geral no RE 1.054.110<sup>61</sup>.

Ademais, a similaridade dos casos tem que ser reconhecida. Em ambos, tem-se plataformas que captam demandas de mobilidade, entretanto, nos casos da *Uber*, *Cabify* e *99* não há prestação de um serviço público. Por isso que, especificamente nesse último caso, a Constituição não estipulou um regime jurídico próprio para que a atividade seja prestada, de modo que a livre iniciativa<sup>62</sup> e a livre concorrência não podem ser restringidas.

Já o regime específico de delegação que envolve a prestação do serviço público de transporte rodoviário coletivo, a escolha do constituinte foi diferente. Para se ter uma noção, no plano nacional, a Lei 10.233/2001 estipula a necessidade de concessão, quando se tratar de exploração de infraestrutura do transporte público<sup>63</sup>,

---

<sup>58</sup> A Resolução ANTT nº 4.777/15 regula o transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento. A característica elementar desse regime é a operação em circuito fechado, que é estabelecido no art. 3º, XIV, que diz: 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”

<sup>59</sup> Renova-se a sugestão de acesso ao site [www.buser.com.br](http://www.buser.com.br) em que está evidente a regularidade das linhas entre diferentes cidades do Brasil.

<sup>60</sup> Trata-se do 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 particulares cadastrados em aplicativos como *Uber*, *Cabify* e *99*.

<sup>61</sup> Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5206938> acesso em 13/02/22.

<sup>62</sup> Enquanto a livre concorrência pode ser vista como a disputa de oportunidades num determinado mercado, a livre iniciativa, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, consiste na liberdade de iniciar, organizar e gerir uma atividade econômica. Ela consagra uma garantia de abstenção do Estado no domínio econômico. RE 1054110 RG / SP.

<sup>63</sup> Um exemplo comum é a concessão de trechos de rodovias, aeroportos e rodoviárias.

de permissão, quando for o caso de prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros e, por fim, de autorização, quanto a prestação regular de serviços de transporte interestadual e internacional de passageiros.

Em todos os casos, antes da efetiva outorga do serviço ao particular, são elaborados estudos técnicos, análises de viabilidade financeira (tanto pela administração pública, quanto pelo particular), estudo de impacto regulatório, que subsidiaria melhora e mais oportuna decisão estatal. Não só pela quantidade de tempo dispendido na análise complexa desses fatores, mas também pela escassez de pessoal, a outorga do serviço público não é tarefa simples.

Deve se determinar os itinerários que serão concedidos, a possibilidade da concorrência entre os delegatários, os casos de inviabilidade operacional, a política tarifária, o eventual subsídio público, a conformação de interesses não-econômicos, o prazo de outorga e muitos outros temas complexos<sup>64-65</sup>.

Por conta de todos esses fatores é que o Estado, por meio da regulamentação do serviço de transporte coletivo, atua para garantir a continuidade e a universalidade de sua prestação, impondo condições mínimas nos acordos que antecedem à delegação para que toda a população tenha a oferta do serviço de forma adequada.

Essa “adequação” é justamente uma característica que diferencia o regime dos serviços públicos dos de natureza privada, estes últimos guiados eminentemente pela busca do lucro. Os serviços públicos, noutra banda, são ínsitos da própria função do Estado, qual seja, a promoção do bem comum. Daí que a Constituição da República, de maneira expressa, arquitetou regras especiais para a sua execução<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> No sentido de ilustrar a complexidade que envolve a delegação do serviço público, remete-se à Lei 8.987/95 que, dispondo sobre a espécie da concessão, determinava a utilização da modalidade mais completa de licitação prevista na Lei 8.666/93, qual seja, a concorrência entre pessoas jurídicas ou consórcio de empresas. A nova lei geral de licitações, Lei 14.133/21, passou a prever também a modalidade de diálogo competitivo.

<sup>65</sup> Nas parcerias público-privadas por exemplo, a complexidade também pode ser apreciada do ponto de vista financeiro, uma vez que a Lei Federal nº 11.079/04 dispõe que o valor mínimo para sua celebração será de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

<sup>66</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de

Na mesma linha é o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>67</sup>:

O regime dos serviços públicos apresenta características funcionais próprias, que o extremam do regime comum dos serviços privados, estando sintetizados em oito *princípios jurídicos informativos dos serviços públicos*: a generalidade, a continuidade, a eficiência, a atualidade, a segurança, a cortesia e a modicidade, que, em conjunto, atendem ao conceito jurídico indeterminado constitucional de *serviço adequado*

Por outro lado, a operação das plataformas digitais de “fretamento colaborativo” é orientada, assim como as atividades empresariais de um modo geral, na busca constante do lucro e somente operam nos trechos em que há demanda frequente de passageiros, deixando de atuar nos que são considerados economicamente inviáveis. Tendo natureza de serviço público e sob a égide de uma concorrência instrumental, o transporte coletivo não pode se sujeitar a essa lógica.

E a explicação é flagrante: não é possível garantir a universalidade do serviço se houver competição entre particulares submetidos a regimes assimétricos, ou seja, delegatários que se submeteram a processos licitatórios e/ou de obrigações específicas e agentes que atuam sem nenhuma regulamentação.

Isso ocorre, pois, a outorga do serviço público geralmente abrange setores com superávit e trechos deficitários, de modo que a prestação pelos delegatários se torna possível em função do estabelecimento do que se convencionou chamar de subsídios cruzados<sup>68</sup>. Essa medida jurídica-fiscal visa equilibrar as condições de prestação do serviço público para que haja somente uma tarifa, embora exista diferenças nos custos de prestação fracionada do serviço.

Nesse ponto, recorre-se a um exemplo prático: nas outorgas autorizativas ou concessivas é obrigatório que o delegatário opere tanto em horários de máxima demanda quanto em momentos de baixa procura (madrugadas, finais de semana),

---

caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

<sup>67</sup> Curso de Direito Administrativo, 2014, p.471.

<sup>68</sup> Os subsídios podem ser considerados como uma técnica econômica para equilibrar os custos de produtos ou serviços para diferentes tipos de consumidor. No Brasil, seu uso é constante nos setores de telecomunicações, distribuição de energia elétrica, combustíveis e saneamento básico. A sua utilização, porém, é tema de sucessivas discussões, principalmente no que diz respeito à transparência da sua cobrança nas tarifas aplicadas e a sua (in) constitucionalidade. Para mais detalhes sobre esse componente tarifário ver CRUZ, K. A. da; RAMOS, F. de S. Evidências de subsídio cruzado no setor de saneamento básico nacional e suas consequências. **Nova Economia**, [S. l.], v. 26, n. 2, 2016. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/2544>. Acesso em: 27 fev. 2022.

atue em capitais e outras cidades populosas, mas também em municípios menores e até mesmo em distritos<sup>69</sup>.

Assim, destaca-se o efeito prático da implementação dos subsídios cruzados no serviço público de transporte rodoviário, qual seja, assegurar a sua prestação permanente e a maior extensão da sua prestação.

Caso se permitisse que agentes sem delegação do Estado competissem livremente neste setor, explorando somente as linhas que considerasse economicamente atrativas, a estruturação global do serviço público restaria comprometida, impedindo a universalidade e continuidade do transporte público rodoviário, conforme dispõe a Constituição da República nos arts. 21, XII, 'e' c/c art. 175.

Por todo o exposto, é que a Constituição não admite a livre iniciativa no setor de transporte coletivo, pois causaria uma desarmonia com a própria sistemática da delegação do serviço público. Em resumo, a livre iniciativa, assim como qualquer direito, não tem valor absoluto e pode sofrer limitações. Nesse caso, nem se pode falar em aparente conflito de normas constitucionais (art. 21, XII, 'e' e art. 170, IV), uma vez que a própria Constituição é que faz, de maneira expressa, essa limitação (art. 175).

---

<sup>69</sup> Outras obrigações específicas aos delegatários são prazos de atendimento (art. 45 da Resolução ANTT n° 4770/2015), tarifa máxima (art. 76 da Resolução ANTT n° 4770/15), gratuidades e descontos (art. 55 da Resolução ANTT n° 4770/15), frequências mínimas (art. 33 da Resolução ANTT n° 4770/15), etc.

#### 4. OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INTERMEDIÇÃO DO TRANSPORTE COLETIVO RODOVIÁRIO: A DEFESA DA LIVRE INICIATIVA E DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA EM PROL DA OTIMIZAÇÃO DA MOBILIDADE URBANA

Consoante já destacado nas linhas anteriores, este trabalho utilizará a atuação da *Buser*<sup>70</sup> para formar a necessária dialeticidade que envolve um trabalho científico. A escolha, embora já justificada<sup>71</sup>, funda-se na capilaridade de sua atuação no Brasil e na relevância da argumentação jurídica utilizada por seus defensores<sup>72</sup>, em contraponto ao capítulo anterior.

Diante da profusão de argumentos, buscou-se condensar aqueles que têm entre si uma conexão mais próxima em tópicos específicos, bem como as suas críticas, na tentativa de facilitar a compreensão e contribuir para a fluidez textual.

##### 4.1. *A atuação da Buser e a impossibilidade do seu enquadramento como prestadora de serviço de transporte*

De início, o argumento primordial é de que a *Buser* não é prestadora de serviço público de transporte, mas uma empresa de tecnologia que consiste em conectar pessoas que querem fazer uma mesma viagem, formando grupos dentro da sua plataforma. Assim, após a formação, a empresa possibilita a intermediação do contrato de fretamento com as empresas de transporte previamente cadastradas na sua plataforma.

O modelo de negócios da *Buser* é baseado na economia compartilhada, focada nas interações de pessoa para pessoa, similar a empresas como *Uber*, *Cabify*, *99*, *FlickBus* e *BlaBla Car*. No ponto, a economia compartilhada pode ser conceituada como:

um fenômeno econômico e tecnológico emergente, que é impulsionado pela evolução das tecnologias de comunicação, pela preocupação com o aumento do consumo e pela proliferação de redes colaborativas na internet que

<sup>70</sup> Cumpre destacar que existem outras empresas no Brasil e no mundo que realizam atividade de intermediação similar à *Buser* tais como a alemã *FlixBus* e a americana *UberBus*.

<sup>71</sup> Relembre a explicação na nota 39.

<sup>72</sup> Existem diversos processos que tratam da (in) constitucionalidade e/ou (i)legalidade do objeto deste estudo em vários estados da federação, tanto na justiça estadual, quanto na federal, os quais serão mencionados nas próximas linhas.

promovem o consumo compartilhado de bens e serviços através de plataformas online<sup>73</sup>.

Esta nova iniciativa busca o compartilhamento de serviços e produtos por meio de aluguel, empréstimo, troca, compra de produtos usados, doação e pela divisão de custos por usuários em terreno digital e visando o benefício mútuo entre os participantes<sup>74</sup>.

Este comportamento de compartilhar bens e serviços é dirigido na perspectiva do consumo consciente e sustentável, indo de encontro à lógica da sociedade de consumo do século XX, voltada para a constante acumulação de bens<sup>75</sup>.

No presente estudo, a *Buser* se insere no rol de plataformas que atuam no setor de transporte que objetivam, por meio do compartilhamento dos custos de uma viagem, melhorar a mobilidade urbana, oferecer acessibilidade econômica e promover a sustentabilidade ambiental.

Para isso, a empresa de tecnologia argumenta que não presta serviço de transporte, mas que apenas permite aos usuários de sua plataforma que criem grupos e proponham as viagens que pretendem efetuar, sendo que depois de atingido o número mínimo de pessoas, a plataforma intermedia um contrato de transporte entre os usuários e a empresa de fretamento.

De forma complementar, também alega que não há comércio de passagens na sua plataforma, mas sim um rateio do preço do fretamento entre os usuários que confirmam uma viagem.

---

<sup>73</sup> HAMARI, Juho; SJÖKLINT, Mimmi; UKKONEN, Antti. The Sharing Economy: Why People Participate in Collaborative Consumption. *Journal of the Association for Information Science and Technology*. 2016 Disponível:

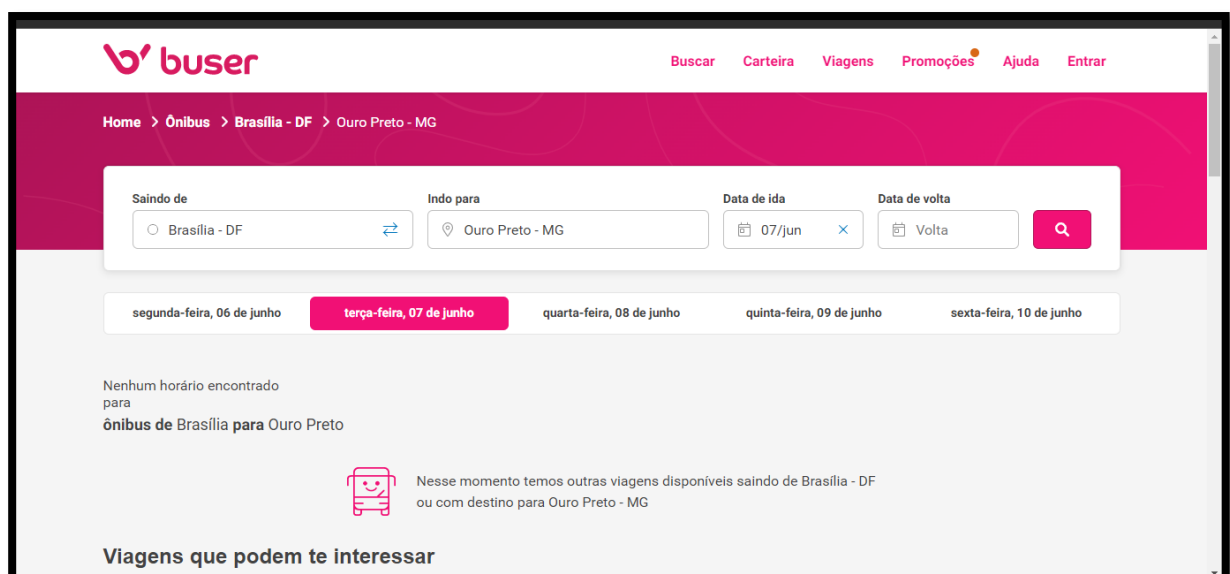
em [https://www.researchgate.net/publication/255698095\\_The\\_Sharing\\_Economy\\_Why\\_People\\_Participate\\_in\\_Collaborative\\_Consumption](https://www.researchgate.net/publication/255698095_The_Sharing_Economy_Why_People_Participate_in_Collaborative_Consumption) Acesso em 02/03/22. Tradução livre de “an emerging economic-technological phenomenon that is fuelled by developments in information and communications technology (ICT), growing consumer awareness, proliferation of collaborative web communities as well as social commerce/sharing (...) which endorses sharing the consumption of goods and services through online platforms.”

<sup>74</sup> Idem. O artigo citado busca compreender os motivos que levam as pessoas apoiarem a economia compartilhada e conduz um estudo com 254 plataformas para entender o alcance desta nova forma de consumo.

<sup>75</sup> Economia do compartilhamento ganha adeptos nos EUA. *Revista Exame*, 2014. Disponível em: <https://exame.com/economia/economia-do-compartilhamento-ganha-adeptos-nos-eua/> Acesso em 02/03/22

Entretanto, essas alegações não se sustentam quando a plataforma é acessada<sup>76</sup>. A título de exemplo, buscou-se por uma viagem que partisse de Brasília-DF com destino a Ouro Preto-MG, mas a plataforma comunicou que nenhum horário foi encontrado para este trecho, informando outras opções de viagem. Isso porque, não há nenhum mecanismo para a criação dos grupos supramencionados e, portanto, não é possível “propor” nenhuma viagem, mas somente buscar pelas linhas já estabelecidas no site.

Daí que se nota pela captura de tela diretamente do site da *startup*, veja:



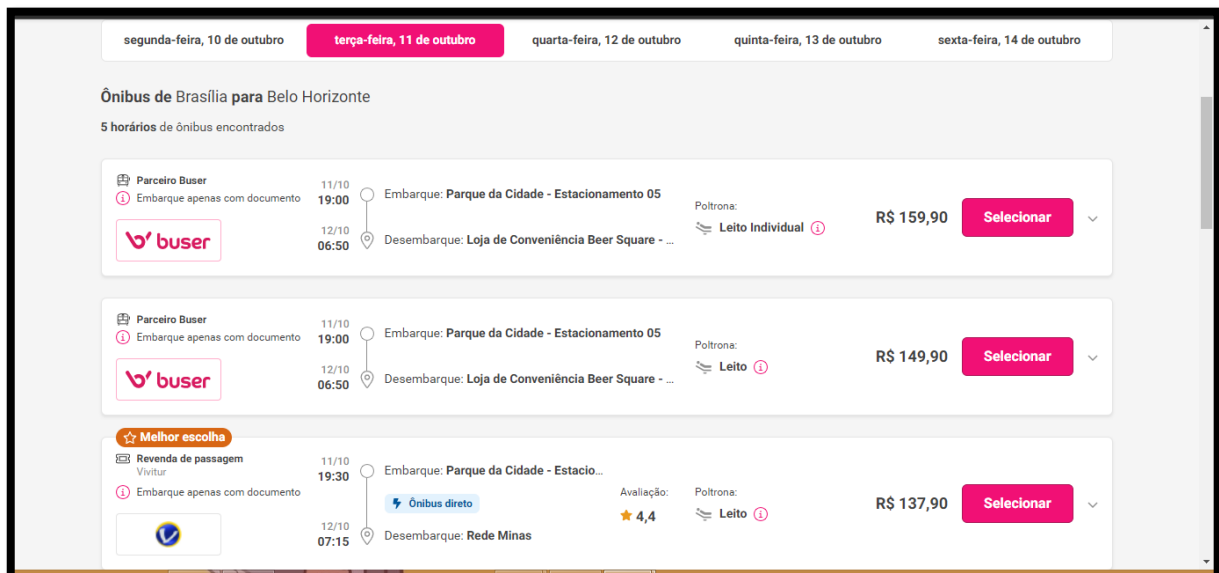
Noutro ponto, difícil é defender o argumento de que não existe venda de passagens, mas mero rateio do fretamento. Analisando qualquer viagem publicizada na plataforma, é possível perceber que os preços de cada viagem já são pré-determinados e não há mudança nos valores conforme aumenta a quantidade de pessoas que aderirem àquela rota. Em resumo, ninguém “encontra” ninguém na plataforma, as pessoas simplesmente garantem sua vaga em uma viagem, comprando a referida passagem.

Caso houvesse, conforme defendido pela *Buser*, o rateio dos valores, os preços alterariam dinamicamente em tempo real, e não seriam fixos, como de fato o são. Outro fato que aniquila a alegação de que não existem roteiros ou horários pré-

<sup>76</sup> Acesso ao site <https://www.buser.com.br/> em 02/03/22. Destaca-se que desde o início da produção deste trabalho, a arquitetura do site não havia mudado.

definidos é a de que é plenamente possível comprar passagens com grande antecedência<sup>77</sup>.

Nesse sentido, captura-se novamente a interface da plataforma digital corroborando o alegado:



Por fim, a *Buser* alega que apenas intermedia o contrato de transporte feito entre os usuários da sua plataforma e as empresas de fretamento. Ocorre que depois de definido o roteiro da viagem e o horário em que se pretende viajar, o usuário da plataforma realiza o pagamento e quando paga, paga para a *Buser* e não para a empresa que executará a viagem<sup>78</sup>.

Isso demonstra que, no mínimo, o contrato da prestação de serviço tem a *Buser* como parte essencial, sendo descabido afastar sua participação alegando ser somente uma simples intermediadora.

Nessa ótica, a “inovação” da “intermediação” feita pela *Buser* pode ser questionada no sentido de que a experiência de uso da plataforma é extremamente similar às plataformas das delegatárias do serviço público de transporte, em que há a

<sup>77</sup> Acessando a plataforma da Buser era possível pesquisar uma passagem para o trecho Brasília/DF – Belo Horizonte/MG com três, quatro, cinco meses de antecedência.

<sup>78</sup> Para fins acadêmicos, foi realizada a busca e a reserva de uma passagem entre Brasília/DF e Belo Horizonte/MG para o dia 11/03/22 com método de pagamento boleto bancário. No boleto, o beneficiário do pagamento era Buser Brasil Tecnologia Ltda. (29.365.880/0001-81). Todo o procedimento foi realizado no dia 02/03/22 no site <https://www.buser.com.br/>



escolha da cidade de embarque e do destino, o preço das passagens e os horários regulares das viagens.

#### **4.2. A proibição da atividade é inconstitucional (art. 5º, II e art. 170, CRFB/88)**

Noutra frente, alega-se que a Constituição da República não reservou o serviço de transporte de passageiros aos entes públicos, mas que fracionou a atividade em transporte coletivo público e transporte coletivo privado. Nesta última classificação estariam as empresas cadastradas na plataforma que realizam o fretamento eventual, aplicando-se o regime jurídico de direito privado e atuando livremente no mercado.

Ademais, cumpre-se sublinhar o pressuposto constitucional de que aos particulares tudo é permitido se não houver restrição legal expressa, de modo que a proibição da atuação da *Buser* violaria frontalmente o livre exercício da atividade econômica, prevista nos artigos 5º, XIII e 170, § único da CRFB<sup>79</sup>.

Todavia, esse ponto de vista parece não se sustentar quando feita uma leitura sistemática no texto constitucional. Isso porque, de fato, a Constituição prevê a livre iniciativa como um dos fundamentos do Estado Brasileiro, mas, ao mesmo tempo, a Lei Maior demarcou algumas atividades que são isoladas do seu alcance e do livre mercado.

Em verdade, da leitura atenta da Constituição da República, é possível observar que essas atuações estatais estão dispostas em três regimes diversos, quais sejam: quando o Estado detém o monopólio da atividade, constituindo uma limitação total aos particulares (art. 177<sup>80</sup>); quando o Estado é o titular da atividade, mas pode

---

<sup>79</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>80</sup> Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; e ss.

delegar aos particulares (art. 21, XI<sup>81</sup>); quando o Estado presta atividade concomitantemente com o particular, sem a necessidade de qualquer autorização (arts. 199 e 209<sup>82-83</sup>).

Assim, cumpre ressaltar que a Constituição não fez qualquer separação do serviço de transporte de passageiros em público e privado, mas adotou diretiva no sentido de que a exploração dessa atividade é titularizada pela União, no que tange ao transporte internacional e interestadual<sup>84</sup>, e aos Estados, por simetria, no que se refere ao transporte intermunicipal<sup>85</sup>, sendo permitida, em ambos os casos, sua delegação.

Daí que quando a Constituição da República quis permitir que um serviço público também fosse prestado livremente pela iniciativa privada sem depender de qualquer ato autorizativo do Estado, assim o fez expressamente, como é o caso da prestação dos serviços de saúde e de educação.

Com vistas a regular o disposto no texto constitucional, foi editada a Lei 10.233/01 que dispõe sobre a estruturação dos transportes terrestres e aquáticos no Brasil. Assim é que, quanto ao transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros, a lei estabelece ser necessária, a depender da espécie da prestação, autorização ou permissão do poder público<sup>86</sup>.

Logo, para exercer tal atividade, o particular necessariamente precisa de aval do poder público e, essa limitação pela lei encontra legitimidade no texto constitucional (art. 21, XII, 'e' c/c art. 178<sup>87</sup>). Daí que a Agência Nacional de

---

<sup>81</sup> Art. 21. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

<sup>82</sup> Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: (...)

<sup>83</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

<sup>84</sup> 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;

<sup>85</sup> Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

<sup>86</sup> Art. 14. Ressalvado o disposto em legislação específica, o disposto no art. 13 aplica-se conforme as seguintes diretrizes: III - depende de autorização: j) transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, que terá regulamentação específica expedida pela ANTT; IV - depende de permissão: a) transporte rodoviário coletivo regular interestadual semiurbano de passageiros;

<sup>87</sup> Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Transportes Terrestres – ANTT, autarquia de regime especial criada por esta Lei, tem dentro de suas várias tarefas, a atribuição para fiscalizar e regulamentar esse setor.

Um dos argumentos levantados pela *Buser*, nesse contexto, é a de que as empresas cadastradas na sua plataforma são devidamente autorizadas para prestar o serviço de transporte, na modalidade de fretamento.

A esse respeito, a ANTT editou resoluções para regulamentar a prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros e, também, sobre o transporte rodoviário coletivo de passageiros na modalidade de fretamento, através das resoluções n° 4.770/15<sup>88</sup> e n° 4.777/15<sup>89</sup> respectivamente.

Limitando-se inicialmente na análise da Resolução n° 4.777/15, observa-se que a norma prescreveu que o serviço de fretamento pode ocorrer sob três formas<sup>90</sup>, sendo realizado em caráter turístico, eventual ou contínuo.

O fretamento turístico será aquele prestado em circuito fechado, ocasional e com finalidades turísticas. O fretamento eventual se caracteriza pela prestação do transporte também em regime fechado, de forma esporádica, mas sem finalidade turística.

Por fim, o modelo de fretamento contínuo ocorre em circuito fechado, mas com período determinado, com o número de viagens, frequência e horários pré-definidos, com necessidade de registro do contrato em cartório e destinado ao transporte empregados, discentes e docentes de instituição de ensino, agremiações estudantis e associações.

No que se refere ao circuito fechado, trata-se de uma imposição estabelecida pela agência reguladora, no sentido de que as viagens realizadas por

---

<sup>88</sup> Disponível em [https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00004770&seqAto=000&valorAno=2015&orgao=DG/ANTT/MT&cod\\_modulo=392&cod\\_menu=7220](https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00004770&seqAto=000&valorAno=2015&orgao=DG/ANTT/MT&cod_modulo=392&cod_menu=7220) Acesso em 03/03/22

<sup>89</sup> Disponível em [https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00004777&seqAto=000&valorAno=2015&orgao=DG/ANTT/MT&cod\\_modulo=392&cod\\_menu=7220](https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00004777&seqAto=000&valorAno=2015&orgao=DG/ANTT/MT&cod_modulo=392&cod_menu=7220) Acesso em 03/03/22

<sup>90</sup> As formas estão elencadas nos incisos VI, VII e VIII e o circuito fechado é definido no inciso XIV, todos no art. 3º da Resolução ANTT n° 4.777/15.

fretamento devem sempre ser cumpridas pelo mesmo grupo de pessoas nos trajetos de ida e volta.

Entretanto, há discussão sobre a (in)constitucionalidade desta exigência pela ANTT<sup>91</sup>. Primeiramente, por se tratar de norma que restringe direitos, deveria necessariamente ser instituída em Lei no sentido estrito e não por Decreto ou Resolução, o que seria uma afronta direta ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CRFB).

Sobre esse argumento, Carlos Ari Sundfeld<sup>92</sup> afirma:

O decreto 2.521/1998 e a resolução da ANTT 4.777/2015, ao menos no que tange às autorizações individualizadas para viagens de fretamento e ao dever de viagens de fretamento serem realizadas sempre em circuito fechado, criaram forte restrição econômica no mercado de transporte por fretamento, comprimindo-o. Não se trata, por óbvio, de norma de mera organização material desse nicho do mercado, tampouco de norma de segurança. Normas restritivas de direitos como essas precisariam ao menos estar previstas em lei, ou ser desdobramentos de regulação substantiva explícita da própria lei. Afinal, é “a lei” – e não os regulamentos, de forma autônoma – que ordena os transportes.

Em segundo lugar, a norma teria a finalidade de criar uma reserva de mercado injusta através da restrição artificial da oferta do serviço, similar ao que foi abordado no primeiro capítulo quando do surgimento das primeiras regras sobre competição. Assim é que o dever do Estado “é garantir a prestação de certos serviços, os públicos regulares, em benefício da população. Fora desses nichos, há liberdade de mercado”<sup>93</sup>.

Nessa linha, colhe-se importante posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a norma constitucional que inaugura a ordem econômica e financeira do estado brasileiro:

(...) o parágrafo único do art. 170 começa por dizer que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica”. Ora, se qualquer atividade econômica é exercitável por todos, segue-se, indubitavelmente, que o Estado não pode restringir apenas a uns ou a alguns (noção antitética a “todos”) o exercício de tal ou qual atividade econômica (noção antitética a “qualquer”), pois, seja qual for a atividade, é insuscetível de ser excluída do âmbito de ação dos particulares. Deste universo só estão arredadas as atividades

<sup>91</sup> Além da resolução já mencionada na nota anterior, o Decreto Federal 2.521/1998 também se refere ao circuito fechado como um dos requisitos para o transporte rodoviário na modalidade de fretamento.

<sup>92</sup> Parecer elaborado para a *Buser*, no Mandado de Segurança 10022506-80.2018.4.01.3800 impetrado em 2018 com a finalidade de que fosse determinado às autoridades coatoras (ANTT, DEER-MG) que não criassem óbice impedissem ou interrompessem as viagens intermediadas pela empresa.

<sup>93</sup> *Idem*.

econômicas que a própria Constituição, no seu art. 177, colocou sob monopólio estatal<sup>94</sup>.

Por fim, a limitação do serviço de fretamento através do circuito fechado suprime também o direito de escolha dos consumidores, atacando o princípio constitucional da proteção ao consumidor (art. 170, V, CRFB).

Nesse sentido, reforça o professor Carlos Ari Sundfeld<sup>95</sup>:

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 efeito de feri-lo não pode subsistir.

E continua, especificamente sobre o “circuito fechado”:

Também é ilegal a exigência, estabelecida pelo decreto federal 2.521 de 1998 (art. 3º, XI e art. 36), e pela resolução ANTT 4.777/2015 (art. 3º, VII e XIV), 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<sup>96</sup>.

Daí que a adoção da regra impõe obstáculos aos particulares que prestam o serviço na modalidade de fretamento ao mesmo tempo em que favorece os delegatários prestadores do transporte público, violaria o princípio da livre iniciativa e o livre exercício da atividade econômica (arts. 170, caput e art. 5, XIII, CRFB).

Por outro lado, importante destacar o posicionamento da ANTT no sentido de que o conjunto de requisitos e normas regulatórias para o serviço de fretamento têm de, necessariamente, ser diferentes das regras aplicadas ao serviço regular, sob pena de criar falhas de mercado.

---

<sup>94</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 813.

<sup>95</sup> Idem.

<sup>96</sup> Idem.

O estabelecimento do circuito fechado está atrelado à necessidade de dividir a atuação do serviço prestado no regime fretado em contraposição ao serviço regular, este último com normas mais rigorosas, determinando inclusive regras de saída do mercado<sup>97</sup>.

É por isso que o requisito de operação em “circuito fechado” é estabelecido pela ANTT como uma característica fundamental para a modalidade de fretamento, pois acaso não existisse, haveria o esvaziamento<sup>98</sup> do serviço regular de transporte. Isso porque, no regime de fretamento o custo operacional é menor, já que não precisa conceder gratuidades<sup>99</sup> (idosos, deficientes e jovens carentes) tampouco realizar viagens sem número mínimo de passageiros. Como as empresas sempre buscam exercer sua atividade com o menor custo operacional e o máximo lucro possível, o circuito fechado e a outorga em blocos<sup>100</sup> são as soluções encontradas para equilibrar o setor de transporte rodoviário no Brasil.

A livre iniciativa, com efeito, não é nem poderia ser um direito absoluto, sendo possível e recomendável a edição de regramentos diferenciados para a própria preservação do mercado, semelhante ao que foi abordado no primeiro capítulo. É por isso que todos os prestadores do serviço de transporte terrestre devem se submeter às regras concorrenciais e mercadológicas editadas pela ANTT, que tem a atribuição de regular e fiscalizar essa atividade no país, conforme Lei 10.233/01.

Ainda conforme a agência, o início do planejamento para o mercado de transportes se instaura com estudos que buscam avaliar as demandas da população que envolve os dias, os horários, o volume de passageiros, a frequência das viagens,

---

<sup>97</sup> Várias dessas exigências estão descritas no rol do art. 8º da Resolução 4.770/15 da ANTT. A saída de mercado é uma regra extremamente rigorosa, analisada do ponto de vista empresarial, em que a empresa tem de prestar o serviço por um prazo mínimo.

<sup>98</sup> Esse esvaziamento poderia ocorrer em virtude do estabelecimento de regras mais simples aos operadores por frete, sendo dispensado de qualquer regra quanto a regras de saída do mercado. Logo, sem o requisito do circuito fechado, poderia captar a demanda do serviço regular, causando falhas de mercado.

<sup>99</sup> Essas gratuidades são custeadas por meio dos subsídios cruzados, técnica que para garantir o embarque gratuito de um determinado público, divide-se o custo para todos, aumentando o valor individual pago por cada pessoa. Ressalta-se que há sérias divergências sobre a utilização dos subsídios cruzados.

<sup>100</sup> Outorga em blocos é quando a administração pública delega conjuntamente setores que são economicamente viáveis e inviáveis em razão de que ambos são necessários, pois se dependesse somente do particular escolheria somente os trechos em que há lucro, afetando a universalidade do serviço público.

os destinos, a motivação da viagem, dentre outros elementos. Daí que os estudos revelam quatro grupos ou tipos de demanda, conforme a ANTT<sup>101</sup>:

Grupo 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)
Grupo 2 – Viagens economicamente inviáveis e necessárias	São viagens cuja responsabilidade reside no poder público, já que, pela sua característica econômica (inviável), a livre concorrência/livre iniciativa/ livre exercício da atividade econômica não se dispõe, voluntariamente, a exercer.
Grupo 3 – Viagens economicamente viáveis e opcionais	São viagens de interesse empresarial pelo seu caráter economicamente viável, porém geram incertezas em relação ao recebimento 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 já 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.
Grupo 4 – Viagens economicamente viáveis e necessárias	São as viagens de maior interesse aos operadores já 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 sua viabilidade

<sup>101</sup> Manifestação elaborada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres no Agravo de Instrumento nº 1009783-04.2018.4.01.0000 em que se pede a revogação da tutela de urgência que deferiu liminar para determinar que as autoridades se abstivessem de impedir ou interromper as viagens intermediadas pela Buser.

	econômica, pressupõem-se que será devidamente atendida.
--	---

Fonte: Tabela da formação da demanda pelo serviço de transporte coletivo rodoviário feita pelo autor elaborada com base na manifestação da ANTT no Agravo de Instrumento nº 1009783-04.2018.4.01.0000

Dessa forma, conclui-se que o que diferencia o transporte – entendido como a capacidade de transportar alguém de um ponto ao outro – entre a modalidade regular ou fretado é o grupo de viagem que é explorado. Conforme a tabela, se a empresa decide explorar viagens que são economicamente viáveis e necessárias executará o transporte regular, caso realize as viagens economicamente viáveis e opcionais, trata-se de transporte fretado. Para ambos os casos, é necessário adequar-se à regulamentação, sob pena de ser considerado transporte irregular.

Nessa linha, tomando como base a separação das formas de viagem utilizada pela ANTT e o sistema de intermediação feita pela *Buser* em sua plataforma digital é possível concluir que a *startup* não realiza as viagens do grupo 1 ou 2, pois são economicamente inviáveis e não há, conforme já dito, a possibilidade de “criação” de grupos ou a “sugestão” para um trecho específico.

Assim é que, para operar no grupo 4, realizando viagens economicamente viáveis e necessárias, as empresas também precisam operar no grupo 2 que é essencial, mas não são viáveis, o que se convencionou chamar de outorga em blocos, com o intuito de equilibrar o mercado e garantir o direito social ao transporte. A *Buser* não cumpre com essa regra, alegando ainda que seria permitido aos usuários criarem ou sugerirem rotas, mas na prática ficou demonstrado que esse recurso não existe<sup>102</sup>.

Daí que a ANTT reconhece categoricamente que a atuação da *Buser* é irregular por atuar no transporte rodoviário de passageiros na modalidade regular, utilizando de veículos de empresas de fretamento, distorcendo o mercado e atuando, do ponto de vista concorrencial, de maneira predatória.

Percebe-se, desse modo, a precisão com que a ANTT delineou cada uma das formas para evitar ou diminuir qualquer deformidade no mercado, no sentido de criar uma separação lógica para o serviço de transporte entre a modalidade de

<sup>102</sup> Basta acessar o site [www.buser.com.br](http://www.buser.com.br) e observar que já existem os trechos que são atendidos com os horários também já pré-estabelecidos, sendo impossível “criar” ou “sugerir” um novo trecho ou a formação de um grupo. Ademais, o “rateio” do fretamento se assemelha, e muito, com a cobrança de uma passagem individualizada.



fretamento e a modalidade regular, exatamente para não criar uma competição injusta e para evitar falhas de mercado que afetariam diretamente a continuidade e a universalidade do serviço público.

## 5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, nota-se que é imprescindível a análise do regime jurídico aplicável ao serviço de transporte coletivo rodoviário. Assim, foi demonstrado que esta atividade se revela como um serviço de natureza pública e que há regramento constitucional específico para tratar da matéria, isto porque o serviço público tem a característica de variar tanto no tempo quanto no espaço e está condicionado à legislação de cada Estado que define sua extensão.

Desse modo, constatou-se que para realizar esta atividade, o particular precisa, necessariamente, da delegação do poder público para atuar. Por outro lado, ficou confirmada a hipótese de que as plataformas digitais atuam de forma irregular no mercado, pois não existe intermediação de contratos de fretamento, mas verdadeira usurpação de serviço público, estabelecendo, assim, concorrência desleal com os prestadores do serviço já habilitados pelo Estado.

De todo maneira, diante da pulsante revolução digital, não se olvida que dia após dia os aplicativos que operam pela via da economia compartilhada ganham cada vez mais espaço no seio social, principalmente pela promessa de oferecer um serviço que possa ser mais barato em relação aos seus concorrentes já estabelecidos no mercado.

Daí que, buscando uma conclusão lógica e não ideológica sobre o tema, este trabalho procura estabelecer que da forma como o ordenamento jurídico está posto, a atividade dessas plataformas digitais não encontra sustentação jurídica, sendo que caso o legislador pretenda estabelecer marcos jurídicos mais flexíveis que considerem que o serviço público de transporte rodoviário possa ser também prestado por aplicativos de economia compartilhada deverá alterar a Constituição Federal.

Por isso que na ponderação entre princípios, destaca-se que a opção constitucional foi a de que a livre competição neste setor em específico deve ceder espaço à concorrência instrumental, de modo que para garantir o acesso universal à mobilidade, o direito social ao transporte não pode ser submetido à uma lógica puramente econômica, demandando do Estado uma atuação positiva para que os agentes econômicos possam competir em igualdade de condições.

## 6. BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Resolução ANTT nº 4.777/15, de 6 de jul. de 2015**. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento. Brasília: DF. Disponível em: [https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00004777&seqAto=000&valorAno=2015&orgao=DG/ANTT/MT&cod\\_modulo=392&cod\\_menu=7220](https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00004777&seqAto=000&valorAno=2015&orgao=DG/ANTT/MT&cod_modulo=392&cod_menu=7220). Acesso em: 3/3/22.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Resolução ANTT nº 4.770/15, de 25 de jun. de 2015**. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, sob o regime de autorização. Brasília: DF. Disponível em: [https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00004770&seqAto=000&valorAno=2015&orgao=DG/ANTT/MT&cod\\_modulo=392&cod\\_menu=7220](https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00004770&seqAto=000&valorAno=2015&orgao=DG/ANTT/MT&cod_modulo=392&cod_menu=7220). Acesso em: 3/3/22.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 813.

BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 226, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto 4.130/02, de 13 de fevereiro de 2002**. Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4130.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4130.htm). Acesso em 13/02/22

BRASIL. **Decreto n. 2.521, de 20 de março de 1998**. Dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual

e internacional de passageiros e dá outras providências. Brasília: DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2521.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2521.htm). Acesso em 13/2/22.

BRASIL. **Lei 10.233, de 5 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília: DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm). Acesso em: 13/2/22.

BRASIL. **Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm). Acesso em: 13/2/22.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 13/2/22.

BRASIL. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 13/2/22.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial n. 886.763/RS**. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – CONTRARIEDADE AO ART. 535 DO CPC – INOCORRÊNCIA – RECURSO ESPECIAL EM QUE SE APONTA VIOLAÇÃO DE DECRETO – CONCEITO DE LEI FEDERAL – POSSIBILIDADE – SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS – CONVOLAÇÃO DE FRETAMENTO EM LINHA REGULAR – IMPOSSIBILIDADE. Recorrente: EMPRESA UNIÃO CASCAVEL DE TRANSPORTES E TURISMO LTDA. Recorrido: UNIÃO e outros. Relatora: Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2008 Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RE SP%27.clap.+e+@num=%27886763%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27886763%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RE SP%27.clap.+e+@num=%27886763%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27886763%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) acesso em 12/02/2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Plenário). **Recurso Extraordinário 1.054.110/SP**. DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TRANSPORTE INDIVIDUAL REMUNERADO DE PASSAGEIROS POR APLICATIVO. LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA. Recorrente: CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. Recorrido: CONFEDERACAO NACIONAL DE SERVICOS – CNS. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília: STF, j. 9 de maio de 2019. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5206938>. Acesso em 13/02/22.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 214.382/CE**. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. NÃO PODE SER DISPENSADA, A TÍTULO DE PROTEÇÃO DA LIVRE INICIATIVA, A REGULAR AUTORIZAÇÃO, CONCESSÃO OU PERMISSÃO DA UNIÃO, PARA A SUA EXPLORAÇÃO POR EMPRESA PARTICULAR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO POR CONTRARIEDADE AO DISPOSTO NO ART. 21, XII, E, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, julgado em 21/09/99. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738724/recurso-extraordinario-re-214382-ce> acesso em 14/02/22

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento n. 1009783-04.2018.4.01.0000**. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira, 7 de junho de 2018. Brasília. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trf-cassa-decisao-suspende-servicos.pdf>. Acesso em 14/2/22.

**Buser recebe investimento de R\$ 700 milhões e quer crescer 10 vezes em 2 anos.** CNN, São Paulo, 10 jun. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/buser-recebe-investimento-de-r-700-milhoes-e-quer-crescer-10x-em-2-anos/>. Acesso em 05/02/2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027259/>. Acesso em: 05 fev. 2022.

CRUZ, K. A. da; RAMOS, F. de S. **Evidências de subsídio cruzado no setor de saneamento básico nacional e suas consequências**. Belo Horizonte: Nova Economia, v. 26, n. 2, 2016. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/2544>. Acesso em: 27 fev. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993351/>. Acesso em: 05 fev. 2022

**Economia do compartilhamento ganha adeptos nos EUA**. Revista Exame, 2014. Disponível em: <https://exame.com/economia/economia-do-compartilhamento-ganha-adeptos-nos-eua/> Acesso em 02/03/22.

FERREIRA ALVES, Jorge de Jesus. **Direito da concorrência nas comunidades europeias**. Coimbra: Coimbra, 1992.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 17ª ed. 2015.

HAMARI, Juho; SJÖKLINT, Mimmi; UKKONEN, Antti. **The Sharing Economy: Why People Participate in Collaborative Consumption**. Journal of the Association for Information Science and Technology, 2016. Disponível: em [https://www.researchgate.net/publication/255698095\\_The\\_Sharing\\_Economy\\_Why\\_People\\_Participate\\_in\\_Collaborative\\_Consumption](https://www.researchgate.net/publication/255698095_The_Sharing_Economy_Why_People_Participate_in_Collaborative_Consumption) Acesso em 02/03/22.

HEILBRONER, Robert. **A formação da Sociedade Econômica**, 5ª ed. Zahar Editores: Rio de Janeiro, 1980.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Nizza. São Paulo: Editora Abril, 1974.

KOTSIRIS, Lambros. **An antitrust case in ancient Greek Law**. The International Lawyer, p. 451-457. Disponível em < <https://www.jstor.org/stable/40706085> > acesso em: 27/12/21.

LEMOS, Ronaldo; AFFONSO, Carlos. **Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança**. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Cidade, vol. 08, nº 4. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25740>. Acesso em 05/02/2022.

MACEDO, Rafael Rocha de. **Direito da Concorrência: instrumento de implementação de políticas públicas para o desenvolvimento**. Dissertação de Mestrado. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Plataforma digital. **Buser**. Disponível em: <https://www.buser.com.br/>. Acesso em 05/02/2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (2ª Câmara de Direito Público). **Agravo de Instrumento n. 50054578420208240000**. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA PELO SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (SETPESC) CONTRA a startup buser e empresa fretadora visando a proibição de divulgação, intermediação, comercialização e operação de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, com ponto de partida ou de chegada no Estado de Santa Catarina. Relator: FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO, Data de Julgamento: 08/09/2020. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925273506/agravo-de-instrumento-ai-50054578420208240000-tjsc-5005457-8420208240000/inteiro-teor-925273530?ref=feed>. Acesso em 06/02/2022.

SCHIRATO, Victor Rhein. **Os desafios da Regulação dos Serviços Públicos de Transporte Coletivo diante de novas tecnologias**, In: Alexandre Santos Anna Carolina Migueis Pereira, Letícia Lobato Anciet Lisboa (Coord.), Regulação e Infraestrutura, 2018.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura. 1961.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Parecer elaborado para a Buser, no Mandado de Segurança 1002506-80.2018.4.01.3800**. Impetrado em 2018, com a finalidade de que fosse determinado às autoridades coatoras (ANTT, DEER-MG) que não criassem óbice impedissem ou interrompessem as viagens intermediadas pela empresa. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5662276>. Acesso em 3/3/22.

TIGRE, Paulo B.; PINHEIRO, Alessandro M. **Inovação em serviços e a economia do compartilhamento**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788571440432. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788571440432/>. Acesso em: 10 mai. 2022.