



SERVIÇO DE FRETAMENTO COLABORATIVO OU TRANSPORTE COLETIVO IRREGULAR DE PASSAGEIROS? O tratamento regulatório da Buser no Brasil e contornos da jurisprudência

COLLABORATIVE CHARTER SERVICE OR IRREGULAR PUBLIC TRANSPORTATION OF PASSENGERS?

The regulatory treatment of Buser in Brazil and contours of jurisprudence

Carina de Castro Quirino*

Lucas Moreira Paulominas**

Pilar Wagner Martins***

Resumo: Este artigo se propõe a identificar a natureza jurídica e a delinear os contornos da jurisprudência a respeito do dilema regulatório que envolve as atividades operadas pela Buser. Analisaremos o seu tratamento legal atual, de modo que seja possível diagnosticar os entraves jurídicos que envolvem a atividade da plataforma. Esclareceremos, assim, o seu estado de arte regulatório e apresentaremos a discussão judicial que circunda o caso, oriunda dos seus impactos perante as companhias rodoviárias tradicionais. Em razão da ausência de regulação expressa da atividade de intermediação de serviços realizada por aplicativos como a Buser, a atuação fiscalizatória realizada pelo Poder Público se restringe à adequação do seu exercício aos ditames legais preestabelecidos para execução do serviço intermediado. Constatou-se que o serviço praticado pela Buser por vezes se encontra no limiar entre as modalidades comerciais analisadas; o que fundamenta a insegurança jurídica suscitada e induz a reflexão do papel do agente regulador diante de um ambiente de negócios inovador.

PALAVRAS-CHAVE: regulação – transporte – Buser – tecnologia.

Abstract: This paper aims to identify the legal nature and outline the contours of the case law regarding the regulatory dilemma involving the activities operated by Buser. We will analyze its current legal treatment, so that it is possible to diagnose the legal obstacles surrounding the platform's activity. We will thus clarify its regulatory state of the art and present the judicial discussion surrounding the case arising from its impacts vis-à-vis traditional bus companies. Due to the absence of express regulation of the intermediation of services provided by applications such as Buser, the supervisory action taken by the Public Power is restricted to the adequacy of its exercise to the legal dictates pre-established for the execution of the intermediated service. In the end, it was found that the service practiced by Buser is sometimes on the threshold between the commercial modalities analyzed; which justifies the legal uncertainty raised and induces reflection on the role of the regulatory agent in the face of an innovative business environment.

KEYWORDS: regulation – transport – Buser – technology.

Recebido em: 03.08.2022. Aprovado em: 27.09.2022.

* Doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Faculdade Nacional de Direito – FND/UFRJ. Cofundadora do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ – UERJ Reg. Advogada e atual Subsecretária de Regulação e Ambiente de Negócios da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Inovação e Simplificação do Município do Rio de Janeiro. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9916-4077>. E-mail: carinacastrodir@gmail.com.

** Bacharel em Direito pela PUC-Rio, com ênfase em Estado e Sociedade. Pesquisador PIBIC na área de Direito à Saúde e Accountability Social. Assessor Jurídico da Subsecretaria de Regulação e Ambiente de Negócios vinculada à Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Inovação e Simplificação do Município do Rio de Janeiro. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7399-3088>. E-mail: lucaspaulominas@gmail.com.

*** LL.M. pela Universidade de Columbia - Nova Iorque. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. E-mail: pilarwrmartins@gmail.com.

SUMÁRIO: Introdução - 1. O que é a Buser e seus antecedentes - 2. O problema regulatório - 3. Tratamento legal - 4. Decisões judiciais - 5. Regulando a inovação: avaliar com precaução - 6. Considerações finais - Referências.

INTRODUÇÃO

As plataformas digitais otimizam tempo e recursos ao intermediar transações de produtos e serviços. Esse novo modelo de negócios atingiu mercados de serviços essenciais, como de alimentação (iFood), de hospedagem (Airbnb) e de transporte individual de passageiros (Uber).

Diante da pluralidade de meios de transporte oferecidos pelo mercado, o serviço de fretamento de veículos coletivos tem se tornado uma opção atraente para aqueles que buscam uma alternativa ao serviço rodoviário tradicional em termos de praticidade, qualidade e, principalmente, preço.

Neste segmento de mercado, encontra-se a Buser, empresa de tecnologia sediada nas cidades de São José dos Campos (SP), São Paulo (SP) e Belo Horizonte (MG), que inaugurou no Brasil o serviço de intermediação de viagens coletivas intermunicipais e interestaduais entre pessoas que desejam ir para um mesmo destino e empresas de fretamento executivo.

O início de suas atividades no Brasil foi marcado por diversos problemas. Primeiramente, a revisão do sistema de transporte rodoviário individual de passageiros (TRIP) passou a ser aventada. Em 2020, com o advento da pandemia de Covid-19, vários entes federativos editaram decretos impedindo a circulação de ônibus fretados¹, o que intensificou o debate acerca da natureza do serviço oferecido pela Buser.

¹ Decreto Rio nº 48.500/2021. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/631994850_0_2021.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021. Decreto Rio nº 48.641/2021. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/6341548641_2021.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021. Decreto Rio nº 48.644/2021. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/634384864_4_2021.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021. Decreto Rio nº 48.706/2021. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/63534_Dec%2048706_2021.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021. Decreto Rio nº 48.761/2021. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/63648Dec%2048761_2021.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021. Decreto Rio nº 48.767/2021. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/63668Dec%2048767_2021.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021. Decreto Rio nº 48.809/2021. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/63724Dec%2048809_2021.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021. Decreto Rio nº 48.845/2021. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/63787Dec%2048845_2021.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021. Decreto Rio nº 48.893/2021. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/63861Dec%2048893_2021.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.

Para além da ausência de regulação específica da atividade de intermediação de serviços realizada por plataformas digitais e da insegurança jurídica decorrente, o dilema que se apresenta à Buser se constitui na possível incompatibilidade da sua proposta de atuação com a regra do circuito fechado. Essa regra comumente é imposta ao exercício do transporte coletivo de passageiros em regime de fretamento, e determina a realização de viagens de ida e volta com os mesmos passageiros e a impossibilidade de haver captação ou desembarque de usuários durante o itinerário – como alegam as companhias de transporte rodoviário tradicionais.

Na opinião da Buser, a regra do circuito fechado não somente se revelaria anacrônica às inovações tecnológicas desenvolvidas para o mercado de transporte – que potencializam a contratação do serviço de transporte coletivo privado, sobretudo em otimização da ociosidade de veículos entre os trajetos de ida e volta – como também se revela uma restrição à atividade econômica não prevista em lei, mas apenas por meio de decretos.

Devido a essa controvérsia, múltiplas ações judiciais foram distribuídas perante o Poder Judiciário Brasileiro em face da Buser Brasil Tecnologia Ltda., com o intuito de declarar a ilegalidade do seu serviço de transporte de passageiros, assim como determinar a imediata suspensão da sua atividade – o que será objeto de análise mais detalhada em capítulo posterior.

Na tentativa de regulamentar a temática – ou pelo menos evitar, por ora, que discussões judiciais inviabilizem o exercício da atividade econômica –, o Estado de Minas Gerais, por exemplo, editou o Decreto nº 48.121, em 13 de janeiro de 2021², com o objetivo de revogar a regra do circuito fechado, adequando assim o serviço prestado pela Buser às normas estaduais sobre transporte de passageiros em regime de fretamento.

No entanto, em linhas gerais, ainda persistem incertezas relevantes, frutoda ausência de unificação de seu tratamento regulatório, em especial quando leva-se em consideração que a empresa atua a nível interestadual, o que faz com que a solução adotada no Estado de Minas Gerais não seja suficiente como resposta final à questão

² Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=48121&comp=&ano=2021>. Acesso em: 10 jul. 2021.

Neste artigo, buscaremos compreender a natureza jurídica e os contornos da jurisprudência a respeito do imbróglia regulatório que envolve as atividades operadas pela Buser. Para isso, precisamos primeiro compreender no que consiste o negócio operado pela Buser e qual seu tratamento legal atual, de modo que seja possível diagnosticar o problema regulatório que envolve a atividade da plataforma.

É em razão disso que esclareceremos, em uma primeira seção, como o serviço ofertado pela empresa é executado, seguido por uma seção em que falaremos a respeito de seu tratamento legal e, posteriormente, por que seu modelo de negócios levanta um problema – ou melhor, uma incerteza – regulatória. Uma vez desenhado este panorama, passaremos à análise do conteúdo judicializado.

1. O QUE É A BUSER E SEUS ANTECEDENTES

A Buser se denomina uma plataforma *online* de fretamento colaborativo, em que usuários do serviço de transporte coletivo privado se encontram, formam um grupo de interesse pela realização de uma viagem específica e se conectam a empresas de ônibus particulares para a contratação do serviço de fretamento.

De acordo com a *startup*, o seu empreendimento se origina do processo de democratização do transporte interurbano no Brasil e se concretiza no oferecimento de viagens que chegam a custar menos da metade do preço cobrado pelas companhias rodoviárias tradicionais, com um nível de conforto superior ao apresentado pelo mercado.

Tanto a intermediação entre usuários e empresas de fretamento quanto a própria contratação do serviço são realizadas virtualmente, não sendo necessária a espera em filas ou a emissão de bilhete de embarque. Tendo normalmente como local de partida estacionamentos de *shoppings centers* ou postos de gasolina, o passageiro já registrado na viagem só precisa apresentar o seu documento de identificação e embarcar.

Em novembro de 2016, diante da necessidade de organizar o transporte de 30 convidados para o seu casamento, que sairiam de Minas Gerais em direção a Arraial da Ajuda (Bahia), o empresário e sócio cofundador da Buser, Marcelo Abritta, deparou-se com a seguinte realidade:

(...) fretar um ônibus de 48 lugares para levar apenas 30 pessoas, e pagar os custos de deixar o ônibus parado por 4 dias, além das diárias e da acomodação do motorista, era mais barato que comprar 30 passagens de ida e volta na única empresa que opera a rota.³

Frente a essa aparente janela de mercado, no início do ano seguinte, em contato com o economista Marcelo Vasconcellos, surgiu a ideia de criarem juntos uma plataforma *online* em que pessoas pudessem contratar esse serviço de transporte de maneira prática e mediante a promessa de pagamento de um valor de mercado realmente competitivo.

Entusiasmados com o projeto, Abritta e Vasconcellos iniciaram a pesquisa de valores de frete e de trajetos com diferentes empresas, tendo ao final se deparado com a possibilidade de uma economia de preço de mercado de até 60%.

Em junho de 2017, devido a uma restrição judicial⁴, a primeira viagem realizada pela *startup* não foi concluída, tendo sido o veículo parado durante o trajeto e apreendido pelas autoridades locais. Nesse caso, a Buser declarou ter se responsabilizado pela conclusão do percurso dos passageiros presentes através da utilização de outros modais e do reembolso dos valores pagos.

Ainda confiantes da viabilidade de mercado do empreendimento, em setembro de 2017, a Buser participou de uma primeira rodada de capitais de investimento, recebendo aportes financeiros dos fundos Canary, Yellow Ventures e Fundação Estudar Alumni Partners, o que garantiu a ela assessoria jurídica especializada e a contribuição de um time de profissionais da área de tecnologia para o desenvolvimento do projeto.

Atualmente, a Buser atua no mercado B2B (*business-to-business*) e B2C (*business-to-consumer*) e conta com aproximadamente 600 ônibus regulares e 150 operadores (motoristas) por meio de sua parceria com cerca de 100 empresas de ônibus. Estima-se que a

³ Disponível em: <https://www.buser.com.br/sobre>. Acesso em: 10 jul. 2021.

⁴ Decisão proferida em 06 de julho de 2017 nos autos da ação judicial nº 5090883-03.2017.8.13.0024 perante o Poder Judiciário de Minas Gerais, em que se determinou o seguinte: “Isso posto, DEFIRO, O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA, formulado pela parte autora e o faço para determinar à ré, BUSER a imediata suspensão do transporte coletivo público e intermunicipal, mediante fretamento de ônibus ou qualquer outro meio (...) Expeçam-se, com urgência, mandados de intimação, com cópias desta decisão, ao DEER/MG e SETOP (Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas), para que declarem seu interesse na presente ação, bem como proceder atividade fiscalizatória nos endereços de saída e chegada dos ônibus (saída inaugural 07/07/2017, às 19:30 h, ponto de embarque Minas Shopping).” (grifo nosso)

startup realiza 500 viagens por dia, cujos trajetos variam entre 50 e 700 km, podendo chegar até 12 horas de duração, e transportando o total de 100 mil passageiros por semana.

2. O PROBLEMA REGULATÓRIO

Segundo a Resolução ANTT nº 4.777, de 06 de julho de 2015, que dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros em regime de fretamento, existem três modalidades de fretamento autorizadas para operação, quais sejam, o fretamento turístico, o eventual e o contínuo⁵, sendo todos reservados ao deslocamento de pessoas em regime de circuito fechado.

O circuito fechado impossibilita a venda de passagens individuais para uma viagem, assim como a captação ou o desembarque de passageiros durante o percurso ou itinerário.⁶ Estabelece-se que os passageiros de um ônibus fretado na ida devem ser os mesmos da volta.

Por exemplo, se uma família freta um ônibus para realizar uma viagem ao Rio de Janeiro (RJ) e decide permanecer na cidade por dez dias, o ônibus em questão precisará permanecer na cidade por todos esses dez dias até o retorno dessa mesma família. Por ser apenas uma intermediária e não atuar no modelo de circuito fechado, a Buser argumenta não se submeter às regras relativas ao transporte de passageiros por fretamento.

⁵ Resolução ANTT nº 4.777/2015, art. 3º, VI a VIII: “VI - Fretamento turístico: o serviço prestado por autorizatória, para deslocamento de pessoas em circuito fechado, com exceção dos casos previstos nesta Resolução, em caráter ocasional, com relação de passageiros transportados e emissão de nota fiscal de acordo com as características da viagem, que deverá ser realizada conforme as modalidades turísticas definidas em legislação; VII - Fretamento eventual: o serviço prestado por autorizatória, para deslocamento de pessoas em circuito fechado, com exceção dos casos previstos nesta Resolução, em caráter ocasional, com relação de passageiros transportados e emissão de nota fiscal de acordo com as características da viagem, que ocorrerá sem interesse turístico; VIII - Fretamento contínuo: o serviço prestado por autorizatória, para deslocamento de pessoas em circuito fechado, por período determinado, com quantidade de viagens, frequência e horários pré-estabelecidos, com relação de passageiros transportados, firmado por meio de contrato registrado em cartório, destinado ao transporte de empregados ou colaboradores de pessoa jurídica, de docentes, discentes e técnicos de instituição de ensino, de associados de agremiação estudantil ou associação legalmente constituída e de servidores e empregados de entidade governamental que não estiver utilizando veículo oficial ou por ela arrendado” (grifo nosso). Disponível em: https://antilegis.antt.gov.br/action/TematicaAction.php?acao=abrirVinculos&cotematica=13891798&cod_menu=7220&cod_modulo=392. Acesso em: 10 jul. 2021.

⁶ Art. 36, § 1º do Decreto nº 2.521, de 20 de março de 1998.

Por outro lado, questiona-se também se a atividade da Buser credencia-se “não como uma mera intermediação de serviço de fretamento, mas como uma verdadeira prestação com contornos de serviço regular”⁷, uma vez que a Buser atua em concorrência direta ao mercado de transporte regular de passageiros.

Nesse sentido, a Nota Técnica SEI nº 5705/2020, elaborada pela ANTT em sede de defesa nos autos do processo administrativo nº 00426.048133/2020-18, aponta as principais diferenças entre essas duas categorias de transporte coletivo de passageiros. A modalidade regular do serviço de transporte interestadual de passageiros é regulada pela Resolução ANTT nº 4.770/2015⁸, com fundamento axiológico nos princípios da ampla oferta, da continuidade e da modicidade.

Para além da obrigatoriedade de obtenção do Termo de Autorização de Serviços Regulares (TAR) e da Licença de Operação (LOP), as companhias rodoviárias que prestam esses serviços precisaram se atentar às regras sobre pontos de venda, frequência mínima de prestação do serviço, gratuidades e descontos, caracterização dos veículos e a respeito do seu respectivo serviço de atendimento ao cliente (SAC).

O transporte interestadual de passageiros sob regime de fretamento, por sua vez, é regulado pela Resolução ANTT nº 4.777/2015⁹, e possui a pretensão precípua de suprir uma demanda específica de transporte. As empresas que realizam esse serviço estão obrigadas a obter o Termo de Autorização de Fretamento (TAF) e a Licença de Viagem (LV), que precisarão conter nesta os dados do contratante, do veículo, da autorizatória, da nota fiscal, do motorista, do roteiro da viagem, dos endereços dos embarques, dos horários e datas previstos para sua realização e da relação de passageiros.

Em suma, a ANTT argumenta que o sistema de circuito fechado é intrínseco à natureza da modalidade de transporte interestadual de passageiros em regime de fretamento, visto que “quem freta um veículo para um evento ou situação, ou planeja turismo ou, ainda, freta

⁷ ANTT. Nota Técnica nº 5705/2020/GEINT/SUFIS/DIR. Disponível em: https://www.setpesp.org.br/wp-content/uploads/2021/01/NotaTecnicaSEI5705-2020-GEINT-SUFIS-DIR_ANTT.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.

⁸ Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/TematicaAction.php?acao=abrirVinculos&cotematika=13978594&cod_menu=7734&cod_modulo=420. Acesso em: 10 jul. 2021.

⁹ Cf. nota de rodapé nº 9.

continuamente transporte para trabalhadores ou estudantes, objetiva a ida e volta destes passageiros.”¹⁰

Sustenta-se, assim, que inexistem ao regime de fretamento as características de regularidade prestacional, as gratuidades e descontos obrigatórios e o escrutínio técnico operacional ao qual os serviços regulares são submetidos para a sua autorização operacional. Como também os propósitos sociais, a segurança e estabilidades necessárias para a prática de um serviço público como tal não se revelam compulsórios à atividade de fretamento.

Não obstante a ANTT reconhecer a inexistência de regulação específica da atividade econômica de intermediação de serviços realizada por plataformas digitais, argui que o serviço de transporte engloba também os atos pretéritos e posteriores ao embarque e transporte de passageiros, e, nesse sentido, ao analisar a atuação da Buser, constatou principalmente os seguintes descumprimentos das normas de fiscalização da modalidade de transporte por fretamento:

5.9.1. Quando o veículo é abordado no trajeto de ida previsto no roteiro da viagem, em entrevista com os passageiros, é constatado que eles não retornarão na data e horário previstos no roteiro da viagem.

5.9.2. Quando o veículo é abordado no trajeto de retorno previsto no roteiro da viagem, constata-se que uma pequena parte ou, na maioria das vezes, nenhum dos passageiros embarcados consta da lista de passageiros.¹¹

Elencam-se abaixo as principais considerações da ANTT sobre a natureza econômica do serviço prestado pela Buser:

- Não obedece ao preceito básico do transporte rodoviário de passageiros na modalidade de fretamento, que é o circuito fechado.
- Consiste, de fato, na exploração não autorizada de serviços regulares de transporte de passageiros, ocultados por meio de simulações de viagens de fretamento.
- Configura-se como concorrência desleal ao transporte regular, por não observar diversas exigências legais para este tipo de transporte.
- Induz o passageiro ao erro acerca das características dos seus serviços e não lhe garante direitos básicos previstos na legislação do transporte regular.

¹⁰ Cf. nota de rodapé nº 11, p. 1.

¹¹ Cf. nota de rodapé nº 11, p. 3.

- Explora basicamente mercados já atendidos por outras empresas e com grande atratividade comercial.¹²

Posto isso, ao se deparar com narrativas opostas de argumentação sobre a legalidade do negócio, torna-se compreensível a identificação de um vácuo regulatório em que se insere a Buser, ao passo que a mesma apresenta características tanto do transporte regular, como do transporte de fretamento; não se encaixando por completo em nenhuma das categorias legais existentes de transporte de passageiros.

Essa incerteza quanto à natureza jurídica de sua atividade deu origem a discussões judiciais acerca de sua viabilidade legal, em atenção às normas que permeiam a execução do serviço de fretamento de veículos coletivos, sobretudo em razão das alterações promovidas pela Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014 ao art. 13, V, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001¹³, equiparando o transporte rodoviário coletivo regular ao transporte coletivo por fretamento em submissão ao regime jurídico de autorizações administrativas.

3. TRATAMENTO LEGAL

3.1. Consulta Pública da AGETRANSP

Entre 24 de outubro e 30 de novembro de 2020, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP) realizou a Consulta Pública nº 03/2020 em busca de “sugestões e contribuições para a minuta de Portaria que trata da regulamentação da prestação do serviço intermunicipal de transporte coletivo de passageiros sob os regimes de fretamento eventual e contínuo.”¹⁴

¹² Cf. nota de rodapé nº 11, pp. 10-11.

¹³ Lei 10.233/2001, art. 13, V: “Art. 13. Ressalvado o disposto em legislação específica, as outorgas a que se refere o inciso I do caput do art. 12 serão realizadas sob a forma de: (...) V - autorização, quando se tratar de: a) prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros; b) prestação de serviço de transporte aquaviário; c) exploração de infraestrutura de uso privativo; e d) transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura ferroviária, por operador ferroviário independente. e) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura.” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

¹⁴ Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/audiencias-e-consultas-publicas.aspx>. Acesso em: 10 jul. 2021.

Na minuta proposta, a ARTESP apresentou os seguintes parâmetros de regulação do serviço de fretamento eventual e contínuo a serem aplicados no Estado de São Paulo:

Art. 3º. Para fins desta Portaria, na prestação do serviço intermunicipal de transporte coletivo de passageiros realizado em regime de fretamento, nos termos do artigo 8º do Decreto nº 29.912/89, considera-se como fretamento eventual aquele prestado a um cliente ou a um grupo de pessoas, mediante contrato escrito, para uma viagem.

Art. 4º. O fretamento eventual deve ser realizado para deslocamento de pessoas em circuito fechado, em caráter ocasional, com relação de passageiros transportados e emissão de nota fiscal de acordo com as características da viagem.

(...)

Art. 7º. A empresa autorizada pela ARTESP a operar o serviço intermunicipal de transporte coletivo de passageiros sob regime de fretamento eventual e/ou contínuo não poderá adotar identificação visual de empresa parceira.

Art. 8º. As empresas operadoras de fretamento deverão encaminhar à ARTESP o Comunicado de Viagem, através do sistema EXTRANET FRETAMENTO, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas da partida (no caso do eventual) e da primeira partida (no caso do contínuo), sendo obrigatório manter sua cópia impressa a bordo do veículo para exibição à fiscalização.¹⁵

Em resposta, a Buser afirmou que as medidas propostas pela agência reguladora pretendem inviabilizar a execução do serviço de fretamento eventual no Estado, bem como o funcionamento de plataformas digitais de transporte rodoviário. Ademais, argumentou que o Estado de São Paulo, há mais de três décadas, permite o desenvolvimento da atividade de transporte coletivo privado de passageiros de forma harmônica com o transporte público coletivo de passageiros, prestado por meio de concessão ou permissão.¹⁶ Assim, a portaria proposta acabaria com essa harmonia, asfixiando a atividade de transportes oferecida pela *startup*.

¹⁵ Disponível em: <http://www.artesp.sp.gov.br/Shared%20Documents/ConsultasPublicas/032020/Minuta%20ARTESP%20-%20Portaria%20Fretamento%20Cont%C3%ADnuo%20e%20Eventual.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

¹⁶ Disponível em: <https://blog.buser.com.br/destinos/a-perseguiçao-da-artesp-aos-parceiros-da-buser/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

3.2 Propostas de atos normativos

Em âmbito federal, o transporte rodoviário de passageiros sob regime de fretamento é regulado pelo Decreto nº 2.521, de 20 de março de 1998¹⁷ que determina a sua prestação mediante circuito fechado – o que, como já mencionado, inviabiliza a proposta inicial de atuação da Buser.

Nas esferas estaduais, por sua vez, alguns estados como São Paulo¹⁸ e Espírito Santo¹⁹, não preveem essa regra nos atos de regulação da matéria, enquanto outros, como Rio Grande do Sul²⁰, Goiás²¹ e Mato Grosso do Sul²², inspirados no Decreto mencionado acima, estabelecem a obrigatoriedade de realização de viagens de ida e volta com os mesmos passageiros e a impossibilidade de haver captação ou desembarque de usuários durante o percurso.

Já em nível municipal, cidades como o Rio de Janeiro (RJ)²³, Campinas (SP)²⁴, Belo Horizonte (MG)²⁵ e Salvador (BA)²⁶ regulam essa modalidade de transporte sem prever a regra

¹⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2521.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

¹⁸ Decreto nº 29.912/89. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=35535>. Acesso em: 10 jul. 2021.

¹⁹ Decreto nº 4.090-N/97. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/legislacao/norma.aspx?id=14930&numero=4090&ano=1997>. Acesso em: 10 jul. 2021.

²⁰ Decreto nº 53.568/17. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100018.asp?Hid_IdNorma=63899&Texto=&Origem=1. Acesso em: 10 jul. 2021.

²¹ Lei Estadual nº 18.673/14. Disponível em: https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/90937/lei-18673. Acesso em: 10 jul. 2021. Decreto nº 8.444/15. Disponível em: https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/67527/decreto-8444. Acesso em: 10 jul. 2021.

²² Portaria AGEPAN nº 130/16. Disponível em: <https://www.agepan.ms.gov.br/portaria-no-130-de-18-de-abril-de-2016/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

²³ Lei Municipal nº 2.582/97. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/17137Lei%202582_1997.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021. Decreto nº 17.349/99. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/21528Dec%2017349_1999.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021. Decreto nº 18.086/99. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/7121Dec%2018086_1999.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.

²⁴ Decreto nº 11.480/94. Disponível em: https://sagl-portal.campinas.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/15501_texto_integral.pdf?1621998550.6. Acesso em: 10 jul. 2021. Decreto nº 20.241/19. Disponível em: https://sagl-portal.campinas.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/46799_texto_integral.pdf?1621998959.01. Acesso em: 10 jul. 2021.

²⁵ Portaria BHTRANS DPR nº 057/12. Disponível em: <http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1081557>. Acesso em: 10 jul. 2021.

²⁶ Lei Municipal nº 9.069/16. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/lei-ordinaria/2016/907/9069/lei-ordinaria-n-9069-2016-dispoe-sobre-o-plano-diretor-de-desenvolvimento-urbano-do-municipio-de-salvador-pddu-2016-e-da-outras-providencias?q=fretamento>. Acesso em: 10 jul. 2021.

do circuito fechado para a sua prestação. Por outro lado, municípios como Três Rios (RJ)²⁷ e Itaquaquecetuba (SP)²⁸ estabelecem de forma restritiva a atuação de serviços como a Buser.

Para compreender melhor as condições de viabilidade de empreendimentos comerciais como a Buser, é necessário analisar eventual previsão normativa da regra do circuito fechado quanto ao serviço de fretamento em regulamentos federais, estaduais e municipais, partindo, assim de uma macroperspectiva.

Pode-se afirmar que, embora em âmbito federal a legislação não se adeque ao modelo de serviço praticado pela Buser, nas esferas estaduais e municipais a expectativa de viabilidade do negócio é maior, seja em razão do silêncio regulatório a respeito do serviço de intermediação realizado por plataformas digitais, seja em razão da ausência de obrigatoriedade da regra do circuito fechado.

No intuito de estabelecer novos parâmetros de execução do transporte de passageiros em regime de fretamento, assim como promover o crescimento da oferta de serviço, o Estado de Minas Gerais editou o Decreto nº 48.121, em 13 de janeiro de 2021²⁹, revogando a regra do circuito fechado.

Para tanto, o Decreto nº 48.121 utiliza a expressão “grupo fechado” ao se referir à obrigatoriedade de haver uma prévia determinação dos passageiros que irão realizar a viagem – evitando, assim, o emprego do termo “circuito fechado” e dos seus consequentes entraves à atividade de transporte –, sem vinculá-los necessariamente ao trajeto de retorno.

Ainda, sobre o assunto, tramita perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Decreto Legislativo nº 494, 01 de dezembro de 2020, que pretende sustar os efeitos dos incisos XI e XXX do art. 3º e do caput e dos §§ 1º e 5º do art. 36 do Decreto nº 2.521, de 20 de março de 1998, de modo a permitir “que empresas de fretamento de ônibus possam atuar no transporte rodoviário interestadual de passageiros sem a limitação do circuito fechado”³⁰.

²⁷ Lei Municipal nº 4.719/20. Disponível em: <https://cvtr.rj.gov.br/lei-no-4-719-dispoe-sobre-a-regulamentacao-da-prestacao-do-servico-de-transporte-rodoviario-coletivo-municipal-de-passageiros-realizado-em-regime-de-fretamento/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

²⁸ Lei Municipal nº 1.765/98. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/i/itaquaquecetuba/lei-ordinaria/1998/176/1765/lei-ordinaria-n-1765-1998-dispoe-sobre-a-administracao-do-sistema-municipal-de-transporte-coletivo-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 10 jul. 2021.

²⁹ Cf. nota de rodapé nº 4.

³⁰ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/712159-projeto-anula-obrigatoriedade-do-circuito-fechado-para-transporte-por-fretamento>. Acesso em: 10 jul. 2021.

Perante o Senado Federal, o Projeto de Lei nº 4.470, de 14 de julho de 2020³¹ propõe a alteração da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, para criar a modalidade de transporte remunerado privado coletivo interestadual e internacional de passageiros.

Na justificativa do projeto, verifica-se que sua intenção é estender a inovação trazida pelos aplicativos de transporte urbano individual, como a Uber e a Cabify, que tanto beneficiam a coletividade em termos de praticidade, economia e mobilidade. De acordo com o Senador Chico Rodrigues (DEM/RR), seu autor:

(...) no caso específico do transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros, empresas como a Buser são capazes de conectar, por meio de sua tecnologia, clientes interessados em ir de um ponto A para um ponto B às empresas de ônibus prestadoras do serviço de transporte propriamente dito, o que otimiza o tempo de uso dos veículos (melhor uso do capital), e, pela facilidade e comodidade, aumenta o número de passageiros interessados e dispostos a pagar pelo serviço, em situação análoga à que vivenciamos no caso do Uber e congêneres, isto é, embora até façam concorrência aos sistemas já estabelecidos, sua principal receita decorre mais de uma demanda completamente nova, aberta pela facilidade de seu uso. (grifo nosso)³²

Assim, através de uma nova categoria de transporte coletivo privado interestadual e internacional de passageiros, almeja-se criar um marco legal das plataformas digitais de transporte, para que assim possam atuar com segurança jurídica em todo território nacional.

Consequência natural do processo de inserção de tecnologia no desenvolvimento de um novo ambiente de negócios, a criação de plataformas digitais em integração ao mercado de serviços tem demonstrado há muito a sua principal característica inovadora, qual seja, a capacidade de reformular o modo de interação entre fornecedores e consumidores.

Diante de uma nova linguagem de exploração econômica, o mercado digital se tornou um instrumento essencial ao dinâmico gerenciamento da vida contemporânea, marcada sobretudo pela necessidade de se adequar responsabilidades pessoais e profissionais com o

³¹ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144548>. Acesso em: 10 jul. 2021.

³² Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8886315&ts=1602293720645&disposition=inline>. Acesso em: 10 jul. 2021.

tempo disponível. Nesse sentido, fatores como praticidade, funcionalidade, acessibilidade e economicidade são fundamentais para a contratação do melhor serviço possível.

No tocante ao caso em tela, a atuação da Buser se insere em um contexto regulatório de ausência de normas específicas que estabeleçam parâmetros seguros para a sua execução. Assim, muitos amparam sua atividade em atos normativos que regulam a prestação do serviço de fretamento em atenção ao princípio constitucional da livre iniciativa³³, e não propriamente a intermediação de fornecedores e consumidores através de plataformas digitais – atividade comercial ainda não disciplinada em lei.

Uma vez exposto o problema regulatório e o tratamento legal dado às atividades conduzidas pela Buser, verificaremos o conteúdo das discussões levadas ao poder judiciário e suas implicações para a resolução do imbróglio que envolve sua operação no Brasil.

4. DECISÕES JUDICIAIS

4.1. Justiça Federal do Paraná

Em 04 de julho de 2018, a Federação das Empresas de Transporte de Passageiros dos Estados do Paraná e Santa Catarina (FEPASC) ajuizou ação³⁴ em face da Buser Brasil Tecnologia Ltda., da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e da União, alegando que o serviço de transporte de passageiros prestado pela *startup* seria irregular, com base nos argumentos de (i) caracterização de concorrência inválida e assimétrica criada pelo modelo Buser; (ii) caracterização da prática de concorrência ruínosa ao sistema de serviço regular de transporte; e (iii) ausência de habilitação da empresa para o serviço regular de transporte interestadual.

Para os autores, a Buser, por não estar habilitada para tal, exerceria uma concorrência ilegal e desleal frente às demais companhias rodoviárias que atuam mediante outorga das autoridades competentes. A Buser estaria autorizada a prestar o serviço de fretamento,

³³ CRFB/88, art. 1º, IV: “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”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

³⁴ Ação judicial nº 5027566-06.2018.4.04.7000, em trâmite perante a 3ª Vara Federal de Curitiba (PR).

porém, na prática, sua atividade se caracterizaria como transporte regular e não uma das espécies de fretamento previstos em lei (turístico, eventual ou contínuo).

Ademais, salientava que a ausência de regulamentação da atividade dificultaria a garantia da livre iniciativa e o acesso da população, como um todo, ao serviço público de transporte intermunicipal e interestadual. A competência para tal regulamentação seria da União (e a fiscalização pela ANTT), tendo em vista que a Buser opera rotas interestaduais.

Dessa forma, a FEPASC pleiteava que:

(i) reconhecesse e declarasse, para todos os efeitos, a ilegalidade e invalidade do modelo do Buser de oferta de serviço de transporte regular intermunicipal de passageiros, (ii) ordenasse à Buser que se abstivesse de realizar a atividade ilegal em questão, sob pena de multa e outras medidas coercitivas e sub-rogatórias (CPC, arts. 536 e 537) e (iii) ordenasse à União e à ANTT que exercessem efetivamente a fiscalização adequada do referido serviço público.

Em sede de defesa, a ANTT afirmou que o seu dever de fiscalização do serviço de fretamento se restringia, neste caso, à atuação das empresas de transporte contratadas por intermédio da Buser, que efetivamente devem cumprir a legislação aplicada ao serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros, prevista no ordenamento jurídico, em especial nas Resoluções da ANTT.

A Buser, por sua vez, afirmou ser uma empresa de tecnologia cuja atuação se restringe à aproximação de pessoas que desejam realizar uma mesma viagem e empresas de transporte – que já atuam no mercado e se submetem às normas aplicáveis ao regime privado de transporte coletivo por fretamento. Não realizaria, portanto, o serviço de transporte de passageiros, apenas o intermediaria através de uma plataforma digital. Desse modo, não estaria assim submetida à obrigatoriedade de autorização da ANTT para atuar no mercado.

Em 09 de maio de 2019, foi proferida sentença, que determinou à ANTT que adotasse as medidas que entendesse adequadas e necessárias para obstar, no âmbito do Estado do Paraná, a prestação de serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros pela Buser.

Entendeu-se que a atuação da Buser, por vezes, se efetivaria na prestação do serviço de transporte rodoviário interestadual com regularidade e continuidade. Além disso, suas

transportadoras parceiras, embora detentoras do Termo de Autorização de Fretamento e da Licença de Viagem de Fretamento, não necessariamente se submeteriam aos ônus operacionais e financeiros decorrentes das imposições e restrições aplicadas às demais empresas do setor, ou talvez nem mesmo possuiriam autorização para a prestação desse serviço. A propósito, destaca-se o seguinte trecho da decisão:

A BUSER BRASIL TECNOLOGIA LTDA, evidentemente, não realiza ou promove viagens em típico regime de fretamento, seja porque opera trajetos específicos de forma contínua (sem a natureza ocasional inerente ao fretamento turístico ou ao fretamento eventual - art. 3º, VI e VII, da Resolução nº 4.777/15 da ANTT), seja porque não efetua viagens com relação de passageiros transportados, firmado por meio de contrato registrado em cartório, destinado ao transporte de empregados ou colaboradores de pessoa jurídica, de docentes, discentes e técnicos de instituição de ensino, de associados de agremiação estudantil ou associação legalmente constituída e de servidores e empregados de entidade governamental que não estiver utilizando veículo oficial ou por ela arrendado (fretamento contínuo - art. 3º, VIII, da Resolução nº 4.777/15 da ANTT). (...) Independentemente da conclusão e/ou regulamentação derradeira a que chegue a ANTT, a controvérsia apresentada nos autos diz respeito, de forma clara, à existência de possível atuação irregular da BUSER BRASIL TECNOLOGIA LTDA - que, por intermédio da plataforma digital BUSER, instaurou mercado de transporte rodoviário interestadual de passageiros paralelo àquele atuante no setor de serviço público de transporte rodoviário interestadual de passageiros, com possível concorrência desleal e/ou risco de comprometimento à adequada prestação do serviço público (art. 6º, §1º, da Lei nº 9.987/95) (sic) (grifo nosso)³⁵.

As partes interuseram recurso de apelação. A FEPASC questiona a ausência de imposição da ordem de abstenção de atividade da *startup*, sob pena de multa e outras medidas coercitivas e sub-rogatórias.

Já a Buser alega a existência de risco de decisões judiciais conflitantes, pois decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região proibiu a ANTT de fiscalizar as atividades da empresa³⁶.

³⁵ Sentença proferida em 09/05/2019 nos autos da ação judicial nº 5027566-06.2018.4.04.7000, em trâmite perante a 3ª Vara Federal de Curitiba (PR).

³⁶ Sentença proferida em 20/09/2018 nos autos do Mandado de Segurança nº 5005438-03.2018.4.03.6100 perante o Poder Judiciário de São Paulo, em que se determinou o seguinte: “Ante o exposto, e por tudo mais que consta dos autos, extinguindo a ação com análise do mérito, confirmo a liminar, julgo PROCEDENTES os pedidos que constam da exordial, e CONCEDO a segurança para determinar às autoridades impetradas que se abstenham de criar qualquer óbice, impedir ou interromper as viagens intermediadas pela Buser sob o fundamento de prestação clandestina de serviço público, ou qualquer outro que extrapole a regular fiscalização de trânsito e

A ANTT, por sua vez, requer a reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, sob a argumentação de que fiscalizar a Buser não está dentro do escopo das suas atribuições legais. O recurso aguarda julgamento pela 3ª Turma Cível do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

4.2. Justiça Estadual de São Paulo

Em agosto de 2018, o Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado de São Paulo (SETPESP) ajuizou ação civil pública em face da BUSER Brasil Tecnologia Ltda., sob o argumento de que a atividade de transporte público de passageiros só poderia ser exercida diretamente pelo Estado ou por quem tivesse delegação para explorar uma das linhas existentes.

Assim, a atividade econômica exercida pela empresa seria irregular, pois embora divulgue que apenas viabiliza um “fretamento colaborativo”, estaria, em realidade, desnaturando a modalidade de fretamento. Pede, então, que a empresa ré seja impedida de realizar viagens em caráter habitual, com dias e horários fixos e venda de passagens, bem como qualquer outro meio análogo de cobrança *per capita*.

Em sua defesa, a Buser alegou que não presta serviços de transporte, mas apenas conecta, entre si, pessoas que querem fazer uma mesma viagem, viabilizando a contratação de um serviço privado de fretamento. Realizaria, portanto, uma simples intermediação.

A sentença, prolatada em 17 de fevereiro de 2020, julgou improcedente o pedido do autor. Entendeu-se que a atividade da ré não se configuraria um transporte de passageiros, mas sim uma aproximação de forma extremamente qualificada entre os passageiros e as empresas que são autorizadas a prestar serviços de fretamento particular.

Reconheceu-se que a atividade exercida pela ré tem uma repercussão no segmento das empresas que exploram o transporte público de passageiros convencional, de modo que este sofre prejuízo decorrente da concorrência exercida pela Buser.

segurança, ficando as autoridades impetradas advertidas de que deverão fiscalizar as viagens intermediadas pela Buser como qualquer outro fretamento contratado por meios tradicionais.” (grifo nosso)

Aduziu-se que o avanço da tecnologia permite novas formas de aproximação entre fornecedores e consumidores, em escalas que, antes, eram inimagináveis. Esse fenômeno teria efeitos positivos e negativos, que deveriam ser analisados pela sociedade. Em relação ao caso concreto, salientou-se que:

é evidente que a empresa ré aproveita-se de uma atividade lícita (fretamento particular) e, mediante uma robusta plataforma tecnológica, eleva essa modalidade a um patamar que antes era impraticável, de forma a atingir diretamente o mercado explorado pelas empresas tradicionais que são representadas pelo sindicato autor.³⁷

Em resumo, concluiu-se que embora haja claro impacto no mercado, a simples concorrência não representa hipótese de ilicitude.

O autor apresentou recurso de apelação contra esta decisão, que veio a ser julgado em 09 de dezembro de 2020. Na ocasião, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso, mantendo os termos da sentença, reforçando que “o modelo de negócio “sub judice” caracteriza-se como uma intermediação de contratos de transporte entre passageiros-consumidores e prestadores de serviço, os quais prestam o transporte intermunicipal e estadual de forma incerta e não rotineira.” Desse modo, não seria cabível exigir da Buser prévia autorização administrativa para a prestação do serviço público de transporte³⁸.

O Sindicato autor interpôs Recurso Extraordinário e Recurso Especial contra a decisão, cujos julgamentos ainda estão pendentes.

4.3. Supremo Tribunal Federal

Em março de 2019, a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros (ABRATI) interpôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com o intuito de obter (i) declaração de inconstitucionalidade de decisões judiciais que autorizavam o serviço de transporte coletivo de passageiros intermediado por plataformas digitais e aplicativos de “fretamento colaborativo” e (ii) declaração de inconstitucionalidade da omissão

³⁷ Sentença proferida em 17/02/2020 nos autos da ação judicial nº 1033775-97.2018.8.26.0053, em trâmite perante a 2ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

³⁸ TJSP, DJe 16 dez. 2020, Apelação nº 1033775-97.2018.8.26.0053, Rel. Des. José Benedito Franco de Godoi.

das agências reguladoras de transporte terrestre na fiscalização e proibição do exercício dessa atividade por prestadores sem delegação do Estado.

A entidade alegava que os serviços de fretamento colaborativo configuravam fuga regulatória, tendo em vista que o serviço seria prestado sem a delegação do Estado, de modo a haver violação da livre iniciativa, pois agentes submetidos a regimes diversos de exploração competiriam na mesma atividade.

A AGU apresentou parecer pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido. Argumentou que:

a exploração clandestina do mercado de transporte coletivo público regular por empresas autorizadas, tão somente, à prestação do serviço de transporte por fretamento caracteriza, em tese, infração à Resolução no 233/2003 da ANTT. No entanto, a prática indevida dessa modalidade de transporte coletivo por quem não possui autorização para tanto deve ser verificada no caso concreto e a partir de análise da legislação infraconstitucional, não tendo sido adequadamente comprovada nos autos.³⁹

A Procuradoria-Geral da República também se manifestou pela extinção do processo, sem resolução de mérito. Ato contínuo, o relator da ADPF, Min. Edson Fachin, acolheu os pareceres da Procuradoria-Geral da República e da Advocacia-Geral da União, e negou seguimento a ação.

4.4 O que nos dizem as decisões judiciais?

Ainda não há definição da controvérsia quanto ao objeto do serviço prestado pela Buser. A Justiça Federal do Paraná entende que a atividade da empresa é a oferta de viagens interestaduais de ônibus de forma regular e contínua, o que descaracterizaria o regime de transporte por fretamento, não havendo autorização específica do poder público para o seu exercício.

A Justiça Estadual de São Paulo, por sua vez, interpreta como uma atividade de aproximação, por meio de plataforma digital, de passageiros e empresas autorizadas a prestar serviços de fretamento particular.

³⁹ Decisão monocrática proferida em 17/12/2019 perante o STF nos autos da ADPF nº 574 pelo Min. Edson Fachin (DJe 19 dez. 2019).

Solucionar essa controvérsia é imprescindível para a definição de quais normas deveriam ser cumpridas pela Buser. Considerar que a Buser não é uma empresa de transporte de passageiros implica em aceitar que as normas de regulação do serviço de fretamento não se aplicam diretamente a ela, mas apenas às suas transportadoras parceiras, de quem se exige autorização administrativa para operação.

De todo modo, em relação à regulamentação da atividade, entende-se que não cabe ao Judiciário tratar de questões de competência regulatória/fiscalizatória que recomendam prévia apreciação pela autoridade competente, sob pena de injustificada violação ao princípio da separação dos poderes.

A regulamentação da atividade ou mesmo a alteração do regramento do fretamento individual deverá se dar através de forma e meio adequados, com a edição de leis sobre o tema e com o incremento da fiscalização adequada à atividade.

Há certo consenso de que a Buser representa uma concorrência às empresas tradicionais de transporte público. No entanto, há dissenso entre as decisões judiciais quanto à resposta estatal que deveria dada à existência dessa concorrência. A Justiça Federal paranaense acredita que a operação da Buser seria ilegal e essa concorrência, portanto, seria desleal, representando um risco de comprometimento à prestação do serviço público de transporte rodoviário.

Por outro lado, a Justiça Estadual paulista entende que as novas formas de exploração econômica não devem ser prontamente rechaçadas ou endossadas de maneira superficial, sem que se perceba a extensão das consequências que surgem com a evolução tecnológica.

Assim, a princípio, o serviço da Buser não seria ilegal e qualquer obstáculo judicial (sem lei específica) implicaria em violação aos preceitos da livre iniciativa e da livre concorrência, afetando também o direito do consumidor de acessar um serviço de qualidade e a preços melhores.

Por fim, é importante salientar que essas controvérsias judiciais se fundamentam em um conjunto de decisões ainda passíveis de serem revistos, nas quais foram tratadas de forma incidental. Ainda não há nenhuma decisão com efeito *erga omnes* sobre a temática. Tampouco foi editada pela União ou pela ANTT norma específica sobre os serviços ofertados por empresas como a Buser.

A ausência de regulamentação específica e/ou posicionamento conclusivo das autoridades competentes quanto ao funcionamento de plataformas digitais de intermediação de serviços gera insegurança jurídica, produzindo efeitos potencialmente negativos à sociedade e a novos empreendimentos.

5. REGULANDO A INOVAÇÃO: AVALIAR COM PRECAUÇÃO

Diante do surgimento de novas tecnologias, a inovação se tornou o principal atrativo comercial de empreendimentos em busca de um diferencial de mercado, sob a proposta inicial de exploração de novos serviços e de otimização daqueles preexistentes.

Não obstante, ressalta-se que a norma jurídica supracitada se origina comumente de uma cultura de paradigmas de costume preestabelecidos, que, diante da inovação, se revela insipiente, demasiadamente abstrata e muitas vezes inadequada ao novo objeto de regulação, tendo em vista que, à época de sua consolidação, não havia ainda qualquer expectativa ou previsão da existência ou viabilidade jurídica deste.

No intuito de evitar efeitos regulatórios ainda mais imprevisíveis, torna-se, portanto, imperativo ao regulador se debruçar perante as características e complexidades da inovação em questão, em busca de compreender como tal se comportará na realidade das coisas e, principalmente, se as normas existentes para a sua regulação são capazes de manter o equilíbrio da sua inserção no ordenamento jurídico e viabilizar a sua atividade.

Com o surgimento de plataformas digitais de compra e venda e de prestação de serviços, por exemplo, tornou-se ainda mais evidente o “*gap* regulatório” entre as áreas de inovação de mercado e o ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, é comum não encontrarmos, de pronto, soluções adequadas às controvérsias apresentadas que envolvem novos valores e aspectos imprevisíveis de repercussão no mercado e no tempo.

Tendo em vista que a atuação regulatória se dá com o objetivo de solucionar problemas já identificados no momento da elaboração da norma jurídica, sejam eles presentes ou futuros, torna-se evidente desde logo o desafio do regulador de lidar com efeitos imprevistos e suscetíveis de modificação com o tempo.

Segundo Francisco Defanti, o “*gap* regulatório” em questão se originaria de dois fatores, quais sejam, (i) o *pacing problem*, que decorreria da demora de atuação do regulador,

e (ii) a assimetria de informação, fruto das incertezas do regulador quanto aos reais efeitos da inovação e características de sua operação e desenvolvimento perante o mercado, os seus agentes e o ordenamento jurídico.⁴⁰

Como pontua Defanti, os atos regulatórios tradicionais normalmente não possuem os instrumentos necessários para lidar com a inovação. Além disso, o processo de sua elaboração é demasiadamente lento se comparado ao avanço tecnológico que pretende regular.

Afinal, a inovação caracteriza-se justamente por mudanças frequentes e incertezas quanto aos seus resultados na realidade, de modo que sua regulação demanda conhecimento das suas características e complexidades. No entanto, para além dos desafios ao regulador, ressalta-se a existência de um valor intrínseco à inovação que decorre do próprio desenvolvimento econômico e social por ela promovido, frequentemente atrelado a melhoria das condições de vida e do bem-estar pessoal.⁴¹

O incentivo à inovação, por sua vez, requer uma série de ações por parte das autoridades competentes no intuito de viabilizar a criação de novos negócios, sua regulação e a forma e o meio mais adequados para a sua inserção no mercado. Ressalta-se também que o acesso a um ambiente comercial mais competitivo faz com que o índice de inovação cresça.

Neste segmento de análise, inserem-se as plataformas digitais de intermediação de serviços enquanto ambientes de interação comercial entre o usuário e a inovação, no qual se possibilita a contração de negócios e, principalmente, a compreensão da forma como as novas tecnologias interagem entre si e impactam as relações de consumo e as próprias relações sociais derivadas.

Diante dos potenciais riscos e benefícios do uso de novas tecnologias, a atuação regulatória do Estado se torna fundamental para a manutenção dos pilares constitucionais de instituição do atual Estado Democrático de Direito, seja para preservar a livre iniciativa, seja para manter a segurança jurídica dos empreendimentos preexistentes – o que deve ser realizado, quando necessário, de forma eficiente e mediante expertise para tanto.

⁴⁰ DEFANTI, Francisco. O descompasso entre a tecnologia e o regulador. Breves sugestões de como o regulador pode lidar com inovações disruptivas, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-descompasso-entre-a-tecnologia-e-o-regulador-04032019>. Acesso em: 10 jul. 2021.

⁴¹ KELLER, Clara Iglesias. Inovação: por que olhamos para o passado para regular? Regulação para o futuro e a inovação como meta da política pública, 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inovacao-por-que-olhamos-para-o-passado-para-regular-27112017>. Acesso em: 10 jul. 2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente às repercussões ainda complexas e precárias do ordenamento jurídico brasileiro quanto aos efeitos de negócios inovadores e que desafiam a regulação vigente, não se pode deixar de observar os impactos econômicos e concorrenciais da atuação de plataformas digitais de intermediação de serviços. Neste caso, especialmente em face das companhias rodoviárias tradicionais e do seu respectivo arcabouço regulatório.

Em realidade, constata-se que a Buser não exerce a atividade de transporte, assim como o Ifood não produz e/ou comercializa alimentos e o Airbnb não é proprietário ou concedente direto de hospedagem nas suas redes de hotel. O “serviço de intermediação de serviços”, como se demonstra, constitui-se atividade facilitadora da concretização do contrato-fim, cujo objeto se diferencia do objetivo comercial das plataformas digitais.

Devido à ausência de regulação expressa que vede a atuação de intermediadoras de serviços como a Buser, qualquer tentativa de impedir o seu funcionamento se revela uma violação direta aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da ampla concorrência; razão pela qual a atuação estatal deve se limitar à adequação do funcionamento das intermediadoras de serviços aos ditames legais preestabelecidos para execução do serviço intermediado, e não simplesmente asfixiá-las de imediato.

Questiona-se assim a importância da atuação do agente regulador diante de um ambiente de negócios inovador, que, por conseguinte, desafia-o a revisar a legislação existente e identificar as lacunas legais que demandam a elaboração de uma legislação inovadora e adequada aos novos parâmetros fáticos e normativos.

Em suma, depreende-se do exposto a compreensão de que a norma não pode servir de óbice à atividade econômica quando da ausência regulatória, tendo em vista o princípio da legalidade, da livre iniciativa e da ampla concorrência. Nesse caso, caberá então ao agente regulador entender as demandas específicas que surgirão com esse ambiente inovador de negócios e, assim, agir sob medida.

REFERÊNCIAS

- ANTT. Nota Técnica SEI nº 5705/2020/GEINT/SUFIS/DIR, de 01 de dezembro de 2020. Disponível em: https://www.setpesp.org.br/wp-content/uploads/2021/01/NotaTecnicaSEI5705-2020-GEINT-SUFIS-DIR_ANTT.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.
- ANTT. Resolução nº 4.770, de 25 de junho de 2015. Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/TematicaAction.php?acao=abrirVinculos&cotematica=13978594&cod_menu=7734&cod_modulo=420. Acesso em: 10 jul. 2021.
- ANTT. Resolução nº 4.777, de 6 de julho de 2015. Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/TematicaAction.php?acao=abrirVinculos&cotematica=13978593&cod_menu=7734&cod_modulo=420. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BAPTISTA, P., & KELLER, C. I. (2016). Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista De Direito Administrativo*, 273, 123-163. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BRASIL. Constituição da República, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BUSER. A perseguição da Artesp aos parceiros da Buser. Disponível em: <https://blog.buser.com.br/destinos/a-perseguido-da-artesp-aos-parceiros-da-buser/>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BUSER. Manifesto Buser. Disponível em: <https://www.buser.com.br/sobre>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BUSER. Sul: vamos conversar? Disponível em: <https://www.buser.com.br/sul>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- DEFANTI, Francisco. O descompasso entre a tecnologia e o regulador. Breves sugestões de como o regulador pode lidar com inovações disruptivas, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-descompasso-entre-a-tecnologia-e-o-regulador-04032019>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- KELLER, Clara Iglesias. Inovação: por que olhamos para o passado para regular? Regulação para o futuro e a inovação como meta da política pública, 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inovacao-por-que-olhamos-para-o-passado-para-regular-27112017>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- KORMANN, Maria Eduarda. Novas tecnologias e regulação : inovações disruptivas e os desafios ao direito da regulação, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/69127>. Acesso em: 10 jul. 2021.