



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 544/2019 – SFCONST/PGR
Sistema Único nº 288955/2019

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 574/DF

ARGUENTE(S): Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros

INTERESSADO(S): Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

RELATOR: Ministro Edson Fachin

Excelentíssimo Senhor Ministro Edson Fachin,

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS NA MODALIDADE FRETADA. COMERCIALIZAÇÃO DE CONTRATOS POR MEIO DE PLATAFORMAS DIGITAIS, COM INTERMEDIÇÃO DE EMPRESAS DE TECNOLOGIA. DECISÕES JUDICIAIS QUE ASSEGURAM A EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DIREITO SOCIAL AO TRANSPORTE, À LIVRE CONCORRÊNCIA E AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS QUE CONFORMAM O SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. IMPUGNAÇÃO A CONJUNTO HETEROGÊNEO DE DEMANDAS JUDICIAIS. INADEQUAÇÃO DA ADPF PARA SOLUÇÃO DE LIDES CONCRETAS. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT) NA FISCALIZAÇÃO E PROIBIÇÃO DA ATIVIDADE. OBRIGAÇÃO CONTIDA EXCLUSIVAMENTE EM NORMAS DE NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL CUJA EFICÁCIA DEPENDA DE CONCRETIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA ADPF.

1. É inadequado utilizar arguição de descumprimento de preceito fundamental para a tutela de situações singulares, a fim de solucionar lides instauradas em casos concretos. Não cabe ADPF como substituto processual de recursos próprios. Precedentes.

2. Possui caráter infraconstitucional a controvérsia relativa à possibilidade de utilização de plataformas digitais (websites e aplicativos) para comercialização de contratos de transporte coletivo de passageiros na modalidade fretada.

3. Controle concentrado em face de omissão inconstitucional pressupõe a existência de norma constitucional cuja eficácia dependa de edição de lei ou de adoção de medida regulamentar ou administrativa por parte de poder ou órgão da administração pública. Descumprimento de obrigação contida exclusivamente em normas de natureza infraconstitucional por parte da ANTT não dá ensejo à instauração da fiscalização abstrata de constitucionalidade.

- Parecer por extinção do processo, sem resolução de mérito.

I

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros (ABRATI) em face de (i) decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 3ª e 4ª Regiões e pelos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e de Minas Gerais, que autorizam a exploração de serviços de transporte coletivo regular de passageiros intermediado por plataformas digitais e aplicativos de fretamento colaborativo; e (ii) omissão de agências reguladoras de transporte terrestre de passageiros em fiscalizar e proibir o exercício da atividade por prestadores sem delegação do Estado.

A requerente afirma possuir legitimidade para propor a demanda, por ser entidade de classe de âmbito nacional que representa “*empresas de transporte terrestre coletivo de passageiros, concessionárias, permissionárias ou autorizadas especiais de serviços regulares delegados pela União, pelos Estados ou pelo Distrito Federal*”, categoria afetada pelas decisões questionadas. Defende o cabimento da arguição, por ser o único instrumento eficaz para “*evitar a desestruturação do serviço público e a lesão ao direito social que ele concretiza, por meio de uma declaração abrangente e vinculante de inconstitucionalidade das várias decisões expedidas pelo Poder Judiciário e da omissão da Administração Pública para coibir essa nova modalidade de transporte irregular*”.

Indica como preceitos fundamentais violados da Constituição da República o direito social ao transporte (artigo 6.º-*caput*); a garantia de prestação adequada, universal, contínua e regular dos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros (art. 175-

parágrafo único-IV, c/c arts. 21-XII-e, 25-§1-º e 30-V); e a garantia da livre concorrência justa e leal (art. 170-*caput*-IV, c/c art. 173-§4.º).

Sustenta que a natureza fundamental do direito ao transporte impõe ao Estado o dever de promover condições que universalizem a capacidade dos indivíduos de mobilidade, ao tempo em que obsta a prática de atos que reduzam os níveis de acesso ao bem jurídico protegido pela norma constitucional. Reputa ser inconstitucional a exploração do transporte coletivo de passageiros por agentes privados, sem prévia delegação do poder público, tendo em vista a exclusiva titularidade estatal do serviço e a estreita vinculação deste com o desenvolvimento humano e o gozo dos direitos fundamentais sociais. Alega decorrer dessa titularidade estatal a prerrogativa do poder público de conformar aspectos atinentes a atividade, como a definição de linhas e áreas em que o serviço é prestado; a definição de horários, frequência e política tarifária; o regime de gratuidades e descontos obrigatórios; os requisitos de segurança e direitos dos usuários.

Insurge-se contra a prestação do serviço por meio de plataformas digitais, que oferecem viagens abertas ao público por meio de linhas regulares e em horários pré-determinados¹. Afirmar ter o texto constitucional qualificado o transporte coletivo de passageiros como serviço público e direito fundamental social, a justificar um maior controle estatal sobre a atividade e mitigar o exercício da livre iniciativa privada na exploração da atividade, a fim de proteger a universalidade, continuidade e regularidade do serviço.

Ao ver da requerente, as decisões judiciais impugnadas iriam de encontro aos referidos valores, posto que permitiriam a prestação do serviço de transporte coletivo de passageiros em caráter regular – sem a eventualidade que caracteriza o fretamento –, independentemente de prévia outorga estatal, segundo lógica exclusivamente econômica. A legitimação de tal modalidade de prestação do serviço frustraria a realização do direito social ao transporte, porquanto incentivaria a concorrência desleal e predatória por parte de “agentes sujeitos à simples livre iniciativa”, em detrimento de concessionárias, permissionárias e autorizatárias do serviço público.

Adotou-se o rito do art. 6º da Lei 9.882/1999 (peça 24).

¹ Refere-se, essencialmente, ao serviço prestado pela plataforma digital Buser (www.buser.com.br).

Vieram informações dos Tribunais Regionais Federais da 1ª Região (peça 30), 4ª Região (peça 31) e 3ª Região (peça 37); e dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo (peça 39) e Minas Gerais (peça 48).

A Advocacia-Geral da União suscitou preliminares de (i) falta de indicação dos atos questionados; (ii) inexistência de controvérsia constitucional relevante; (iii) inobservância do requisito da subsidiariedade; e (iv) inespecificidade do instrumento procuratório. No mérito, manifestou-se pela improcedência do pedido (peça 65).

A Associação Brasileira de Startups (ABStartups) requereu ingresso na ação, como *amicus curiae* (peça 68).

A requerente acostou procuração com poderes específicos para atacar o objeto da ADPF, defendeu o caráter constitucional da controvérsia e asseverou haver indicação precisa, na inicial, das decisões judiciais e condutas omissivas objeto de impugnação (peça 75).

É o relatório.

II

As preliminares de procuração inespecífica e de ausência de delimitação do objeto podem ser superadas, uma vez que o novo instrumento acostado pela ABRATI faz menção expressa às decisões judiciais questionadas (peça 76) e estas são relacionadas no corpo da petição inicial (pp. 20-21).

Não obstante, razões diversas obstam o conhecimento do pedido.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental é ação constitucional vocacionada a preservar a integridade da ordem constitucional, à falta de outro meio eficaz para salvaguardá-la, em face de ato do poder público lesivo a preceitos fundamentais. Para fins de cabimento da arguição, o ato objurgado não precisa ostentar natureza normativa, bastando que emane do poder público e seja apto a lesar núcleo de preceitos, princípios e regras revestidos de essencialidade para a manutenção da ordem constitucional estabelecida.

A esse respeito, esclarece André Ramos Tavares:

A legislação, no que tange à modalidade direta de ADPF, foi enfática ao prever, em seu art. 1.º, que caberá ADPF em face de ato do Poder Público. Note-se, aqui, a extensão desse termo, que não se circunscreve apenas aos atos normativos do Poder Público. Portanto, e como primeira conclusão, a ADPF poderá servir para impugnar atos não-normativos, como os atos administrativos e os atos concretos, desde que emanados do Poder Público. Trata-se, já aqui, de atos não impugnáveis por via da ação direta de inconstitucionalidade.²

Segundo o Ministro Celso de Mello:

O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Decisões judiciais enquadram-se, em princípio, na definição de ato do poder público a que se refere o art. 1.º-*caput* da Lei 9.882/1999, e lesão direta a preceito fundamental decorrente de interpretação materializada em decisões judiciais pode sanar-se por via de arguição de descumprimento de preceito fundamental.³

A propósito, observa, doutrinariamente, o Ministro Gilmar Mendes:

Pode ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional.

Nesses casos, a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma dada interpretação constitucional. No âmbito do recurso extraordinário essa situação apresenta-se como um caso de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição (art. 102, III, *a*).

Não parece haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1.º da Lei n. 9.882/99, essa hipótese poderá ser objeto de arguição de descumprimento – lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público –, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito do controle de constitucionalidade difuso.⁴

O Supremo Tribunal Federal, tendo em conta tal orientação, tem afirmado que existência de ações e recursos nas instâncias ordinária e extraordinária não exclui, *a priori*, admissibilidade de ADPF destinada a impugnação de decisões judiciais, dado o princípio da

2 TAVARES, André Ramos. “Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade”. In. CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 57-72.

3 *Revista trimestral de jurisprudência*, v. 199, p. 873; v. 224, p. 11; v. 215, p. 31.

4 MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

subsidiariedade ser considerado não pela existência de instrumentos subjetivos de impugnação, mas em face dos processos objetivos de controle de constitucionalidade:

13. Princípio da subsidiariedade (art. 4.º, § 1.º, da Lei nº 9.868/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação.⁵

A amplitude de aceitação da ADPF contra decisões judiciais, todavia, não deve ser tomada a ponto de transmudar sua vocação constitucional de ação de contornos objetivos, para admiti-la como sucedâneo ou substituto de recursos próprios, de ação ordinária ou de outros processos de natureza subjetiva. Sobre a inviabilidade de admissão de ADPF como sucedâneo ou substituto de recursos próprios, ação ordinária ou processos de natureza subjetiva, adverte o Ministro Marco Aurélio:

Essa, a meu ver, é a regra geral: o princípio da subsidiariedade deve ser observado tendo em vista, notadamente, a viabilidade de admissão das demais ações previstas para o exercício do controle concentrado. O entendimento, entretanto, merece temperamentos.

A amplitude do objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental não significa afirmar que todo e qualquer ato que não possua caráter normativo – pois então se mostraria pertinente a ação direta – seja passível de submissão direta ao Supremo. A óptica implicaria o desvirtuamento da sistemática de distribuição orgânica da jurisdição traçada pela Constituição Federal.

De um lado, a mera possibilidade de discussão do tema mediante a formalização de demandas individuais não deve conduzir ao esvaziamento da atividade precípua reservada ao Supremo – de guardião maior da Carta da República. De outro, descabe utilizar a ação para desbordar as medidas processuais ordinárias voltadas a impugnar atos tidos como ilegais ou abusivos, ainda mais quando o tema não representa risco de multiplicação de lides individuais.

Considero a arguição de descumprimento de preceito fundamental instrumento nobre de controle de constitucionalidade objetivo, destinado à preservação de um preceito nuclear da Carta Federal. É inadequado utilizá-la para dirimir controvérsia atinente a pequeno número de sujeitos determinados ou facilmente determináveis. Se isso fosse possível, surgiriam duas situações incompatíveis com o texto constitucional. Primeira: ficaria transmudada a natureza da ação, de objetiva para subjetiva. Segunda: estaria subvertida a ordem jurídico-processual, autorizando-se a trazer a este Tribunal, sem a observância dos graus de recurso, causas que não possuem relevância necessária ao exercício da competência originária.⁶

5 STF. Plenário. ADPF 33/PA. Rel.: Min. Gilmar Mendes. 7/12/2005, maioria. *DJ*, 27 out. 2006; *RTJ*, v. 199, p. 873.

6 STF. ADPF 245/DF. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO, 4/9/2013, decisão monocrática, *DJe*, 12 dez. 2012.

Nessa mesma linha, observou o Min. Néri da Silveira:

[...] se é exato que a arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição, a teor do art. 1º, da Lei nº 9.882/1999, tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, normativo ou não, decerto se cuida de instrumento novo de controle concentrado de constitucionalidade e, pois, de índole objetiva, qual decorre dos arts. 8º a 12 da Lei nº 9.882/1999, não podendo ser novo sucedâneo de mandado de segurança, de ação ordinária ou de qualquer outro processo de natureza subjetiva.⁷

Daí firmar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a inadequação do manejo de ADPF para obter resultado específico em casos concretos e pendentes de recursos próprios, voltados não em consideração ao ordenamento constitucional objetivo, mas à proteção judicial efetiva de situações singulares.⁸

Neste processo, impugna a ABRATI um conjunto heterogêneo de demandas judiciais – ações ordinárias, mandados de segurança, agravos de instrumento, suspensões de liminar, apelação cível e ação civil pública – a maior parte ainda pendente de qualquer pronunciamento judicial. Nos processos em que há decisões proferidas, estas apresentam nuances e particularidades, configurando uma diversidade de provimentos judiciais com fundamentações díspares.⁹ Não se verifica controvérsia constitucional definida ou divergência interpretativa acerca de preceitos fundamentais.

Nessa perspectiva, não se deve admitir o uso de ADPF para tutela judicial de casos singulares pendentes de julgamento ou recurso, a fim de solucionar situações concretas, sob pena de banalizar a jurisdição constitucional concentrada que a Constituição da República atribui ao Supremo Tribunal Federal.

7 STF. Plenário. Agravo regimental na ADPF 18/CE. Rel.: Min. NÉRI DA SILVEIRA. 22/4/2002, un. *DJ*, 14 jun. 2002.

8 Por exemplo: STF. Plenário. AgR/ADPF 11/SP. Rel.: Min. SYDNEY SANCHES; redator para acórdão: Min. GILMAR MENDES, 18/11/2004. *DJ*, 5 ago. 2005; ADPF 17/AP. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 5/11/2003. *DJ*, 14 fev. 2003; referendo na medida cautelar na ADPF 172/RJ. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 10/6/2009. *DJe*, 21 ago. 2009.

9 Entre as decisões impugnadas, há determinações judiciais voltadas a (i) suspender o transporte público interestadual de passageiros intermediado pela Buser em razão de falta de autorização devida (AO 5090883-03.2017.8.13.0024/MG, 5ª Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte/MG); (ii) impedir a imposição de obstáculos a viagens intermediadas pela Buser sob fundamento de prestação clandestina do serviço de transporte (MS 5005438-03.2018.4.03.6100/SP, 8ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP); (iii) reconhecer a responsabilidade da ANTT para fiscalizar a atuação das plataformas digitais que viabilizem serviços de fretamento coletivo (AI 50321589-44.2018.4.04.0000/PR, Tribunal Regional Federal da 4ª Região); (iv) determinar à ANTT adoção de medidas para impedir a prestação de serviços pela Buser em descompasso com as normas regulamentares aplicáveis (AO 5027566-06.2018.4.04.7000/PR, 3ª Vara Federal de Curitiba/PR).

III

Por outro lado, a controvérsia suscitada na ADPF possui nítido caráter infraconstitucional, sem afronta direta a preceitos fundamentais da Constituição da República.

Ao disciplinar o pacto federativo, o constituinte de 1988 reservou à União competência para legislar sobre trânsito e transporte (art. 22-XI) e para explorar os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21-XII-e). Conferiu aos municípios, expressamente, a organização e a prestação de serviços de transporte coletivo de interesse local (art. 30-V). Com base na competência residual (art. 25-§1.º), restou aos estados e ao Distrito Federal, por exclusão das atribuições municipais e federal, organizar e explorar o transporte coletivo intermunicipal de passageiros, nos respectivos territórios.

Consoante o art. 175 da Constituição da República, cabe ao poder público prestar serviços públicos diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, mediante licitação e na forma da lei. Consagrou o dispositivo constitucional a imprescindibilidade de prévio procedimento licitatório para delegação, por concessão ou permissão, de serviços públicos a particulares. Em se tratando de serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros, a competência para realizar o procedimento licitatório e conceder a outorga é exclusiva da União, nos termos do art. 21-XII-e da Constituição de 1988.¹⁰

O art. 37-XXI, da Constituição, por sua vez, é taxativo ao estabelecer que, ressalvados os casos especificados em lei, serviços públicos prestados por particulares serão contratados mediante processo de licitação que garanta igualdade de condições a todos os concorrentes. No plano infraconstitucional, o Congresso Nacional regulamentou a outorga de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros por meio da Lei 10.233, de 5 de junho de 2001, que disciplinou as modalidades de exploração da atividade nos seguintes termos:

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: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

[...]

IV – permissão, quando se tratar de:

¹⁰ “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; [...].”

a) **prestação regular** de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura;

[...]

V - autorização, quando se tratar de: (Redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014)

a) **prestação não regular** de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros; (Incluída pela Lei nº 12.743, de 2012)

[...]

e) **prestação regular** de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura. (Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014)

[...]

Art. 14. O disposto no art. 13 aplica-se segundo as diretrizes:

[...]

III - depende de autorização: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

[...]

b) o transporte rodoviário de passageiros, sob **regime de afretamento**;

[...]

j) transporte rodoviário coletivo **regular** interestadual e internacional de passageiros, que terá regulamentação específica expedida pela ANTT; (Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014)

IV – depende de permissão:

a) transporte rodoviário coletivo **regular** interestadual semiurbano de passageiros; (Redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014)

[...]

§ 1º As outorgas de concessão ou permissão serão sempre precedidas de licitação, conforme prescreve o art. 175 da Constituição Federal.

[...]

Art. 43. A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será outorgada segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características:

I – independe de licitação; [...].

Verifica-se das normas que o legislador nacional admitiu, ao lado da modalidade **regular** de prestação do serviço de transporte terrestre coletivo de passageiros, os regimes **não regular** e de **afretamento**. De acordo com o regramento nacional, a prestação do serviço em qualquer destas modalidades, desvinculada de exploração de infraestrutura, passou a ser

outorgada por meio de simples **autorização**, a qual dispensa procedimento licitatório prévio (Lei 10.233/2001, arts. 13-V-e e 14-III-j, c/c art. 43-I).

Nesse ponto, pode-se sustentar a incompatibilidade da Lei 10.233/2001 com o regime instituído pela Constituição de 1988, que exige que a exploração de serviços públicos seja precedida de licitação (CR, arts. 37-*caput*-XXI e 175-*caput*). A questão já se encontra submetida ao Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 5.549/DF, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

A controvérsia posta na presente arguição, todavia, não se refere à inconstitucionalidade do instrumento pelo qual se efetiva a outorga do serviço (autorização) ou das modalidades de prestação não regular (eventual ou por afretamento). Dirige-se, unicamente, à possibilidade de comercialização de contratos de transporte coletivo de passageiros na modalidade fretada com utilização de plataformas digitais, por meio de empresas interpostas.

Em um primeiro momento, busca a arguente o reconhecimento da inconstitucionalidade de “*decisões judiciais, de primeira e segunda instâncias de diferentes tribunais do país, que autorizaram o transporte coletivo de passageiros intermediado por aplicativo de ‘fretamento coletivo’*” (p. 19 da inicial). A tese defendida é de que a disponibilização, por meio de plataformas digitais, da contratação de serviços de transporte terrestre de passageiros na modalidade frete coletivo equivaleria à exploração de linhas rodoviárias regulares, sem prévia outorga estatal, em afronta ao art. 175-parágrafo único-IV, c/c arts. 21-XII-e, 25-§1º e 30-V, todos da CR.

No caso, questiona a atuação de empresas de tecnologia – notadamente a Buser Brasil Tecnologia Ltda. – que atuam como intermediárias na contratação de viagens rodoviárias fretadas. Referidas empresas colhem, por meio de aplicativos e websites, informações do público a respeito de seus interesses em viagens e, ao final, mediante procedimento de combinação de informações, selecionam empresas autorizadas a atuar no transporte rodoviário fretado, fazendo com que a cobrança da viagem seja rateada entre os usuários.

Argumenta-se que tal modelo de exploração da atividade representaria ofensa à livre concorrência e ao direito fundamental ao transporte (arts. 6.º-*caput*; art. 170-*caput*-IV, c/ c art. 173-§4.º), porquanto configuraria competição desleal e predatória, tendo em conta os regimes assimétricos aos quais se submetem, de um lado, o serviço regular de transporte coletivo de passageiros, sujeito às exigências de universalidade, continuidade e regularidade; e,

de outro, as empresas de transporte por fretamento, cujas atividades concentrar-se-iam nas linhas economicamente viáveis, portanto mais vantajosas.

Ocorre que, do exame dos preceitos da Constituição da República que disciplinam os serviços de transporte de passageiros, não há como se extrair norma que proíba as atividades contra as quais se insurge a arguente. É dizer, a solução da controvérsia suscitada passa, inevitavelmente, pelo cotejo de preceitos legais e regulamentares que conformam o transporte coletivo de passageiros, em especial nas modalidades não regular e fretada, as quais não encontram disciplina no texto constitucional.

De fato, para apreciação da questão posta é imprescindível a análise da legislação infraconstitucional regente da matéria, sobretudo das normas já referidas da Lei 10.233/2001. Esta, como se disse, admitiu o transporte coletivo de passageiros sob os regimes não regular, regular e de afretamento, sem pormenorizar as suas características.

Na esfera infralegal, o Decreto 2.521, de 20 de março de 1998, ao dispor sobre exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, definiu os conceitos de fretamento contínuo, eventual ou turístico, nos seguintes termos:

Art. 3º Para os fins deste Decreto, considera-se: (Redação dada pelo Decreto nº 8.083, de 2013)

[...]

X - fretamento contínuo: é o serviço prestado a pessoas jurídicas para o transporte de seus empregados, bem assim a instituições de ensino ou agremiações estudantis para o transporte de seus alunos, professores ou associados, estas últimas desde que legalmente constituídas, com prazo de duração máxima de doze meses e quantidade de viagens estabelecidas, com contrato escrito entre a transportadora e seu cliente, previamente analisado e autorizado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT; (Redação dada pelo Decreto nº 8.083, de 2013)

XI - fretamento eventual ou turístico: é o serviço prestado à pessoa ou a um grupo de pessoas, em circuito fechado, com emissão de nota fiscal e lista de pessoas transportadas, por viagem, com prévia autorização ou licença da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT; (Redação dada pelo Decreto nº 8.083, de 2013)

A Lei 10.233/2001, a seu turno, instituiu a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) como órgão regulador submetido a regime autárquico especial, com funções de supervisão e fiscalização do transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e de cargas. Destaca-se das atribuições conferidas à autarquia relativamente ao transporte rodoviário de passageiros:

Art. 22. Constituem a esfera de atuação da ANTT:

[...]

III – o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

[...]

Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário:

I – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de permissão para prestação de serviços regulares de transporte rodoviário interestadual semiurbano de passageiros; (Redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014)

II – autorizar o transporte de passageiros, realizado por empresas de turismo, com a finalidade de turismo;

III – autorizar o transporte de passageiros, sob regime de fretamento;

[...]

VIII – autorizar a prestação de serviços regulares de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. (Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014)

Por meio da Resolução 4.770, de 25 de junho de 2015, a ANTT regulamentou a prestação do **serviço regular de transporte rodoviário coletivo** interestadual e internacional de passageiros sob o regime de autorização. O diploma estabeleceu regramento atinente ao processo seletivo para outorga de linhas, regras de operação destas, transferência de mercados, política tarifária, penalidades, extinção de autorizações, intervenção no mercado, entre outras disposições.

O **regime de fretamento** na prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo, por sua vez, foi regulamentado pela Resolução 4.777, de 6 de julho de 2015. Esta estabeleceu as modalidades turística, eventual ou contínua, definidas nos seguintes termos:

Art. 3º Para fins desta Resolução, na prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento, considera-se:

[...]

VI - **Fretamento turístico**: o serviço prestado por autorizatária, 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 autorizatária, 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 autorizatária, 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;

[...]

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

Adiante, estabeleceu o diploma série de vedações para o serviço, entre as quais se destaca a proibição de venda e emissão de bilhete de passagem

Seção II - Das Vedações

Art. 61. Na prestação do serviço de transporte rodoviário de passageiros de que trata a presente Resolução, a autorizatária não poderá:

I - praticar a venda e emissão de bilhete de passagem;

II - transportar pessoas não relacionadas na lista de passageiros;

III - transportar passageiros em apenas parte do itinerário registrado, salvo nos casos previstos no art. 37;

IV - transportar pessoas em pé, salvo no caso de prestação de socorro, em decorrência de acidente ou avaria no veículo;

V - utilizar-se de terminais rodoviários destinados exclusivamente à prestação de serviço de transporte rodoviário regular de passageiros;

VI - executar serviço de transporte rodoviário de passageiros que não seja objeto da autorização;

VII - utilizar motorista sem o devido vínculo empregatício com a autorizatária;

VIII - executar o serviço de transporte de encomendas; e

IX - transportar produtos que configurem tráfico de drogas e de entorpecentes, contrabando ou descaminho.

A penalidade cominada para o eventual descumprimento da proibição de venda de bilhetes individuais encontra-se prevista na Resolução 233, de 25 de junho de 2003:

Art. 1º Constituem infrações aos serviços de transporte rodoviário de passageiros sob a modalidade interestadual e internacional, sem prejuízo de sanções por infrações às normas legais, regulamentares e contratuais não previstas na presente Resolução, os seguintes procedimentos, classificados em Grupos conforme a natureza da infração, passíveis de aplicação de multa, que será calculada tendo como referência o coeficiente tarifário - CT vigente para o serviço convencional com sanitário, em piso pavimentado.

[...]

IV - multa de 40.000 vezes o coeficiente tarifário:

a) executar serviços de transporte rodoviário interestadual ou internacional de passageiros sem prévia autorização ou permissão;

[...]

c) praticar a venda de bilhetes de passagem e emissão de passagens individuais, quando da prestação de serviço de transporte sob o regime de fretamento;

[...].

Em momento algum advoga o autor a inconstitucionalidade da normatização legal ou regulamentar que trata da exploração do transporte coletivo de passageiros nas modalidades eventual ou por afretamento. Insurge-se, isto sim, contra o modelo de contratação desenvolvido por meio de plataformas digitais, alegando haver equiparação e competição predatória em relação à exploração do serviço público regular de transporte de passageiros.

O ponto central de discussão que a ADPF põe em causa, portanto, envolve saber se a comercialização de contratos de fretamento de transporte coletivo em meios digitais, com intermediação de empresas de tecnologia, subsume-se na conduta vedada pelos dispositivos referidos das Resoluções 4.777/2015 e 233/2003 da ANTT (venda de bilhetes/emissão de passagens individuais).

Na eventualidade de essa hipótese ser confirmada, tese defendida pela arguente, ter-se-á a inobservância de parâmetros legais e regulamentares. A ofensa direta se daria em relação à lei (crise de legalidade), com afronta meramente reflexa ou indireta à Constituição, a evidenciar impossibilidade de conhecimento da ADPF.

IV

De resto, postula a ABRATI que o Supremo Tribunal Federal reconheça a omissão administrativa inconstitucional da ANTT na supervisão do transporte coletivo de passageiros por agentes sem delegação do Estado, determinando a adoção de providências concretas para a fiscalização, proibição e sanção de prestadores que se utilizem da intermediação de plataformas digitais e aplicativos de frete colaborativo.

Controle concentrado da omissão inconstitucionalidade pressupõe a existência de norma constitucional cuja eficácia dependa de concretização legislativa ou de regulamentação in-

fralegal por parte de poder ou órgão da administração pública. Acerca dessa modalidade de fiscalização abstrata, Gilmar Ferreira Mendes observa:

[...] a concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei. Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social. A omissão legislativa constitui, portanto, objeto fundamental da ação direta de inconstitucionalidade em apreço.¹¹

Ao lado da omissão legislativa, há a inconstitucionalidade por omissão de medida de natureza regulamentar ou administrativa. Trata-se de hipótese em que a falta de concretização do preceito constitucional decorre não da ausência de lei, mas de providências concretizadoras por órgãos da administração pública. Em relação ao objeto da omissão inconstitucional suscetível de impugnação por ADO, esclarece Luiz Guilherme Marinoni (destaques acrescidos):

A letra do § 2º do art. 103 da CF deixa claro que o objeto da omissão inconstitucional não é apenas o produto do Legislativo, mas igualmente os atos que deixaram de ser praticados pelos órgãos administrativos. A omissão inconstitucional, objeto da ação direta de inconstitucionalidade, é, em princípio, normativa. É a falta da edição de norma – cuja incumbência é, em regra, do Legislativo, mas que também pode ser do Executivo e até mesmo do Judiciário – que abre oportunidade à propositura da ação. Neste sentido, pode ser objeto da ação a ausência de ato de caráter geral, abstrato e obrigatório.

Assim, a ação não permite questionar apenas a ausência de atos normativos primários, mas **também a falta de atos normativos secundários, como os regulamentos, de competência do Executivo, e, eventualmente, até mesmo a inexistência de atos normativos cabíveis ao Judiciário.**

No caso em que a lei não contém os elementos que lhe dão condição de aplicabilidade, a falta de regulamento é empecilho evidente para a efetividade da norma constitucional. Porém, a falta de ato de caráter não normativo, inclusive por poder ser enquadrado na previsão do art. 103, § 2º, da CF, que remete à ciência para a “adoção de providências necessárias”, igualmente pode ser objeto de omissão inconstitucional e da correspondente ação direta.¹²

De acordo com Gilmar Mendes e Lenio Streck, a fiscalização abstrata promovida em sede de omissão, ainda que possa se voltar contra morosidade administrativa, deve ter por escopo a defesa da ordem fundamental. Não se destina à tutela de situações individuais ou subjetivas. Acerca da instauração do controle concentrado em face de omissões de caráter não normativo, observam os autores:

11 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.293.

12 MARINONI, Luiz Guilherme, “O Sistema Constitucional Brasileiro”, in. SARLET, Ingo Wolfgang; ____; MITIDIERO, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 1.241-1.242.

Embora as omissões de providências de índole administrativa não se afigurem adequadas, em princípio, para afetar, primariamente, a efetividade de uma norma constitucional, até porque, como resulta da própria estrutura constitucional, essa tarefa foi confiada, primordialmente, ao legislador, não se pode negar que o constituinte contemplou eventual omissão das autoridades administrativas como objeto dessa modalidade de controle direto de inconstitucionalidade.

[...]

Cumpra indagar se a omissão na prática de atos administrativos propriamente ditos – de índole não normativa – poderia ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A exegese literal do disposto no art. 103, § 2º, da CF parece sugerir resposta afirmativa, uma vez que ali se refere a “medidas”, “providências necessárias” e a “órgãos administrativos”. Por força do próprio princípio do Estado de Direito e de um dos postulados básicos – o princípio da legalidade da Administração –, é difícil imaginar ato administrativo indispensável, primariamente, para tornar efetiva norma constitucional. Até mesmo as medidas estatais de índole organizatória, que, na moderna dogmática dos Direitos Fundamentais, são abrangidas pela ampla designação de “direito à organização e ao processo” (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), pressupõem a existência de lei autorizadora.

De qualquer forma, não há como deixar de admitir que, a despeito da existência de lei, a omissão das autoridades na adoção de diferentes providências administrativas pode dificultar ou impedir a concretização da vontade constitucional.

[...]

Não se pode, portanto, excluir de plano a possibilidade de que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tenha por objeto a organização de determinado serviço ou a adoção de determinada providência de índole administrativa.¹³

De toda forma, é imprescindível que a conduta omissiva, seja ela de natureza legislativa, regulamentar ou administrativa, obste a efetivação de alguma determinação contida no texto constitucional. Não é o que se verifica no presente caso. De fato, recai a impugnação sobre a ausência de atos fiscais da ANTT, relativos à supervisão do cumprimento de normas legais e regulamentares disciplinadoras do serviço de transporte coletivo de passageiros, na modalidade eventual ou fretada. Trata-se de atribuição fiscalizatória atribuída ao órgão pela Lei 10.233/2001 e pelo Decreto 2.521/1998.

Os preceitos constitucionais indicados como parâmetro na arguição não estabelecem dever de legislar ou de adotar providências administrativas regulamentares no exato sentido buscado pela arguente. A pretensão deduzida é voltada a impor ao Estado o cumprimento de parâmetros introduzidos exclusivamente por normas de caráter infraconstitucional.

13 MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lênio L., “Comentário ao art. 103”, in. CANOTILHO, J. J. Gomes; _____; SARLET, Ingo W.; _____ (coords.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.421.

Não constitui a ADPF instrumento adequado para apurar eventual descumprimento de normas legais ou regulamentares por parte da ANTT, fazê-la cumprir a legislação infraconstitucional em vigor ou, mesmo, obrigá-la a proceder à fiscalização do serviço de transporte coletivo fretado. Tais desideratos devem ser buscados pela via ordinária, uma vez que são estranhos ao controle concentrado de constitucionalidade, cuja admissão se vincula ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo (ADPF 155, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 11/12/2008).

V

Pelo exposto, a Procuradora-Geral da República opina pela extinção do processo, sem julgamento de mérito.

Brasília, 13 de setembro de 2019.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

AMO