



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

REBECA BÁRBARA GUIMARAES DE MELO

**DAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS NO SERVIÇO DE
TRANSPORTE INDIVIDUAL (PÚBLICO OU PRIVADO?)
INTERMEDIADO PELO APLICATIVO UBER E A
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ENTES FEDERATIVOS**

Salvador
2016

REBECA BÁRBARA GUIMARAES DE MELO

**DAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS NO SERVIÇO DE
TRANSPORTE INDIVIDUAL (PÚBLICO OU PRIVADO?)
INTERMEDIADO PELO APLICATIVO UBER E A
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ENTES FEDERATIVOS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Geovane Peixoto

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

REBECA BÁRBARA GUIMARAES DE MELO

**DAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS NO SERVIÇO DE
TRANSPORTE INDIVIDUAL (PÚBLICO OU PRIVADO?)
INTERMEDIADO PELO APLICATIVO UBER E A
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ENTES FEDERATIVOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

À
Família e amigos que me emprestaram
entusiasmo e motivação.

AGRADECIMENTOS

A Deus, ao meu Jah, a Yemanjá, a Yansã, a Oxun, a todos os deuses, santos e espíritos de luz existentes neste universo por me manterem firme e forte nessa jornada.

À minha família e aos amigos que souberam compreender os momentos de ausência.

À minha maravilhosa mãe, Cristiane Santana Guimarães, por toda a inspiração do mundo.

Ao meu pai, Lázaro José Barbosa de Melo, pela força.

Ao meu irmão, João Paulo Guimarães de Melo, pelo amor e cuidado desde o meu nascimento.

À minha vó, Benedita Santana Guimarães por toda a sua candura e bondade.

Ao meu orientador Dr. Geovane Peixoto, pela paciência ao me direcionar neste trabalho e compreender os momentos de aflição.

A todos os professores que me impulsionaram e colaboraram com este escrito.

“Como dois e dois são quatro,
Sei que a vida vale a pena,
Embora o pão seja caro
E a liberdade pequena.”

Ferreira Gullar

RESUMO

O presente trabalho se destina a pesquisar e aprofundar o estudo sobre as liberdades constitucionais relativas ao serviço de transporte individual intermediado pelo aplicativo Uber ou similares, tais como: a livre iniciativa; a liberdade profissional; e a livre concorrência. Discute-se também a natureza jurídica do transporte individual exercido pelos motoristas parceiros do aplicativo Uber: a partir da jurisprudência e da doutrina objetiva-se determinar se o serviço prestado é um transporte público ou privado individual. Ainda no âmbito desta discussão, aborda-se o tema do “monopólio” exercido pelos taxistas, do direito à concorrência inerente a ordem econômica constitucional e a defesa do consumidor no embate Uber *versus* táxi. Interessa ao estudo também, tratar do conflito Uber *versus* táxi sob o aspecto econômico, no qual o CADE conclui pela inexistência de elementos impeditivos ao funcionamento de novos prestadores de serviços de transporte individual. E por fim, tratar da competência legislativa dos entes federativos sobre o tema transporte individual, trazendo à baila as leis municipais recentemente editadas com o intuito de proibir o serviço de transporte remunerado por veículos particulares - diferentes do serviço de táxi. Fez-se necessário um aporte teórico a respeito dos mecanismos de controle de constitucionalidade: o controle abstrato e o controle concentrado de constitucionalidade. Em estudo mais específico, verificou-se a viabilidade do controle de constitucionalidade de lei municipal por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e a viabilidade da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de constituição estadual julgado pelo Tribunal de Justiça do estado, de forma irrecorrível.

Palavras-chave: liberdades; constituição; transporte; Uber; controle.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRANET	Associação Brasileira de Internet
ACM	Antônio Carlos Magalhães
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag. Reg.	Agravo Regimental
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
art.	artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEB	Constituição do Estado da Bahia
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
ConJur	Consultor Jurídico
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
DEE	Departamento de Estudos Econômicos
des.	Desembargador
DETRO-RJ	Departamento de Transportes Rodoviários do Rio de Janeiro
Dr.	Doutor
EC	Emenda Constitucional
ES	Espírito Santos
etc	Entre outras coisas

Exmo	Excelentíssimo
GAB	Gabinete
GPS	Global Positioning System
LTDA	Limitada
MC	Medida Cautelar
MG	Minas Gerais
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
Recl.	Reclamação
Rel.	Relator
SMT	Secretaria Municipal de Trânsito
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
UnB	Universidade de Brasília

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS DO CASO UBER E O SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL	14
2.1 DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA LIBERDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	15
2.1.1 Da livre iniciativa	17
2.1.2 Da livre concorrência, o papel do CADE e a Defesa do Consumidor	21
2.2 DO SERVIÇO PÚBLICO	27
2.2.1 Do transporte individual	31
2.2.2 Do transporte público <i>versus</i> transporte privado e as liminares do RJ e SP	32
2.3 DA AUTORREGULAÇÃO E DA DESREGULAÇÃO ECONÔMICA	35
2.3.1 Do Poder Regulador e do Poder Regulamentador	37
2.3.2 A lei e a função normativa do Poder Regulamentar	38
2.3.3 A ótica do CADE sobre o caso Uber <i>versus</i> táxi	38
3 UBER COMO TRANSPORTE INDIVIDUAL (PÚBLICO OU PRIVADO) E A RELAÇÃO CONCORRENCIAL COM O “MONOPÓLIO” TAXISTA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	43
3.1 DO MONOPÓLIO E DA CONCORRÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO	45
3.2 DISTINÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA <i>STRICTO SENSU</i>	48
3.3 UBER COMO TRANSPORTE PRIVADO INDIVIDUAL E A INOCUIDADE DA DISCUSSÃO	51
3.4 UBER COMO TRANSPORTE PÚBLICO INDIVIDUAL	58
3.5 A DEFESA DO CONSUMIDOR NO SERVIÇO PÚBLICO	62
3.6 A LIBERAÇÃO E A DESREGULAMENTAÇÃO DOS TÁXIS: SOLUÇÃO?	66
4 DA INCOMPETÊNCIA E DA ILEGALIDADE DAS LEIS ESTADUAIS, MUNICIPAIS E DISTRITAIS QUE PROÍBEM O FUNCIONAMENTO DOS MOTORISTAS PARCEIROS DO UBER	70
4.1 DA INCOMPETÊNCIA DOS MUNICIPIOS E DA	

INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE SUAS LEIS	71
4.2 DA INCOMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS E DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE SUAS LEIS	74
4.3 DA ILEGALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS	76
4.4 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	79
4.4.1 Controle difuso de constitucionalidade das leis municipais	82
4.4.2 Controle concentrado de constitucionalidade das leis municipais	86
4.5 DO CABIMENTO DE ADPF E DE ADI POR VIOLAÇÃO DE CONSTITUIÇÃO ESTADUAL POR LEI MUNICIPAL	88
6 CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	97

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se destina a pesquisa das liberdades constitucionais no serviço de transporte individual intermediado pelo aplicativo Uber e a pesquisa de qual (ais) ente (s) federativo (s) possui (em) competência para legislar sobre as diretrizes de política nacional de transporte e trânsito.

Os problemas iniciais que se colocam neste trabalho se expõem a seguir. Quais as liberdades constitucionais relativas à ordem econômica que tangenciam o serviço de transporte individual? Qual a natureza jurídica do serviço intermediado pelo aplicativo Uber? Trata-se de transporte público individual? Ou de transporte privado individual? Caso seja um transporte público individual, haveria o monopólio desse serviço por parte da classe dos taxistas? Seria o serviço fornecido pelos taxistas realmente um serviço público? Possuem os municípios competência para legislar sobre as diretrizes de política nacional de transporte e trânsito? Seriam, portanto, as leis municipais que proíbem o serviço de transporte remunerado por veículos particulares inconstitucionais e ilegais? Em caso de inconstitucionalidade, qual (ais) seria (iam) o (s) mecanismo (s) ideal (ais) para o exercício do controle de constitucionalidade?

Os principais objetivos principais deste trabalho são: abordar as liberdades constitucionais relativas à ordem econômica atinente à prestação dos serviços de transporte individual; se possível, determinar a natureza jurídica do serviço de transporte fornecido pelos motoristas parceiros do aplicativo Uber e congêneres; levantar hipótese de existência de monopólio desse serviço por parte da classe dos taxistas; ousar determinar qual ente federativo possui a competência para legislar sobre as diretrizes de política nacional de transporte e trânsito; e buscar qual (ais) seria (iam) o (s) mecanismo (s) ideal (ais) para o exercício do controle de constitucionalidade.

A pesquisa centra-se inicialmente na abordagem das liberdades constitucionais relativos á ordem econômica que tangenciam o problema, quais sejam: a livre iniciativa; a liberdade profissional; e a livre concorrência. Ainda no mesmo capítulo, são trazidas noções do que seja o serviço público, assim como do que seja o transporte individual. Ao tratar do transporte individual, são trazidas à baila decisões liminares dadas por juízes do Rio de Janeiro (RJ) e São Paulo (SP), discutindo a natureza jurídica do serviço intermediado pelo aplicativo Uber, assim

como discutem a respeito da proibição do fornecimento do serviço de transporte pela plataforma tecnológica determinada pelas leis municipais do RJ e SP.

O segundo capítulo se destina a discussão da natureza jurídica do Uber, sendo destinado tópico específico tanto para a sua vertente pública quanto a privada. Ao se abordar a faceta de transporte público individual, dada pelo Poder Público de alguns municípios e pela classe taxista de quase todo o território brasileiro ao Uber, faz-se um estudo a respeito da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) no serviço público e sobre o monopólio do próprio “serviço público” fornecido pelos taxistas, discutindo-se a respeito da existência do direito à concorrência no âmbito do serviço público.

No terceiro e último capítulo, será questionada a competência dos entes federativos quanto à capacidade de legislar sobre o transporte individual. Notadamente, será abordada, em específico, a competência do município para legislar sobre transporte individual, em razão da proliferação de leis municipais no Brasil que buscam proibir o serviço de transporte remunerado por veículos particulares, estudando-se mecanismos de controles de constitucionalidade capazes de caçar os efeitos dessas leis. Ainda sobre o controle de constitucionalidade, discute-se o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da ação direta de inconstitucionalidade por violação de constituição estadual por lei municipal. Por fim, o aspecto legal das leis municipais também será abordado quanto a sua coordenação com todo o ordenamento jurídico.

Esta pesquisa optou, dada a novidade do tema abordado, pelo método exploratório, objetivando proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-los mais explícito e construir hipóteses. Buscando aprimorar as ideias relativas ao objeto de pesquisa, este trabalho é bastante flexível do ponto de vista dos aspectos estudados e das fontes consultadas para o estudo. Na maioria dos problemas discutidos, abarcados pelo tema, a pesquisa valeu de: pareceres produzidos pela doutrina pátria e estrangeira, assim como de membros da Administração Pública; estudos de casos judiciais; palestra promovida pela Abranet, na qual a Min. Nancy Andrighi explanou; audiência pública sobre a Mobilidade Urbana - A lei municipal pode proibir novas alternativas de transporte? - promovida pela OAB Seção Bahia com a participação do diretor de Relações Governamentais do Uber (Daniel Mangabeira), do vereador da Câmara Municipal de São Paulo (José Police Neto) e dos vereadores da Câmara Municipal de Salvador (Cláudio Tinoco e

Alfredo Manguiera); livros da doutrina pátria; legislação pátria; notícias; colunas e artigos.

Diante da comoção sofrida pela classe dos taxistas, da alternativa dada aos consumidores por ser o aplicativo Uber mais uma opção de serviço e da restrição sofrida pelos motoristas parceiros do aplicativo Uber, faz-se necessário apurar as vertentes jurídicas e econômicas atinentes à discussão sobre proibição ou não do serviço prestado pelos motoristas parceiros do aplicativo Uber. Note-se que essa proibição além de possuir reflexos jurídicos e econômicos, possui também seus reflexos sociais, na medida em que trata do direito de escolha do serviço a ser prestado ao consumidor, do direito ao exercício de atividade remunerada lícita e do dever de existência da livre concorrência, exteriorizada no direito de livre iniciativa e livre associação inerentes a toda sociedade que tem no capital o seu modo de produção.

2 DAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS DO CASO UBER E O SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL

Ao iniciar a abordagem do caso Uber, serão tratadas das liberdades constitucionais, as quais tangenciam o caso em questão. Mais detidamente o enfoque será direcionado a liberdade de iniciativa, disposta no art. 1º, IV e art. 170, *caput* da Constituição Federal, abarcando a liberdade de iniciativa econômica e profissional, assim como a liberdade de concorrência (art. 170, IV, CF).

Indiscutivelmente, essas liberdades possuem íntima ligação com o modo de produção capitalista, o qual, malgrado mitigações realizadas pela constituição cidadã, com forte teor social, é baseada em princípios liberais. Se por um lado a Constituição de 1988 está incrustada de caráter social, tal como a função social da propriedade e defesa de direitos coletivos como a defesa do meio ambiente, não poderá ser negada seu caráter liberal, haja vista tutelar direitos negativos, tais como a liberdade de iniciativa, de propriedade e da concorrência.

Note-se que é a partir de tais princípios de liberdade constitucional que se realiza a interpretação infraconstitucional, como trata o professor Daniel Sarmiento¹, ao dizer que:

[...] tais princípios operam como verdadeiras bússolas que devem guiar a interpretação de regras constitucionais mais específicas, mas também a exegese da legislação infraconstitucional referente ao tema que tratam. Essa é chamada eficácia interpretativa dos princípios constitucionais, assim sintetizada por Luís Roberto Barroso:

A eficácia interpretativa consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados pelos princípios constitucionais. Funcionam eles, assim, como vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa. [...] Em suma: a eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente.

Feitas as considerações introdutórias, dar-se-á prosseguimento os estudos das liberdades acima mencionadas nos próximos itens.

¹ SARMENTO, DANIEL. **Parecer.** Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015, p.11.

2.1 DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA LIBERDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Enuncia o art. 170, caput, da CF que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios dispostos nos incisos de I a IX, quais sejam: a soberania nacional; a propriedade privada; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente; a redução das desigualdades regionais e sociais; a busca do pleno emprego; e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Em seu parágrafo único, assevera que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgão, salvo nos casos previstos em lei.

Aliado a este dispositivo intimamente ligado à ordem econômica, está o art. 193 que estabelece que a ordem social tem como base o trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social, além do art. 3º que projeta os objetivos fundamentais da República² e o art. 1º que estabelece os fundamentos da República³.

Diante disso, a Constituição Federal declara que o Estado brasileiro tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando que a ordem econômica e a social sejam coordenadas de maneira a realizar os objetivos apontados⁴.

Acerca dos princípios da atividade econômica, elencados no art. 170 da Constituição Federal, tem-se que neles estão presentes verdadeiros mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em

² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³ 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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editora, anual, p.727-729.

graus variados, ou seja, os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentre as possibilidades jurídicas e fáticas existentes⁵.

Desta forma, os princípios não contêm um mandamento definido, sendo, portanto, verdadeiros mandamentos de otimização, implicando a sua natureza, na máxima proporcionalidade, com sua três máximas parciais da adequação e da necessidade (mandamento do meio menos gravoso), as quais decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, e da máxima da proporcionalidade propriamente dita (mandamento de sopesamento propriamente dito) que decorre do fato de que os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas⁶.

Cabe ao legislador no capítulo em que trata dos princípios gerais da atividade econômica estabelecer compromissos com a melhoria das condições sociais da população e sua harmonização em todo o país, apresentar a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais quer como um objetivo fundamental da República (at. 3º, III, CF), quer como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, VII, CF)⁷.

Observa-se que a soberania nacional, a livre iniciativa, os valores sociais do trabalho e a função social da propriedade são dispostos tanto nos fundamentos da República (art. 1º, CF) quanto nos princípios da ordem econômica (art. 170, CF).

A seguir serão tratados mais detidamente os princípios pertinentes a essa pesquisa, tais como a livre iniciativa, conjuntamente com a liberdade profissional, visto que corolário daquela. E por fim, o princípio da liberdade de concorrência e o papel do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) como um agente auxiliador da manutenção do equilíbrio econômico.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.85-91.

⁶ *Ibidem*, p.116-118.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editora, anual, p.815-816.

2.1.1 Da livre iniciativa

A liberdade de iniciativa consta como fundamento da própria República Federativa (art.1º, IV, CF), assim como da ordem econômica (art. 170, *caput*, CF), como princípio basilar do modo de produção capitalista. Envolve a liberdade de iniciativa, portanto, a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato⁸.

Apesar do seu viés predominantemente econômico, a liberdade de iniciativa não se restringe somente a este fim. Como assevera o professor André Ramos Tavares⁹, a livre iniciativa constitucionalmente prevista possui sentido amplo, abarcando não somente a liberdade econômica, ou a liberdade de desenvolvimento das empresas, mas englobando todas as demais formas de organização econômicas, individuais e coletivas, como a cooperativa (art. 5º, XVIII e art. 174, §§ 3º e 4º, CF), e a própria liberdade contratual e comercial.

Acrescenta ainda o professor em mesma obra¹⁰, que a livre de iniciativa possui uma conotação positiva na medida em que significa a liberdade garantida ao indivíduo, pois que lhe é facultada a possibilidade de criar e explorar uma atividade econômica. E por outro lado, a sua conotação negativa diz respeito a não intervenção estatal que só poderá agir senão em virtude de lei.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, essa conotação negativa, tornou-se enfaticamente explícita, nos termos do *caput* do art. 174 desta Carta¹¹, que o planejamento econômico feito pelo Poder Público não pode impor-se como obrigatório para o setor privado. Ou seja, o Estado não pode impor aos particulares o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas somente incentivar os particulares¹².

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editora, anual, p.807.

⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2011, p.235.

¹⁰ *Ibidem*, p.235.

¹¹ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editora, anual, p.732.

Importante consideração faz Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹³, ao compreender a liberdade de empresa como sendo aquela que conjuga a liberdade de ofício com a liberdade de associação para realizar certa atividade.

Além do mais, trata a liberdade de iniciativa da liberdade na contratação na medida em que esta liberdade abarca a faculdade de: ser parte em um contrato; escolher com quem realiza o contrato; escolher que tipo de negócio realizar; dispor do conteúdo do contrato; caso o contrato não seja cumprido, acionar o Judiciário para tanto.

Desta forma sintetiza o professor André Ramos Tavares¹⁴ que da liberdade de iniciativa no seu campo econômico pode-se extrair a liberdade de trabalho, a liberdade de empresa, que é o exercício da atividade empresária, assim como a liberdade de associação, possuindo como pressupostos para o seu exercício a direito de propriedade, à liberdade de contratar e comerciar.

Malgrado a conotação capitalista, o legislador constituinte se preocupou em ressaltar o princípio liberal na medida em que traz a regra da liberdade de iniciativa, desde que o desenvolvimento da empresa esteja num quadro estabelecido pelo poder público, ou seja, deve estar à iniciativa privada sujeita aos ditames da lei, havendo de ser entendida no contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social e com o bem-estar coletivo¹⁵.

Vale dizer que o constituinte originário, quando determinou no parágrafo único do art. 170 que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei, no termo “independente de autorização econômica” significa a prescindência de autorização por parte do Poder Público ao exercício livre da iniciativa privada, ou seja, a expressão configura-se como um verdadeiro *qualificativo reforçador* da liberdade de iniciativa¹⁶.

A parte final do parágrafo único do art. 170, “salvo nos casos previstos em lei”, indica que a liberdade de iniciativa, bem como a liberdade de concorrência são compatíveis com a necessidade de prévia verificação administrativa para

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. 3 v, p. 106.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2011, p.237.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editora, anual, p. 808.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editora, anual, p.734.

conferir se seu exercício atende as exigências atinentes à salubridade, à segurança, à higidez do meio ambiente e à qualidade mínima do produto em defesa do consumidor¹⁷.

Portanto, cabe ponderar que a regra é a liberdade de iniciativa exercida de forma ampla, ou seja, aprioristicamente este princípio constitucional não possui qualquer limitação, mas na medida em que, por ventura, o exercício dessa liberdade viola a realização da justiça social e do bem-estar coletivo, faz-se necessária a intervenção do Poder Público na regulação de comportamentos¹⁸. Por este desiderato, qualquer restrição de direito ao princípio da liberdade de iniciativa deverá ser editada na forma de lei ou proveniente da própria Carta Magna¹⁹.

No que diz respeito à liberdade profissional, o art.170, *caput* declara que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano, devendo se conformar aos ditames da justiça social e menciona dentre seus princípios a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades sociais.

A valorização social do trabalho foi incluída nos Princípios Fundamentais pelo sistema constitucional (art. 1º, IV, CF), visto que “o trabalho não deve ser assumido friamente como mero fato produtivo, mas sim, como fonte de realização material, moral e espiritual do trabalhado”²⁰.

Além dos dispositivos acima, nos termos do art. 6º da CF de 1988, o trabalho é reconhecido como direito social no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Ademais, no art. 5º, XIII da mesma constituição, a liberdade de trabalho está prevista como direitos sociais relacionados ao trabalho sob duas óticas: os direitos previstos no art. 7º (direito dos trabalhadores), relacionados a uma relação empregatícia previamente existente, condições dignas de trabalho; e dos direitos previstos no art. 6º (direito ao trabalho) direcionado a obtenção de um posto digno de trabalho e a criação de políticas públicas. Portanto, em ambas as

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editora, anual, p.735.

¹⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2011, p.239.

¹⁹ Ponto a ser desenvolvido em capítulo seguinte na abordagem do aplicativo Uber e as limitações exercidas pelo Poder Público ao seu funcionamento.

²⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito Constitucional Econômico**. 2 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001, p.96.

vertentes, devem estar em perfeita harmonia às políticas de pleno emprego, a valorização do trabalho humano e a dignidade da pessoa humana²¹.

Nesse diapasão, da interação entre os princípios da valorização do trabalho humano e o valor social do trabalho importa em conferir ao trabalho e aos seus agentes um tratamento peculiar, na medida em que recebe proteção político-racional. Ou seja, a valorização do trabalho humano e o reconhecimento do valor social do trabalho, juntamente com os demais princípios contemplados constitucionalmente - a saber, a existência digna - podem reproduzir potencialidades transformadoras quando conciliados com o princípio da livre iniciativa, significando a conciliação e a composição dos titulares do capital e os titulares do trabalho²².

Assevera ainda o professor Manoel Jorge que o princípio da livre iniciativa está complementado na Carta pelo princípio da liberdade, previsto no art. 5º, II, levando-se a considerar que a liberdade de atuação na economia é apenas uma das porções da garantia fundamental, na medida em que pode reconduzir à escolha de uma profissão pelo trabalhador.

E é a partir da ideologia assentada sobre os princípios antevistos que se conduz ao remate de que a atividade econômica no Brasil está submetida à regulação e não regência. Aquela indica a fixação de diretrizes e acompanhamento de sua execução pelo Estado, ao passo que esta impõe total comando dos destinos da economia ao órgão estatal, deixando pouca liberdade de opção aos indivíduos²³.

Ademais, vale abordar o art. 179, o qual faz referência à simplificação das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias das microempresas e das empresas de pequeno porte que impulsiona a livre iniciativa dos pequenos e médios empreendedores, estimulando a geração de emprego²⁴.

Em suma, resta reconhecido que o Estado Democrático de Direito no Estado brasileiro tem a obrigação de garantir o valor social do trabalho como um dos

²¹ KELLER, Werner. **O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental – Instrumentos de Efetividade**. São Paulo: LTr, 2011, p.59-61.

²² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.195-197.

²³ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito Constitucional Econômico**. 2 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001, p.96-97.

²⁴ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

seus pilares de fundamentação para se alcançar o objetivo principal que é direito ao trabalho²⁵.

2.1.2 Da livre concorrência, o papel do CADE e a defesa do consumidor

A livre concorrência está contemplada no texto constitucional como princípio da ordem econômica no art. 170, IV. Malgrado o texto constitucional traga a livre concorrência como um corolário da livre iniciativa - um direito negativo oponível ao Estado -, cabe a este intervir sobre a livre disposição dos agentes econômicos para que a livre concorrência seja assegurada (art. 173, §4º, CF²⁶).

A dita Lei, da qual trata do §4º, é a nº 12.529/11 que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e reorganiza o CADE, autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça²⁷.

Conceitua André Ramos Tavares, a livre concorrência como a abertura concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social²⁸.

Devem os dispositivos constitucionais ser interpretados no sentido de tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. Cabe, então, o Estado intervir para coibir o abuso²⁹, ou seja, o exercício do monopólio econômico.

A atividade de serviço de transporte individual exercido pelos taxistas será questionada, em futuro capítulo, como uma atividade exercida em concentração de mercado (monopólio). Em mesmo sentido, o professor Daniel Sarmiento³⁰ critica a reserva de mercado realizada em favor dos taxistas pelo Poder Público,

²⁵ KELLER, Werner. **O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental – Instrumentos de Efetividade**. São Paulo: LTr, 2011, p.61.

²⁶ Art. 173, § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editora, anual, p.825-826.

²⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2011, p.256.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editora, anual, p.809.

³⁰ SARMENTO, DANIEL. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015, p.11.

impossibilitando o consumidor de ter acesso a outro meio de transporte individual que não o transporte público individual exercido em regime privativo pelos taxistas.

Mas antes de adentrar ao caso em concreto, o qual é objeto desta pesquisa, relevante se faz tratar da tutela concorrencial presente no sistema jurídico pátrio e seus desdobramentos como um direito de múltiplas garantias, dado que à tutela a concorrência significa garantir a lealdade e garantir o equilíbrio econômico.

Garantir a concorrência significa que ela se desenvolva de forma leal, respeitando as regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos para que seja garantida a eficiência de determinada atividade econômica, de forma a cooptar consumidores pelo seu bom desempenho no mercado - e não através de táticas negociais desleais – e para que haja a preservação do mercado como agente de transmissão de informação aos consumidores³¹.

Além disso, o segundo desdobramento da tutela da concorrência se dá pela garantia direta do equilíbrio das relações econômicas objetivando evitar a formação do poder econômico no mercado. Essa formação do poder econômico ocorre quando o agente econômico se aproveita de uma posição de poder já existente para aumentar seu poder no mercado, impossibilitando a atuação dos concorrentes³². Esse comportamento é identificado na atuação da classe dos taxistas, a qual exerce verdadeira barreira à entrada no mercado daqueles que buscam exercer o transporte privado individual de passageiros nas capitais brasileiras.

Forgioni ressalva os princípios da livre concorrência e o da livre iniciativa insculpidos no art. 170 da CF, alertando que as regras que deles se embasam devem perseguir um fim maior, a partir da interpretação sistemática de todos os princípios constitucionais. Este fundamento constitucional embasa o art. 54 da Lei Antitruste (atual §5º e §6º do art. 88 da Lei nº 12.529/11)³³, do qual se interpreta que se os prejuízos concorrenciais forem superados pelos benefícios

³¹ SARMENTO, DANIEL. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015, p.55.

³² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. 1.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.55.

³³ Apesar de a Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94) ter sido revogada pela Lei nº 12.529/11 que estrutura o Sistema Brasileiro de Direito Defesa da Concorrência, os artigos citados nesta pesquisa possuem igual redação na nova lei: o art 20 corresponde ao artigo 36; e o artigo 54 corresponde ao art. 88. Portanto, a análise realizada pela professora Paula Forgioni dos arts. 20 e 36 não está prejudicada.

mencionados neste artigo, a prática será permitida e lícita, graças à autorização concedida pelo órgão antitruste³⁴.

O § 5º do art. 88 da lei supracitada determina que serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços. A exceção a esta determinação está no §6º do mesmo artigo, o qual faculta a restrição da concorrência desde que observados os limites estritamente necessário para atingir os objetivos previstos em seus incisos I e II, quais sejam: o aumento da produtividade ou da competitividade; a melhoria da qualidade de bens ou dos serviços prestados; a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e que sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios obtidos. Portanto, as restrições a livre concorrência e a livre iniciativa são lícitas desde que devidamente autorizadas pelo CADE, nos termos do art. 88³⁵.

Quanto ao disposto no art. 36 da Lei nº 12. 529/11, este trata da violação da ordem econômica, quando da prática de atos que tenham por objeto ou possam produzir, ainda que não alcançados, os seguintes efeitos: a limitação ou o prejuízo da livre concorrência ou da livre iniciativa; o domínio relevante do mercado de bens ou de serviços; o aumento arbitrário dos lucros; e o exercício abusivo de posição dominante sobre o mercado.

O interesse tutelado pelo inciso I do art. 36 da Lei nº 12. 529/11 é da livre concorrência e o da livre iniciativa. Ou seja, aos agentes é assegurada a liberdade de desenvolvimento de atividades econômicas, e de forma a garantir a manutenção deste sistema são impostos limites à atuação desses mesmos agentes, disciplinando seu comportamento no mercado. Através desse dispositivo se consagra o mandamento do art. 170 da CF, o qual faz referência a livre concorrência e a livre iniciativa, englobando esta, a liberdade de comércio, de indústria e a liberdade de concorrência. Portanto, implica a liberdade de iniciativa, a liberdade de concorrência e vice-versa³⁶.

Ademais, a liberdade de iniciativa disposta no texto constitucional, não conflita com a necessidade da atuação estatal, tendo em vista que a intervenção

³⁴ FORGIONI, Paula A., **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.123.

³⁵ *Ibidem*, p.124-125.

³⁶ *Ibidem*, p.271-272.

deste na economia funciona como vetor, o qual busca garantir a manutenção do sistema, mas também dirimindo crises. Observe-se que a livre iniciativa ligada à ideia de livre concorrência e a autonomia privada, não exclui a atuação estatal como regulador e condutor do sistema, disciplinando comportamentos prejudiciais à concorrência e a atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar políticas públicas, dando concreção ao que preceitua o art. 3º e o art. 170 da Constituição Federal³⁷.

A ordem econômica segundo parâmetros constitucionais está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos a existência digna em direção à justiça social, objetivos estes que deverão ser atendidos mediante observância dos princípios enumerados nos incisos I a IX do art. 170 da CF. Portanto, qualquer ato praticado por um agente econômico, ainda que não seja detentor de posição dominante no mercado, poderá ser considerado como ilícito, se prejudicial à livre concorrência ou à livre iniciativa, mesmo que em relação à tentativa de monopólio³⁸.

No que tange ao domínio de mercado, ainda sobre a liberdade de iniciativa a liberdade de concorrência, os incisos II e IV do art. 36 em comento, a busca pelo monopólio e a posição monopolística são potencialmente prejudiciais à livre concorrência, uma vez que, via de regra, implicam em processo que passará pelo aniquilamento dos competidores. Contudo, nem toda a restrição à concorrência implica em domínio ilícito de mercado, pois que pode derivar de uma vantagem competitiva, decorrente de um exercício normal da posição de dominante³⁹.

O CADE é um conselho administrativo ligado ao Poder Judiciário que possui a função de “julgar” as infrações na ordem econômica, e é constituído por três órgãos: o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; a Superintendência- Geral; e o Departamento de Estudos Econômico, o DEE⁴⁰.

As atribuições do CADE estão previstas no art. 13 da Lei 12. 529, cabendo-lhe precipuamente: monitorar e acompanhar as práticas do mercado;

³⁷ FORGIONI, Paula A., **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.273.

³⁸ FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.275.

³⁹ FORGIONI, Paula A., *Op.cit*, p.276-279.

⁴⁰ O DEE será abordado mais à frente - no tópico 2.3 - em vista de parecer técnico realizado por este departamento à respeito do mercado de transporte individual de passageiros, a sua regulação e o equilíbrio urbano diante do surgimento do aplicativo Uber.

acompanhar as práticas comerciais das pessoas que detiverem posição dominante no mercado, no que tange a bens e serviços, podendo requisitar informações e documentos para tanto; promover em face de indícios de infração econômica os procedimentos apropriados, inquéritos e processos administrativos para aplicação de sanções, para apuração de eventual concentração econômica; propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica e fiscalizar o seu cumprimento; adotar medidas preventivas que conduzam a cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada⁴¹.

Cabe asseverar que o julgamento realizado pelo CADE se dá na seara administrativa, não cabendo recurso ao poder Executivo, haja vista a coisa julgada administrativa. Contudo, por óbvio, esta coisa julgada administrativa não refuta o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal⁴²:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O artigo supracitado assegura o contraditório e ampla defesa, e os recursos a ela inerentes no âmbito do Poder Judiciário, decorrente do Princípio Fundamental da Inafastabilidade do Poder Judiciário.

Junto ao CADE funcionará a Procuradoria Federal Especializada com as funções de prestar-lhe assessoria e representa-lo em juízo, promover execução judicial de suas decisões e requerer com autorização do Plenário, medidas judiciais visando à cessação de infrações da ordem econômica. Ademais, o Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior do CADE, designará membro do Ministério Público Federal para emitir parecer, nos processos administrativos, impondo sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator do CADE⁴³.

Já o inciso III do art. 36 da Lei nº 12.529/11 tutela o consumidor na medida em que restringe a aferição de lucros arbitrários ou a preços excessivos

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editora, anual, p.828.

⁴² *Ibidem*, p.826-827.

⁴³ *Ibidem*, p.826-827.

ligados ao abuso de poder econômico, tratando-se aqui de tutela mediata do direito do consumidor. Através deste dispositivo, o legislador constituinte buscou proteger o consumidor contra os lucros excessivos por parte de empresas ou associações de produtos que pretendam aumentar arbitrariamente seus ganhos em função de posições monopolísticas. Portanto, o que há é um impedimento ao abuso do poder econômico que pode implicar a repressão aos lucros excessivos, mas não há um combate à posição dominante em si e à concentração de empresas atraídas pela possibilidade de ganho⁴⁴.

O segundo interesse tutelado pelas normas concorrenciais é o do consumidor. O interesse do consumidor consiste precipuamente na existência da concorrência e que esse interesse é, portanto, mediado pela proteção da existência de concorrentes para se considerar a prática ilícita. A razão para a não titularidade direta do consumidor com relação aos interesses protegidos pela lei concorrencial, diz respeito a uma questão de ordem prática, pois que conferir legitimidade para propor demandas judiciais poderia levar a abusos, com o exclusivo fim de prejudicar determinados concorrentes. Dessa forma, ante uma situação de risco dos direitos dos consumidores pela violação às normas concorrenciais, a tutela daqueles será efetivada pelo CADE, em razão da mediaticidade dos direitos dos consumidores quando da violação às normas concorrenciais⁴⁵.

Por fim, podemos concluir que o art. 36 da Lei 12.529/11 protege à livre iniciativa e à livre concorrência (concretizando o disposto no art. 170, *caput*, e inciso IV da CF). Esses são, portanto, os direitos imediatamente tutelados. Porém, concomitantemente a essa direta tutela realizada pelo art. 36, temos que o mesmo oferece proteção mediata ao consumidor, na medida em que se reprime o abuso do poder econômico que visa o aumento arbitrário dos lucros (concreção do art. 173, §4º da CF).

⁴⁴ FORGIONI, Paula A., **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.279-283.

⁴⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. 1.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.82.

2.2 DO SERVIÇO PÚBLICO

Para melhor compreensão dos serviços públicos faz-se necessário, antes mesmo de adentrar ontologicamente no estudo, realizar breve evolução histórica de forma a focar nos aspectos que contribuíram para a construção da ideia de serviço público até os dias de hoje.

Na Antiguidade, na Roma republicana já havia as noções de utilidade pública e de utilidade privada. Cabia à utilidade pública o papel das instituições de decisão e comando que teriam o poder de impor constringências aos particulares para velar pela qualidade da coisa pública. Roma era estruturalmente dotada de serviços destinados à garantia da segurança, a subsistência, a higiene e a saúde, malgrado a existência da desigualdade de tratamento das pessoas àquela época. Ainda na antiguidade temos na filosofia, a contribuição de Platão e Aristóteles: aquele pregava a primazia do bem estar geral, de nada valer um indivíduo em um elevado bem-estar, senão houver o benefício de todos os cidadãos e uma *polis* justa e adequada; e este na mesma linha de Platão, também prezava pela garantia da coletividade, na medida em que lhes fossem fornecidos bens e serviços⁴⁶.

No Feudalismo, os vassallos tinham dois direitos, os quais já revelavam algumas raízes de alguns dos hoje usualmente chamados de princípios dos serviços públicos: o de continuidade do funcionamento das banalidades feudais (moinhos, fundições, fornos etc.), pelo qual, do contrário, estariam liberados para usar instalações de outros feudos, e o da igualdade no acesso ao equipamento e na taxação, por mais usurpante que fossem⁴⁷.

No Estado Absolutista, quase todas as atividades eram exploradas pelo Estado, tanto aquelas relacionadas com o bem-estar da coletividade, como as que simplesmente visassem o lucro. Dentre as atividades desempenhadas pelo Estado que mais possuíam afinidade com a utilidade pública estão os serviços reais, que gradativamente poderiam ser utilizadas pelos particulares mediante o pagamento de certo valor pecuniário. Importa destacar que as atividades prestacionais do Estado Absolutista se diferenciam das atualmente prestadas porque com elas não se

⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.26-27.

⁴⁷ *Ibidem*, p.28.

pretendia proporcionar utilidades aos súditos, mas, sim, servir às necessidades da monarquia ou do aparato estatal⁴⁸.

Não se pode dizer que o Estado Liberal desempenhava funções inéditas em relação às que eram exercidas pelo Estado Absolutista. O que existe é uma nova classe legitimadora de poder (burguesia), com interesse na sua própria manutenção. As ações sociais eram meramente voluntaristas, de forma a melhorar situações individuais de maior gravidade (*uti singuli*), sem pretensões de efetuar mudanças na realidade social e econômica⁴⁹.

Com o advento do sufrágio universal, todas as classes sociais foram dotadas de poder político, o que impulsionou as alterações nas funções do Estado e do Direito. Com a ascensão de todas as classes ao voto, o Direito e as Constituições passaram a serem finalísticos, ou seja, passaram a visar à realização de finalidades sociais concretas, uma Constituição Compromissória. As atividades assistenciais do Estado passaram a ser vistas como direitos de cidadania. Já as atividades econômicas remuneradas diretamente ou pelo menos titularizadas pelo Estado (energia, fornecimento de água, telefonia etc.) passaram a ser funcionalizadas por interesses de todas as camadas sociais. O tipo de constituição detalhado acima passou a ser chamado de Constituição Econômica, graças ao seu conjunto sistemático de normas constitucionais que definem de maneira orgânica e finalística a forma da economia de determinado país⁵⁰.

As formas economia podem ser compreendidas de três maneiras: a espontânea (livre, guiada pelo mercado); a comandada que através do Estado determina a quantidade de bens, preços e poder aquisitivo; e a espontânea, mas corrigível, em que o ajuste é determinável pelo próprio mercado, mas não totalmente diante das consequências ruinosas que as oscilações da oferta e da procura podem produzir, cabendo ao Estado corrigir essas distorções a partir de uma economia social de mercado. E esta é a forma que predomina o a economia do mundo contemporâneo, inclusive a do Brasil⁵¹.

O serviço público é um dos principais mecanismos de o Estado corrigir as distorções na relação de oferta e procura de bens e serviços essenciais para

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.29-31.

⁴⁹ *Ibidem*, p.32-37.

⁵⁰ *Ibidem*, p.37-40.

⁵¹ *Ibidem*, p. 38-39.

todos os cidadãos. Os serviços públicos tem como objeto bens escassos, via de regra condicionantes da dignidade da pessoa humana que se não passassem a ser da responsabilidade do Estado, ficando apenas sob a gestão da livre iniciativa, não seriam eficientemente fornecidos a todas as regiões e classes do país⁵².

Sabe-se que certas atividades destinam-se à satisfação da coletividade em geral. Desta forma, o Estado reputou que não convinha delega-las à livre iniciativa. A esses serviços conceituamos como serviços públicos e são toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, contudo usufruível singularmente pelos administrados, desde que essa prestação se conforme a um determinado e específico regime, o regime de Direito Público⁵³.

E é neste sentido de prestação de serviço, objetivando a utilidade e a comodidade direcionada a coletividade, sob o regime de Direito Público que se diferencia o serviço público da atividade econômica em sentido estrito. A atividade econômica – lato sensu- se divide em atividade econômica em sentido estrito, a qual corresponde à iniciativa privada e o serviço público, o qual é titularizado pelo Estado⁵⁴.

Na atividade econômica em sentido estrito, a *intervenção direta* do Estado, consistente na sua atuação empresarial, deve ser excepcional, e só se justifica, nos termos da Carta de 88, quando “*necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*” (art. 173, *caput*). Ao intervir diretamente na economia, o Estado, via de regra, vale-se de empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas subsidiárias (art. 173, § 1º, CF), que atuam em concorrência com os particulares, sendo constitucionalmente vedada, nesta competição, a concessão de vantagens e benefícios aos entes estatais não extensivos à iniciativa privada (art. 173, inciso II e § 2º, CF). Há também hipóteses excepcionalíssimas de monopólio estatal sobre atividades econômicas em sentido estrito (e.g., art. 177, incisos I a V, CF). De acordo com a doutrina dominante, tais hipóteses, que representam graves restrições aos princípios da livre

⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.39.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editora, anual, p. 698-700.

⁵⁴ SARMENTO, DANIEL. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015, p.17-18.

iniciativa e da livre concorrência, são apenas aquelas taxativamente previstas pela própria Constituição⁵⁵.

Não se pode olvidar que apesar de a atividade econômica em sentido estrito ser de titularidade da iniciativa privada, sob o regime de Direito Privado, cabe asseverar que essa deverá ser desempenhada dentro de condições compatíveis com o interesse público, ou seja, será objeto do exercício da polícia administrativa⁵⁶.

Ademais, cabe ainda lembrar que as empresas estatais diferenciam-se em dois tipos: as prestadoras/exploradoras de serviço público; e as exploradoras de atividade econômica. As empresas estatais que exploram o serviço público as fazem de forma a descentralizar o serviço pela personalização da entidade prestadora. Desta forma, cabe a Administração Pública, determinar se escolhe diretamente uma empresa estatal, ou por concessão, autorização ou permissão uma empresa privada⁵⁷.

Jean Jaques Rousseau já previa em sua obra do *Contrato Social* que o serviço público seria qualquer atividade estatal, possuindo duas conotações: trata-se de atividade destinada ao serviço do público de modo a satisfazer uma necessidade coletiva, sem que o cidadão tenha que a promover pessoalmente; e por outro lado, quando se tratar de questões coletivas dos cidadãos, compreende-se como uma atividade estatal que sucede o serviço do Rei, de forma a operar uma substituição da titularidade soberana⁵⁸.

Analogicamente, tem-se atualmente que no primeiro grupo estariam, por exemplo, o serviço postal realizado pelos Correios (art. 21, X, CF)⁵⁹.

A CB **confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X)**. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), empresa pública, entidade da administração indireta da União, criada pelo Decreto-Lei 509, de 10-3-1969." (ADPF 46, rel. p/ o ac. min. Eros Grau, julgamento em 5-8-2009, Plenário, DJE de 26-2-2010.). **(grifo nosso)**

⁵⁵ SARMENTO, DANIEL. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O "caso Uber". Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015, p.18-19.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editora, anual, p. 709-710.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editora, anual, p. 816.

⁵⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editora, 2006, p. 40.

⁵⁹ STF. **ADPF 46**. Rel. do acórdão. min. Eros Grau, julgamento em 5-8-2009, Plenário, DJE de 26-2-2010. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=310>. Acesso em: 16 nov. 2015.

E exemplificativamente, no segundo grupo, a Petrobrás, como sociedade de economia mista (pessoa jurídica de Direito Privado).

A Constituição Federal no art. 175, ainda sobre a ordem econômica e financeira, traz as bases do que seja a concessão e a permissão do serviço público para as empresas particulares, cabendo a qualquer ente federativo editar lei tratando da questão. Portanto, cabe ao legislador a decisão política sobre manter sob a exclusividade estatal a prestação de cada serviço público, ou possibilitar que o particular também atue em regime de concessão ou permissão do poder público. Sob essa ótica não há no que falar em livre iniciativa ou livre concorrência, haja vista que cabe à própria Administração Pública escolher entre prestar o serviço público em regime de monopólio ou privilégio, sem abri-los à participação dos particulares⁶⁰.

2.2.1 Do transporte individual

O transporte individual é disposto pela Lei 12.587/12 que regulamenta a Política Nacional dos Transportes como serviço público ou privado (art. 4º, VIII e X da referida lei federal), a qual compete privativamente a União legislar (art. 22, IX, CF), admitindo lei complementar que autorize os Estados legislarem (art. 22, parágrafo único, CF).

A lei federal conceitua tanto o transporte público individual quanto o transporte privado individual no art. 4º, VIII e X da Constituição Federal.⁶¹

Compreende, portanto, o transporte individual, o transporte público e o transporte privado. Aquele seria o serviço remunerado de transporte de passageiro aberto ao público (a exemplo do serviço de taxi) para a realização de viagens individuais. Enquanto que o transporte privado individual seria o transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares, e é aqui que se encaixa o serviço de intermediação realizado pelo Uber entre motoristas e consumidores.

É certo que o transporte público individual é atividade privativa dos taxistas nos termos do art. 2º da Lei 12.468/11 que regulamenta a profissão dos

⁶⁰ SARMENTO, DANIEL. **Parecer.** Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015, p.15.

⁶¹ Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se: VIII - transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas; X - transporte motorizado privado: meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares;

taxistas⁶². Mas como bem assevera o professor Daniel Sarmento em parecer, a Lei 12.468/11 não concedeu o monopólio do serviço de transporte individual como um todo, englobando o público e o privado⁶³.

Além disso, o douto conclui da leitura do art. 12-A da lei em comento que o serviço de taxi não é um serviço público, mas sim, um serviço de utilidade pública, o qual se diferencia daquele, pelo fato de ser uma atividade econômica sujeita a regulação e fiscalização estatal, em razão do interesse público inerente à sua prestação. Conclui ainda em parecer que a interpretação da Lei de Política Nacional dos Transportes deve estar em conformidade com a Constituição, portando, deverá ser realizada uma interpretação sistemática, de forma que se reconheça à iniciativa privada a faculdade de levar aos consumidores alternativas para o transporte individual de passageiros.

2.2.2 Do transporte público versus transporte privado e as liminares do RJ e SP

Diante da lide entre os taxistas e os motoristas que se utilizam do aplicativo Uber como intermediador aos passageiros, decisões liminares foram proferidas tanto no sentido de proibir o funcionamento do aplicativo como de manter o mesmo. Segue, portanto, uma análise dos argumentos trazidos por ambos os lados por magistrados do município do Rio de Janeiro e de São Paulo.

Em ação capitaneada pelo Sindicato dos Motoristas e Trabalhadores das Empresas de Taxis no Estado de São Paulo contra Uber do Brasil Tecnologia LTDA, objetiva a parte autora obstar o funcionamento do software da parte ré, o qual realiza o intermédio de motoristas de carros de luxo com seus respectivos consumidores.

Ademais, requer ainda a acionante o bloqueio ao acesso dos servidores do Uber para que o aplicativo fique inacessível ao público, no território brasileiro, sob o argumento de que a requerida promove a prestação de serviço privativo de profissional taxista, não estando os veículos respectivos autorizados a atuar, não seguindo as normas de identificação e vistoria, bem como não se

⁶² Art. 2º **É atividade privativa dos profissionais taxistas** a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para **o transporte público individual** remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros. **(grifo nosso)**

⁶³ SARMENTO, DANIEL. **Parecer.** Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015, p. 26.

sujeitando ao controle administrativo inclusive em relação aos preços praticados, dentre outras alegações⁶⁴.

Nesta ação o emérito juiz da 12ª Vara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deferiu liminar no sentido determinar a cessação da disponibilidade e do funcionamento do aplicativo em questão (nacionalmente), bem como suspender suas atividades na cidade de São Paulo, SP, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) - limitada a R\$ 5 milhões-, a correr a partir do terceiro dia da efetivação da intimação da requerida.

A seguir serão expostas as principais razões do deferimento da liminar e as suas respectivas fundamentações: a) o Uber presta serviço clandestino, portanto, ilegal, consoante interpretação do art. 1º da Resolução nº 4287-14 da Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT) entende por serviço clandestino o transporte remunerado de pessoas, realizado por pessoa física ou jurídica, sem autorização ou permissão do Poder Público competente; b) o serviço prestado pelo Uber se enquadra como transporte público individual em razão de ser um aplicativo, e como tal, está disponível para *download* por qualquer interessado maior de 18 anos em lojas virtuais de aplicativo de aparelho de celular, sendo oferecido portanto genericamente, de modo indeterminado.

Por outro lado, diverge o entendimento do emérito magistrado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em decisão liminar, na qual figura como litisconsórcio ativo as sociedades Uber do Brasil Tecnologia LTDA e Uber Internacional B.V contra os réus o presidente do Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro (Detro-RJ) e o Secretário Municipal de Transportes do Rio de Janeiro.

O objeto da ação proposta é determinar que as autoridades coatoras apontadas (os agentes públicos dos litisconsortes passivo), assim como todos os órgãos, departamentos e agentes a elas subordinados, se abstenham de praticar quaisquer atos ou medidas repressivas que restrinjam ou impossibilitem o livre exercício da atividade empresarial da Uber, incluindo aqueles: (a) contra motoristas usuários do aplicativo Uber pelo simples exercício de sua atividade econômica de transporte individual privado; (b) que obstem o funcionamento e a utilização do

⁶⁴ SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Decisão Liminar Cível Nº 1040391-49.2015.8.26.0100,.Décima Segunda Vara Cível. Juiz: Roberto Luiz Corcioli Filho. Julgado em 28 abr. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/liminar-determina-suspensao-servicos.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015, p.01-05.

aplicativo Uber por motoristas profissionais; (c) contra a Uber pelo simples exercício de sua atividade econômica de conexão de provedores e usuários de serviços de transporte individual privado, sob pena de multa diária a ser fixada⁶⁵.

A presente demanda fora acolhida, determinando que ao Presidente do Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro (DETRO-RJ) e ao Secretário Municipal de Transportes do referido estado, além de todos que a eles estejam subordinados, que se abstenham de praticar quaisquer atos que restrinjam ou impossibilitem o exercício da atividade econômica dos impetrantes de conexão de provedores e usuários de serviços de transporte individual privado e, em consequência, que obstem a utilização da plataforma tecnológica pelos motoristas "parceiros" na atividade de transporte individual privado remunerado, em especial por meio da imposição de multas, da apreensão de veículo ou da retenção da carteira de habilitação destes, sob pena de multa no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por cada ato praticado em desacordo a esta decisão⁶⁶.

A seguir serão expostas as principais razões do deferimento da liminar e as suas respectivas fundamentações: a) inexistente legítima justificativa para que o Estado, por meio de regulação, impeça o exercício da intermediação do contrato de transporte privado individual realizado pelos impetrantes entre os consumidores e os motoristas "parceiros", por se tratar de atividade lícita aberta à iniciativa privada e à livre concorrência; b) a atividade exercida pelo Uber diverge em sua natureza da exercida pelos taxistas por se tratar daquela atividade um serviço de transporte individual privado, formado por um grupo determinado de pessoas, as quais instalaram em seus smartphones o aplicativo Uber e se cadastraram para utilização dos serviços dos motoristas "parceiros"; c) a manutenção do serviço disponibilizado pelo Uber tange a questão do interesse público na medida em que é salutar para a coletividade ter melhores serviços com menores preços, assim como estimula a criatividade e a inovação na prestação de novos serviços, permitindo ao cidadão acesso aos mais diversos meios de transporte; d) e por fim cabe, trazer à baila a invasão de competência pelo legislador municipal, pois que compete privativamente

⁶⁵ RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decisão Liminar Cível Nº 0406585-73.2015.8.19.0001, Sexta Vara da Fazenda Pública. Juíza: Mônica Ribeiro Teixeira. Julgado em 08 out. 2015. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/justica-rio-libera-uber-define-multa.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015, p.01.

⁶⁶ *Ibidem*, p.08.

à União Federal legislar sobre Direito Civil e transporte (art. 22, I e IX, CF) – entendimento da Ministra Fátima Nancy Andrighi do STJ⁶⁷.

Diante do exposto, conclui-se que a polêmica que gira em torno do aplicativo Uber diz respeito, além de questões econômicas ligadas a livre iniciativa e a livre concorrência, trata-se da discussão de sua natureza jurídica, se se trata de transporte público individual ou privado individual. Observa-se, portanto, ponto controvertido que divide tribunais de diferentes estados, assim como dentro do próprio STJ.

2.3 DA AUTORREGULAMENTAÇÃO E DA DESREGULAÇÃO ECONÔMICA

Inicialmente será aqui tratado da imprecisão e da ambiguidade referente ao movimento da desregulação ou desregulamentação da economia. Desregular significa não dar ordenação à atividade econômica, ao passo que desregulamentar é o deixar de fazer através de preceitos de autoridade⁶⁸.

A regulamentação advém do poder regulamentar, o qual a partir da atuação da Administração Pública cria mecanismos de complementação das leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade. “Poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à administração Pública de editar atos gerais para *complementar* as leis e permitir a sua efetiva aplicação.”⁶⁹ Saliente-se que a Administração exerce função normativa, expedindo normas de caráter geral com fundamento de validade na lei.

No estudo do Direito Constitucional e Administrativo é sabido que os atos podem ser originários e derivados, inserindo-se o poder regulamentar dentre os de natureza derivada (secundária), ou seja, somente será exercido diante de uma lei preexistente. Por sua vez, as leis são atos de natureza originária, pois que emanada imediatamente da Constituição. Saliente-se que os regulamentos autônomos não foram recepcionados pelo Sistema Jurídico Brasileiro, uma vez que esses atos são de natureza primária, ou seja, estão no mesmo patamar que as leis. Tal equiparação não é admitida, pois que feriria a cláusula pétrea da Separação dos Poderes, sendo

⁶⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INTERNET. **Palestra da min. Nancy Andrighi**. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/Noticias/Ministra-do-STJ-diz-que-municipios,-distritos-e-estados-nao-podem-legislar-sobre-Uber-828.html#.VIEYVnarTIU>>. Acesso em: 13 out. 2015.

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2014, p. 132-133.

⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, anual, p. 57.

conferido ao Poder Executivo apenas o poder regulamentar derivado, o qual pressupõe a existência de uma lei a ser executada.

Os instrumentos do poder regulamentar são os decretos e os regulamentos, como dispõe da Constituição Federal ao delegar competência (art. 84, IV⁷⁰) ao Presidente da República, competindo-lhe o papel de execução das leis, através dos decretos e regulamentos.

De igual forma, acontece com os demais Chefes do Poder Executivo (governadores, prefeitos e interventores).

Ademais, há outros atos de aplicação mais restrita que possuem também conteúdo de norma geral, porém são expedidos por autoridade diversa da exposta acima, e eles são: instruções normativas; resoluções portarias. Estes são atos de regulamentação de segundo grau que se subordinam e regulamentam os atos de regulamentação de primeiro grau, os quais são: o decreto e o regulamento.

Por outro lado, entende-se que o capitalismo reclama não o afastamento do Estado dos mercados, mas sim, a atuação estatal, reguladora, a serviço dos interesses do mercado. Além disso, dúvida também não resta em relação à circunstância de que os processos econômicos capitalistas demandam regulação. O mercado não seria possível sem uma legislação que o protegesse e uma racional intervenção que assegurasse sua existência e sua preservação⁷¹.

Por isso que, em rigor, os que pretendem desregular a economia nada mais desejam, no fundo, senão uma mudança nas técnicas de regulação, de modo a elevar a eficácia reguladora da atuação estatal sobre o domínio econômico, ou seja, através de procedimentos desregulamentadores⁷².

Quanto à proposta de desregulamentação, a substituição de regras rígidas, por mais flexíveis, meramente indutoras de comportamentos, poderá eventualmente não produzir a eficácia que a demanda, do próprio capitalismo, da regulação dos mercados requer. Isso poderá acarretar a ampliação do conteúdo dos regulamentos (dos atos do Poder Executivo), instalando uma nova contradição: o exercício, pelo Estado, de poder regulamentar tem sido vigorosamente repudiado,

⁷⁰ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

⁷¹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2014, p. 132-133.

⁷² *Ibidem, loc.cit.*

na medida em que, segundo se argumenta, conflita com os princípios da separação dos poderes e da legalidade⁷³.

Em suma, no quadro em que fora esboçado acima, no qual o capitalismo não prescinde de regulação, qualquer política de desregulamentação haveria de estar calcada sobre a construção de um novo modelo de regulação. Contudo não se deve desconsiderar que o movimento em prol da desregulação leva ao enfraquecimento do Estado, e de forma reflexa, mostra-se o enfraquecimento do interesse público. Portanto, a destruição ou o mero enfraquecimento do Estado conduzem, inevitavelmente, à ausência de quem possa promover adequadamente o interesse público e, no quanto isso possa se verificar, o próprio interesse social⁷⁴.

2.3.1 Do Poder Regulador e do Poder Regulamentador

Feita as considerações acima, faz-se necessário, trazer a divergência entre Poder Regulador e Poder Regulamentar, os quais apesar de serem complementares, não se confundem. Como disciplina José dos Santos Carvalho Filho⁷⁵, entendem alguns doutrinadores que o Poder Regulador se difere do Regulador, na medida em que aquele cria normas técnicas não contidas na lei, e este apenas complementa a lei através de normas com conteúdo organizacional.

Seria, portanto o Poder Regulador uma forma de expressão do Poder Regulamentar, concretizando-se através das agências reguladoras. As agências reguladoras são autarquias criadas para fiscalizar a prestação dos serviços públicos pelo setor privado, e para tanto o legislador as delegou a função de criar normas gerais técnicas relativas a seus objetivos institucionais. Neste trabalho iremos abordar mais detidamente a ANTT, Agência Nacional dos Transportes Terrestres. Em breve esboço, trataremos do Poder Regulador por ela exercido no que diz respeito à permissão do transporte público individual realizado privativamente (sentido técnico-jurídico) pelos taxistas, do qual a exclusividade (sentido não técnico-jurídico) é questionada pelos motoristas filiados ao aplicativo Uber.

⁷³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2014, p.148.

⁷⁴ *Ibidem*, p.132-144.

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed, Rio de Janeiro: Editora Atlas, anual, p. 59.

2.3.2 A lei e a função normativa do Poder Regulamentar

A função normativa do Poder Regulamentar se expressa através das normas administrativas autorizadas, como preleciona Carlos Ari Sunfeld⁷⁶, as quais desenvolvem “o programa previsto na lei, nos limites nela autorizados, trazendo inovações jurídicas”. Faz ainda o autor diferença entre as normas ora mencionadas, e as normas administrativas executivas que seriam aquelas que não contêm inovação jurídica, viabilizando a execução material dentro dos parâmetros legais estabelecidos.

Salvo exceção do art. 68 da Constituição Federal⁷⁷, o legislador está proibido de delegar o poder de legislar, visto que, como abordado inicialmente, não há Poder Regulamentar sem uma lei como pano de fundo, seja para executar ou complementar, devendo-se respeito à reserva geral de lei, assim como a separação dos Poderes.

2.3.3 A ótica do CADE sobre o caso Uber *versus* táxi

Na “batalha” Táxis *versus* Uber foram trazidos à baila argumentos, tais como a proibição do aplicativo ou até mesmo a sua regulamentação pelo Poder Público. Contudo, essa abordagem nem de longe se revela a mais interessante sobre o tema.

No que tange ao aplicativo Uber surge a tese da proibição do mesmo, para os defensores de sua natureza privada, ao passo que com relação ao serviço dos taxistas, defende-se a sua desregulamentação.

Segue, portanto, a abordagem das referidas teses.

Partindo da ótica em que se permitia a entrada das caronas pagas no mercado consumidor brasileiro, tal serviço poderia promover a autorregulamentação,

⁷⁶ ARI SUNDFELD, Carlos Ari, **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 267.

⁷⁷ Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;
III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

atendendo ao mercado consumidor insatisfeito ou à parcela consumerista não abrangida pelos táxis. Além de promover a concorrência dentro do mercado de transporte individual, o qual até então os taxistas exercem o “monopólio”.

O Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE (Conselho Administrativo de Defesa do Consumidor) traz em parecer razões pelas quais a autorregulamentação seria possível para a economia e para os consumidores. Seguem as razões: o novo mercado proveria um substituto superior aos carros particulares para um determinado grupo de consumidores; o novo mercado proveria um substituto superior aos táxis para um segundo grupo de consumidores; o novo mercado rivalizaria com os táxis e com os carros particulares, o que poderia trazer reduções de preços nas corridas de táxis, no aluguel de carros de passeio e até mesmo nos preços dos carros novos e usados⁷⁸.

Nesse diapasão, inclusive os profissionais do mercado taxista, os quais não possuem o direito de propriedade da licença para “rodar” (o alvará para o serviço de taxi) poderiam utilizar do serviço do aplicativo, ou arbitrar entre entrar no mercado de táxis ou no mercado de caronas pagas.

Além da autorregulamentação que poderá ser realizada pelo próprio mercado econômico, a empresa responsável pela coordenação da prestação de serviços podem criar mecanismos de autorregulação privada para aumentar a segurança do serviço, assim como obter reputação de bom prestador de serviços, conceder descontos, além de incorrer em maior concorrência com outros prestadores do mesmo segmento. Ademais, tal segmento tende a reduzir o problema de ocupação de espaços em pontos de táxi e circulação de veículos nas vias públicas em busca de passageiros⁷⁹.

Note-se que o aplicativo Uber inclui a possibilidade de visualizar o perfil dos motoristas e desistir da corrida, avaliar os serviços prestados, monitorar os deslocamentos do veículo por meio do GPS, ter a precificação da corrida *ex ante*, assim como poderá efetuar o pagamento por meio eletrônico cadastrado na própria plataforma do aplicativo.

⁷⁸ BRASÍLIA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. **Parecer.** O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano. Elaborado por Luiz Alberto Esteves. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2015, p.09.

⁷⁹ *Ibidem*, p.23.

Saliente-se que estas preocupações no que tange à segurança do serviço de transporte individual ordinariamente fornecido pelos taxistas sempre foram fonte de preocupação daqueles que dispunham deste serviço.

No que diz respeito à regulamentação já existente da atividade de prestação dos serviços oferecidos pelos taxistas, observa-se necessária à normatização no que tange a segurança pública, à proteção econômica, bem como os congestionamentos nos centros urbanos⁸⁰.

A regulamentação da atividade se mostra necessária diante das preocupações atinentes à segurança pública, haja vista que a atividade dos taxistas deve propiciar a proteção física dos consumidores, de terceiros e da própria condição do veículo automotor, cujo padrão de segurança deverá respeitar aquilo previsto no art. 135 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB)⁸¹.

Outro ponto se trata da proteção econômica dos consumidores, envolvendo a prevenção dos consumidores de incorrer em prejuízos em situações de barganha desproporcionalmente desvantajosa.

Além disso, devem os taxistas evitar o congestionamento nos centros urbanos, operando por meio de pontos de táxi, de forma a não ficarem circulando em busca de passageiros. E é neste ponto que se fazem importante as licenças de táxi, na medida em que as mesmas são racionadas conforme a disponibilidade de espaços urbanos para pontos de táxi⁸².

Ademais, as soluções tecnológicas propiciadas pelos aplicativos de smartphones foram direcionadas aos vários problemas que justificavam e serviram historicamente como argumentos desfavoráveis para a regulação de táxis. O parecer do CADE ainda acrescenta que:

[...] a autorregulação imposta aos motoristas de caronas pagas pelas empresas de tecnologia tem garantido credibilidade de bons serviços prestados, de modo que tem criado rivalidade aos mercados de táxis,

⁸⁰ BRASÍLIA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. **Parecer.** O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano. Elaborado por Luiz Alberto Esteves. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2015, p.20.

⁸¹ Art. 135. Os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros de linhas regulares ou empregados em qualquer serviço remunerado, para registro, licenciamento e respectivo emplacamento de característica comercial, deverão estar devidamente autorizados pelo poder público concedente.

⁸² BRASÍLIA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. *Op.cit*, p.20-21.

motivando reações controversas por parte das autoridades e dos legisladores locais, além dos próprios táxistas⁸³.

Diante de tal fato, tem-se despertado na sociedade a reflexão sobre a real necessidade de mantermos uma regulação para tal mercado. A lógica da desregulamentação e busca por políticas liberais decorre fundamentalmente de uma ótica econômica de equilíbrio parcial, onde os consumidores toleram a regulação por considerarem que o mercado apresenta falhas.

Contudo, quando tais falhas são solucionadas, a regulação perde sentido e o movimento insubmisso dos reguladores seria substancialmente motivado pela captura regulatória. Gestores urbanos tendem a focar políticas que possam gerar incentivos para que as pessoas substituam o transporte individual de passageiros (públicos ou privados) por transporte coletivo. Neste sentido, buscam reduzir custos pecuniários (subsídios) e de oportunidade (aumento na velocidade de deslocamento) dos transportes coletivos e imputam custos adicionais aos veículos que servem de transporte individual de passageiros⁸⁴.

Deixando de lado as análises econômicas de equilíbrios parcial e geral, a história sugere que a trajetória dos transportes urbanos foi marcada por “*public takeovers*”, ou seja, tais serviços nasceram privados e se tornaram públicos por conta de suas imperfeições de mercado (assimetria de informação, externalidades, etc.). E atualmente, o mercado pela sua autorregulação assume sentido inverso, como se deu na Holanda, a experiência da desregulamentação do mercado de táxis marcado por processos cíclicos de regulação e desregulamentação, considerado um caso “*benchmark*” (referência).

Contudo, o processo depende das especificidades e das idiossincrasias de cada um dos mercados a serem desregulamentados, de variáveis como características das cidades, tais como o uso e ocupação do solo, a rede de transporte coletivo, as diferentes distribuições de densidades populacionais em vários bairros, etc.⁸⁵.

⁸³ BRASÍLIA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. **Parecer.** O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano. Elaborado por Luiz Alberto Esteves. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2015, p.45.

⁸⁴ *Ibidem*, p.46.

⁸⁵ *Ibidem*. *Loc.cit*,

Um dos argumentos que justifica o êxito do processo de desregulamentação do mercado de táxis na Holanda é que o processo foi gradual. Os holandeses não apenas desregulamentaram o mercado de táxis, mas também criaram incentivos para que tal mercado operasse em consonância com as outras políticas urbanas. Por exemplo, o mercado de táxis foi estimulado a operar interligadamente à rede de transporte coletivo das cidades, destoando da lógica de que os táxis são substitutos dos veículos particulares e que concorrem com o transporte coletivo⁸⁶.

Diante do exposto, podemos concluir que não há elementos econômicos que justifiquem a proibição de novos prestadores de serviços de transporte individual. A lógica está muito a frente disso, tendo em vista que os elementos econômicos sugerem que sob uma ótica concorrencial e do consumidor, a atuação de novos agentes tende a ser positiva.

⁸⁶ BRASÍLIA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. **Parecer.** O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano. Elaborado por Luiz Alberto Esteves. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2015, p.46.

3. UBER COMO TRANSPORTE INDIVIDUAL (PÚBLICO OU PRIVADO?) E A RELAÇÃO CONCORRENCIAL COM O “MONOPÓLIO” TAXISTA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Independentemente de sua classificação como transporte individual público ou privado, o fato é que o aplicativo Uber traz ao consumidor um novo agente econômico no mercado de transporte individual, fazendo com que o aplicativo se torne um concorrente, mesmo que privado, aos taxistas. Surgem então questionamentos quanto ao monopólio realizado pelos taxistas quanto ao transporte individual de pessoas.

Mas o que se trata o termo *monopólio*? Em capítulo específico o celebre professor de economia da Universidade de Harvard, N. Gregory Mankiw, em explanação didática, diferencia uma empresa competitiva e uma empresa monopolista. Conceitua que uma empresa monopolista, pelo fato de não possuir concorrentes próximos, tem o poder de influenciar o preço de mercado de seu produto, sendo, portanto, uma *formadora de preço*. Diferindo de uma empresa competitiva, uma *tomadora de preço*, a qual oferece produto essencialmente idêntico ao demais existentes no mercado, não possuindo o poder de influenciar no preço do produto⁸⁷.

Desta forma, temos que uma empresa monopolista possui esta característica por ser a única vendedora de seu produto e se seu produto não possuir substitutos próximos. A causa fundamental dos monopólios está nas *barreiras à entrada*, as quais são: os recursos de monopólio; a regulamentação do governo; ou o processo de produção.

A primeira se trata da matéria-prima para a confecção do produto, caso esta seja de produção exclusiva de uma única empresa. A segunda ocorre quando o governo de um país concede a uma única empresa o direito exclusivo de produzir um determinado bem ou serviço. E por fim, a última barreira diz respeito ao fato de que uma única empresa consegue fornecer produtos a custo mais baixo que um grande número de produtores⁸⁸.

Malgrado a existência de três barreiras econômicas, daremos ênfase àquela pertinente a este trabalho, a barreira da *regulamentação do governo*. Esta

⁸⁷ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisabete Paes e Lima. 5. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2012, p.299.

⁸⁸ *Ibidem*, p.300.

barreira surge na medida em que o governo concede a uma só pessoa ou empresa o direito exclusivo de vender bem ou prestar serviço em nome do interesse público⁸⁹.

A Constituição Federal nos termos do art. 173, §4º dispõe que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. A expressão “abuso do poder econômico” está intimamente associada à defesa da concorrência como uma garantia institucional. Isso porque neste caso a proteção da concorrência, ao passo em que se restringe o abuso d poder econômico não se trata da proteção do indivíduo, típico das liberdades individuais, objetivando a proteção contra agressões por parte do Estado. Trata-se, contudo, justamente da atuação do Estado no sentido de garantir a correta atuação no mercado, disciplinando, assim, a ordem econômica. Os direitos da ordem econômica já não mais são dotados das características típicas dos direitos fundamentais individuais de caráter negativo do Estado. Pelo contrário, são direcionados à coletividade, estabelecendo ditames de comportamento concreto para o Estado e também para os particulares. Portanto, a defesa da ordem concorrencial é diante da Constituição pátria uma garantia institucional⁹⁰.

Ainda sobre o dispositivo constitucional supracitado, atribui ele, ao poder econômico, uma função pública ou social, uma vez que se trata de um dever do Estado na medida em que reprime o abuso do poder econômico.

A repressão ao abuso do poder econômico possui duas importantes características: garantir ao direito concorrencial proteção contra qualquer ato lesivo, os quais foram enumerados no §3º do art. 174, como objetivos visados pelo ato abusivo – o domínio do mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; e afastar o desvio de função do poder, afirmando a função econômico-social dos agentes econômicos no mercado, tal como dado ao monopolista que em razão de ser o único detentor de bens essenciais ao mercado, possuindo a obrigação de fornecimento para a produção de seus derivados por outros agentes econômicos - contudo aqui se trata apenas dos casos de monopólio natural⁹¹.

⁸⁹ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisabete Paes e Lima. 5. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2012, p.301.

⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.106-109.

⁹¹ *Ibidem*, p.108-114.

3.1 DO MONOPÓLIO E DA CONCORRÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO

Antes de adentrarmos a regulamentação do governo, é imperioso destacar a diferença deste instituto ao da regulação. A regulação (art. 174 CF) não se confunde com a regulamentação, posto que enquanto aquele representa uma função administrativa, processualizada e complexa, compreendendo o exercício da função normativa, executiva e judicante, a regulamentação é caracterizada como função política, inerente ao chefe do Executivo que envolve a edição de atos administrativos normativos complementares à lei⁹².

Enquadra-se ainda no conceito de regulação, o poder-dever fiscalizatório e sancionatório, o que reforça a diferença entre atividade regulatória e normativa, editando inclusive atos normativos, contudo dentro dos respectivos setores regulados, ampliando-se o sua abrangência.

Na obra o professor Rafael Rezende, este conclui que os atos das agências prevalecem sobre os regulamentos editados pelo Chefe do Executivo, pelo fato de que os atos das agências tem caráter técnico e setorial, na medida em que o regulamento presidencial possui conteúdo político e genérico (vide fundamento no art. 84, IV, CF). Neste diapasão, pela autarquia regulatória ser pessoa jurídica (e não órgão público) instituída por lei de iniciativa do próprio chefe do Executivo, o qual opera a descentralização de atividades e reconhece a autonomia da entidade, não há que se falar de hierarquia entre o Ente Federado e a agência. Portanto, a solução da antinomia deve ser pautada pelo critério da especialidade, prevalecendo o ato de agência⁹³.

A regulação possui dois principais objetivos: a promoção; e a defesa da concorrência nos setores regulados. O ordenamento jurídico atual consagra a preocupação com a concorrência na prestação de serviços públicos por múltiplos delegatários (concessionárias e permissionárias) com o objetivo de gerar benefícios aos respectivos usuários/consumidores. Contudo, este entendimento nem sempre foi assim, posto que somente as atividades econômicas (estrito senso) baseavam-se nos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência (art. 170 CF), salvo aqueles serviços públicos de titularidade exclusiva do Estado⁹⁴.

⁹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.155.

⁹³ *Ibidem, loc.cit.*

⁹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 160.

A atividade econômica, uma vez compreendida como serviço público, sai da livre iniciativa e passa à titularidade do estado, o que poderia gerar a falsa ideia de que a sua prestação somente poderia ser imputada a uma única pessoa.⁹⁵ A titularidade do serviço público pelo Estado não faz com que a outorga de concessão ou permissão tenha um caráter de exclusividade, exceto nos casos de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º da Lei 8.987/1995⁹⁶.

Dessa forma, depreende-se que quando não houver obstáculos estruturais e tecnológicos intransponíveis deverá ser instituída a concorrência na delegação do serviço público. Questiona-se, portanto, se haveria na concessão ou permissão do serviço de táxi, qualquer peculiaridade que o torne uma atividade de monopólio pela sua inviabilidade técnica ou econômica, devendo haver a delegação do alvará aos particulares de forma geral pela prefeitura.

O autor revela ainda a preocupação existente com a regulação dos monopólios naturais que tem como finalidade impedir que o monopolista use de seu poder de mercado e suas instalações essenciais para impedir a competição nas demais atividades do setor. A regulação dos monopólios se manifesta através da instituição da concorrência nos diversos segmentos de determinada atividade quando não houver óbices estruturais ou tecnológicos intransponíveis. Atualmente no Brasil, a regulação tem criado condições favoráveis à concorrência em múltiplos setores considerados tradicionalmente monopólios (ex.: petróleo, energia elétrica)⁹⁷.

Neste diapasão, Rafael Rezende traz interessante constatação a respeito da regulação dos serviços públicos, asseverando que a regulação estatal de tais atividades tem se pautado na criação de condições favoráveis à competição entre as concessionárias, destacando que a premissa econômica da regulação é da maior eficiência gerada pela concorrência, quando comparada à prestação de serviços em regime de monopólio.

Desta forma, a regulação jurídica dos serviços públicos deve criar condições favoráveis à concorrência nos setores regulados, e o faz utilizando-se de estratégias econômicas, tais como: a) a liberdade de entrada; b) a liberdade relativa

⁹⁵ *Ibidem*, p.162.

⁹⁶ Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

⁹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op.cit.*, 2015, p.163.

de preços; c) a fragmentação do serviço público; d) o compartilhamento compulsório das redes e infraestruturas⁹⁸.

A liberdade de entrada nada mais é que a eliminação ou diminuição de barreiras à prestação de serviços públicos. Ademais, além da atuação dos agentes reguladores, deve haver por meio de lei, a previsão de orientações para o novo cenário concorrencial dos serviços públicos, viabilizando a competição⁹⁹.

A previsão de autorizações vinculadas para a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado (art. 131, §1º da Lei n. 9.472/1997)¹⁰⁰ é um exemplo desta diminuição de barreiras, visto que faculta à atividade privada a exploração do serviço de telecomunicação, desde que preenchidas as condições necessárias.

Observe que o exercício do serviço de telecomunicação pelo particular está aberto a quem preencher os requisitos dispostos em lei, ao contrário do que ocorre no caso da delegação privativa aos taxistas do serviço de transporte público individual (vide art. 2º, caput da Lei 12.468/11)¹⁰¹, na qual o exercício da atividade está adstrito em regime privativo à determinado prestador de serviço.

Outra estratégia diz respeito à liberdade por parte dos agentes regulados no estabelecimento de preços, os quais deverão obedecer um preço-teto para a tarifa, estabelecido pelo regulador, a qual deverá ser reajustada anualmente pela taxa de inflação¹⁰².

No tocante à desverticalização ou fragmentação do serviço público (*unbundling*), diz respeito à dispersão das diversas etapas de prestação de serviço para evitar a concentração em um único particular. Um exemplo dado na obra em referencia foi o da energia elétrica, a qual poderá ser dissociada em diversas etapas, tais como: geração; transmissão; distribuição; e comercialização. Com a utilização do *unbundling* na prestação de atividades de utilidade pública, abre-se a possibilidade

⁹⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 164.

⁹⁹ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁰⁰ Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que **faculta a exploração, no regime privado**, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. **(grifo nosso)**

¹⁰¹ Art. 2º É atividade **privativa** dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros. **(grifo nosso)**

¹⁰² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op.cit*, p. 165.

de concorrência de setores tradicionalmente marcados pelo monopólio natural. Este tipo de monopólio se dá no setor de telecomunicação, de energia elétrica e na produção de petróleo, a exemplo da Petrobras, a qual deverá constituir uma subsidiária com atribuições específicas para operar e construir os seus dutos (consoante art. 65 da lei 9.478/97) ¹⁰³. Ou seja, há aqui uma desverticalização jurídica, com obrigatoriedade de que cada segmento regulado seja explorado por pessoa jurídica diversa, o que não raro, ocorrerá obrigatoriamente pela criação de uma subsidiária¹⁰⁴.

Por fim, a quarta estratégia para implementação da concorrência, o compartilhamento compulsório das redes e infraestruturas (*essential facilities doctrine*). Trata-se da teoria das *essential facilities* (instalações essenciais, infraestrutura essencial, insumo essencial ou bens essenciais), segundo a qual a infraestrutura monopolizada por determinado agente econômico é considerada essencial para o desempenho da atividade deve ser compartilhada pelos concorrentes¹⁰⁵.

3.2 DISTINÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA *STRICTO SENSU*

Assevera o professor Luís Roberto Barroso que a diferenciação do serviço público da atividade econômica em sentido estrito é uma temática de grande controvérsia no Direito Público, em razão das mudanças políticas, socioeconômicas e sociais sob as quais a sociedade é submetida aos longos dos tempos¹⁰⁶.

Tanto a atividade econômica em sentido estrito quanto o serviço público, implicam em espécie de atividade econômica sem sentido amplo, diferenciando-se por ser a primeira atividade econômica desenvolvida principalmente

¹⁰³ Art. 65. A PETROBRÁS **deverá constituir uma subsidiária** com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, ficando facultado a essa subsidiária associar-se, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas. **(grifo nosso)**

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.165-168.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p.168-174.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada. *In: Temas de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 171-173.

pela iniciativa privada e o serviço público o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público¹⁰⁷.

Cabe afixar que aquelas atividades de titularidade do Estado, as quais a Constituição de 88 expressamente intitula de serviço público, restam incontroversas, a exemplo dos serviços postais, disposto no inciso X, art. 21 da CF, e demais serviços previstos nos incisos seguintes¹⁰⁸. Em contra ponto a essa previsão expressa, a Carta não faz qualquer menção ao transporte individual de passageiros como um serviço público. A única referência que realiza a Constituição de 88 se trata do transporte coletivo, o qual é atribuído à titularidade aos Municípios, consoante art. 30, inciso V da CF.

De acordo com a doutrina majoritária, a qual o professor Daniel Sarmiento faz parte, não existe reserva à Constituição para a criação de serviços públicos, podendo o legislador determinar que a atividade “X” seja um serviço público. Quanto a isto, cabe apenas uma ressalva no que diz respeito aos limites constitucionais à atividade do legislador. Essa limitação constitucional ocorrerá na medida em que o legislador ao fixar um regime jurídico de direito público, determinando que o serviço “X” seja um serviço público, estaria ele violando o princípio da livre iniciativa e instituindo monopólios públicos. Imagine, o exemplo dado pelo professor, que pela edição de uma nova lei que determina a produção e comercialização de perfumes, sob o regime jurídico dos serviços públicos, elidindo a participação da iniciativa privada. Haveria em tal situação, clara violação ao princípio da ordem econômico, à livre iniciativa, assim como estaria o legislador destoando da finalidade precípua a qual se destinam a prestação de serviços públicos, quais sejam: a satisfação das necessidades coletivas no que diz respeito a sua essencialidade; e a indisponibilidade para concreção de interesses sociais¹⁰⁹.

¹⁰⁷ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2011, p.289.

¹⁰⁸ Art. 21. Compete à União: X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:).

¹⁰⁹ SARMENTO, DANIEL. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2016, p.17-21.

Para Eros Grau, a menção a atividade econômica em sentido estrito evidencia a impossibilidade de o legislador, discricionariamente, qualificar qualquer parcela da atividade econômica sem sentido amplo como serviço público¹¹⁰.

Diante deste panorama, entende Marçal Justen Filho que só pode ser qualificado como serviço público pelo legislador as atividades vinculadas diretamente a um direito fundamental, e que sejam, ademais, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da iniciativa privada¹¹¹.

O parecerista questiona a essencialidade do transporte individual de passageiros, ao compará-lo ao coletivo, demonstrando ser este de *“indiscutível caráter essencial”*¹¹².

Para arrematar este ponto, de modo a lançar nova questão para o item seguinte, não reputa-se imperceptível a questão e que não há que se falar em qualquer proibição a uma atividade econômica sem lei que a proíba. A partir do preceito constitucional disposto no art. 5º, inciso II da CF, no qual preleciona que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, depreende-se que qualquer tentativa de sociopolítica que promova qualquer embargo aos serviços do Uber, demonstra-se manifestamente inconstitucional.

Não é porque inexistente regulamentação de determinada atividade econômica em sentido estrito que importará na vedação ao seu exercício, mas sim, na possibilidade do particular poder exercê-la. Tal entendimento também é consagrado pelo parágrafo único art. 170 da Constituição no âmbito da ordem econômica, segundo o qual *“é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”*. É a partir deste preceito que mora a diferenciação precípua da vinculação do Estado e dos particulares com relação a atividade econômica: cabe àquele, positivamente vinculado a ordem jurídica, agir senão mediante lei; ao passo que estes podem atuarem plena liberdade, sempre que

¹¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.132.

¹¹¹ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.728 *et seq.*

¹¹² SARMENTO, DANIEL. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2016, p.22.

inexista vedação ou imposição legal de determinada conduta, portanto, negativamente vinculados à lei ¹¹³.

Em suma, a inexistência de lei que regule determinada atividade econômica em estrito senso, não impede que sobrevenha lei a tratar da questão. Diante disto, deverão ser acatadas as limitações advindas com a lei, desde que não representem limitação à inovação e não configure a defesa corporativa de segmentos econômicos prejudicados pela concorrência. Qualquer destas limitações representa clara violação a Carta Constitucional no que diz respeito à Livre Iniciativa e à Livre Concorrência¹¹⁴.

3.3 UBER COMO TRANSPORTE PRIVADO INDIVIDUAL E A INOCUIDADE DA DISCUSSÃO

A norma básica de regência do transporte urbano no Brasil é a Lei nº 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da política Nacional de Mobilidade Urbana. No art. 3º, parágrafo 2º, a lei trata da classificação de transporte urbano: quanto ao objeto, de passageiros e de cargas; quanto à característica do serviço, coletivo e individual; e quanto à natureza do serviço, público e privado. Essa lei não regula o transporte individual, seja ele público ou privado, apenas os conceituando: como transporte público individual, o serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas; e como transporte privado individual, o meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares.

E é esta atividade de transporte público individual que a Lei nº 12.486/2011 elegeu como atividade privativa dos taxistas, nos termos do seu art. 2º ¹¹⁵.

Contudo, não se concebeu aos taxistas o monopólio do exercício de toda a atividade de transporte individual de passageiros, a qual diz respeito tanto à modalidade pública, quanto à privada. Diante disso, apenas pelo fato de inexistir

¹¹³ SARMENTO, DANIEL. **Parecer.** Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2016, p.22-23.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.22.

¹¹⁵ Art. 2º É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros.

regulação do transporte individual privado pela Lei nº 12.587/2012 não significa tirá-lo do âmbito da livre iniciativa e livre concorrência. Daniel Sarmento, em parecer quanto à legalidade do Uber, conclui que a atividade desempenhada pelos motoristas parceiros da Uber é atividade econômica estrito senso, ou seja, transporte privado individual, amparado pela livre iniciativa e a livre concorrência ¹¹⁶.

A partir do regime estabelecido pela Lei nº 12.468/11 e da Lei nº 12.827/12, o professor e jurista português Canotilho, entende como *inequívoca* a natureza privada da atividade econômica de transporte individual de passageiros, mesmo que a atividade seja legalmente qualificada como de utilidade pública ¹¹⁷ – tese esta que será elucidada no decorrer deste capítulo.

Gaspar Arino Ortiz, assim como Alexandre Aragão, comunga do entendimento de que o serviço de táxi sequer se trataria de um serviço público na medida em que este seria atividade desempenhada diretamente ou indiretamente (delegação à iniciativa privada) pelo próprio Estado em razão da impossibilidade de a iniciativa privada atender os interesses públicos pertinentes; enquanto que as atividades econômicas privadas não se sujeitam ao controle ou em caso de sujeição, o faz apenas frente ao poder de polícia que verifica se a atividade não fere a ordem pública ¹¹⁸.

O serviço de táxi estaria, portanto, no meio-termo entre o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito, pelo simples fato de se enquadrar como um serviço de utilidade pública, o qual se encontra no campo da atividade econômica, mas se sujeita a intensa regulação e fiscalização estatal em razão do interesse público ínsito à sua prestação ¹¹⁹.

Neste sentido, o artigo 12-A da Lei de Política Nacional de Mobilidade Urbana que prevê exploração do serviço de táxi por aqueles que satisfaçam os requisitos estabelecidos pelo Poder Público, o qual deverá ser interpretado de forma

¹¹⁶ SARMENTO, DANIEL. **Parecer.** Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2016, p.24-26.

¹¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer.** Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-canotilho-uber.pdf>>. Acesso em 18 abr. 2016, p.14.

¹¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.192-196.

¹¹⁹ SARMENTO, DANIEL. *Op.cit.*, 2015, p.27.

sistemática com o art. 12 da referida Lei¹²⁰. Essa interpretação caminha no sentido de caracterizar o serviço de táxi como sendo um serviço de utilidade pública.

Neste diapasão, conclui-se que o serviço de táxi não é de um serviço público, como já vinha entendendo Celso Antônio¹²¹:

(...) os serviços prestados pelos táxis – e quanto a isto nada importa que o sejam por autônomos ou por empresas – possuem especial relevo para toda a coletividade, tal como se passa, aliás, com inúmeras outras atividades privadas, devendo por isso ser objeto de regulamentação pelo Poder Público, como de fato ocorre, mas obviamente isto não significa que sejam categorizáveis como serviços públicos. (...)

Nem a Constituição, nem a Lei Orgânica dos Municípios, nem a lei municipal regente da matéria qualificam os serviços de táxi como serviços públicos. Contudo, a Constituição foi expressa em qualificar como serviço público o serviço municipal de transporte coletivo local de passageiros (art. 30, V), não se podendo, como é óbvio, considerar casual a explícita menção a 'coletivo'. Nisso, a toda evidência, ficou implícito, mas transparente, o propósito de excluir o transporte individual de passageiros da categorização de serviço público.

Muito embora o serviço de táxi não esteja sob a égide do direito público, o mesmo apresenta-se fortemente regulado (art. 174 CF¹²²), como, por exemplo, por meio da fixação de preços a serem cobrados dos usuários. Contudo, essa regulação da Administração Pública não pode ser legislativa ou administrativamente imposta, como se fosse própria do Estado e não da iniciativa privada. As empresas que executam serviços de utilidade pública devem, portanto, ser instrumentalizadas pelo Estado para a consecução de políticas públicas, porém não poderão ser forçadas a executá-las em detrimento do direito fundamental a livre iniciativa econômica.

No que diz respeito ao regime jurídico, o serviço de táxi, foge a regra dos serviços públicos que são submetidos à prévia licitação, ao passo que serviço de táxi é exercido por prévia concessão ou permissão dentre os particulares.

¹²⁰ Art. 12. **Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros** deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013). **(grifo nosso)**

¹²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Serviços Públicos e Serviço de Utilidade Pública – Caracterização dos Serviços de Táxi – Ausência de Precariedade na Titulação para prestá-los – Desvio de Poder Legislativo". In: **Pareceres de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiro, 2011, p. 216-217.

¹²² Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Ademais, o exercício da atividade poderá ser alienado ou transmitido *causa mortis* (art. 12-A, §§1º e 2º da Lei nº 12.587/2012¹²³), o que é absolutamente inconciliável com a lógica do serviço público. Por fim, outro ponto que diverge do serviço público, se trata da não obrigatoriedade de assegurar por parte dos taxistas a continuidade da prestação do serviço¹²⁴.

Em suma, não há por parte do Estado um inescusável dever de prestar o serviço de transporte individual de passageiros, haja vista que o legislador, ao delegar a competência legislativa do transporte coletivo aos Municípios, excluiu o transporte individual, com a clara intenção de não submetê-lo ao regime dos serviços públicos, mas sim, como atividade econômica em sentido estrito.

Ainda sobre a discussão supra-abordada, não se pode olvidar o interessantíssimo raciocínio de Canotilho no tocante a modificação do art. 12 e a introdução do art. 12-A da Lei nº 12.587/12 realizada pela Lei nº 12.865/13. Antes da modificação do art. 12, a sua disposição inicial era a seguinte: “Os serviços públicos de transporte individual de passageiros, prestados sob permissão, deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas”¹²⁵.

Bem diferente é a atual redação do artigo, a partir da modificação feita pela Lei nº 12.865/13: “Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas”. E, nos termos do novel artigo 12-A: “O direito à exploração de

¹²³ Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local. (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013). §1º É permitida a **transferência da outorga a terceiros** que atendam aos requisitos exigidos em legislação municipal. (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013)

§2º Em **caso de falecimento** do outorgado, o direito à exploração do serviço será **transferido a seus sucessores legítimos**, nos termos dos arts. 1.829 e seguintes do Título II do Livro V da Parte Especial da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013).

¹²⁴ SARMENTO, DANIEL. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2016, p.28.

¹²⁵ A Lei nº 12.865/13 é originária da conversão da Medida Provisória nº 615/13, a qual realiza diversas disposições materiais.

serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local”¹²⁶.

Das alterações o autor luso extrai as seguintes conclusões cruciais para o deslinde da discussão: primeiramente, da modificação do texto normativo do art. 12, tem-se a eliminação legal do transporte individual e passageiros como uma atividade econômica pública, portanto, a exclusão como um serviço público; em segundo lugar, houve a substituição do título autorizativo pela poder público, portanto, houve a revogação da permissão no que diz respeito ao transporte individual e passageiros, a qual foi substituída pela mera outorga de um “direito à exploração de serviços de táxi”, com a introdução do art. 12- A¹²⁷.

Observe que neste último ponto, o termo “*permissão*” foi suprido, sendo o mesmo substituído pela “*outorga de direito a exploração pelo taxista*”. E como é sabido, a permissão não se confunde com a referida outorga, pois que a permissão tem como objeto um serviço público, diante do que preestabelece a Carta Magna em seu art. 175¹²⁸. Já a outorga, a qual é acertadamente introduzida pelo art. 12-A e conforme ao dispositivo constitucional supracitado, apenas habilita que uma atividade econômica estrito senso seja exercida pelo serviço de taxi, uma vez que este por disposição legal não mais figura como um serviço público, mas sim, como um serviço de utilidade pública.

Como bem pontua o parecerista, Procurador do Município de Salvador, Eduardo Porto¹²⁹:

A rigor, está-se diante, na realidade, de mera autorização do poder público municipal, o qual credencia profissionais e lhes concede alvará de circulação, visando a exercer o controle de atividade de interesse público (e não de serviço público propriamente dito), de acordo com requisitos estabelecidos para a melhor qualidade na prestação do transporte de passageiros (que não se confunde, ressalte-se, com o transporte coletivo).

A ampliação da concorrência tende a ser benéfica ao consumidor e a tentativa de criação de reserva de mercado para os taxistas não se mostra legítimo para a restrição da concorrência e da livre iniciativa. Essa restrição de mercado é claramente identificada pela sociedade a partir do poder de mobilização e de

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer**. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf> >. Acesso em 18 abr. 2016, p.14- 15.

¹²⁷ *Ibidem*, p.14-15.

¹²⁸ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou **sob regime de concessão ou permissão**, sempre através de licitação, **a prestação de serviços públicos. (grifo nosso)**

¹²⁹ PORTO, Eduardo Vaz. **Parecer**. Parecer nº 08/RPGMS/SEMOB – Processo Administrativo nº 1208/2013. Análise de Minuta de Decreto. Regulamento Do Serviço De Táxi-Setaxi. [Mensagem Pessoal]. Mensagem recebida por rebecabarbaragm@gmail.com. Em 10 mai. 2016.

pressão política exercida pela classe dos taxistas sobre as autoridades públicas. O STF já assentou em decisão que afastou a exigência legal de inscrição dos músicos na Ordem dos Músicos do Brasil que interesses meramente corporativos não justificam a imposição de restrições à liberdade profissional e a liberdade de iniciativa econômica¹³⁰:

É que as exigências de cunho formal **não podem servir a um grupo, não podem se prestar à reserva de mercado**, só se justificando a imposição de inscrição em conselho de fiscalização profissional, mediante a comprovação da realização de formação específica e especializada, nos casos em que a atividade, por suas características, demande conhecimentos aprofundados de caráter técnico ou científico, envolvendo algum risco social. **(grifo nosso)**¹³¹

Além do argumento de embargos a entrada do Uber no mercado de transporte individual, não se pode olvidar que as restrições concorrenciais são ilegítimas, tendo em vista que essa atividade não visa a universalização de um serviço de modo a desenvolver uma atividade deficitária. Pelo contrário, como bem exemplifica o professor Daniel Sarmiento, a atividade de transporte individual de passageiros não exige que taxistas cobrem menos dos passageiros mais carentes ou que recebam valores menores por corridas durante a madrugada, ou em regiões mais longínquas ou inóspitas¹³². Não visa, dessa forma, o exercício do transporte individual pelos taxistas minorar adversidades do exercício da atividade com o intuito de fomentá-la em seus setores mais desfavorecidos, não sendo, portanto, razoável qualquer medida que mitigue a ampla concorrência justificada na promoção da universalização desse serviço.

Ademais, a regulação estatal do serviço de táxi se justifica também no que diz respeito à assimetria de informações ao consumidor. Hodiernamente, o consumidor não possui acesso às informações necessárias para realizar as suas escolhas sobre serviços e produtos, o que justifica a regulação estatal de forma a garantir o interesse público. Historicamente, as licenças concedidas aos motoristas de táxis serviram para que os passageiros que não conheciam o motoristas,

¹³⁰ SARMENTO, DANIEL. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016, p.32.

¹³¹ STF, Pleno, **RE 414.426**, Rel. Ellen Gracie. Julgado em 10 out. 2011. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6242682>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

¹³² SARMENTO, DANIEL. *Op.cit*, p.32-33.

pudessem confiar, graças a autorização estatal, haja vista que hipoteticamente, essa autorização representa a reunião de requisitos à prestação do serviço a contento. Contudo, a inovação tecnológica trazida pelo Uber traz mecanismos aparentemente mais eficazes, na medida em que o passageiro tem de antemão acesso ao nome e a foto dos motoristas, o modelo e a placa do carro. E além disso, poderá o passageiro visualizar através do aplicativo, as avaliações de usuários anteriores. Outra vantagem é o conhecimento da rota que será seguida, assim como a estimativa de preço, o tempo de espera e o tempo de viagem¹³³.

O Uber foi alvo de discussão na Comisión Federal de Competencia Económica do México¹³⁴, órgão atuante em prol da defesa da concorrência, o qual realizou a seguinte consideração¹³⁵:

“El uso de esta tecnología se há constituído como una herramienta efectiva para resolver de una forma eficaz los problemas de información asimétrica (...) entre conductores y pasajeros (...).”

Estas nuevas plataformas construyen un nuevo producto en el mercado, ya que ofrecen al pasajero, además de movilidad, atributos nuevos y diferenciados en cuanto a: (i) confiabilidad y seguridad personal, (ii) certidumbre en cuanto al cobro que se va a realizar y el método de pago (iii) confort y conveniencia, (iv) búsqueda y tiempos de espera e (v) información sobre el traslado.”

Por fim, não se sustenta a tese de que os motoristas parceiros do Uber violariam a legislação ou praticariam concorrência desleal, por não se submeterem às normas atinentes ao exercício da função de taxista, justamente porque o Uber não se configura como transporte público individual, mas, sim, como uma modalidade de atividade privada.

Assim, é possível enquadrar os táxis como transporte público individual e o Uber como transporte privado individual. O transporte privado individual seria o transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares, e é aqui que se encaixa o serviço de intermediação realizado pelo Uber entre motoristas e consumidores. A diferença entre as duas modalidades é que: o transporte público individual é aberto ao público,

¹³³ SARMENTO, DANIEL. **Parecer.** Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016, p.33.

¹³⁴ Cofece da el visto bueno a Uber y Cabify. **El Financiero.** 10/06/2015. Disponível em < <http://www.elfinanciero.com.mx/tech/cofece-recomienda-reconocer-a-uber-y-cabify-como-medios-de-transporte.html>>. Acesso em 26 abr. 2016.

¹³⁵ SARMENTO, DANIEL. *Op.cit.*, 2015, p.34.

podendo qualquer cidadão pegar um táxi na rua¹³⁶, portanto, há aqui a obrigatoriedade de atendimento universal; o que não acontece com o Uber, no qual depende o consumidor do aceite do motorista parceiro para realizar a corrida, o que ratifica a sua autonomia da vontade no exercício da profissão, bem como a conveniência de prestar ou não o serviço ao consumidor¹³⁷.

Dessa forma, a sua submissão as normas atinentes ao exercício da atividade de taxista, desnaturaria a inovação promovida pelo serviço, além de frustrar o direito de escolha dos consumidores¹³⁸.

Em suma, não há razão substancialmente plausível que elimine essa alternativa de transporte individual dos consumidores. Nas palavras do professor Canotilho, a reserva monopolista do exercício da atividade de transporte individual de passageiros não está apenas a fazer uma interpretação *contra legem* das Leis nº 12.587/12 e nº 12.468/11, por imputar à lei um sentido que nem o seu espírito, nem a sua dimensão gramatical comportam, mas, sobretudo a “converter” esse regime legal num regime manifestamente inconstitucional, seja por violação sistematicamente agregada ou conjunta e simultânea desses diversos preceitos são as bases estruturais e transversais do Pacto fundante da República do Brasil e do seu Estado de Direito¹³⁹.

3.4 UBER COMO TRANSPORTE PÚBLICO INDIVIDUAL

Em capítulo anterior foi discutido as razões da proibição do funcionamento do aplicativo Uber e dos seus parceiros em liminar concedida pelo juízo da 12ª Vara Cível do Estado de São Paulo. Dentre os argumentos que respaldaram a decisão estava a de que “o serviço prestado pelo Uber se enquadra como transporte público individual em razão de ser um aplicativo, e como tal, está disponível para *download* por qualquer interessado maior de 18 anos em lojas

¹³⁶ RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Sentença Cível Nº 0406585-73.2015.8.19.0001, Sexta Vara da Fazenda Pública. Juíza: Ana Cecilia Argueso Gomes de Almeida. Julgado em 05 abr. 2016. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=000472E030E3B79C850B55335461048C8A76C504600E1D59>>. Acesso em: 02 mai. 2016, p. 10.

¹³⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INTERNET. **Palestra da Min. Nancy Andrighi**. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/Noticias/Ministra-do-STJ-diz-que-municipios,-distritos-e-estados-nao-podem-legislar-sobre-Uber-828.html#.VIEYVnarTIU>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

¹³⁸ SARMENTO, DANIEL. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016, p.34-35.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer**. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf> >. Acesso em 26 abr. 2016, p.20.

virtuais de aplicativo de aparelho de celular, sendo oferecido, portanto genericamente, de modo indeterminado”. E que por este motivo, o Uber se submeteria ao regime de concessão e permissão, em razão de ser um serviço público, e como tal deveria aguardar regulação, a qual equipararia o Uber aos taxistas, e que até o lançamento desta disposição pela Administração Pública, o serviço seria considerado clandestino.

Na cidade de São Paulo foi editada lei, a qual proíbe a rodagem dos parceiros do aplicativo Uber, e para tanto, foi editada *Portaria n.º 095/15-SMT.GAB* que criou do “táxi preto”, modalidade esta equiparável aos veículos do Uber, mas regulado pelo município como serviço público.

Os professores Rafael Oliveira e Lenio Streck em oposição à natureza de transporte individual privado dos parceiros do aplicativo Uber fazem avaliação no que diz respeito à sua legalidade e à sua constitucionalidade, aspectos estes, os quais serão explorados no capítulo seguinte, mas já se faz pertinente quanto as seguintes indagações¹⁴⁰:

Ora, se o Uber pode, cobrando comissão, autorizar e organizar diretamente uma atividade de transporte individual, por qual motivo um particular autônomo não poderia também colocar seu próprio carro à disposição dos clientes, independentemente de qualquer controle por parte do poder público municipal? Qual a diferença entre um particular não vinculado ao Uber transportar um passageiro e um motorista associado ao Uber realizar o mesmo serviço?

Ademais, há quem defenda a tese de que os motoristas parceiros do Uber exercem transporte público individual, e neste sentido, alega a inconstitucionalidade com base no art. 175 da Constituição Federal, no sentido de que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos¹⁴¹.

O raciocínio levantado trata do exercício privativo da atividade de transporte público individual pelos taxistas, nos termos da Lei dos Taxistas (Lei nº 12. 468/11) e aborda tese da configuração de concorrência desleal. Neste sentido,

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz; e STRECK, Lenio Kuiz. **Uber e o Pretense Iluminismo do Transporte Individual de Passageiros**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-08/diario-classe-uber-pretense-iluminismo-transporte-individual-passageiros?imprimir=1>> Acesso em: 18 abr. 2016, p. 02-03.

¹⁴¹ CRIVELLI, Ivana C6. **Concorrência Desleal do Aplicativo Uber é Evidente**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/ivana-co-crivelli-concorrenca-desleal-aplicativo-uber>>. Acesso em: 18 abr. 2016, p.01.

constata-se a existência de concorrência entre os fornecedores de um mesmo bem ou serviço, com o objetivo de trazer para si o maior número de consumidores (clientes), ou seja, um ato resultante da violação de normas e de usos honestos, que seja suscetível de repreensão e que venha ou possa vir a causar prejuízo¹⁴².

A autora da coluna no Conjur, conclui pela deslealdade na competição, afirmando que os parceiros do aplicativo Uber não se submetem às mesmas obrigações legais que os taxistas, exemplificadamente, no que diz respeito às medidas de segurança, à utilização do taxímetro, a única forma de pagamento pelo cartão de crédito e por fim, não possuem o termo de Permissão e Alvará de Estacionamento, configurando, portanto, uma atividade clandestina¹⁴³.

Antes de qualquer conclusão jurídica que esta presente pesquisa ouse realizar, forçosa se faz uma análise do seja o serviço público no sistema jurídico pátrio, assim como uma análise das suas principais características e princípios.

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem delega, destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, sob o regime de Direito Público¹⁴⁴.

Eros Grau diz que a noção de serviço público é construída sobre as ideias de coesão e de interdependência social. Assume o caráter de serviço público qualquer atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social, ou seja, qualquer atividade que se torne um serviço existência para determinada sociedade¹⁴⁵.

Na concepção de Tavares, serviço público será aquele cuja prestação seja usualmente considerada como típica do Estado, com fulcro no atendimento do interesse público, de modo que a sua prestação por particulares dependa de sua transferência formal e expressa pelo Estado, submetendo-se ao regime de Direito Público¹⁴⁶.

¹⁴² CRIVELLI, Ivana Có. **Concorrência Desleal do Aplicativo Uber é Evidente**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/ivana-co-crivelli-concorrenca-desleal-aplicativo-uber> >. Acesso em: 18 abr. 2016, p.02.

¹⁴³ *Ibidem*, p.02-03.

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, anual, p.627-630.

¹⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.131.

¹⁴⁶ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2011, p.292.

Deste conceito de serviço público extraem-se dois importantes elementos: o material, qual seja a prestação de utilidade ou comodidade fruível individualmente pelos administrados; e o formal, que dá o caráter jurídico ao conceito, que consiste no regime jurídico de Direito Público¹⁴⁷.

Além da definição, imperioso abordar os princípios atinentes ao serviço público. Bandeira de Mello entende os princípios do serviço público integral o aspecto formal do seu conceito, portanto, pertencente ao regime jurídico. Traz, portanto, nove princípios: dever inescusável do Estado de promover a execução dos serviços públicos seja pela via direta, ou por meio da autorização, concessão ou permissão; o princípio da supremacia do interesse público; o princípio da adaptabilidade, ou da mutabilidade ou atualização, ou seja, a modernização do serviço prestado dentro das possibilidades econômicas do Poder Público; o princípio da universidade ou generalidade, que determina que o serviço é aberto a todos, indistintamente; o princípio da continuidade que trata da impossibilidade da interrupção do serviço público e o pleno direito dos administrados para que não seja suspenso ou interrompido; o princípio da transparência; o princípio da motivação; e por fim o princípio da modicidade das tarifas¹⁴⁸.

Ademais, imprescindível se faz a provocação promovida por Bandeira de Mello em sua obra, o que é preciso para que uma atividade seja considerada como serviço público? Qualquer atividade que o Estado deseje como serviço público, assumirá o regime de Direito Público? A resposta é sim. Cabe ao Estado por meio do Poder Legislativo determinar se a atividade econômica em discussão, será qualificada como serviço público ou não. Contudo, tal qualidade deverá respeitar os limites constitucionais, dentro do disposto pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa. É que como visto em tópico anterior, a exploração da atividade econômica, via de regra, assiste aos particulares, cabendo ao Estado atuar em caráter excepcional¹⁴⁹.

Além de a Constituição indicar alguns serviços como públicos no art. 21, X a XV e XXIII, e no art. 25, §2º, Tavares exemplifica alguns serviços que possuem natureza pública, como: saneamento; abastecimento de água; energia elétrica; iluminação; limpeza de vias públicas; coleta de lixo; etc. Por fim, o Estado

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, anual, p.631-633.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.634-635.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.647-648.

também poderá, como dito acima, por meio de normas, definir quais serviços poderão ser considerados como públicos¹⁵⁰.

Pelo exposto acima a respeito do serviço público, tem-se que pelo simples fato de o serviço intermediado pelo aplicativo Uber se dar através de uma plataforma eletrônica, aberto a todos aqueles que queiram realizar o *download*, não o qualifica como um serviço público.

O serviço exercido pelos motoristas parceiros do aplicativo Uber, não se sujeitam aos princípios atinentes ao serviço público, a mencionar: o princípio da universalidade – o motorista parceiro poderá recusar a corrida; o princípio da continuidade; o princípio da motivação; o princípio da transparência; e o princípio da modicidade das tarifas.

Portanto, a concepção de serviço público é complexa, e não se resume a mera disposição a todos, está muito além do princípio da generalidade, haja vista ser esse aspecto apenas um dos vários supramencionados que compõe o entendimento do serviço público no ordenamento jurídico brasileiro.

3.5 A DEFESA DO CONSUMIDOR NO SERVIÇO PÚBLICO

Muito se tem discutido a respeito do interesse do Uber e dos taxistas, no que tange a liberdade de iniciativa, a liberdade laboral, a liberdade de concorrência, do papel do Estado como ente decisor da permanência ou não do Uber no Brasil, mas pouco se tem ilustrado a respeito do sujeito central e finalístico de toda a prestação de serviço, o consumidor.

Adiante será explorado o papel do consumidor no serviço público, compreendendo o Uber como exercente de transporte público individual para que possamos discutir no âmbito do serviço público a relevância da concorrência com os taxistas para melhor satisfazer as necessidades do cidadão e do interesse público.

A respeito deste protagonismo exercido pelo consumidor, Alexandre Aragão, pontua que inserida a concorrência na prestação do serviço público, esse serviço passou a ser atividade regida pelo mercado (total ou parcialmente), e como consequência, tem-se que a aplicação do Direito do Consumidor constitui uma das

¹⁵⁰ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2011, p.294-295.

bases da disciplina jurídica do mercado¹⁵¹. O nobre autor cita Sandie Chillon (CHILLON *apud* ARAGÃO, 2008, p. 505)¹⁵², no que se refere a crescente individualização dos serviços públicos ao longo da história, e assim pontua:

O usuário foi por muito tempo percebido como uma pessoa abstrata, não claramente individualizada, submetida à boa vontade do gestor do serviço público. Todavia, aos poucos a figura de cliente foi se substituindo àquela de usuário. A exigência de um serviço individualizado é a principal consequência da abertura à concorrência e da comparação entre o setor público e o setor privado. Essa exigência traduz a rejeição da imagem de um usuário submetido ao serviço público.

Vale asseverar que a noção atual de interesse público não mais justifica a prestação de um serviço por um único agente, mas impõe que seja adotada a maior concorrência possível, pela diversidade de prestadores, tornando mais benéfico para aqueles que precisam do serviço do que a sua monopolização¹⁵³.

Neste diapasão, tem-se que para a maior satisfação dos usuários, efetivando os seus direitos fundamentais, não está na maximização do poder do Estado, mas sim, pela retirada, nunca total, do Estado, como agente econômico ou regulador de determinadas atividades, as quais a concorrência pode ser adotada como principal instrumento de satisfação dos interesses dos usuários¹⁵⁴.

Comunga do mesmo entendimento, Mônica Spezia Justen (JUSTEN, *apud* ARAGÃO, 2008, p.512), a qual afirma que a regulação dos serviços públicos sempre existirá, contudo nega-se a lógica, segundo a qual quanto mais regulação houver, mais atendida estarão os interesses dos usuários/consumidores, não havendo uma relação necessária entre estes e a regulação do serviço público. Apesar de tal entendimento, mitiga a autora o seu próprio entendimento, trazendo à baila a doutrina do Direito Comunitário no sentido de que a liberalização das atividades econômicas de interesse geral não pode ser total, preservando-se parcelas suas como serviço público como meio de evitar que alguns direitos fundamentais sejam fragilizados em face da ausência do Estado em alguns setores¹⁵⁵.

¹⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.504-505.

¹⁵² *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁵³ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 511-512.

¹⁵⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) no §2º do art.3º define serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Os serviços públicos – como o fornecimento de água e de energia elétrica - que forem específicos e divisíveis (*uti singuli*) que ensejam a exigência de taxa¹⁵⁶ estão sujeitos à disciplina do CDC¹⁵⁷.

Já os serviços públicos gerais (*uti universi*) – como a segurança e a iluminação pública – não comportando a exigência de remuneração específica, estão excluídos do regime jurídico das relações de consumo¹⁵⁸.

Conforme o art. 7º da Lei de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/95), aplica-se o Código de Defesa do Consumidor (CDC) aqueles serviços públicos sujeitos a essa lei. Além disso, o próprio CDC contempla expressamente, em seus art. 4º, II, 6º, X e 22, a aplicabilidade deste ordenamento aos serviços públicos. Apesar de tal previsão, forçoso destacar que a relação existente na prestação de serviço público é de natureza complexa, haja vista a existência do Poder Público, do concessionário e do usuário/consumidor do serviço público¹⁵⁹.

Um primeiro aspecto que denota tal complexidade diz respeito à relação concessionário e usuário/consumidor, na qual inexistente direito adquirido, ou ato jurídico perfeito para impor a manutenção das condições iniciais de prestação do serviço, que podem ser unilateralmente alteradas pelo *jus variandi* da Administração Pública, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Isso ocorre dada a conotação muito mais coletiva do serviço público se comparado à atividade econômica em sentido estrito¹⁶⁰.

Perscrutadamente, o serviço público visa à coesão social, como um instrumento técnico de distribuição de renda e realização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), com o financiamento através das tarifas dos usuários. Este

¹⁵⁶ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II - **taxas**, em razão do exercício do poder de polícia ou **pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis**, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. **(grifo nosso)**

¹⁵⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editora, 2006, p.242.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p.242.

¹⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.519.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p.521.

financiamento por parte dos usuário/consumidores não representa apenas a contraprestação das prestações, sendo, outrossim, um elemento fundamental da preservação ao longo prazo do equilíbrio da política pública e do projeto de infraestrutura consubstanciados na concessão. E é neste ponto que está a grande diferença entre o serviço prestado no regime privado, como atividade econômica estrito senso, e o prestado no regime público, o serviço público. Concretiza-se esta dicotomia quando aquele que frui do serviço público é mais onerado do que aquele que está em uma relação de consumo em geral, visto que no serviço público, o usuário/consumidor paga além do serviço prestado, pelo fato deste financiar a longo prazo a prestação daquele serviço em questão para todos os cidadãos, enquanto membros de uma dada sociedade¹⁶¹.

Ante o exposto, o Estado Contemporâneo de Direito assume a obrigação não apenas de regular o mercado, mas de garantir o bem-estar dos indivíduos, a dignidade, a qualidade mínima de vida, ou seja, ao passo que a preocupação é com o bem-estar nos defrontamos com a intenção político do Direito do Consumidor e do papel do Estado. Assim, será possível se determinar qual é a medida razoável para se fixar preços e para se estabelecer políticas públicas¹⁶².

Dessa forma, temos que o consumidor do regime de direito privado e o consumidor do regime de direito público possuem incidência direta do CDC e uma incidência relativizada pelo Direito Administrativo, respectivamente, por conta justamente, dessa especificidade presente na relação triangular (ou complexa) na prestação do serviço público.

Em suma, a aplicação do CDC no regime jurídico dos serviços públicos não poderá ser absoluta, sob pena de desnaturar a atividade como serviço público, devendo se considerar qual tipo de serviço está sendo prestado, o de utilidade singular (*uti singuli*) ou universal (*uti universi*).

¹⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.521-524.

¹⁶² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editora, 2006, p.253.

3.6 A LIBERAÇÃO E A DESREGULAMENTAÇÃO DOS TÁXIS: SOLUÇÃO?

Ao tempo do processo de estudo e de redação desta pesquisa, o mercado dos taxistas sofreu grande abalo com o início do funcionamento no Brasil do aplicativo Uber, e conseqüentemente a operacionalização de seus parceiros nas cidades do Rio de Janeiro, de São Paulo, de Minas Gerais, de Brasília e de Salvador, por exemplo.

Malgrado ainda haja discussões a respeito da natureza jurídica dos motoristas parceiros do Uber, e também questionamentos sobre a natureza jurídica do próprio serviço de táxi, nada obsta questionar “e se” ambos forem compreendidos como atividade econômica estrito senso? E se ambas as atividades não sofressem qualquer tipo de limitação correspondente a um serviço público? Em discussões nos itens já abordados, vimos que existem fortes argumentos legais e doutrinários para que essa tese possa ser firmemente sustentada. E se o mercado fosse totalmente liberado para o exercício do transporte individual (como já quer dizer o art. 12-A da Lei nº 12.587/12)?

Em artigo publicado no site do Senado Federal, na página Economia e Governo, o consultor legislativo desta casa, o professor da UnB Paulo Springer de Freitas, faz o seguinte questionamento “Quem ganha e quem perde com a liberação dos táxis?”¹⁶³. Claramente ele responde que “inequivocamente os consumidores ganham”, e diz que a curto prazo os taxistas antigos seriam aqueles que mais poderão sofrer com a possível liberação do serviço de táxi. E com isto, o consultor/professor registra a estranheza de que o foco dos debates sobre o assunto esteja apenas voltados aos motoristas de táxi, achando ele que o principal objetivo da discussão deveriam ser os consumidores. E neste ponto o autor promove a seguinte reflexão¹⁶⁴:

Afinal, o objetivo último do serviço de transporte individual remunerado é prestar um serviço público, e não garantir a renda ou o emprego de quem o presta! Se, ao longo da história, a manutenção do emprego e da renda de profissionais afetados por inovações tivesse sido mais importante que a própria inovação, ainda veríamos pelas ruas os acendedores de lampião, e toda ligação telefônica ainda seria intermediada por uma telefonista.

¹⁶³ O texto se baseia em pergunta realizada pelo Prof. Milton Friedman aos seus alunos “O que determina o valor da placa de um táxi?”.

¹⁶⁴ FREITAS, Paulo Springer de. **Quem ganha e quem perde com a liberação dos táxis?**. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2015/07/08/quem-ganha-e-quem-perde-com-a-liberacao-dos-taxis/>>. Acesso em: 21 abr. 16, p.01-02.

Neste diapasão, afirma existir uma confusão entre a liberalização e a desregulamentação. Obrigar motoristas e automóveis a atenderem aos requisitos mínimos de segurança não é incompatível com liberar o número de licenças. Para tanto, o supracitado autor faz uma analogia com os restaurantes: “faria sentido dizer que uma cidade só pode ter um número ‘x’ de restaurantes para garantir a higiene de suas cozinhas? É claro que não.”. Isso porque o processo de obtenção de alvarás e fiscalizações da vigilância sanitária, em tese, garantem a segurança do estabelecimento ¹⁶⁵.

Este mesmo raciocínio vale para os taxistas, pois que a liberação para todos aqueles interessados em exercer a atividade, não significa qualquer desatendimento dos requisitos básicos de segurança e higiene dos automóveis e na prestação do serviço - a regulação-, consoante às exigências dispostas no art. 3º e 5º da Lei nº 12.468/11. Springer, portanto, propõe a desregulamentação da entrada, mantendo-se regulamentada a atividade em seus demais aspectos.

Assim como o professor da Universidade de Brasília, Canotilho, a partir da análise das leis atinentes ao exercício da profissão de taxistas (Lei nº 12.468/11) e da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/12), conclui que esse regime legal, não pretende excluir, no sentido de vedar o acesso à atividade econômica privada de transporte individual de passageiros aos cidadãos que queiram exercê-la ¹⁶⁶.

Segundo entendimento do CADE, fica a cargo da autoridade administrativa a adoção de uma das quatro diferentes políticas para o mercado de táxi: a) a liberação do mercado sem barreiras a entrada, assim como sem qualquer regulação dos preços; b) restrições apenas à entrada, sem regulação de preços; c) entrada livre, com a regulação de preços; d) regulação de entrada e preços ¹⁶⁷.

Consoante parecer editado pelo CADE, em termos gerais, os táxis são regulados para endereçar as seguintes preocupações: a) questões atinentes á

¹⁶⁵ FREITAS, Paulo Springer de. **Quem ganha e quem perde com a liberação dos táxis?**. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2015/07/08/quem-ganha-e-quem-perde-com-a-liberacao-dos-taxis/>>. Acesso em: 21 abr. 16, p.03.

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer**. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf> >. Acesso em 18 abr. 2016, p.16-19.

¹⁶⁷ BRASÍLIA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. **Parecer**. O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano. Elaborado por Luiz Alberto Esteves. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015, p.22.

segurança pública, no que tange a proteção física dos consumidores, de terceiros e da adequação dos veículos; b) a proteção econômica dos consumidores, no sentido de prevenir os consumidores de incorrer em prejuízos em situações de barganha desproporcionalmente desvantajosa; c) no tocante ao congestionamento, porque que os táxis são regulados de forma a serem evitados maiores congestionamentos nos centros urbanos - deste modo as licenças de táxi podem ser racionadas conforme a disponibilidade de espaços urbanos para pontos de táxi; d) e por fim, quanto ao desempenho - os reguladores podem manipular diferentes combinações de disponibilidade de pontos, tarifas máximas e número de licenças para alcançar um mercado que opere sob um grau de desempenho desejado¹⁶⁸.

A respeito dos aspectos supracitados, faz-se necessário a abordagem de argumentos favoráveis e desfavoráveis à regulação da entrada, assim como no tocante a regulação de preços trazidos pelo centro de estudos do CADE.

Incluem-se como argumentos favoráveis à regulação da entrada: a livre entrada implicaria em uma demanda excessiva por espaço em pontos de táxi; o custo para o monitoramento da frota seria elevado; a entrada excessiva reduziria a taxa de ocupação dos táxis, criando pressões para aumento dos preços para equilibrar o fluxo presença de receitas e despesas; a entrada de motoristas pode criar uma oferta desproporcional nos horários de maior pico ou em locais onde as corridas são mais atrativas - como no aeroporto, por exemplo; podem ser criadas pressões para aumento dos preços para atender às corridas não atrativas para os motoristas¹⁶⁹.

Por outro lado, tem-se como argumentos contrários a regulação da entrada: o elevado custo para a regulação; a regulação confere posições de poder e proteção; a regulação gera um prêmio para os detentores das licenças; e por fim, o controle do mercado de táxi não é aplicado a mercados similares¹⁷⁰.

Quanto à regulação do preço, são alguns dos aspectos favoráveis à sua regulação: no que diz respeito à equidade, algumas regiões de uma cidade são mais atrativas que outras, e dessa forma a regulação de preços seria uma forma de

¹⁶⁸ BRASÍLIA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. **Parecer**. O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano. Elaborado por Luiz Alberto Esteves. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015, p.20-21.

¹⁶⁹ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁷⁰ *Ibidem, loc.cit.*

equiparar as desigualdades; e do ponto de vista da ordem pública, a competição de preços entre motoristas, em um mesmo ponto de taxi, por exemplo, seria inviável, posto que cada um praticaria uma política de preços única na tentativa de atrair o consumidor¹⁷¹.

Inexistindo a regulação de preços, os taxistas teriam maior liberdade em praticar seus próprios preços, competindo, portanto, com os mercados similares ao de táxi, os quais não apresentam regulação de preço.

Apesar de ter apresentado estudos e fontes estrangeiras para a composição da sua pesquisa, não deixou de ressaltar que o processo de desregulamentação, depende, por óbvio, das especificidades de cada mercado a ser desregulamentado. O mercado de táxis depende de diversas características de uma cidade, tais como o uso e a ocupação do solo, a rede de transporte coletivo, as diferentes distribuições de densidades populacionais nos bairros, etc¹⁷².

Sob o ponto de vista econômico, o referido Conselho concluiu que não existem elementos impeditivos ao funcionamento de novos prestadores de serviços de transporte individual. Em sua abordagem, trouxe dados da literatura estrangeira, como por exemplo, o bem-sucedido caso holandês que conseguiu desregulamentar o mercado de táxi, associando-o à rede de transporte coletivo das cidades¹⁷³.

¹⁷¹ BRASÍLIA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. **Parecer**. O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano. Elaborado por Luiz Alberto Esteves. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015, p.22.

¹⁷² *Ibidem*, p.48.

¹⁷³ *Ibidem*, p.47.

4 DA INCOMPETÊNCIA E DA ILEGALIDADE DAS LEIS ESTADUAIS, MUNICIPAIS E DISTRITAIS QUE PROÍBEM O FUNCIONAMENTO DOS MOTORISTAS PARCEIROS DO APLICATIVO UBER

As cidades nas quais o Uber opera - São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Brasília e Salvador – possuem legislação que proíbem a operacionalização dos motoristas parceiros do Uber, com base nas seguintes leis: Lei nº 12.468/- Lei dos Taxistas; Lei nº 12.587/12 – Política Nacional de Mobilidade Urbana; e a Lei nº 12. 619/12- Lei que regula a profissão de motoristas, a qual altera a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas).

Ocorre que as leis listadas acima são interpretadas sob uma ótica corporativista e despreocupada com os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de profissão. A partir desta posição, foram editadas leis municipais que proíbem a rodagem dos veículos parceiros do aplicativo Uber, tais como as seguintes – por amostragem: a Lei nº 16.279/15 da cidade de São Paulo, parcialmente sobrestada nos seus efeitos por decisão liminar (proc.: 1041907-51.2015.8.26.0053) concedida pelo desembargador da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de São Paulo, Exmo. Dr. Fermino Magnani Filho¹⁷⁴; a Lei Complementar nº 159/2015 da cidade do Rio de Janeiro com efeitos suspensos pela liminar proferida (proc.: 0406585-73.2015.8.19.0001) pela Exma. juíza Mônica Ribeiro Teixeira da 6ª Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro¹⁷⁵, e ainda no que se refere a este processo a decisão liminar tornou-se definitiva de forma a proibir que o Departamento Estadual de Transportes Rodoviários (Detro/RJ) e a Secretaria Municipal de Transportes da capital fluminense apliquem multas ou que inviabilize o exercício da atividade¹⁷⁶; e na cidade de Salvador vige a Lei Municipal nº 9.066/16 sancionada pelo prefeito ACM Neto, a qual proíbe o transporte de passageiros remunerado em carros particulares¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Prefeitura de São Paulo é proibida de apreender carros da Uber. **Consultor Jurídico**. 03/02/2016 às 07h42. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-03/prefeitura-sao-paulo-proibida-apreender-carros-uber>>. Acesso em 02 mai. 2016.

¹⁷⁵ RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decisão Liminar Cível Nº 0406585-73.2015.8.19.0001, Sexta Vara da Fazenda Pública. Juíza: Mônica Ribeiro Teixeira. Julgado em 08 out. 2015. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/justica-rio-libera-uber-define-multa.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2016, p. 08.

¹⁷⁶ Juíza proíbe autarquias do Rio de Janeiro de barrar atuação de motoristas do Uber. **Consultor Jurídico**. 05/04/2016 às 21h01. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-abr-05/juiza-proibe-autarquias-rj-barrar-motoristas-uber>>. Acesso em : 02 mai. 2016.

¹⁷⁷ PACHECO, Clarissa. Agora é lei: prefeito sanciona projeto de lei que proíbe Uber em Salvador. **Correio 24 horas**. 027/06/2016 às 10h56. Disponível em: <

A seguir, será demonstrada a inconstitucionalidade e a ilegalidade das leis supracitadas diante do ordenamento jurídico pátrio pelo o que dispõe o Código Civil no seu art. 730 e 731, pelo art. 36 da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet) e pela Constituição nos seus artigos 1º, inciso IV, art. 22, inciso I, XI e parágrafo único, art. 30, inciso V, art. 32, §1º, art. 170, inciso IV, V e parágrafo único e art. 173 da CF. Contudo, faz-se necessário o estudo do instituto do controle de constitucionalidade como um todo para a abordagem do tema.

4.1 DA INCOMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS E DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE SUAS LEIS

A usurpação, da competência no que tange à edição de leis de matéria privativa, gera a inconstitucionalidade formal orgânica, na medida em que o vício de forma se traduz na inobservância da regra de competência para a edição de lei por ente federativo diverso daquele previsto na Constituição. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de a Assembleia Legislativa de algum Estado da Federação editar lei em matéria penal ou de direito civil, incorrendo em inconstitucionalidade formal orgânica por violação da competência privativa da União¹⁷⁸.

Exemplifica Barroso que, caso a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação aprove um projeto de lei definindo um tipo penal específico de “pichação de bem público”, sancionada pelo Governador do Estado, a lei passará a existir, no entanto, será considerada inválida, posto a flagrante inconstitucionalidade, haja vista o que dispõe o art. 22, inciso I da CF. Aqui haverá de ser reconhecida por juízes e tribunais, que diante, da invalidade da norma, deverão negar-lhe aplicação e eficácia¹⁷⁹. Quanto aos seus efeitos, Dirley preleciona que uma vez constatada a violação e declarada a inconstitucionalidade, terá, a norma transgressora, a sua eficácia retirada, via de regra, retroativamente, deixando de irradiar efeitos, quer no caso concreto (no controle concreto), quer para todos – erga omnes (no controle abstrato)¹⁸⁰.

<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/salvador/noticia/agora-e-lei-prefeito-sanciona-projeto-que-proibe-uber-em-salvador/?cHash=c3f0d05d39ab007ce46caa206e6107b3>>. Acesso em 02 jun. 2016.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.48-50.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p.36.

¹⁸⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática**. 6.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p.42.

Na AdInMC 1.918-ES, rel. Min. Maurício Corrêa, a Suprema Corte entendeu que lei estadual não pode proibir a cobrança de estacionamento por estabelecimento privado, por incidir em inconstitucionalidade formal, violando competência privativa da União Federal para legislar sobre direito civil¹⁸¹.

Como abordado acima, o art. 22 da Constituição Federal trata da competência legislativa privativa da União. E estabelece em seu inciso XI que a este ente compete legislar sobre “*trânsito e transporte*”. Além desta matéria, cabe a União ainda à competência privativa, prevista nos incisos IV e IX, para legislar, respectivamente, sobre “*informática*” e “*diretrizes da política nacional de transportes*”.

Justamente pelo caráter privativo da competência supracitada, excluem os demais entes federativos, ressalvada apenas a possibilidade de delegação aos Estados, por lei complementar, a faculdade de disciplinarem questões específicas dentre as matérias taxativamente relacionadas no art. 22 da CF, consoante disposto no parágrafo único¹⁸².

Ademais, tais competências privativas afastam as competências não enumeradas atribuídas aos municípios e ao Distrito Federal para “*legislar sobre assuntos de interesse local*” (art. 30, inciso I, CF) e para “*suplementar a legislação federal e estadual, no que couber*” (art. 30, inciso II, CF). Neste sentido já decidiu o STF¹⁸³ no Ag. Reg do Recurso Especial 668.285, Rel. Min. Rosa Weber julgado em 27/05/2014 que a competência constitucional dos Municípios para legislar sobre interesse local não os autoriza a estabelecer normas que veiculem matérias que a própria Constituição atribui à União ou aos Estados¹⁸⁴.

Nesse mesmo sentido, também decidiu a Suprema Corte:

*A competência para legislar sobre trânsito é exclusiva da União, conforme jurisprudência reiterada desta Corte (ADI 1.032, ADIMC 1.704, ADI 532, ADI 2.101 e ADI 2.064), assim como é a competência para dispor sobre a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança (ADIMC 874). Ora, em se tratando de competência privativa da União, e competência essa que não pode ser exercida pelos Estados se não houver lei complementar – que não existe – que o autorize a legislar sobre questões específicas dessa matéria (art. 22 da Constituição), **não há como pretender-se que a competência suplementar dos Municípios, prevista no inciso II do***

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.48.

¹⁸² SARMENTO, DANIEL. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2016, p.36.

¹⁸³ *Ibidem*, p.36.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit.*, p.45-50.

artigo 30, com base na expressão vaga aí constante ‘no que couber’, se possa exercitar para a suplementação dessa legislação da competência privativa da União¹⁸⁵. (grifo nosso)

Diante do acima exposto, não há qualquer dúvida em se concluir que a Lei complementar nº 159 de 29 de setembro de 2015 do Rio de Janeiro que regulamenta o serviço público de transporte individual remunerado de passageiros em veículo automotor e a profissão de taxista, e a Lei nº 16.297 de 8 de outubro de 2015 do município de São Paulo que dispõe sobre a proibição do uso de carros particulares em aplicativo para o transporte remunerado individual de pessoas neste município são inquinadas de inconstitucionalidade ante o disposto pelo inciso IX, art. 22 da CF¹⁸⁶.

Além disso, destaque: a reserva de mercado, limitando o exercício da atividade econômica de transporte individual de passageiros aos agentes administrativamente habilitados - os taxistas; a proibição do transporte remunerado de pessoas através de aplicativos ou apenas a permissão do uso de tais aplicativos apenas aos taxistas; e a inibição do acesso dos consumidores e dos motoristas parceiros do aplicativo, coibindo, portanto, o exercício da atividade de prestação de serviço pelo sistema Uber¹⁸⁷.

Por fim, ainda sobre a competência legislativa, cabe aqui tratar do art. 30, inciso V da Constituição Federal, segundo a qual diz ser competência dos municípios “organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluindo o de transporte coletivo que tem caráter essencial”. Primeiramente a competência para organizar a delegação do serviço público ao particular não possui natureza legislativa, mas tão somente de cunho material, não conflitando assim com o disposto no art. 22, inciso XI da CF. Contudo, como já foi explanado anteriormente, o aplicativo Uber não se trata de serviço público, mas, sim, de transporte individual de passageiros, ou seja, como verdadeira atividade econômica em sentido estrito¹⁸⁸.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 227.384-8. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 09 ago. 2002. Disponível em: <<http://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5117892/acao-dir-inconstitucionalidade-200630010227-pa-2006300-10227/inteiro-teor-14945265>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer**. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf> >. Acesso em 04 mai. 2016, p.30.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p.30.

¹⁸⁸ SARMENTO, DANIEL. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf> >. Acesso em: 04 mai. 2016, p.38-39.

Portanto, a inconstitucionalidade orgânica de tais diplomas é, pois, direta e manifesta, por invasão das competências legislativas constitucionalmente reservada à intervenção prévia e inovadora da União. Conclui ainda o autor português que pelos motivos elencados acima, não se trata apenas de inconstitucionalidade orgânica, mas também de substancial ilegalidade por violação do regime das leis da União¹⁸⁹.

A ilegalidade, a qual se refere Canotilho é a mesma ilegalidade que a Ministra Nancy Andrighi menciona em sua palestra no II Congresso Brasileiro da Internet, na qual diz não existir pertinência jurídica na invocação das leis federais nº 12. 468/11 (Lei da Profissão de Taxista), nº 12.587/12 (Política Nacional de Mobilidade Urbana) e nº 12. 619/12 (lei que dispõe sobre o exercício da profissão de taxista) para a proibição de aplicativos, pelos quais os consumidores e motoristas proprietários de veículos firmem entre si contratos de transporte privado individual. Este aspecto - o da ilegalidade - será abordado no item seguinte¹⁹⁰.

4.2 DA INCOMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS E DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE SUAS LEIS

As leis municipais discutidas neste capítulo, as quais procuram de alguma forma proibir a atividade desempenhada pelos motoristas parceiros do aplicativo Uber, violam sistematicamente diversos preceitos constitucionais, os quais qualificam verdadeiras bases estruturantes da República Federativa do Brasil. E do seu estado de Direito¹⁹¹.

Essa violação nada mais é que manifesta inconstitucionalidade material expressa na incompatibilidade de conteúdo das novas leis municipais editadas com a Constituição Federal. Trata-se da existência de confronto de uma regra ou princípio constitucional, portanto, inconstitucionalidade material, em razão da qual, a norma violadora não poderá subsistir. Barroso exemplifica a questão, quando do advento de uma lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em

¹⁸⁹ SARMENTO, DANIEL. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2016, p.30-31.

¹⁹⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INTERNET. **Palestra da Min. Nancy Andrighi**. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/Noticias/Ministra-do-STJ-diz-que-municipios,-distritos-e-estados-nao-podem-legislar-sobre-Uber-828.html#.VIEYVnarTIU>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer**. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf> >. Acesso em 04 mai. 2016, p.31.

concurso público em razão do sexo ou da idade (arts. 5º, caput e 3º, IV, CF) em desacordo com o mandamento da isonomia¹⁹².

A inconstitucionalidade, *in casu*, se manifesta no desrespeito dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII, CF), da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, em que se funda a ordem econômica do Brasil, consoante os ditames da justiça social (art. 170, CF) observados a busca do pleno emprego (art. 170, VIII e art. 193, CF), a livre concorrência (art. 170, IV, CF), a defesa do consumidor (art. 170, V, CF) e a liberdade de acesso e o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único, CF).

Da conjugação harmônica entre CF, o CC, o Marco Civil da Internet e a Lei nº 12.529 não competem aos Municípios, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre aplicativos de internet de intermediação de transporte privado individual, como o é pelos prestados pelos motoristas, proprietários de veículos a consumidores que usam tais aplicativos para firmarem entre si esse tipo de transporte. Razão pela qual, todas as leis municipais, estaduais ou distritais que venham a proibir o uso de aplicativos de intermediação para que os consumidores e proprietários de veículos firmem entre si contratos de transporte privado individual, além de incompatíveis com os arts. 730 e 731 do CC, com o Marco Civil da Internet, padecem de grave vício de inconstitucionalidade por incompatibilidade com o art. 1º, inciso IV, art. 22, inciso I e XI, parágrafo único, art. 30, inciso V, art. 32, parágrafo primeiro, art. 170, inciso IV e V, parágrafo único e o art. 173 da CF¹⁹³.

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. 2012. São Paulo: Saraiva, p. 51-53.

¹⁹³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INTERNET. **Palestra da Min. Nancy Andrighi**. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/Noticias/Ministra-do-STJ-diz-que-municipios,-distritos-e-estados-nao-podem-legislar-sobre-Uber-828.html#.VIEYVnarTIU>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

4.3 DA ILEGALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS

Ao longo do capítulo anterior vimos que o transporte individual de passageiros é atividade econômica estrito senso, portanto, está compreendido como atividade de direito privado. De igual modo, concluímos que o aplicativo Uber consiste em uma atividade privada de prestação de serviço - por meio de um contrato de direito privado -, com utilidade pública baseada na interconexão¹⁹⁴ de consumidores e motoristas através de uma plataforma tecnológica.

A partir do art. 1º, do art. 170 e do §1º deste artigo, fica claro que a constituição adotou o capitalismo como modelo de ordem econômica, franquiando ao particular a liberdade de iniciativa, ao mesmo tempo em que deu importância ao trabalho humano e a defesa do consumidor. Consagra, portanto, uma economia de mercado de natureza capitalista, haja vista que a iniciativa privada é o princípio básico da ordem capitalista¹⁹⁵.

A livre iniciativa é a regra e pressupõe que ao particular é assegurada a primazia pela exploração da maioria das atividades econômicas, cabendo ao Estado por força do art. 173 da CF, a exploração direta da atividade nos casos de “imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Ou seja, prevê este artigo, o princípio da subsidiariedade apenas das atividades supletivas e condicionadas a presença de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Assim, a exceção do que prevê o art. 173 da CF, deve ser assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgão público, salvo nos casos previstos em lei e do parágrafo único do art.170¹⁹⁶.

Essa lei a qual faz referência ao parágrafo único do art. 170, deve ser aquela derivada do sistema de competência legislativa que a própria Constituição estabelece. E nesse sentido, e ao que aqui compete discutir, dispõe o art. 22 da CF¹⁹⁷ a respeito das competências legislativas da União¹⁹⁸.

¹⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer**. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf> >. Acesso em 03 mai. 2016, p.29.

¹⁹⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INTERNET. **Palestra da Min. Nancy Andrighi**. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/Noticias/Ministra-do-STJ-diz-que-municipios,-distritos-e-estados-nao-podem-legislar-sobre-Uber-828.html#.VIEYVnarTIU>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ Compete privativamente a União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; IV – informática, telecomunicação e radiodifusão; IX – diretrizes de política nacional de transportes; XI – trânsito e transporte; XVI – organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões.

Dentre as competências listadas acima, o art. 22 da CF, prevê como privativa à União a competência para legislar sobre direito civil. E neste âmbito de competência, a União aprovou em 2002 o Código Civil que prevê no art. 730 o contrato de transporte “pelo qual alguém, mediante retribuição, transporta, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”. E na mesma seção, a própria lei federal distingue o transporte privado individual, regulado pelo art. 730 do transporte público que está previsto no art. 731, o qual define como sendo aquele “exercido em virtude de autorização, concessão e permissão”. Observe-se que o próprio Código Civil faz a distinção do transporte individual entre público e privado¹⁹⁹.

Já o Marco Civil da Internet estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal em relação à matéria, e ainda prevê a disciplina que o uso da internet no Brasil tem com fundamento a livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor²⁰⁰.

Além disso, o marco civil estabelece que um dos princípios do uso da internet no Brasil é a liberdade dos modelos de negócio promovidos na internet, desde que não conflite com os demais princípios estabelecidos nesta lei²⁰¹.

Vale registrar o que prevê o art. 36 da lei 12.529/11 (a Lei da Concorrência), segundo o qual constitui infração da ordem econômica, independentemente de culpa os atos de qualquer forma manifestados, mas que tenha como objeto e possa produzir os seguintes efeitos ainda que não sejam alcançados “limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado” e “criar dificuldades a constituição, ao funcionamento, ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor adquirente, financiador de bens ou serviços”²⁰².

A Lei dos Taxistas (Lei Federal nº 12.468/11) não regulam o transporte privado individual. A regulação da atividade de taxista, não exclui a de motorista autônomo que presta seu serviço de forma lícita, com base no contrato típico, nos termos do art. 730 do CC. Da mesma forma, a Lei Federal nº 12.587/12 trata da Política Nacional de Mobilidade Urbana, também não derogou o art. 730, pois

¹⁹⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INTERNET. **Palestra da min. Nancy Andrighi**. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/Noticias/Ministra-do-STJ-diz-que-municipios,-distritos-e-estados-nao-podem-legislar-sobre-Uber-828.html#.VIEYVnarTIU>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² *Ibidem*.

apenas define o que é transporte motorizado privado, como aludido anteriormente, não restringindo a prestação desse serviço ao taxista²⁰³.

Ademais, a Lei Federal nº 12.619/14 apenas alterou a Consolidação das Leis do Trabalho ao disciplinar serviço do motorista profissional empregado. A modificação é feita no art. 235-A da CLT e por isso obviamente essa lei também não alterou o art. 730 do CC. Por isso, ela diz transporte individual prestado por motorista autônomo, o que não quer dizer que não se possa reconhecer o vínculo trabalhista dos motoristas do Uber com o Uber²⁰⁴.

Em suma, o fato de as leis federais nº 12.468/11 nº 12.587/12 e nº 12.619/14 não disciplinarem o contrato de transporte privado individual, não quer dizer que as mesmas vedam outra espécie de contrato, como o que é regulado pelo art. 730 e seguintes do CC²⁰⁵.

Conforme julgado, o STF já reconheceu no RE 107.363, portanto, sob essa perspectiva aplicativos como o Uber nada mais seriam instrumentos digitais de intermediação de contratos de locação de veículos com o motorista. Além disso, essas leis federais não regulam os aplicativos de internet, pelos quais os motoristas e consumidores firmam entre si o contrato de transporte privado individual. Portanto, juridicamente não há como proibir o funcionamento do aplicativo com base nessas leis, afinal é do interesse do consumidor que a livre concorrência seja fomentada e jamais restringida, haja vista que são os consumidores que devem ser os primeiros a serem ouvidos quando o Estado pretende limitar qualquer atividade econômica de origem lícita²⁰⁶.

²⁰³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INTERNET. **Palestra da Min. Nancy Andrighi**. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/Noticias/Ministra-do-STJ-diz-que-municipios,-distritos-e-estados-nao-podem-legislar-sobre-Uber-828.html#.VIEYVnarTIU>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ *Ibidem*.

4.4 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico é um sistema, e como tal pressupõe coerência e unidade. Mas quando a harmonia sistêmica é quebrada, faz-se necessário mecanismos destinados a sua imediata correção de modo a restabelecer o seu *status quo*. A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos, impondo balizamentos aos seus conteúdos. A contrariedade a esses mandamentos deflagra mecanismos para o controle de constitucionalidade²⁰⁷.

Os controles de constitucionalidades são mecanismos de verificação de compatibilidade de uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Identificada à violação, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste, portanto, no reconhecimento da invalidade de uma norma, tendo como fim paralisar a sua eficácia²⁰⁸.

Neste mesmo sentido, Dirley preleciona ser o controle de constitucionalidade, atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e de atos do poder público à luz de uma Constituição rígida, o qual se destina a garantir a tutela da supremacia desta Carta²⁰⁹.

Para a existência do controle de constitucionalidade são necessárias duas premissas: a supremacia e a rigidez constitucional.²¹⁰ Dirley traz ainda um terceiro pressuposto que é a instituição de, pelo menos, um órgão com competência para o exercício do controle²¹¹.

A supremacia da Constituição revela a posição hierárquica elevada a qual ocupa dentro do ordenamento jurídico, ou seja, como norma jurídica fundamental. E é a partir dessa ideia de superioridade dentre as demais normas, as infraconstitucionais, que se determina a validade dessas, de forma que nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.23-33.

²⁰⁸ *Ibidem*, p.23.

²⁰⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática**. 6.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p.42.

²¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit*, 2012, p.24.

²¹¹ CUNHA JÚNIOR, *Op.cit*, 2011, p.43 .

Além disso, a rigidez constitucional - a constituição formal - como pressuposto do controle de constitucionalidade figura como parâmetro de validade de outros atos normativos. A norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Caso, não fosse assim, inexistiria distinção formal entre a norma infraconstitucional e aquela parâmetro para o controle²¹². Portanto, a rigidez constitucional decorre da distinção entre as normas constitucionais (superiores) e as normas comuns (inferiores), existindo entre elas, necessariamente uma relação de hierarquia²¹³.

No que tange a existência de um órgão competente, Dirley afirma que somente existirá o controle de constitucionalidade se a própria Constituição prever, expressa ou implicitamente, um ou mais órgãos com competência para realiza-lo. Esse órgão tanto pode ser exercente de função jurisdicional quanto política, o que importa é ele estar apto (competente) a exercer o controle dos atos do Poder Público. Por influência da doutrina norte-americana - *judicial review of legislation* – cumpre ao Poder Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade das leis dos atos do Poder Público. Mas em situações excepcionais, cabe aos Poderes Legislativo e ao Executivo, desempenhar o controle preventivo e repressivo da constitucionalidade de atos e projetos legislativos²¹⁴.

Ademais, um dos fundamentos do controle de constitucionalidade se trata da própria proteção dos direitos fundamentais, ou seja, a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções puramente políticas. E é neste campo de proteção dos direitos fundamentais que o controle judicial tem a sua legitimidade reconhecida democraticamente²¹⁵.

O controle de constitucionalidade é operado em relação a atos normativos emanados do Poder Legislativo, mas também inclui aqueles atos editados pelo Poder Executivo, tais como, medida provisória, decreto, e os atos editados pelo Poder Judiciário, quando profere decisão (*lato sensu*) em

²¹² BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.24.

²¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática**. 6.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p.44.

²¹⁴ *Ibidem*, p.44-45.

²¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit*, p.24.

desconformidade com os preceitos constitucionais. Em resumo, o controle de constitucionalidade pode ser exercido sobre atos de quaisquer dos Poderes²¹⁶.

Cabe ainda neste ponto, tratar do fenômeno da inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade constitui vício aferido no plano da validade, o que é projetado como o plano seguinte, o da eficácia. Uma vez a norma ineficaz, ela não deverá ser aplicada. Destarte, a constatação da inconstitucionalidade de uma norma não se confunde com a revogação de uma norma, fenômeno este que retira a norma do mundo jurídico, devendo o próprio órgão que a criou se encarregar pela sua revogação, produzindo-se efeitos futuros, ou seja, *ex nunc*²¹⁷. Ao passo que a norma inconstitucional será declarada como tal por aquele que detenha competência judicial, produzindo-se, normalmente, efeitos retroativos²¹⁸.

Como regra, não são admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltarem ao *status quo ante*. Diz-se “em via de regra”, porque há uma tendência, de valorização dos precedentes judiciais, no sentido de promover a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. Dessa forma, quando o Superior Tribunal de Justiça decide reverter entendimento jurisprudencial já consolidado, deve-se atentar às expectativas de direito por ele promovido. Nesse sentido, o STF modificou sua interpretação do art. 109, I da Constituição Federal, entendendo que a competência para o julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho seria da Justiça do Trabalho e não mais da Justiça comum estadual. Determinou, portanto, o STF que a nova orientação não alcançaria os processos julgados com sentença de mérito pela Justiça Estadual, incluindo aqueles ainda pendentes de recurso. Sob a relatoria do eminente Min. Carlos Ayres Britto, a ementa do acórdão dispõe²¹⁹:

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-)

²¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.24-25.

²¹⁷ *Ibidem*, p.34-47.

²¹⁸ Prevalece no ordenamento jurídico brasileiro a Teoria da Inconstitucionalidade como nulidade. A doutrina e a jurisprudência, notadamente o STF, entende que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroativa, restando inválidos todos os atos praticados com base na lei impugnada. A Constituição de 1988 não prevê expressamente a limitação dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. Para mais aprofundamento, vide página 42 da referência acima.

²¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit.*, p.98-102.

EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. 4. **A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito.** É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. **Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, não de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então.** A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. **O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae.** O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho²²⁰. **(grifo nosso)**

A modulação dos efeitos, com a prospecção dos deles deverá ser consideradas nos casos em que o entendimento que está sendo alterado foi consolidado por um logo período. Em suma, a nova orientação ponderará questões como a segurança jurídica, a isonomia, a boa-fé e a eficiência.

4.4.1 Controle difuso de constitucionalidade das leis municipais

O controle de constitucionalidade difuso ou incidental dos atos ou omissões do poder público é realizado no curso de uma demanda judicial concreta por um juiz ou um tribunal - por isso diz-se controle difuso. O exame da constitucionalidade da conduta estatal pode ser intentada, - *incidenter tantum* – por qualquer uma das partes envolvida em uma demanda judicial perante qualquer órgão do Poder Judiciário, independente da instancia ou grau de jurisdição, por meio de uma ação ou um recurso. Portanto, havendo no bojo de ação judicial, violação da

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CC 7204 MG. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 29 jun. 2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763870/conflito-de-competencia-cc-7204-mg>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

constituição por lei ou ato normativo, poderá o interessado arguir a inconstitucionalidade como fundamento jurídico²²¹.

Morais, a declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação. Portanto, o controle difuso ou incidental também é conhecido como controle por via de exceção ou defesa, pelo fato de que todo e qualquer juiz ou tribunal tem permissão para realizar o controle diante do caso concreto²²².

Em sede de controle de constitucionalidade difuso ou incidental de constitucionalidade, a jurisdição pode ser provocada por qualquer indivíduo que integre a relação processual, assim como o Ministério Público, caso integre o feito. Poderá também o juiz ou o tribunal exercer o controle de ofício nas causas a eles submetidas, exceto o STF no recurso extraordinário, visto que neste caso é imprescindível o prequestionamento da inconstitucionalidade como requisito de admissibilidade do recurso especial - *lato senso*²²³.

No que diz respeito à competência para realizar o controle difuso ou incidental de constitucionalidade, pode ser exercido por qualquer juízo ou tribunal com competência para processar e julgar a causa. Poderá o Superior Tribunal de Justiça julgar o incidente de inconstitucionalidade, contudo não o fará em sede de recurso especial de modo a rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior. Caso o faça, usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente ao recurso extraordinário, ou suscita matéria preclusa²²⁴.

Ainda sobre a competência, quando for o tribunal o órgão exercente do controle difuso de constitucionalidade, exige-se um quórum mínimo de maioria absoluta de seus membros. Por outro lado, não há a exigência de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade. Isso ocorre porque a reserva de plenário somente é exigida para a declaração de inconstitucionalidade, uma vez que essa declaração infirma a presunção de constitucionalidade que milita em favor das leis e atos estatais²²⁵.

²²¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática**. 6.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p.119-122.

²²² MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p.743-746.

²²³ *Ibidem*, p.162-163.

²²⁴ CUNHA JÚNIOR, *Op.cit*, p.163-165.

²²⁵ *Ibidem*, p.163.

Quanto aos efeitos da decretação de inconstitucionalidade, declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo STF, desfaz-se, desde a origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando inclusive, os atos pretéritos. Contudo, os efeitos *ex tunc* somente tem aplicação para as partes no processo (*inter partes*)²²⁶.

Malgrado esta regra, o modelo difuso ou incidental comporta também os efeitos *ex nunc* ou prospectivos da declaração de inconstitucionalidade da decisão controlada. No ordenamento jurídico brasileiro, as Leis nº 9.868/99 e a nº 9.882/99, tratam, respectivamente, do processo e julgamento da ADIN, ADC e ADPF, nos arts. 27 e 11, os quais dispõem que ao se declarar a inconstitucionalidade de lei um ato normativo, e tendo em vista as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse local, poderá o STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado²²⁷.

Observe que os dispositivos de lei acima regulam as ações do controle concentrado- abstrato de constitucionalidade, o que não afasta a sua aplicabilidade, servindo como base para modulação dos efeitos também no âmbito do controle difuso-incidental de constitucionalidade²²⁸.

Ademais, a declaração de inconstitucionalidade no controle incidental, se produz *inter partes*, ou seja, restringe-se aos seus litigantes, ainda que no exercício de competência originária ou em julgamento de recurso extraordinário o STF profira decisão. Portanto, o ordenamento pátrio não adota o princípio da *stare decisis*, o qual diz que a inconstitucionalidade decretada para um, será decretada a todos. Contudo, a Constituição Brasileira outorgou ao Senado Federal, a competência para conferir efeitos *erga omnes* à decisão definitiva proferida incidentalmente pelo STF que confere originalmente efeitos *inter partes*, havendo,

²²⁶ MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p.750.

²²⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática**. 6.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p.169.

²²⁸ *Ibidem*, p.169.

portanto, a possibilidade da extensão dos efeitos a todos as mesmo, mesmo que em controle difuso-incidental²²⁹.

No que tange a decretação do controle difuso ou incidental de constitucionalidade de lei municipal, caberá tão somente ao juiz singular declarar a inconstitucionalidade, desde que ligado ao caso concreto, produzindo-se efeitos *inter partes*, não comunicando a inconstitucionalidade do caso concreto à integralidade da lei. De outro turno, quando o controle difuso-incidental é realizado no Tribunal de Justiça, e este entender pela inconstitucionalidade da lei municipal, poderá o tribunal suscitar o incidente de inconstitucionalidade, e deverá atender, como vimos acima, à reserva de plenário, submetendo-se a lei municipal inconstitucional ao órgão especial do tribunal para que este, então declare a inconstitucionalidade da norma pelo *quórum* de maioria absoluta. Decidida a questão constitucional, o caso retorna turma para decisão do caso concreto.

Da decisão prolatada por juízes ou tribunais declarando, no caso concreto, a inconstitucionalidade de normas municipais perante a Carta de 1988, cabe recurso extraordinário para o STF²³⁰, e caso a Suprema Corte entenda pela inconstitucionalidade da lei, notadamente, a lei municipal, poderá remeter a matéria ao Senado Federal para que suspenda a execução, no todo ou em parte, da referida lei, por meio de resolução, consoante disposto no art. 52, inciso X da CF, passando os efeitos que, via de regra, no controle difuso-incidental de constitucionalidade, são *inter partes* para *erga omnes*²³¹.

Ainda cabe esclarecer que o Senado Federal não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de qualquer ato, mas possui tão apenas a função de suspender a execução total ou parcial de lei ou ato normativo que foi declarado inconstitucional no seu todo ou em parte. Portanto, só poderá o Senado suspender aquela parte da lei ou do ato normativo que foi considerada inconstitucional pelo STF, ou o seu todo²³².

Em suma, verifica-se a possibilidade de controle difuso-incidental de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, porém para que a repercussão do controle se dê em âmbito nacional sobrestando os efeitos de

²²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática**. 6.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p.170-171.

²³⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.133.

²³¹ CUNHA JÚNIOR, *Op.cit.*, p.171-177.

²³² *Ibidem*, p.173.

todas as leis municipais que restringem a atividade do motorista parceiro do Uber, deverá o Senado Federal compreender pela pertinência do caso concreto, *in loco*, às demais leis municipais que veiculem em seu texto a mesma proibição.

4.4.2 Controle concentrado de constitucionalidade das leis municipais

O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade ou por via principal ou por ação direta é um exercício atípico de jurisdição, porque não existe nele um litígio ou uma situação concreta a ser composta mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Tem como objeto o pronunciamento a respeito de uma lei, ou seja, de uma tese ou abstrato, objetivando a proteção do próprio ordenamento, elidindo elementos que confrontem a Constituição. Trata-se de um processo, sem partes que não se presta à tutela de direitos subjetivos²³³.

No ordenamento jurídico pátrio, o controle concentrado de constitucionalidade consiste na atribuição da guarda da Constituição por um órgão ou um número limitado deles. Esse controle poderá ser exercido: no plano federal, tendo como paradigma a CF, pelo Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a) e na ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º); e no plano estadual, tendo como paradigma a Constituição do Estado, exercido pelo Tribunal de Justiça, na representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais (art. 125, §2º)²³⁴.

Importa tratar, no presente trabalho, da ação direta de inconstitucionalidade exercida pelo STF e da representação de inconstitucionalidade exercido pelo TJ.

Como dispõe o art. 102, I, a da CF, compete ao STF à guarda da Magna Carta, sendo a sua atribuição processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade quando houver violação à CF. Além deste controle realizado pelo STF, a Constituição prevê a possibilidade da instituição de uma

²³³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.179-180.

²³⁴ *Ibidem*, p.182.

representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (art. 125, §2º)²³⁵.

No que diz respeito à legitimidade, a legitimidade passiva – o requerido – são os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação. Os legitimados ativos – os requerentes – estão previstos no rol do art. 103 da CF, classificando-se estes segundo o STF em legitimados universais e especiais. Os universais são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese que são: o Presidente da república; as Mesas do Senado e Câmara; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; e partido político com representação no Congresso Nacional. Já os legitimados especiais são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada, e eles são: Governador de Estado; a Mesa de Assembleia Legislativa; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional²³⁶.

No art. 59 da CF estão contidas as espécies normativas passíveis de controle concentrado de constitucionalidade pelo STF²³⁷. Além dessas, citar também, os casos, nos quais o STF vem afastando o controle concentrado-abstrato: os atos normativos secundários; as leis anteriores à Constituição em vigor; a lei que tenha sido regada; a lei municipal em face da CF; a proposta de emenda constitucional ou projeto de lei; e as súmulas²³⁸.

Porém, pertence a este estudo, somente a inviabilidade da realização do controle de constitucionalidade concentrado-abstrato de leis municipais em face da Constituição Federal.

Do disposto no art. 102, I, a, extrai-se que a ação direta de inconstitucionalidade não terá como objeto leis ou atos normativos municipais, mas

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.183-84.

²³⁶ *Ibidem*, p.185-188.

²³⁷ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

²³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit*, p.200-209.

tão somente as leis e atos normativos federais e estaduais²³⁹. Além disso, é vedada que a Constituição Estadual outorgue ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face de violação a CF para que haja a usurpação de competência do STF²⁴⁰.

Nas palavras de Bulos, a exclusão das leis e dos atos normativos municipais, em sede de controle concentrado-abstrato, se deu propositadamente para se evitar uma avalanche de ações, de milhares de municípios que poderiam inviabilizar as atividades da Suprema Corte²⁴¹.

Mas com o advento da Lei nº 9.882/99, a qual dispõe sobre o processamento e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), abriu-se caminho para se ajuizar, no Supremo, a ADPF quando se tratar de relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual e municipal. Conclui Bulos que essa lei propiciou a fiscalização abstrata das leis ou atos normativos municipais em face da CF²⁴².

4.5 DO CABIMENTO DE ADPF E DE ADI POR VIOLAÇÃO DE CONSTITUIÇÃO ESTADUAL POR LEI MUNICIPAL

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é o mecanismo especial de controle de normas que permite aos legitimados do art. 103 da CF levarem ao conhecimento do STF²⁴³ a ocorrência de desrespeito às normas basilares da ordem jurídica²⁴⁴.

A arguição de descumprimento tem como parâmetro de controle os preceitos fundamentais identificáveis na Constituição. Ademais, poderá a ADPF dar ensejo tanto à impugnação direta de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como poderá acarretar uma provocação a partir de situações concretas.

²³⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.186.

²⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.209-210.

²⁴¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.133.

²⁴² *Ibidem*, p.185.

²⁴³ Art. 102: § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

²⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op.cit*, p.236.

No primeiro caso, tem-se o caráter principal ou arguição autônoma, e no segundo caso o caráter incidental ou arguição incidental²⁴⁵.

A finalidade da ADPF é a defesa de preceitos fundamentais que funcionam como verdadeiros pilares do ordenamento jurídico pátrio. Por isso, a arguição não é meio idôneo para discutir a compatibilidade ou a incompatibilidade (constitucionalidade ou inconstitucionalidade) entre normas, mas visa, tão somente, fiscalizar o descumprimento dos grandes princípios que integram o ordenamento jurídico. Em razão disso, a jurisprudência do STF admite ser a ADPF ser conhecida como a ação direta de inconstitucionalidade genérica, tendo em vista o seu caráter subsidiário, nos termos do art. 4º, §1º da Lei nº 9.882/99²⁴⁶ – dispõe sobre o processo e o julgamento da ADPF²⁴⁷.

A ADPF é cabível para evitar e reparar lesão a preceito fundamental pela prática de ato do Poder Público, assim como reconhecer a relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à CF de 1988²⁴⁸.

Quanto aos seus efeitos, a decisão do STF que julga o processo de arguição terá eficácia: *erga omnes* – trata-se de processo “sem partes”, no qual se discute amplamente a tutela do interesse público de forma geral; vinculante relativamente aos órgãos do Poder Público; e temporal, podendo a Suprema Corte restringir a eficácia da declaração, modulando os seus efeitos²⁴⁹, de modo que ela só se torne eficaz a partir do trânsito em julgado da decisão ou em outro momento fixado pelo STF²⁵⁰.

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.308-309.

²⁴⁶ Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

²⁴⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op.cit*, 2009, p.237-238.

²⁴⁸ *Ibidem*, p.239.

²⁴⁹ Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. § 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. § 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União. § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

²⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p.1305.

Apesar de existirem outros vários atos do Poder Público e dos entes federados passíveis de ADPF, o presente trabalho se limitará a análise dos atos municipais, os quais são o foco neste tópico.

Até o advento da Lei nº 9.882/99, o STF somente admitia o combate à lei municipal inconstitucional por representação de inconstitucionalidade no âmbito estadual ou pelo controle difuso. Surge então essa lei a superação dessa lacuna contemplando expressamente a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei municipal no âmbito do procedimento especial da ADPF²⁵¹.

Bulos adverte que ao STF construir a jurisprudência para que não converta a arguição em ADI de ato normativo municipal em face da CF, devendo a subsidiariedade desse mecanismo de controle ser encarada *cum grano salis* dentro o universo de mais de cinco mil Municípios²⁵².

Mas do que se trata esse preceito fundamental? Preceitos fundamentais são aqueles que possuem a qualidade de informadores do sistema constitucional, estabelecendo comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária²⁵³.

Consoante entendimento de Gilmar Mendes, o juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consiste nos princípios da divisão os Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias fundamentais. Contudo, deve-se ponderar o conteúdo dessas categorias na ordem constitucional, e especialmente as suas relações de interdependência²⁵⁴.

Nesse diapasão, podem ser considerados essenciais os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, *caput*, CF), dentre eles a livre iniciativa, ou mesmo o princípio da liberdade presente no art. 5º da CF, ou a defesa do consumidor no art. 170, IV. Existe, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, um mecanismo capaz de exercer o controle das leis municipais editadas recentemente, as quais restringem o exercício da atividade de transporte individual dos motoristas parceiros do Uber, e de outros aplicativos semelhantes que intermediam a mesma atividade remunerada lícita.

²⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p.1279.

²⁵² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.239-240.

²⁵³ *Ibidem*, p.243.

²⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit*, p.1292.

A seguir serão expostas as razões para o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato ou concentrado contra lei municipal por violação de Constituição Estadual no Tribunal de Justiça²⁵⁵.

Por fim, ante a disposição do art. 102, I, a, da Constituição Federal, como vimos anteriormente, não se admite ação direta de inconstitucionalidade perante ato normativo municipal em face da Carta Federal. Contudo, cabe Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente e irrecorrivelmente, ação direta de inconstitucionalidade de exercendo o controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais em face de constituição estadual²⁵⁶.

A Constituição Estadual da Bahia em seu art. 59 ao estabelecer as competências dos municípios, determina no inciso V, que caberá a estes organizar e prestar os serviços públicos, incluindo o transporte coletivo e em seu art. 209 determina que aos municípios caberá o planejamento e administração do trânsito urbano. No termos do inciso V do art. 59, a CEB se preocupou em limitar a competência dos municípios a organização e a prestação do transporte coletivo e no art. 209 ao planejamento e a administração do trânsito urbano.

Observe que a CEB, assim como a Constituição Federal, em momento algum delegou competência legislativa para que os municípios legislassem sobre transporte, tão pouco sobre transporte individual. Compete apenas aos municípios o papel de organizar o transporte coletivo local, o que não inclui a edição de leis, como determina a CEB e a CF (art. 30, V).

Portanto, considera-se oportuno e totalmente válido diante os preceitos constitucionalmente estabelecidos pela Constituição Estadual da Bahia, o controle direto de constitucionalidade da Lei Municipal nº 9.066/16 (lei que proíbe o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares na capital, notadamente o exercido pelos motoristas parceiros do aplicativo Uber) pelas razões expostas acima.

Ademais, necessário afastar qualquer discussão a respeito do art. 59, inciso V supracitado, como mera repetição do que dispõe a Constituição Federal em seu art. 30, inciso V. Porém, caso possuíssem idêntica redação, note-se que não se

²⁵⁵ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

²⁵⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.132.

pode elidir que as constituições estaduais sirvam como parâmetro para o controle de constitucionalidade, o constituinte estadual acaba erigindo comando próprio, ou seja, depois de formalizada nas constituições estaduais, as normas transplantadas do texto federal adquirem independência²⁵⁷. Esse entendimento é perpetuado pelo Rel. Min. Marco Aurélio em *Adi nº 70055661946*, o qual esboça tese já lançada em 2002 na *Recl. 2.076/MG* pelo Min. Ilmar Galvão, exposta a seguir²⁵⁸:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL, PROCESSADA PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONTRARIEDADE A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL QUE REPRODUZ NORMA CONSTITUCIONAL FEDERAL. ALEGADA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Desde o julgamento da RCL 383, Rel. Min. Moreira Alves, entende o STF inexistir usurpação de sua competência quando os Tribunais de Justiça analisam, em controle concentrado, a constitucionalidade de leis municipais ante normas constitucionais estaduais que reproduzam regras da Carta da República de observância obrigatória. Reclamação julgada improcedente. (Reclamação nº 2.076, relator ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 3 de outubro de 2002, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de novembro de 2002).

Em suma, as normas constitucionais estaduais reproduzidas são normas constitucionais operativas no âmbito estadual, portanto, não representam, nas palavras do professor Paulo Modesto, ruídos, textos ociosos, normas inúteis ou normas da Constituição Federal. Constituem verdadeiros parâmetros idôneos de fiscalização concentrada de constitucionalidade no âmbito estadual, mesmo que denotem a reprodução, imitação ou incorporação remissiva de textos da Constituição Federal²⁵⁹.

²⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.132.

²⁵⁸ STF. **Adi nº 70055661946**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 14 dez. 2013. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjonpq185vNAhUJfpAKHQocDEAQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fnoticias%2Finformativos%2Fanteriores%2Finfo277.asp&usg=AFQjCNGL74zHr18vQT4xWO7CriicTYcHyg&sig2=F1evEAdevHTRjgM_pDOFsg&bvm=bv.124088155,d.Y2I>. Acesso em: 03 jun. 2016.

²⁵⁹ MODESTO, Paulo. **As Normas De Reprodução, Imitação E Remissão Como Parâmetro De Controle De Constitucionalidade**. Disponível em <https://www.academia.edu/15694862/AS_NORMAS_DE_REPRODU%C3%87%C3%83O_IMITA%C3%87%C3%83O_E_REMISS%C3%83O_COMO_PAR%C3%82METRO_DE_CONTROLE_DE_CONSTITUCIONALIDADE_NOS_ESTADOS-MEMBROS_DA_FEDERA%C3%87%C3%83O_E_O_PAPEL_DAS_LEIS_ORG%C3%82NICAS_MUNICIPALIS>. Acesso em 03 jun.2016, p.204.

6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa possui as seguintes preocupações centrais: 1) quais as liberdades constitucionais relativas à ordem econômica que tangenciam o serviço de transporte individual?; 2) qual a natureza jurídica do serviço intermediado pelo aplicativo Uber?; 3) trata-se de transporte público individual?; 4) ou de transporte privado individual?; 5) caso seja um transporte público individual, haveria o monopólio desse serviço por parte da classe dos taxistas?; 6) seria o serviço fornecido pelos taxistas realmente um serviço público?; 7) possuem os municípios competência para legislar sobre as diretrizes de política nacional de transporte e trânsito?; 8) seriam, portanto, as leis municipais que proíbem o serviço de transporte remunerado por veículos particulares inconstitucionais e ilegais?; 9) em caso de inconstitucionalidade, qual (ais) seria (iam) o (s) mecanismo (s) ideal (ais) para o exercício do controle de constitucionalidade?

Este escrito, então, desenvolveu em três capítulos a pesquisa com base nas questões orientadoras supra e apresentou as seguintes conclusões:

1. Após lançadas noções conceituais no primeiro capítulo no que tange às liberdades constitucionais, atinentes ao problema, as quais servem de base para esta pesquisa, passamos então à primeira problemática contida no segundo capítulo, a discussão da natureza jurídica da atividade econômica, lato senso, exercida pelos motoristas parceiros do aplicativo Uber. Necessário se faz, portanto, determinar se se trata de um serviço público ou de uma atividade estrito senso, para que então se conclua se a atividade exercida pelos motoristas parceiros do Uber é passível ou não de autorização por parte da Administração Pública.

2. Tanto para hipótese de serviço público como para a hipótese de atividade econômica em sentido estrito, foram postos e analisados os argumentos que sustentam ambas as teses.

3. Para que os motoristas parceiros do Uber sejam categorizados como serviço público, devem os mesmo exercer o serviço de transporte público individual. Essa vertente está calcada no fato de que o serviço prestado por esses motoristas estão aberto ao público, o que os torna semelhantes aos taxistas. Desta forma, haveria clara inconstitucionalidade – para aqueles que comungam desta tese -, porque o serviço público só pode ser exercido ante a autorização do Poder Público, e a manutenção do exercício do transporte público individual sem a referida

autorização, configuraria concorrência desleal com aqueles que se submetem as obrigações legalmente impostas aqueles pertencentes à classe dos taxistas, ante a Lei nº 12. 468/11.

4. Ademais, esta pesquisa seguindo a sua finalidade exploratória, traz que mesmo em se tratando o Uber de um serviço público, compre atentar que essa atividade deve de alguma forma ser viabilizada pelo gestor público, caso contrário seria ratificar uma reserva de mercado em prol dos taxistas, dando a estes o monopólio do transporte público individual em detrimento da livre iniciativa (inclua-se a liberdade de profissão), da livre concorrência e do farol de toda atividade econômica, o consumidor.

5. No que tange a compreensão do Uber como fornecedor de transporte privado individual, ou seja, como uma atividade em estrito senso, a discussão ganha um maior número de adeptos tais como Daniel Sarmiento e Canotilho, além do favoritismo dos consumidores, por ver nesta atividade, excelência e economia na prestação do serviço.

6. Os adeptos da tese de que seria o Uber fornecedor de transporte privado individual sustentam que pelo fato de o serviço poder ser recusado pelo próprio motorista do aplicativo, descaracterizaria o suposto aspecto público da atividade. Malgrado, o aplicativo possa ser “baixado” por qualquer indivíduo, quem dita se o serviço será ou não prestado, é o próprio motorista do veículo. Haveria, portanto, o caráter privado da atividade exercida pelos motoristas parceiros do Uber.

7. Além deste argumento, sustentada pela Ministra Nancy Andrichi, Canotilho e o professor Daniel Sarmiento, estes trazem à baila interessantíssimo raciocínio, o qual desnatura o próprio serviço exercido pelos taxistas como serviço público. A partir da leitura do art. 12 e do art. 12-A da Lei nº 12.587/12 (Política Nacional de Mobilidade Urbana), aquele modificado e este introduzido pela da Lei 12.865/13, tem-se que: primeiramente, da modificação do texto normativo do art. 12, houve a eliminação legal do transporte individual de passageiros como uma atividade econômica pública, portanto, a exclusão como um serviço público; em segundo lugar, houve a substituição do título autorizativo pela poder público, portanto, houve a revogação da permissão no que diz respeito ao transporte individual e passageiros, a qual foi substituída pela mera outorga de um “direito à exploração de serviços de táxi”, com a introdução do art. 12- A.

8. No conflito Uber versus táxi sob o aspecto econômico, o CADE em parecer sobre a questão concluiu pela inexistência de elementos impeditivos ao funcionamento de novos prestadores de serviços de transporte individual. E em sua abordagem, trouxe dados da literatura estrangeira, como por exemplo, o bem-sucedido caso holandês que conseguiu desregular o mercado de táxi, associando-o à rede de transporte coletivo das cidades.

9. No terceiro e último capítulo, são suscitadas formas de realização dos controles de constitucionalidades das leis municipais, as quais representam verdadeiros dispositivos legais violadores da Constituição Federal. Isso porque as leis municipais além de formalmente inconstitucionais, dado que o ente municipal não possui competência para legislar sobre transporte individual, são materialmente inconstitucionais, pelo fato de restringir principalmente a livre iniciativa, a livre concorrência e a liberdade profissional dos motoristas parceiros do aplicativo Uber.

10. O art. 22 da Constituição Federal trata da competência legislativa privativa da União. E estabelece em seu inciso XI que a este ente compete legislar sobre *“trânsito e transporte”*. Além desta matéria, cabe a União ainda à competência privativa, prevista nos incisos IV e IX, para legislar, respectivamente, sobre *“informática”* e *“diretrizes da política nacional de transportes”*. Portanto, a inconstitucionalidade orgânica de tais diplomas é, pois, direta e manifesta, por invasão das competências legislativas constitucionalmente reservada à intervenção prévia e inovadora da União.

11. A inconstitucionalidade material se manifesta no desrespeito dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII, CF), da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, em que se funda a ordem econômica do Brasil, consoante os ditames da justiça social (art. 170, CF) observados a busca do pleno emprego (art. 170, VIII e art. 193, CF), a livre concorrência (art. 170, IV, CF), a defesa do consumidor (art. 170, V, CF) e a liberdade de acesso e o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único, CF).

12. São apresentados mecanismos de controle de constitucionalidade, seguido pela discussão de quais mecanismos de controle a Constituição Federal considera adequado para caçar os efeitos de lei municipal.

13. Perante o controle concentrado de constitucionalidade, viu-se a impossibilidade da utilização deste mecanismo quando a ação direta de inconstitucionalidade tem como objeto leis ou atos normativos municipais face à Carta Magna, nos termos do art. 102, I, “a” da CF. Contudo, caso seja a constituição estadual violada pela lei municipal, cabe, portanto, ação direta de inconstitucionalidade tendo como objeto lei ou ato normativo municipal, proposta no Tribunal de Justiça do estado.

14. No que tange a decretação do controle difuso-incidental de constitucionalidade de lei municipal, caberá tão somente ao juiz singular declarar a inconstitucionalidade, desde que ligado ao caso concreto, produzindo-se efeitos *inter partes*, não comunicando a inconstitucionalidade do caso concreto à integralidade da lei.

15. Verifica-se a possibilidade de controle difuso ou incidental de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, porém para que a repercussão do controle se dê em âmbito nacional sobrestando os efeitos de todas as leis municipais que restringem a atividade do motorista parceiro do Uber, deverá o Senado Federal compreender pela pertinência do caso concreto, *in loco*, às demais leis municipais que veiculem em seu texto a mesma proibição.

16. Com o advento da Lei nº 9.882/99, o STF somente admitia o combate à lei municipal inconstitucional por representação de inconstitucionalidade no âmbito estadual ou pelo controle difuso, mas com o surgimento dessa lei contempla-se a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei municipal no âmbito do procedimento especial da ADPF.

17. Por fim, ante a disposição do art. 102, I, a, da Constituição Federal, como vimos anteriormente, não se admite ação direta de inconstitucionalidade perante ato normativo municipal em face da Carta Federal. Contudo, cabe Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente e irrecorrivelmente, ação direta de inconstitucionalidade de exercendo o controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais em face de constituição estadual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

ARI SUNDFELD, Carlos Ari, **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INTERNET. **Palestra da min. Nancy Andrichi**. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/Noticias/Ministra-do-STJ-diz-que-municipios,-distritos-e-estados-nao-podem-legislar-sobre-Ubber-828.html#.VIEYVnarTIU>>. Acesso em: 13 out. 2015.

BAHIA. **Constituição do Estado da Bahia**. Salvador, Ba, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada. *In: Temas de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 1997.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. **Lei 12. 529**, de 30 de novembro de 2011. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. **Lei 12. 587**, 3 de janeiro de 2012. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm>. Acesso: 01 nov.

_____. **Lei 12.468**, de 26 de agosto de 2011. Brasília. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12468.htm>. Acesso em: 19 out. 2015.

_____. **Lei nº 12.529/11**, 30 de novembro de 2011. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 04 jun. 2016.

_____. **Lei 9.478/97**, 6 de agosto de 1997. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 07 abr. 2016.

_____. **Lei nº 9.882/99**, 3 de dezembro de 1999. Brasília, DF. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 03 jun. 2016.

BRASÍLIA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. **Parecer**. O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano. Elaborado por Luiz Alberto Esteves. Disponível em: <www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer**. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf> >. Acesso em 18 abr. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2015.

Cofece da el visto bueno a Uber y Cabify. **El Financiero**. 10/06/2015. Disponível em < <http://www.elfinanciero.com.mx/tech/cofece-recomienda-reconocer-a-uber-y-cabify-como-medios-de-transporte.html>>. Acesso em 26 abr. 2016.

CRIVELLI, Ivana Có. **Concorrência Desleal do Aplicativo Uber é Evidente**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/ivana-co-crivelli-concorrenca-desleal-aplicativo-uber> >. Acesso em: 18 abr. 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática**. 6.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 1977. 3 v.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FORGIONI, Paula A., **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Paulo Springer de. **Quem ganha e quem perde com a liberação dos táxis?**. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2015/07/08/quem-ganha-e-quem-perde-com-a-liberacao-dos-taxis/>>. Acesso em: 21 abr. 16.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed, São Paulo: Malheiros Editora, 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editora, 2006.

Juíza proíbe autarquias do Rio de Janeiro de barrar atuação de motoristas do Uber. **Consultor Jurídico**. 05/04/2016 às 21h01. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-05/juiza-proibe-autarquias-rj-barrar-motoristas-uber>>. Acesso em : 02 mai. 2016.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editora, 2006.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisabete Paes e Lima. 5. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed, São Paulo: Malheiros Editora, 2015.

_____. “Serviços Públicos e Serviço de Utilidade Pública – Caracterização dos Serviços de Táxi – Ausência de Precariedade na Titulação para prestá-los – Desvio de Poder Legislativo”. *In*: **Pareceres de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiro, 2011.

MODESTO, Paulo. **As Normas De Reprodução, Imitação E Remissão Como Parâmetro De Controle De Constitucionalidade**. Disponível em <https://www.academia.edu/15694862/AS_NORMAS_DE_REPRODU%C3%87%C3%83O_IMITA%C3%87%C3%83O_E_REMISS%C3%83O_COMO_PAR%C3%82METRO_DE_CONTROLE_DE_CONSTITUCIONALIDADE_NOS_ESTADOS-MEMBROS_DA_FEDERA%C3%87%C3%83O_E_O_PAPEL_DAS_LEIS_ORG%C3%82NICAS_MUNICIPAIS>. Acesso em 03 jun.2016, p.204.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; e STRECK, Lênio Luiz. **Uber e o Pretensão Iluminismo do Transporte Individual de Passageiros**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-08/diario-classe-uber-pretensao-iluminismo-transporte-individual-passageiros?imprimir=1>> Acesso em: 18 abr. 2016.

PACHECO, Clarissa. Agora é lei: prefeito sanciona projeto de lei que proíbe Uber em Salvador. **Correio 24 horas**. 027/06/2016 às 10h56. Disponível em: <

<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/salvador/noticia/agora-e-lei-prefeito-sanciona-projeto-que-proibe-uber-em-salvador/?cHash=c3f0d05d39ab007ce46caa206e6107b3> >. Acesso em 02 jun. 2016.

PORTO, Eduardo Vaz. **Parecer**. Parecer nº 08/RPGMS/SEMOB – Processo Administrativo nº 1208/2013. Análise de Minuta de Decreto. Regulamento Do Serviço De Táxi-Setaxi. [Mensagem Pessoal]. Mensagem recebida por rebecabarbaragm@gmail.com. Em 10 mai. 2016.

Prefeitura de São Paulo é proibida de apreender carros da Uber. **Consultor Jurídico**. 03/02/2016 às 07h42. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-03/prefeitura-sao-paulo-proibida-apreender-carros-uber>>. Acesso em 02 mai. 2016.

RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Decisão Liminar Cível Nº 0406585-73.2015.8.19.0001**, Sexta Vara da Fazenda Pública. Juíza: Mônica Ribeiro Teixeira. Julgado em 08 out. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/justica-rio-libera-uber-define-multa.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Decisão Liminar Cível Nº 1040391-49.2015.8.26.0100**, Décima Segunda Vara Cível. Juiz: Roberto Luiz Corcioli Filho. Julgado em 28 abr. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/liminar-determina-suspensao-servicos.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

SARMENTO, DANIEL. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonsa da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2015.

STF. **ADPF 46**. Rel. do acórdão. Min. Eros Grau, julgamento em 5 out 2009, Plenário, DJE de 26 fev 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=310>. Acesso em: 16 nov. 2015.

_____. **Adi nº 70055661946**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 14 dez. 2013. Disponível em <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjnpq185vNAhUJfpAKHQocDEAQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fnoticias%2Finformativos%2Fanteriores%2Finfo277.asp&usg>>

=AFQjCNGL74zHr18vQT4xWO7CriicTYcHyg&sig2=F1evEAdevHTRjgM_pDOFsg&bvm=bv.124088155,d.Y2l>. Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. **CC 7204 MG**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 29 jun. 2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763870/conflito-de-competencia-cc-7204-mg>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

_____. **RE 227.384-8**. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 09 ago. 2002. Disponível em: <<http://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5117892/acao-dir-inconstitucionalidade-200630010227-pa-2006300-10227/inteiro-teor-14945265>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

_____. **RE 414.426**. Rel. Ellen Gracie. Julgado em 10 out. 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6242682>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed, Rio de Janeiro: Editora Método, 2011.

KELLER, Werner. **O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental – Instrumentos de Efetividade**. São Paulo: LTr, 2011.