

PARECER

Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”

SUMÁRIO: 1. A Consulta. 2. Livre iniciativa, livre concorrência e interpretação do direito infraconstitucional. 2.1. O papel dos princípios constitucionais na interpretação do Direito Econômico. 2.2. O princípio constitucional da livre iniciativa. 2.3. O princípio constitucional da livre concorrência. 3. Constituição, serviços públicos e atividade econômica stricto sensu. 3.1. Noções Gerais. 3.2. Critérios para distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito. 3.3. Livre empresa, inovação e ausência de regulamentação da atividade econômica. 4. Transporte individual de passageiros como atividade econômica stricto sensu: interpretação da legislação vigente, restrições regulatórias e competência legislativa. 4.1 A interpretação constitucionalmente adequada da Lei nº 12.587/2012. 4.2. A debilidade dos argumentos em favor da proibição dos serviços da Uber e de seus motoristas parceiros. 4.3. (In)competência legislativa dos municípios, estados e distrito federal. 5. Resposta aos quesitos.

1. A Consulta

Consulta-me a UBER BRASIL TECNOLOGIA LTDA, por intermédio de sua ilustre advogada, Dra. Liliane Roriz do Espírito Santo, da prestigiosa banca Licks Advogados, a propósito da juridicidade das suas atividades no Brasil, bem como daquelas desempenhadas pelos motoristas que atuam como seus parceiros.

Narra a Consulente que o aplicativo UBER é uma plataforma tecnológica para *smartphones* lançada nos Estados Unidos em 2010, que permite estabelecer uma conexão entre motoristas profissionais e pessoas interessadas em contratá-los. Por seu intermédio, indivíduos previamente cadastrados no *site*/aplicativo da Consulente conseguem encontrar, de modo simples e ágil, motoristas parceiros da UBER para transportá-los com conforto e segurança.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

De acordo com a Consulente, esses motoristas são empreendedores individuais, que utilizam a plataforma UBER em sistema de “economia compartilhada” (*sharing economy*), que otimiza o acesso e contato entre passageiros e condutores. Eles são credenciados pela UBER, pagando-lhe o correspondente a 20% do valor que percebem de cada passageiro, como retribuição pela utilização da plataforma tecnológica. A UBER credencia apenas motoristas profissionais, cujas carteiras de habilitação autorizem o exercício de atividade remunerada de condutor de veículos. A manutenção do cadastramento dos motoristas parceiros depende, ademais, das avaliações anônimas que estes recebem dos respectivos passageiros ao término de cada viagem, por meio de um sistema de pontuação. A avaliação varia de zero a cinco estrelas, e os motoristas que obtêm média inferior a 4,6 estrelas podem ser descredenciados pela UBER.

Os automóveis dos motoristas também são credenciados pela Consulente, e devem satisfazer a uma série de requisitos atinentes à segurança, luxo e conforto, que são muito mais rigorosos do que os demandados pela legislação para licenciamento dos veículos.

O valor das viagens é calculado com base em fatores como a distância a ser percorrida e tempo de viagem, tendo em vista as informações repassadas previamente por cada cliente, atinentes à sua localização e destino. A UBER fornece uma estimativa prévia do preço ao passageiro, e os pagamentos são realizados por meio de cartão de crédito, através do próprio aplicativo.

A comodidade e segurança dessa modalidade inovadora de transporte individual de passageiros, aliadas à simplicidade e eficiência do aplicativo, fizeram com que a UBER caísse no gosto dos usuários. A Consulente está hoje presente em 58 países e 311 cidades ao redor do mundo e, no Brasil, opera atualmente em São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília e Belo Horizonte.

Apesar desse sucesso de público – ou talvez exatamente *em razão* desse sucesso – as atividades da UBER e dos seus motoristas parceiros vêm sofrendo uma série de contestações judiciais e extrajudiciais, provenientes sobretudo de pessoas, entidades ou forças políticas ligadas aos taxistas e aos proprietários de frotas de táxi. Tais opositores argumentam, em síntese, que as referidas atividades seriam ilegais, eis que pretensamente voltadas à prestação de um serviço de transporte público individual de passageiros, que, além de dependente de autorização municipal, seria legalmente

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

monopolizado pelos taxistas. Nessa perspectiva, os motoristas parceiros da UBER seriam, supostamente, prestadores de uma espécie de serviço de “táxi clandestino”, e, por não seguirem a legislação que disciplina a atividade dos taxistas, praticariam uma pretensa concorrência desleal em relação a esses, prejudicando também os consumidores.

Diante desse cenário, formulou a Consulente os seguintes quesitos:

- (a) As atividades desempenhadas pelos motoristas parceiros da UBER se enquadram no conceito de “*transporte público individual de passageiros*”, prevista no art. 4º, inciso VIII, da Lei nº 12.587/2012, ou constituem hipótese de “*transporte individual privado de passageiros*”, contemplada no art. 3º, § 2º, inciso I, “a”, c/c inciso II, “b” e inciso III, “b”, da referida lei?
- (b) O transporte individual de passageiros configura no Brasil serviço público, ou se trata de atividade econômica *stricto sensu*?
- (c) As atividades da Consulente e dos seus motoristas parceiros dependem de prévia regulamentação e/ou autorização para que possam ser validamente exercidas no país?
- (d) O legislador infraconstitucional de qualquer dos entes federativos pode converter toda a atividade de transporte individual de passageiros em serviço público, ou se valer de restrições regulatórias que impeçam que particulares compitam, nesta área, com os serviços de táxi?

Para responder aos quesitos formulados, pretendo abordar, inicialmente, o papel que os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência devem desempenhar na interpretação da legislação infraconstitucional que trata de atividades econômicas *lato sensu*. Em seguida, discuto os conceitos de serviço público e de atividade econômica *stricto sensu*, demarcando algumas diferenças entre os seus regimes constitucionais, inclusive no que pertine à liberdade de atuação empresarial. Assentadas essas premissas, passo a aplicá-las ao transporte individual de passageiros,

visando a responder adequadamente aos questionamentos da Consultante, à luz da Constituição e da legislação pertinente.

2. Livre iniciativa, livre concorrência e interpretação do direito infraconstitucional

2.1. O papel dos princípios constitucionais na interpretação do Direito Econômico

No passado, os princípios constitucionais eram vistos como meras proclamações retóricas, cujos efeitos jurídicos dependiam de decisões do legislador infraconstitucional. Este tempo, felizmente, ficou para trás. Há, na atualidade, controvérsias importantes sobre os princípios constitucionais,¹ mas um denominador comum está firmemente assentado: os princípios da Constituição são normas jurídicas extremamente importantes, verdadeiros pilares do ordenamento, e não meras exortações ao legislador, desprovidas de efeitos concretos.

Como normas jurídicas, os princípios constitucionais estabelecem limites para o legislador infraconstitucional e para a Administração, cuja inobservância enseja a invalidade das normas e dos atos que os contravenham. Eles também incidem diretamente sobre as relações sociais, impondo comportamentos positivos e negativos ao Estado e a particulares.² Além disso – e este é o ponto que nos interessa no momento –, os princípios constitucionais são vetores fundamentais na interpretação da ordem jurídica.³

¹ Tratei extensamente do tema em Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed., Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014, pp. 375-390. Na literatura brasileira, veja-se especialmente Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

² Na atualidade, tem grande penetração a teoria sobre princípios formulada pelo autor alemão Robert Alexy, que os concebe como “*mandados de otimização*”, que devem ser cumpridos na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso. Cf. Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 85-179.

³ Cf. Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 88-100.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Nesse sentido, 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 de que tratam. Essa é a 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.”⁴

Ora, o constituinte enunciou diversos princípios que regem a nossa ordem econômica, previstos no art. 170 da Constituição. Além disso, a Lei Fundamental consagra inúmeros outros preceitos que também devem influenciar o tratamento infraconstitucional das relações econômicas: os princípios fundamentais da República, os direitos fundamentais, as regras sobre a divisão de competências entre os entes federativos, dentre outros. Tais princípios e regras constitucionais possuem força normativa, devendo assim orientar a interpretação do Direito Econômico, cuja constitucionalização, portanto, decorre da própria Constituição.⁵

Como não poderia deixar de ser, essas normas constitucionais também devem pautar a exegese e aplicação dos diplomas legais que cuidam do transporte individual de

⁴ Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 319.

⁵ Advirta-se, porém, que não é possível extrair diretamente da Constituição um modelo fechado e minucioso de ordem jurídica econômica. Nesta seara, existe um razoável espaço para deliberação legítima pelos representantes do povo, que deriva não só do princípio democrático, como também do caráter compromissório da Carta de 88 em matéria econômica. Não se infere da Constituição, por exemplo, a dosimetria exata da intervenção do Estado no mercado, que pode variar em alguma medida ao sabor das escolhas que o eleitor tem o direito de fazer periodicamente nas urnas. Veja-se, a propósito, Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio da livre iniciativa”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Org.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

passageiros. Afinal, é fora de dúvida que o transporte, pela sua própria natureza, constitui uma atividade econômica – pelo menos em sentido amplo. Não bastasse, o próprio constituinte inseriu a disciplina do transporte (art. 178, CF) no capítulo da Carta intitulado “*Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica*” (Capítulo I do Título VII).

Dentre os princípios que regem a ordem econômica brasileira figuram dois que são da máxima importância não só para a compreensão do respectivo sistema, como também para o equacionamento das questões suscitadas nesta Consulta: a livre iniciativa (art. 1º, IV e 170, *caput*, CF), e a livre concorrência (art. 170, IV, CF). É deles que tratarão os próximos subitens do parecer.

2.2. *O princípio constitucional da livre iniciativa*

A importância do princípio da livre iniciativa em nossa ordem jurídica foi propositadamente realçada pelo constituinte originário, quando o consagrou, logo no artigo 1º, inciso IV, da Lei Fundamental, como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e pluralismo político. A livre iniciativa, que mantém íntima correlação com a liberdade profissional, garantida no art. 5º, inciso XIII, da Constituição, figura também, junto com a valorização do trabalho humano, como fundamento da ordem econômica nacional, no art. 170, *caput*, da Lei Maior.

A livre iniciativa foi garantida inicialmente na França revolucionária, visando à abolição das limitações e privilégios corporativos, herdados da Idade Média, que cerceavam o exercício de profissões e atividades econômicas.⁶ Trata-se de princípio estruturante da ordem jurídica capitalista, que preconiza a liberdade dos agentes privados – indivíduos, coletividades ou empresas – para empreenderem atividades econômicas, no ambiente do mercado.⁷ A livre iniciativa envolve tanto a liberdade de

⁶ Cf. Modesto Carvalhosa. *Direito Econômico: Obras Completas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 110-112.

⁷ No mesmo sentido, Francisco Amaral definiu a livre iniciativa como a “*liberdade dos particulares de utilizarem recursos materiais e humanos na organização de sua atividade produtiva, liberdade, enfim, dos particulares de decidirem o que, quando e como produzir*”. (“A liberdade de iniciativa econômica. Fundamentos, natureza e garantia constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*, nº 92, 1996, p. 228).

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

iniciar uma atividade econômica, como de organizá-la, geri-la e conduzi-la.⁸ O princípio abarca uma série de componentes, muitos deles também previstos em outros preceitos constitucionais, como a liberdade de empresa (art. 170, Parágrafo único, CF), a proteção da propriedade privada (art. 5º, XXII e 170, II, CF) – inclusive dos meios de produção – ; e a autonomia negocial.⁹ Nas palavras de Miguel Reale, a livre iniciativa

“(...) não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170.”¹⁰

É certo que o princípio da livre iniciativa não ostenta caráter absoluto e incondicional na ordem constitucional brasileira. Afinal, a Constituição de 88 está longe de consagrar um modelo econômico libertário, à moda do *laissez-faire* do século XIX, como se percebe de outros fundamentos, objetivos e princípios também contemplados no seu art. 170 – e.g., “valorização trabalho humano”, “existência digna”, “justiça social”, “função social da propriedade”, “defesa do meio ambiente”, “redução das desigualdades regionais e sociais”. Nossa Constituição legitima a intervenção estatal na economia não apenas para corrigir as chamadas “falhas do mercado”,¹¹ como também para promover outros objetivos fundamentais, como a igualdade substantiva e da justiça social.¹²

⁸ Nesse sentido, registraram J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira: “*A liberdade de iniciativa tem um duplo sentido. Consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma atividade econômica (liberdade de criação de empresa, liberdade de investimento, liberdade empresarial) e, por outro, na liberdade de organização, gestão e atividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário, liberdade empresarial).* (Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 790).

⁹ Cf. Luís Roberto Barroso. “A Ordem Econômica Constitucional e os Limites Estatais à Atuação Estatal no Controle de Preços”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 50-51.

¹⁰ Miguel Reale. “O Plano Collor II e a intervenção do Estado na ordem econômica”. In: *Temas de Direito Positivo*. São Paulo: RT, 1992, p. 249.

¹¹ Sobre a intervenção estatal voltada à correção de falhas do mercado na literatura jurídica brasileira, veja-se Carlos Emmanuel Jopert Ragazzo. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp 18-30; e Marcelo Zenni Travassos. *A Legitimação jurídico-*

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Sem embargo, o reconhecimento do caráter fundante do princípio da livre iniciativa em nossa ordem constitucional significa, como consignou Tércio Sampaio Ferraz, que a “*estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos, e não na atividade do Estado*”.¹³ Nas suas palavras, que parecem talhadas para o presente caso, a livre iniciativa acolhe e promove

*“a espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Essa espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas dirigindo, e com isso substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”*¹⁴

Pode-se dizer que a livre iniciativa repousa em dois fundamentos essenciais: trata-se de uma emanção relevante da liberdade individual, que também deve se projetar na esfera econômica; bem como de um meio voltado à promoção da riqueza e desenvolvimento econômico, em prol de toda a coletividade.

Em relação à proteção dos direitos do indivíduo, a ideia é de que os seres humanos têm projetos e fazem escolhas também no âmbito da sua vida econômica.¹⁵ A salvaguarda da sua liberdade e personalidade restaria incompleta se não fosse estendida a esta seara a garantia da sua autonomia, diante de pretensões autoritárias ou paternalistas do Estado.¹⁶ Daí porque, a regra geral deve ser a liberdade dos particulares para se engajarem em atividades econômicas, desde que não lesem direitos de terceiros ou interesses relevantes da comunidade.

moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 53-100.

¹² Veja-se, a propósito, a obra clássica de Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 88 (interpretação e crítica)*. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹³ Tércio Sampaio Ferraz. “Congelamento de preços – Tabelamentos oficiais”. In: *Revista de Direito Público*, nº 91, 1989, p. 77.

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 78.

¹⁵ Isto não significa, porém, que as liberdades econômicas e as existenciais sejam protegidas pela ordem constitucional brasileira com a mesma intensidade, o que não ocorre. Explorei o tema em Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 162 ss.

¹⁶ Para um extenso desenvolvimento do ponto no âmbito da filosofia constitucional, a partir de perspectiva liberal, veja-se Charles Fried. *Modern Liberty and the Limits of Government*. New York: W.W Norton & Company, 2007.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Na dimensão coletiva, a premissa é de que a sociedade tende a ser mais próspera quando assegura a liberdade aos agentes econômicos, do que quando o Estado se apropria dos meios de produção ou planifica completamente a economia. A garantia da livre iniciativa estimula o empreendedorismo, gerando maior riqueza social. Não por outra razão, Cass Sunstein, jurista insuspeito de simpatias libertárias, afirmou que os mercados livres “*são motores de produtividade econômica*”.¹⁷ Ademais, o funcionamento regular de um mercado competitivo tende a ser instrumento mais eficiente para a captação e satisfação das necessidades e preferências de um universo amplo e plural de pessoas do que a atuação de qualquer autoridade pública. Por isso, o bem-estar coletivo é promovido quando as instituições asseguram a livre iniciativa e preservam as “regras do jogo” em que ela se desenvolve de modo saudável¹⁸ – o que não exclui, é claro, a intervenção estatal na economia voltada à promoção de outros objetivos legítimos que o mercado não atende bem, como a distribuição de riqueza.

Apesar da falência do socialismo real, simbolizada pela queda do Muro de Berlim, o princípio da livre iniciativa ainda é, no Brasil e em boa parte do mundo, objeto de acesas controvérsias ideológicas. Nada obstante, o poder constituinte originário fez a legítima escolha não só de positivá-lo, como também de elevá-lo à condição de fundamento da República. Esse dado fundamental não pode ser ignorado pelo intérprete na exegese dos preceitos constitucionais e legais que disciplinam a atividade econômica no Brasil – inclusive o transporte individual de passageiros. É que, como destacou Fábio Konder Comparato – que certamente não pode ser tachado de neoliberal –, o caráter fundamental do princípio da livre iniciativa na ordem jurídica brasileira importa que “*todas as normas constantes no sistema da legislação ordinária, no campo econômico, devem ser interpretadas à luz desse princípio*”.¹⁹

2.3. O princípio constitucional da livre concorrência

¹⁷ Cass R. Sunstein. *Free Markets and Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 3.

¹⁸ Veja-se, nesta linha, a obra clássica do Prêmio Nobel de Economia Douglass C. North. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

¹⁹ Fábio Konder Comparato. “Regime constitucional de controle de preços”. In: *Direito Público: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 102.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Profundamente ligado à livre iniciativa, o princípio da liberdade de concorrência, previsto no art. 170, inciso IV, da Constituição, é outro pilar essencial da ordem econômica brasileira. Tal princípio se volta, essencialmente, à proteção da livre competição entre os agentes econômicos no mercado, em prol do consumidor, da eficiência econômica e de outros objetivos socialmente importantes.²⁰ Nas palavras de Paula Forgioni, a livre concorrência consiste, basicamente, na “*garantia da disputa*” no campo econômico.²¹

A premissa básica é a de que, em um mercado competitivo, amplia-se o direito de escolha do consumidor, os preços das mercadorias e serviços tendem a cair, e a sua qualidade a se elevar, em proveito de todos.²² A competição proporciona também uma melhoria na *eficiência alocativa* da economia, ao fazer com que os preços dos produtos correspondam aos valores que a sociedade lhes atribui, assim como na *eficiência produtiva* das empresas, que são levadas a reduzir os seus custos e aperfeiçoar os bens e serviços que fornecem, no afã de prosperarem no mercado.²³ A concorrência estimula, nesse sentido, a inovação e o progresso. Ademais, ela se liga à garantia da igualdade de oportunidades entre os agentes econômicos, na medida em se concretiza por meio da disputa equânime dos competidores no mercado, que é incompatível com a criação de privilégios ou imposição de barreiras estatais que beneficiem ou prejudiquem quaisquer deles.

A livre concorrência gera, ainda, consequências políticas relevantes, pois tende a dispersar o poder econômico, dificultando a formação de grupos com excessiva

²⁰ Existe polêmica a propósito das finalidades da proteção à concorrência, que não convém aqui examinar. Veja-se a propósito, com posições muito distintas, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 76-121; Robert H. Bork. *The Antitrust Paradox: A policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1978; Jack B. Kirwood & Robert H. Lande. “The Fundamental Goal of Antitrust: protecting consumers, not increasing efficiency”. *Notre Dame Law Review*, nº 191, 2008, pp. 191-243.

²¹ Paula Forgioni. “Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais. A formatação jurídica do mercado brasileiro”. *Revista do Advogado*, nº 117, 2012, p. 167.

²² Nesse sentido, o magistério de Luís Roberto Barroso sobre o princípio da livre concorrência: “*Nele se contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo*” (“A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 58).

²³ O tema das vantagens econômicas da concorrência é extensamente discutido em Richard A. Posner. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

influência sobre o governo e a sociedade.²⁴ Os objetivos principais da proteção à livre concorrência foram sintetizados em decisão da Suprema Corte norte-americana referente ao *Sherman Act*, que é o principal diploma normativo sobre a matéria naquele país:

*“Ele (o Sherman Act) se baseia na premissa de que a interação livre de forças competitivas vai acarretar a melhor alocação dos nossos recursos econômicos, os preços mais baixos, a melhor qualidade e o maior progresso material, criando, ao mesmo tempo, um ambiente propício à preservação das nossas instituições democráticas políticas e sociais”*²⁵

O princípio da livre concorrência tem uma dupla face. Por um lado, ele *limita* o Estado, que não pode instituir restrições excessivas que impeçam os agentes econômicos de ingressar, atuar e competir livremente no mercado. Por outro, o princípio *impõe* que o Poder Público *atue* sobre o mercado, para proteger a sua higidez, prevenindo e coibindo abusos do poder econômico e práticas anticoncorrenciais, como a formação de monopólios, oligopólios, cartéis etc. É que o princípio não pressupõe, romanticamente, a existência de um mercado atomizado, formado por agentes econômicos de igual poder, competindo em condições equânimes pela preferência do consumidor. Pelo contrário, diante da constatação de que, quando livre de todas as amarras, o poder econômico tende a se concentrar patologicamente em detrimento da concorrência, o princípio impõe a atuação comissiva do Estado, em favor da saúde do próprio mercado.²⁶ No plano infraconstitucional, essa atuação comissiva tem como diploma central a Lei nº 8.884/94 (com as alterações promovidas pela Lei nº 12.529/2011), que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

²⁴ Cf. Eduardo Ferreira Jordão. *Restrições Regulatórias à Concorrência*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 25.

²⁵ *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 365 U.S. 1 (1958). Tradução livre. No original “*It rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress, while at the same time providing an environment conducive to the preservation of our democratic political and social institutions*”.

²⁶ Cf. Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. *Op. cit.*, pp. 205-210.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Para os fins desta Consulta, interessa mais diretamente a faceta negativa do princípio da livre concorrência, que se volta à limitação do poder estatal de intervir na economia, restringindo o acesso e a atuação de particulares no mercado. Afinal, o que está em discussão é se os motoristas parceiros da UBER podem ou não ingressar no mercado do transporte individual de passageiros, competindo com os taxistas. Ou, em outras palavras, debate-se se o cidadão deve ou não ter acesso a essa alternativa de transporte, para que possa exercer a sua liberdade de escolha, ou se, ao contrário, o Estado instituiu uma reserva de mercado em favor dos táxis.

Recorde-se, nesse ponto, que, conquanto a liberdade de concorrência proteja os agentes econômicos diante de regulações estatais restritivas, o seu foco principal *não* é a proteção desses agentes, mas sim a tutela dos interesses dos consumidores, que são prejudicados pela imposição de limites injustificados à sua liberdade de escolha.²⁷ Portanto, a criação de embaraços estatais à competição, com a instituição de reservas e privilégios a empresas ou grupos específicos, viola não apenas os direitos dos potenciais concorrentes prejudicados. Mais que isso, ela ofende os interesses dos consumidores e da própria sociedade.²⁸

A dimensão negativa do princípio da livre concorrência vem sendo acentuada pela jurisprudência do STF, exatamente para rechaçar a criação legal de reservas de mercado. Assim, a Corte afirmou a inconstitucionalidade, em face da Constituição passada, de lei que estabeleceria o monopólio de empresa de telefonia para a publicação de listas telefônicas.²⁹ Na mesma trilha, após proferir sucessivas decisões nesse sentido, o STF editou a Súmula Vinculante nº 46, segundo a qual “*ofende o princípio da livre*

²⁷ Nas palavras de Calixto Salomão, “*toda a teorização econômica do direito anticoncorrencial baseia-se na proteção do consumidor*”. (*Direito Concorrencial. Op.cit.*, p. 104). Veja-se, a propósito, Robert H. Lande e Neil W. Averitt. “Using the ‘Consumer Choice’ Approach to Antitrust Law”. *Antitrust Law Journal*, vol. 77, 2007, pp. 175-264.

²⁸ Nesse sentido, veja-se Victor Rheim Schirato. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 146.

²⁹ STF, 1ª Turma, RE 15876, Rel. p/ ac. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 05/10/2007. A ementa do acórdão tem a seguinte redação: “*Serviços telefônicos. Exploração. Edição de Listas ou Catálogos Telefônicos e Livre Concorrência. Se, por um lado, a publicação e a distribuição de listas telefônicas constituía um ônus das concessionárias de telefonia – que podem cumpri-lo com ou sem a veiculação de publicidade – não se pode dizer que estas tinham exclusividade para fazê-lo. O artigo 2º da L. 6.874/80 (‘A edição ou divulgação das listas referidas no § 2º do art. 1º desta Lei, sob qualquer forma ou denominação, e a comercialização da publicidade nelas inserta são de competência exclusiva da empresa exploradora do respectivo serviço de telecomunicações, que deverá contratá-las com terceiros, sendo obrigatória, em tal caso, a realização de licitação’) era inconstitucional – tendo em vista a Carta de 1969 – na medida em que institui reserva de mercado para a comercialização das listas telefônicas em favor das empresas concessionárias. RE desprovido*”.

*concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.*³⁰

É certo que a liberdade de concorrência, tal como a livre iniciativa, não é protegida pela Constituição de modo absoluto. Princípios constitucionais eventualmente colidentes, como a proteção ao meio ambiente,³¹ podem justificar a imposição de restrições proporcionais a esse importante princípio constitucional. Porém, no caso do UBER, como se verá adiante, não há *qualquer* razão legítima que justifique a restrição à concorrência, que não passa de tentativa de reserva de mercado para taxistas no transporte individual de passageiros.

De todo modo, é indiscutível que, como princípio constitucional de regência da ordem econômica, a livre concorrência representa vetor inafastável para a interpretação das normas legais que disciplinam o transporte individual de passageiros.

3. Constituição, serviços públicos e atividade econômica *stricto sensu*

3.1. Noções Gerais

Em sentido amplo, a atividade econômica compreende também a prestação de serviços públicos, uma vez que estes mobilizam recursos escassos para a satisfação de necessidades sociais.³² De todo modo, a doutrina e jurisprudência nacional aludem à existência de dois campos distintos da atividade econômica em sentido amplo, sujeitos a regimes constitucionais significativamente diversos: a atividade econômica em sentido estrito, campo de atuação prioritária da iniciativa privada, e o serviço público, setor titularizado pelo Estado.³³

³⁰ STF, Plenário, DJe 23/06/2015.

³¹ Cf. STF, Plenário, ADPF 101, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 04/06/2012. Nessa decisão, afirmou-se que uma ponderação entre, de um lado, a proteção ao meio ambiente, e, do outro, a livre concorrência e livre iniciativa, justificavam a proibição de importação de pneus usados de países não pertencentes ao Mercosul.

³² Cf. Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. Op. cit, pp.89-150; Luís Roberto Barroso. “A Ordem Econômica Constitucional e o Limite à Atuação Estatal no Controle de Preços”. Op. cit., p. 67.

³³ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, “a separação entre os dois campos – serviço público, como setor pertencente ao Estado, e domínio econômico, como campo reservado aos

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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),³⁴ 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 iniciativa e da livre concorrência, são apenas aquelas taxativamente previstas pela própria Constituição.³⁵

O Estado também detém o poder de *intervir indiretamente* sobre a atividade econômica em sentido estrito, para normatizá-la, exercer o poder de polícia e fomentar atuações privadas consideradas socialmente desejáveis (cf. art. 174, *caput*, CF).³⁶ Evidentemente, a intervenção indireta do Estado sobre a atividade econômica em sentido estrito não está livre de amarras constitucionais. Pelo contrário, além das normas constitucionais que regem a atividade econômica – dentre os quais figuram os

particulares, é indubitosa”. (Curso de Direito Administrativo. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 610.

³⁴ Na atualidade, fala-se também em mecanismos de *neointervencionismo público* na atividade econômica em sentido estrito, que se realiza sob novas formas, como a detenção de *golden shares* – ações que dão poderes especiais aos seus titulares – em empresas privadas, participação minoritária estratégica em sociedades (“empresas público-privadas”), e parcerias societárias entre estatais e empresas privadas. Veja-se, a propósito, Alexandre dos Santos Aragão. “Empresa público-privada”. *Revista dos Tribunais*, v. 98, nº 980, 2009, pp. 33-68.

³⁵ Nesse sentido, *e.g.*, Luís Roberto Barroso. “Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 171-173; Fábio Konder Comparato. “Monopólio público e domínio público – Exploração indireta da atividade monopolizada”. In: *Direito Público: Estudos e Pareceres*. *Op. cit.*, pp. 146-153. Em sentido contrário, cf. Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio da livre iniciativa”. *Op. cit.*

³⁶ Há diversas classificações sobre as formas de intervenção do Estado na economia. Uma classificação didática e influente, da lavra de Luís Roberto Barroso alude à *intervenção direta*, através da *prestação de serviços públicos* e da *exploração de atividades econômicas*; e à *intervenção indireta*, por meio da *disciplina* e do *fomento*. (cf. “Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico”. In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 395-398). Aqui, parto da classificação proposta por Barroso, apenas diferenciando, no âmbito do que ele chamou de *disciplina*, a *atividade normativa* do Estado do exercício do *poder de polícia* sobre a atividade econômica.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

princípios da livre iniciativa e da livre concorrência³⁷ – o desempenho dessa função estatal tem de observar várias outras limitações importantes, como o respeito aos princípios da proporcionalidade, da legalidade e da igualdade. Nessa área, a regra geral, que tem substrato constitucional – como já se viu nos itens anteriores –, é *a liberdade do particular para atuar no mercado*, que é nota essencial dos regimes capitalistas, como o consagrado pela Constituição de 88.

Já o campo dos serviços públicos é cometido prioritariamente ao Poder Público pela Constituição (art. 175, *caput*, CF). De acordo com a doutrina dominante e a jurisprudência do STF,³⁸ 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.³⁹ Sob essa perspectiva, sequer incidiriam nesse campo os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, já que o Estado pode legitimamente optar por prestar os serviços públicos em regime de monopólio ou privilégio, sem abri-los à participação dos particulares.^{40 41}

³⁷ Nessa linha, decidiu o STF: “I- A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170.” (2ª Turma, RE 422.941-2, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24/03/2005).

³⁸ Cf. STF, Plenário, ADPF nº 46, Rel. p/ ac. Min. Eros Grau, DJe 26/02/2010.

³⁹ Ressalte-se, porém, que a própria Constituição contempla inequívocas exceções a esta regra, quando abre à iniciativa privada a prestação de serviços públicos nas áreas de saúde e educação (cf. arts. 197, 199 e 209, CF)

⁴⁰ Eduardo Ferreira Jordão sintetizou com clareza esta orientação predominante: “No tocante aos serviços públicos, é a própria Constituição quem estabelece uma exceção aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Para estes serviços, a regra não é a liberdade de iniciativa empresarial, a regra não é a livre competitividade. (...) A exclusão dos deveres estatais relativos à competitividade, para o âmbito da regulação dos serviços públicos, é explícita. Primeiro, porque se permite ao Poder Público prestar diretamente o serviço, mesmo monopolisticamente. Segundo porque se lhe autoriza expressamente o controle das tarifas e o estabelecimento de regras cogentes relativas à qualidade do serviço. Terceiro, porque do Poder Público se exige que controle a entrada nos mercados correspondentes a estes serviços. Note-se que, no tocante ao controle de entrada, a regra constitucional é até mesmo impositiva: se é serviço público, não está aberto à livre iniciativa dos operadores particulares. A prestação privada deste serviço dependerá de prévia concessão ou permissão do Poder Público” (*Restrições Regulatórias à Concorrência*. Op. cit., pp. 47-48). No mesmo sentido, veja-se, e.g., Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. Op. cit., pp.89-150; e Marçal Justen Filho. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 39.

⁴¹ Saliente-se, todavia, que vem se fortalecendo na doutrina outra corrente, ainda minoritária, que afirma que, como os serviços públicos visam a atender a direitos e interesses dos cidadãos, e não os do Estado, quando os primeiros forem melhor servidos pela competição de agentes econômicos prestadores, o princípio da livre concorrência também se aplicaria, embora com matizações próprias. Veja-se, nessa linha, Alexandre dos Santos Aragão. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 407-490; Floriano de Azevedo Marques. “A nova regulação dos serviços públicos”. *Revista Eletrônica de*

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Por ser o titular dos serviços públicos – mesmo quando prestados por particulares – cabe ao Estado discipliná-los em detalhe, dispondo sobre aspectos como os tipos de atividade a serem executadas, os direitos e deveres dos prestadores e usuários, as tarifas etc. Na área dos serviços públicos, portanto, a atuação normativa do Estado, conquanto também sujeita a limites, desfruta de liberdade muito maior do que a existente no âmbito da atividade econômica *stricto sensu*.

Em outras palavras, não cabe ao Estado, via de regra, ditar o preço dos bens e serviços oferecidos pelas empresas no mercado, mas ele pode fixar as tarifas cobradas pelos particulares que prestam serviços públicos. Do mesmo modo, não é lícito ao Poder Público, em geral, definir o modo como os agentes privados exercerão as suas atividades econômicas, buscando atrair a clientela e prosperar. O Estado pode, é certo, instituir limites para essas atividades, visando à preservação de direitos de terceiros ou de interesses da coletividade, mas não pode se substituir aos particulares em suas decisões empresariais legítimas, privando-os, por exemplo, da possibilidade de inovar, de criar um novo negócio e oferecê-lo ao mercado consumidor. Porém, no campo dos serviços públicos não é assim: como *titular* do serviço, cabe ao Estado estabelecer a forma como este deve ser prestado, mesmo quando houver delegação da prestação a particulares. Portanto, existe uma diferença marcante entre os regimes constitucionais da atividade econômica *stricto sensu* e do serviço público, mesmo quando prestado por entes privados: naquela, a regra é a liberdade do particular, e a exceção a sua submissão às escolhas estatais, enquanto nesse último dá-se justamente o inverso – desde que, é claro, as escolhas estatais sejam conformes à ordem jurídica e ao interesse público.

Demarcadas, de forma muito abreviada, algumas das diferenças mais significativas entre o regime constitucional da atividade econômica em sentido estrito e o vigente para os serviços públicos, percebe-se claramente a importância prática de se enquadrar uma determinada atividade em um ou noutro campo. O tema, como não poderia deixar de ser, se afigura extremamente relevante também em relação ao transporte individual de passageiros. Por isso, discutir-se-á, no próximo item, os fatores

de Direito Administrativo, nº 1, 2005; e Vitor Rhein Schirato. *Livre Iniciativa nos Serviços Público*. *Op. cit.*

Essa é, desde sempre, a orientação predominante nos Estados Unidos, em que as *public utilities* – ideia mais próxima no Direito norte-americano ao nosso serviço público – são, em geral, titularizadas por particulares, embora sujeitas a intensa regulação estatal. De acordo com Sabino Cassese, também na Europa contemporânea há uma tendência no campo dos serviços público de abertura maior à concorrência, sobretudo em razão da influência do Direito Comunitário (*La Nuova Costituzione Economica*. Roma: Editori Laterza, 1995, pp. 71-90)

que permitem a identificação de uma atividade como serviço público, sendo certo que, sempre que isso não ocorrer, ela será enquadrada como atividade econômica em sentido estrito.

3.2. Critérios para distinção entre “serviço público” e atividade econômica em sentido estrito

Um dos temas mais polêmicos no Direito Público é a forma de diferenciar o serviço público da atividade econômica em sentido estrito. É que os contornos desses institutos, além de não estarem expressamente definidos pela Constituição, tendem a variar no tempo e no espaço, ao sabor de mudanças políticas, econômicas, sociais, tecnológicas e culturais.⁴²

Há hipóteses em que a caracterização de determinada atividade como serviço público se afigura indiscutível, em razão de *expressa determinação constitucional*, já que a Constituição de 88 aludiu a uma série de serviços públicos (e.g., art. 20, incisos X, XI, XII). Cabe notar, neste particular, que a Carta de 88 não faz qualquer referência ao transporte *individual* de passageiros como serviço público (a Constituição menciona, isto sim, o transporte *coletivo* de interesse local – atribuído à titularidade municipal - art. 30, inciso V, CF)

De acordo com a doutrina majoritária, à qual me filio, também a lei pode caracterizar uma atividade como serviço público,⁴³ por meio do que se denomina de *publicatio* ou publicização. Portanto, não há “reserva de Constituição” para a criação de serviços públicos,⁴⁴ embora existam limites constitucionais intransponíveis a esta

⁴² Cf. Luís Roberto Barroso. “Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada”. *Op. cit.*, p. 154; Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 294.

⁴³ Cf., e.g., Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. *Op. cit.*, pp. 737-738; Maria Sylvania Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 88; Alexandre dos Santos Aragão. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 370; Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. *Op. cit.*, pp. 607-609.

⁴⁴ Consigne-se, porém, que existe posição contrária, sustentando que como o Estado, ao instituir um serviço público, restringe a livre iniciativa e a livre concorrência – que são princípios constitucionais -, o legislador não poderia fazê-lo, em razão da supremacia da Constituição. Veja-se, nesse sentido, Fernando Herren Aguilar. *Controle Social dos Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1990, pp. 133 ss.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

atividade do legislador. Para delinear-los, é necessário realizar um rápido exame de alguns aspectos teóricos atinentes ao serviço público.

A doutrina tradicional afirmava a presença de três aspectos distintivos do serviço público: o *subjetivo* ou *orgânico*, ligado à prestação do serviço pelo Estado; o *objetivo* ou *material*, relacionado à natureza da atividade, voltada à satisfação de necessidades coletivas relevantes; e o *formal*, correspondente à submissão da atividade a um regime jurídico peculiar de Direito Público.⁴⁵ Porém, aponta-se atualmente a existência de *crise* nesta noção tradicional,⁴⁶ ligada a mudanças sociais relevantes, bem como ao fato de que, com grande frequência, tais critérios se encontram dissociados e se revelam ambíguos ou insuficientes. O critério subjetivo tornou-se inviável, seja em razão da prestação de serviços públicos também por particulares, seja pela exploração direta da atividade econômica em sentido estrito pelo Estado. O critério objetivo, por sua vez, é de difícil manejo, pela sua extrema fluidez e variabilidade, muito dependente de compreensões ideológicas sobre o papel do Estado na sociedade.

Diante desse cenário, uma corrente importante de publicistas brasileiros advoga a tese de que o elemento fundamental para a caracterização do serviço público é o formal: o regime jurídico ao qual a atividade esteja submetida. Tal posição é capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o “*elemento formal, isso é, a submissão a um regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo, é o que confere caráter jurídico à noção de serviço público*”.⁴⁷

Sem embargo, o próprio elemento formal, conquanto de indiscutível importância, *também* atravessa crise e revela insuficiências. É que, na contemporaneidade, se manifesta forte tendência à relativização dos institutos e princípios que tradicionalmente caracterizam o regime jurídico-administrativo. No campo dos serviços públicos, tal tendência se manifesta, por exemplo, no emprego de técnicas regulatórias mais flexíveis, pautadas pela busca da consensualidade e

⁴⁵ Cf. Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. *Op. cit.*, p. 294.

⁴⁶ Cf. Gaspar Oriño Ortiz. *El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Marcial Pons, 1997; Alexandre dos Santos Aragão. “O serviço público e suas crises”. In: Alexandre dos Santos Aragão e Floriano de Azevedo Marques (Orgs.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Forum, 2008, pp. 421-440; Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 747.

⁴⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. *Op. cit.*, p. 600.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

eficiência, na eventual abertura para a concorrência, e em fenômenos correlatos, que põem em xeque alguns purismos e ortodoxias conceituais.⁴⁸

Ademais, o foco *exclusivo* no regime jurídico para a caracterização do serviço público provocaria uma subversão hierárquica, em detrimento dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência. Isso porque, é o legislador quem, em geral, estabelece o regime jurídico ao qual se submetem as atividades econômicas em sentido lato. Ora, se o legislador pudesse, ao seu alvitre, estabelecer o regime jurídico do serviço público para qualquer atividade que lhe aprouvesse, permitir-se-ia, por vias oblíquas, que ele suprimisse espaços relevantes da iniciativa privada e instituisse monopólios públicos, ao arripio da Constituição. Imagine-se, por exemplo, uma lei que publicizasse a produção e comercialização de perfumes, de cerveja ou de automóveis, submetendo-as ao regime jurídico peculiar dos serviços públicos e alijando dessas atividades as empresas privadas. Haveria, no caso, manifesta inconstitucionalidade, por afronta aos princípios de regência da ordem econômica.

Esse ponto é reconhecido até mesmo pelos defensores da hegemonia do critério formal para a caracterização do serviço público, que apontam para o fato de que o legislador não pode se valer de qualquer alquimia legal para transmudar em serviço público aquilo que, à luz dos padrões culturais e jurídicos vigentes, é considerado atividade tipicamente econômica, sob pena de absoluto esvaziamento normativo da garantia constitucional da livre iniciativa.⁴⁹

⁴⁸ Veja-se, a propósito, Floriano de Azevedo Marques Neto. “A nova regulação dos serviços públicos”. *Op. cit.*; e Alexandre dos Santos Aragão. “O serviço público e suas crises”. *Op. cit.*

⁴⁹ Nesse sentido, registrou Celso Antônio Bandeira de Mello: “21. É realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais. Afora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser assim qualificados, contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, às quais são garantidoras da livre iniciativa. É que a exploração da atividade econômica, o desempenho de ‘serviços’ pertinentes a esta esfera, assiste aos particulares e não ao Estado. Este apenas em caráter excepcional poderá desempenhar-se empresarialmente nesta órbita. 22. Sem embargo, o fato é que o Texto Constitucional, compreensivelmente, não define o que sejam ‘atividades econômicas’. Em consequência, remanesce ao legislador ordinário um certo campo para qualificar determinadas atividades como ‘serviços públicos’, no que, indiretamente, gizará, por exclusão, a área configurada como das atividades econômicas’. É lógico, entretanto, que, em despeito desta margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há de se entender que o constituinte se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalecente ao lume dos padrões de uma cultura de uma época, das convicções predominantes da Sociedade. Por isso mesmo não é total a liberdade do Legislativo, sob pena de ser retirado qualquer conteúdo de vontade ao dispositivo da Carta Magna, tornando-o letra morta, destituído de qualquer valia e significado” (*Curso de Direito Administrativo. Op. cit.*, pp. 609-610).

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Daí porque, tem-se buscado limitar a discricionariedade legislativa nessa área, a partir do elemento material ou objetivo do serviço público. Nesse sentido, por exemplo, Marçal Justen Filho sustenta que só podem ser qualificadas 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 privada*”.⁵⁰ Para o autor, portanto, se uma atividade não apresentar conexão direta com direitos fundamentais, ou se for possível a satisfação das necessidades subjacentes a esses direitos por meio da iniciativa privada – como no caso da produção de alimentos ou medicamentos – ela não poderá ser concebida como serviço público, independentemente da vontade do legislador.

Toshio Mukai, por sua vez, associou o serviço público à natureza *essencial* da necessidade coletiva por ele atendida⁵¹. Já Eros Roberto Grau afirmou que serviço público é “*atividade (...) indispensável, num dado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e interdependência social (Duguit)*”.⁵²

Há divergências entre essas posições, mas todas partem de um mesmo e inobjetivo denominador comum: os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência – que, como visto, são pilares da nossa ordem constitucional econômica – impõem limites inarredáveis ao poder do legislador de definir certas atividades como serviços públicos. Ademais, de tais princípios decorre o dever, para o intérprete, de evitar as exegeses legais cujo resultado subtraia da livre atuação das empresas privadas aquelas áreas em que não se justifique a sua exclusão.⁵³

⁵⁰ Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit., pp. 727-738.

⁵¹ Nas suas palavras, “*serviço público não pode ser senão aquilo que, dentro de certas circunstâncias de tempo e de lugar, tenha transcendência, pela sua necessidade e essencialidade para a comunidade, além de outros requisitos retirados da natureza das coisas*” (Toshio Mukai, *O Direito Administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 190).

⁵² Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. Op. cit., p. 132.

⁵³ Nesse sentido, Luís Roberto Barroso sustentou que as normas que criam serviços públicos não inerentes – aqueles que, pela sua natureza, só podem ser prestados pelo Estado, porque relacionados com o seu poder de império – “*só será admitida com fundamento, ainda que genérico, em outra norma constitucional e, em qualquer caso, deverá ser interpretada restritivamente, como convém às normas excepcionais e restritivas de direitos*” (“Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada”. Op. cit., p. 165).

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Vale ressaltar que o STF já manifestou o mesmo entendimento, em questão atinente ao próprio setor de transportes. Discutiu-se no RE 220.999-7⁵⁴ se haveria responsabilidade civil da União em razão da não prestação do serviço de transporte fluvial de carga em determinado rio. Para assentar a ausência de responsabilidade civil, o STF afirmou que o transporte fluvial de cargas não era serviço público, por não atender a qualquer necessidade coletiva essencial. O acórdão tem trechos importantes, que serão abaixo reproduzidos, em razão da sua pertinência em relação ao objeto deste Parecer:

“Nem se diga que o transporte fluvial é dos serviços que integram os fins do Estado.

O Prof. RUY CIRNE LIMA, quanto ao conceito de serviço público foi preciso: ‘serviço público é todo serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, por isso mesmo tem que ser prestado pelos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou por outra pessoa administrativa’ (...)

Não é o que se passa, no caso, com o transporte fluvial.

Não é ‘indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social’ (DUGUIT).

Não é existencial para a sociedade.

Existenciais e indispensáveis ‘à realização e ao desenvolvimento da interdependência social’ são os serviços públicos ditos essenciais. (...)

A União não tem a obrigação constitucional, legal nem contratual de oferecer os serviços”.

Ora, é evidente que o transporte *coletivo* de passageiros constitui serviço público – não só por expressa determinação constitucional (art 30, V, CF) – como também pelo seu indiscutível caráter essencial para a coletividade. Mas será que o mesmo pode ser dito do transporte *individual* de passageiros? Será que o poder público tem *obrigação* de assegurar acesso a carro com motorista para o transporte individual de cada cidadão? O tema será retomado mais à frente, mas a resposta não parece muito difícil...

3.3. Livre empresa, inovação e ausência de regulamentação da atividade econômica

⁵⁴STF, 2ª Turma, RE 220.999-7, Rel. p/ ac. Min. Nelson Jobim, DJ 24/11/2000.

Antes de passar ao exame da legislação sobre o transporte individual de passageiros, é conveniente firmar outra premissa importante: a ausência de regulamentação de determinada atividade econômica em sentido estrito **não** importa em vedação ao seu exercício, mas em possibilidade de atuação do particular. É o que decorre do princípio da livre empresa, consagrado no art. 170, Parágrafo único, da Constituição, 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*”.

O princípio em questão projeta, no âmbito da atividade econômica, a norma geral sobre a conduta dos particulares que vigora nas sociedades democráticas, e que se baseia no respeito à liberdade: é lícito fazer tudo aquilo que não seja proibido pelas normas vigentes.

Existe uma sensível diferença entre a forma de vinculação do Estado e dos particulares perante as normas jurídicas, que também vale no âmbito da atividade econômica: o primeiro se acha positivamente vinculado à ordem jurídica,⁵⁵ e só pode fazer o que essa lhe impõe ou autoriza, enquanto os segundos são negativamente vinculados às leis, podendo atuar com plena liberdade, sempre que inexista vedação ou imposição legal de determinada conduta.⁵⁶ Esta diferença tem fundamento político-filosófico na compreensão de que, no Estado de Direito, os poderes públicos devem ser limitados, em prol da garantia dos direitos fundamentais, mas os particulares devem ser tratados como intrinsecamente livres.

Essa liberdade do particular se torna ainda mais relevante no campo da inovação. Sabe-se que a existência de um arcabouço normativo e institucional favorável é vital

⁵⁵ Na contemporaneidade, a vinculação estatal à ordem jurídica é melhor captada pela ideia de *juridicidade* do que pela de *legalidade*, pois o primeiro termo expressa melhor a noção de que os poderes públicos são vinculados positivamente não apenas às leis formais, como também ao ordenamento jurídico como um todo, especialmente à Constituição e a seus princípios. Veja-se, a propósito, Gustavo Binbenojm. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 137 ss.

⁵⁶ É clássica, nessa matéria, a citação de Guido Zanobini: “*o indivíduo pode fazer tudo o que não lhe é expressamente vedado, ao passo que a Administração pode fazer apenas o que a lei expressamente lhe consente*” (“*L’Attività Legislativa e la Legge*”). In: *Scritti Vari di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1955, pp. 206-207)

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

para estimular a inovação na sociedade, sem a qual não há progresso.⁵⁷ A proteção e estímulo à inovação é, aliás, um traço característico do Marco Civil da Internet⁵⁸ – ao qual se sujeita a atividade da Consulente, cujo negócio se dá no âmbito digital. Nesse sentido, o art. 2º, inciso IV, da Lei 12.965/2014 estabelece como fundamento do marco civil “a livre iniciativa e livre concorrência”; o seu art. 3º, inciso VIII, fixa como princípio “a liberdade de modelos de negócios promovidos na internet”; e o art. 4º, inciso III, define como objetivo “a promoção da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e novos modelos de uso e acesso”. Ora, condicionar a possibilidade do particular de inovar à existência de prévia regulamentação estatal da sua atividade não é apenas inconstitucional.⁵⁹ É também *desastroso*, sob a perspectiva do desenvolvimento social, por asfixiar de modo intolerável a capacidade de inovação dos agentes econômicos, em detrimento de toda a sociedade.

É certo que a lei pode impor limitações ao exercício da atividade empresarial, desde que sejam proporcionais e não restrinjam em demasia a livre iniciativa e a livre concorrência. Tais normas restritivas devem se voltar à proteção de objetivos legítimos – dentre os quais certamente não figura a defesa corporativa de segmentos econômicos prejudicados pela concorrência. Ademais, para que qualquer medida cerceadora da atuação da iniciativa privada na ordem econômica seja válida, ela tem de ser editada pelo ente federativo competente, e se mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade,⁶⁰ na sua tríplice dimensão⁶¹: deve ser *adequada* para os fins a que se

⁵⁷ Cf. Richard Stewart. “Regulation, Innovation and Administrated Law: A Conceptual Framework”. *California Law Review*, v. 69, 1981, pp. 1256 ss; Robert Cooter. “Direito, Desenvolvimento: inovação, informação e pobreza das nações”. In: Luciano Bennetti Timm e Pedro Paranaguá (Orgs.). *Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2009, pp. 9- 34.

⁵⁸ Ronaldo Lemos. “O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil”. In: George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 3-11.

⁵⁹ Ressalte-se, porém, que em certas atividades especialmente lesivas ao meio ambiente e à saúde humana – certamente não é esse o caso da Consulente – os princípios ambientais da prevenção e da precaução impõem matizações e temperamentos em relação ao princípio da livre empresa.

⁶⁰ Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na análise de normas restritivas à livre concorrência, veja-se Eduardo Ferreira Jordão. *Restrições Regulatórias à Concorrência*. *Op. cit.*, pp. 63-80

⁶¹ Sobre o princípio da proporcionalidade e os subprincípios em que se desdobra, veja-se Gilmar Ferreira Mendes. “A proporcionalidade na jurisprudência do STF”. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, pp. 67-84; Suzana Toledo de Barros. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 324-383.

destina; *necessária* para o atingimento dos referidos fins, o que decorre da inexistência de mecanismos mais brandos para que sejam alcançados os resultados pretendidos; e *proporcional em sentido estrito*, por propiciar benefícios que superem, sob o ângulo dos valores constitucionais em jogo, os ônus impostos aos agentes econômicos e à sociedade, que sofrerão os efeitos da restrição imposta.

Assentada mais essa premissa, passa-se, finalmente, à análise da legislação sobre transporte individual de passageiros.

4. Transporte individual de passageiros como atividade econômica *stricto sensu*: interpretação da legislação vigente, restrições regulatórias e competência legislativa

4.1 A interpretação constitucionalmente adequada da Lei nº 12.587/2012

A norma básica de regência de transportes urbanos no país é a Lei nº 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da *Política Nacional de Mobilidade Urbana*. A referida lei, ao tratar dos transportes urbanos no seu art. 3º, § 2º, assim dispôs:

“ § 2º. Os serviços de transporte urbano são classificados:

I- quanto ao objeto:

a) de passageiros;

b) de cargas;

II- quanto à característica do serviço:

a) coletivo

b) individual;

III- quanto à natureza do serviço:

a) público

b) privado.”

Portanto, a mencionada lei, além de aludir ao serviço de transporte individual de passageiros de natureza *pública* (art. 3º, § 2º, inciso I, “a”, c/c incisos II, “b”, e III, “a”)

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

também contém referência *expressa* ao serviço de transporte individual de passageiros de natureza *privada* (art. 3º, § 2º, inciso I, “a”, c/c incisos II, “b”, e III, “b”).

É verdade que o art. 4º da Lei nº 12.587/2012 aludiu ao transporte *público* individual de passageiros (inciso VIII)⁶², mas não contém referência à sua modalidade privada.⁶³ Isso, porém, **não** significa que o legislador tenha deixado de reconhecer essa última modalidade. É que o artigo 4º, como consta no seu *caput*, estabelece definições “*para os fins*” da aplicação da Lei nº 12.587/2012. Como a referida lei apenas previu o transporte privado individual de passageiros, mas não o regulou – ao contrário do que fez com o público – o legislador deve ter considerado desnecessário definir o primeiro.

É certo que o transporte *público* individual de passageiros é atividade privativa dos taxistas, nos termos do art. 2º da Lei nº 12.468, que regulamentou a profissão de taxista, e que reza:

“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, no máximo, de 7 (sete) passageiros.” (grifei)

Contudo, não se concedeu aos taxistas o monopólio no exercício de *toda* a atividade de transporte individual de passageiros – que compreende as modalidades pública e privada. O transporte individual *privado* de passageiros, previsto na Lei nº 12.587 – atividade desempenhada pelos motoristas parceiros da UBER – não foi, nem poderia ter sido, retirado pelo legislador do âmbito da livre iniciativa e livre concorrência.

A Lei nº 12.587 não é um primor de clareza e de técnica legislativa. Mas do seu art. 12 se infere claramente que o transporte público individual de passageiros é a

⁶² O referido preceito define o transporte público individual de passageiros como “*serviço remunerado de transporte de passageiro aberto ao público, por intermédio de veículo de aluguel, para a realização de viagens individualizadas*”. O conceito não se estende ao serviço prestado pelos motoristas credenciados pela UBER, pois não pode ser considerado “aberto ao público” o transporte que só possa ser realizado para consumidores previamente cadastrados junto a uma empresa privada.

⁶³ Há, porém, alusão na lei ao “*transporte motorizado privado*” (art. 4º, inciso X), em que o serviço de transporte individual privado de passageiros se enquadra. O instituto é assim definido pelo legislador: “*meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares*”.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

atividade desempenhada pelos taxistas. Quando a lei foi editada, o referido preceito tinha a seguinte redação:

“Art. 12. 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 higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas.”

Dito preceito legal foi alterado pela Lei nº 12.865/2013, que também acrescentou o art. 12-A, e respectivos parágrafos, à Lei nº 12.587/2012. Confira-se a redação dos mencionados dispositivos:

“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, de qualidade de serviços, de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas.

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.

§1. É permitida a transferência da outorga a terceiros que atendam aos requisitos exigidos pelo poder público local.

§ 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).

§ 3º. As transferências de que tratam os §§ 1º e 2º dar-se-ão pelo prazo de outorga e são condicionadas à prévia anuência do poder público municipal e ao atendimento dos requisitos fixados para a outorga.”

A evolução legislativa evidencia que, ao tratar do transporte **público** individual de passageiros, o legislador mirou os serviços de táxi. Mas demonstra,

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

também, que, até pela nova ótica do legislador, o serviço de táxi não configura propriamente serviço público, mas sim de *serviço de utilidade pública*, que são institutos diferentes. O serviço público, como visto, é titularizado pelo Estado, mas pode ser eventualmente prestado por particulares, mediante concessão ou permissão, sempre precedidas de licitação pública, nos termos do art. 175 da Constituição. Já o serviço de utilidade pública se enquadra no campo da *atividade econômica*, mas se sujeita a intensa regulação e fiscalização estatal, em razão do interesse público inerente à sua prestação. Os serviços de utilidade pública, nas palavras de Alexandre dos Santos Aragão, “*são atividades da iniciativa privada para as quais a lei, face à sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades ou assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo ainda a sua contínua sujeição à regulação do poder público autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial*”.⁶⁴

Vale destacar que, muito antes da inovação legislativa, Celso Antônio Bandeira de Mello já ressaltara que não há serviço público prestado pelos táxis, mas serviço de utilidade pública, inserido no âmbito da iniciativa privada:

“(...) 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.”*⁶⁵

⁶⁴ Alexandre dos Santos Aragão. *Direito dos Serviços Públicos*. Op. cit., pp. 191-192.

⁶⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. “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, pp. 216-217.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A conclusão não poderia ser diferente. É que, como se demonstrou no item 3.2 deste Parecer, há dois critérios relevantes para a caracterização do serviço público: o regime jurídico e a natureza da atividade. Nenhum dos dois é compatível com o enquadramento da atividade de transporte individual de passageiros como serviço público.

Quanto ao regime jurídico, não há prévia licitação, seguida de concessão ou permissão aos taxistas, como impõe a Constituição para os serviços públicos (art. 175, CF). Não bastasse, o título que enseja o exercício da atividade em questão pode ser alienado ou transmitido *causa mortis* (art. 12-A, §§ 1º e 2º da Lei nº 12.587/2012), o que é absolutamente inconciliável com a lógica do serviço público. O prestador do serviço – o taxista – não é obrigado a assegurar a sua continuidade: nada o impede de deixar o seu táxi parado, por longos períodos, se assim preferir. Não há, por outro lado, o “*inescusável dever do Estado de prestá-lo (o serviço de transporte individual de passageiros) ou promover-lhe a prestação*”⁶⁶ – fator que o STF reputou essencial para a caracterização do serviço público no julgamento do RE 220.999-7, no trecho acima reproduzido.

No aspecto material, é evidente que que o transporte individual de passageiros – seja o público, seja o privado – não tem a nota da essencialidade, que o STF reputou essencial na decisão proferida no RE 220.999-7. É fundamental assegurar a todos o acesso ao transporte, mas a universalização almejada é do transporte *coletivo*, e não do *individual*. Este último consiste em atividade que, pelo seu custo, tem como público alvo a parcela mais bem aquinhoadada da população. Como observou ironicamente Floriano de Azevedo Marques Neto, “*seria risível um programa ‘taxi para todos’ ou o subsídio nas tarifas do transporte individual*”.⁶⁷

Portanto, conclui-se que não há, na legislação de regência, a publicização do transporte individual de passageiro, que permanece, na sua totalidade, no âmbito da *atividade econômica em sentido estrito*. O transporte individual de passageiros compõe-se, de todo modo, de duas modalidades: a “*pública*”, que configura serviço de utilidade pública, sujeita assim a intensa regulação estatal, e que é prestada de modo privativo

⁶⁶ A expressão é de Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. *Op. cit.*, p. 601.

⁶⁷ Floriano de Azevedo Marques Neto. “O Estado contra o mercado: Uber e o consumidor”, publicado em 11/06/2015, disponível em www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI221670,91041-Estado+contra+mercado+uber+e+o+consumidor.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

pelos táxis; e a *privada*, prevista na lei, que não foi ainda regulamentada – o que, pelo princípio da livre empresa (art. 170, Parágrafo único) não impede a sua prestação pelos particulares interessados em fazê-lo.

Porém, ainda que se entenda que o transporte público individual de passageiros prestado pelos táxis corresponde a um autêntico serviço público, isso não impede que se reconheça a sua coexistência com a atividade econômica, ainda não regulamentada, de transporte privado individual de passageiros. Num ou noutro caso, tem-se um cenário de *assimetria regulatória*, fenômeno comum no Direito Econômico contemporâneo, que ocorre no país em diversas outras áreas, como a dos portos, telefonia e energia elétrica, em que há regimes jurídicos distintos aplicáveis aos prestadores de setores diferentes de determinada atividade econômica em sentido amplo.⁶⁸

Pode-se até entender que os preceitos da Lei nº 12.587/2012 comportam outra exegese, diferente da que foi acima sustentada, que não abre espaço para o exercício da atividade de transporte individual privado de passageiros. Nesse caso, porém, será necessário recordar e aplicar à espécie o que foi exhaustivamente discutido no início deste parecer: os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são vetores fundamentais de interpretação das normas que disciplinam as atividades econômicas – seja as que definem o seu regime, seja as que demarcam as fronteiras entre atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos.

Ora, uma interpretação da Lei nº 12.587/2012 que não reconhecesse à iniciativa privada a faculdade de levar aos consumidores alternativas para o transporte individual de passageiros se afastaria das referidas diretrizes hermenêuticas vinculantes, violando gravemente os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Portanto, impõe-se, até por força do *princípio da interpretação conforme à Constituição*, a adoção da exegese da Lei nº 12.587/2012 acima sustentada, que preserva a possibilidade do exercício de atividades econômicas como a da UBER e dos seus motoristas parceiros. Isso ficará ainda mais claro após a leitura do próximo item.

4.2. A debilidade dos argumentos em favor da proibição dos serviços da Uber e de seus motoristas parceiros

⁶⁸ Cf. Vitor Rhein Schirato. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. *Op. cit.*, pp. 288-293; Alexandre dos Santos Aragão. *Direito dos Serviços Públicos*. *Op. cit.*, pp. 434-435.

As atividades da Consulente e de seus motoristas credenciados se sujeitam à regulação estatal, como todas as demais atividades econômicas desenvolvidas no país. Como já se demonstrou, antes que advenha essa eventual disciplina, o exercício das atividades é plenamente lícito, à luz do princípio da livre empresa (art. 170, Parágrafo único) e independe de qualquer autorização ou licença estatal. Neste item, pretendo demonstrar como são frágeis os argumentos substantivos contrários ao funcionamento das atividades de transporte individual privado de passageiros relacionadas a UBER.

Não há dúvida de que as atividades em questão podem causar impactos econômicos negativos sobre os prestadores de serviço de táxi, que, por força da legítima competição pelo mercado consumidor, podem vir a perder parte da sua clientela. Ocorre que, como já ressaltado, a ampliação da concorrência tende a ser benéfica ao consumidor, e a tentativa de criação de reserva de mercado para os taxistas – que lembra a lógica pré-moderna das corporações de ofício, abolidas com a Revolução Francesa – não se afigura fundamento legítimo para a restrição à concorrência e à livre iniciativa.

É importante ressaltar este ponto, pelo elevado risco de “captura”⁶⁹ do legislador e das autoridades públicas pelos interesses dos donos de frotas de táxis e taxistas, que têm grande poder de mobilização e de pressão política, e têm conseguido empregá-los contra o interesse de toda a sociedade, que milita em favor da existência de maior concorrência no setor de transporte individual de passageiros.

Registre-se que o STF já assentou que interesses meramente corporativos não justificam a imposição de restrições à liberdade profissional – também em jogo no presente caso, no que concerne aos motoristas parceiros da UBER – em raciocínio que é igualmente aplicável à liberdade de iniciativa econômica. Em decisão proferida ainda

⁶⁹Eduardo Ferreira Jordão assim resumiu as causas do sucesso das pressões lobistas dos agentes econômicos sobre os entes reguladores, que explicariam a criação e implementação de muitas restrições à concorrência francamente contrárias ao interesse público: “*Em primeiro lugar, interesses compactos e organizados tendem a prevalecer sobre interesses difusos, tendo em vista o menor custo da sua mobilização. Isto importa uma tendência a que os interesses das empresas reguladas prevaleçam sobre aqueles dos consumidores na ‘competição pela regulação’.* Em segundo lugar, tomada a regulação como um bem adquirível no mercado político, há uma tendência a que ela seja obtida pelo grupo que a valorar mais intensamente – e este é o caso das empresas reguladas, afetadas de modo geralmente mais intenso e concentrado pelas políticas regulatórias do que a massa dos consumidores” (*Restrições Regulatórias à Concorrência. Op. cit.*, pp. 84-85). O texto clássico sobre esta matéria da captura dos reguladores é de George J. Stigler. “The Theory of Economic Regulation”. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, nº 1, 1971, pp. 2-21).

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

em 1970, o STF invalidou a regulamentação do exercício da profissão de corretor de imóveis, sob o fundamento de que o seu objetivo não era proteger o interesse público, mas tão somente beneficiar os corretores já registrados, o que chegou a ser comparado a uma tentativa de ressurreição das corporações de ofício pré-revolucionárias:

“Não se justifica, assim que, com fundamento em que a atividade se acha regulamentada em lei (...), possa o art. 7º referido permitir que, realizado o serviço lícito, comum, o beneficiário desse serviço esteja livre de pagar remuneração, porque esta se reserva aos membros de um determinado grupo de pessoas. Admitir a legitimidade dessas regulamentações seria destruir a liberdade profissional no Brasil. Toda e qualquer profissão, por vulgar que fosse, poderia ser regulamentada, para que a exercessem somente os que obtivessem atestação de órgãos da mesma classe. E ressuscitadas, à sombra dessas regulamentações, estariam as corporações de ofício, nulificando inteiramente o princípio da liberdade profissional.”⁷⁰

Mais recentemente, em decisão que afastou a exigência legal de inscrição dos músicos na Ordem dos Músicos do Brasil, a Suprema Corte reiterou o ponto:

*“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.”⁷¹ (grifei)*

Por outro lado, alguns dos argumentos muitas vezes empregados para justificar as chamadas “regulações de entrada”⁷² são absolutamente impertinentes ao “caso Uber”.

⁷⁰ STF, Pleno, RE 65.968, Rel. Min. Amaral Santos, julgado em 04/03/1970.

⁷¹ STF, Pleno, RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 10/10/2011.

⁷² Nas palavras de Carlos Emmanuel Jopert Ragazzo, a regulação de entrada “*consiste alternativa ou cumulativamente em limites com relação ao número de agentes econômicos em determinado mercado, bem como em requisitos mínimos para a respectiva entrada e permanência*” (*Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 150).

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A hipótese não é, evidentemente, de “monopólio natural”⁷³, pois o mercado de transporte individual de passageiros comporta facilmente a atuação de muitos agentes, de maneira competitiva.

Não se trata, tampouco, de situação em que a limitação à concorrência possa ser justificada pelo objetivo de promoção da universalização do serviço, pela via de subsídios cruzados.⁷⁴ Nesses casos, restrições concorrenciais podem ser legítimas, visando a evitar que novos competidores, atuando apenas na parte economicamente mais atrativa do setor – o que é comumente designado como *cream skimming* –, acabem comprometendo a equação econômica que permite ao prestador original o oferecimento de subsídios cruzados aos mais desfavorecidos, ou aos setores deficitários da atividade, visando à universalização do serviço. Porém, a hipótese é claramente inaplicável, já que não se pretende universalizar o transporte individual de passageiros, nem tampouco se 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 inóspitas.

Outra justificativa para a regulação é a assimetria de informações.⁷⁵ O consumidor, com muita frequência, não tem acesso às informações necessárias para fazer as suas escolhas conscientes sobre serviços e produtos, o que justifica a regulação estatal para exigir a disponibilização dessas informações ou para suprir a sua falta de outro modo. As licenças concedidas a motoristas de taxi, historicamente, serviram também a esse fim: os passageiros não conheciam os motoristas, mas supunha-se que poderiam confiar nos que detivessem a autorização estatal, pois estes, hipoteticamente, reuniriam os requisitos para prestação do serviço a contento. Porém, a inovação tecnológica trazida pela UBER propiciou a criação de mecanismo muito mais eficaz

⁷³ O monopólio natural não é uma criação legal, nem o resultado de uma prática lesiva à concorrência, mas um conceito econômico, que pode ter utilidade jurídica. Ele ocorre quando o custo da atividade econômica se torna muito maior quando se busca promover a concorrência, o que a torna economicamente inviável. Nesse cenário, não se justifica a instauração da competição no mercado, pois ela pode gerar aumento nos preços e se revelar prejudicial ao próprio consumidor. Um exemplo tradicional é o do transporte ferroviário, em que a duplicação das ferrovias tende a acarretar custos exorbitantes e injustificáveis para os prestadores, que acabam sendo repassados aos consumidores. Veja-se, a propósito, Paul Wonnacott e Ronald Wonnacott. *Economia*. Trad. Celso Seji Gondo et alli. 2ª ed. São Paulo: Pearson, 2004, pp. 584-600.

⁷⁴ Veja-se, a propósito, Carlos Carlos Emmanuel Jopert Ragazzo. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Op. cit., p.152; Diogo R. Coutinho. “A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa para a regulação”. In: Calixto Salomão Filho (Coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 76.

⁷⁵ Cf. Cass Sunstein. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, pp. 52-53.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

para a superação da assimetria de informações do que os mecanismos vigentes da burocracia estatal, que vêm se revelando cada vez mais falhos.

No modelo UBER, o passageiro tem acesso de antemão ao nome e à foto do motorista, sabe o modelo e a placa do carro que o transportará, e pode visualizar as avaliações do condutor realizadas pelos passageiros anteriores, que são disponibilizadas no aplicativo. Tem conhecimento também da rota que será seguida, além de estimativas do preço do serviço, do tempo de espera para a chegada do veículo e da duração da viagem. Portanto, o consumidor tem acesso a uma gama muito mais completa e confiável de informações do que a propiciada pelos mecanismos regulatórios hoje vigentes para o serviço de táxi. O ponto foi destacado, com propriedade, pela Comisión Federal de Competencia Económica do México – órgão que atua na defesa da concorrência daquele país, que assinalou:

“El uso de esta tecnología se há constituido 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.”⁷⁶

Finalmente, cabe refutar o argumento de que os motoristas credenciados pela Consulente violariam a legislação ou praticariam concorrência desleal, por não se submeterem aos requisitos impostos nas normas vigentes aos taxistas e seus veículos. O argumento não se sustenta. Reitere-se que o serviço prestado pelos motoristas parceiros da UBER não configura transporte individual *público* de passageiros – como são os táxis – mas modalidade *privada* de transporte. Por isso não deve, evidentemente, estar sujeito aos mesmos regramentos impostos aos táxis, que têm natureza jurídica diversa.

A submissão às mesmas regras impostas aos táxis desnaturaria a inovação proporcionada pelo novo serviço e frustraria o direito de escolha dos consumidores. Com efeito, a homogeneização regulatória retiraria dos passageiros a possibilidade de

⁷⁶ Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, Opinión OPN-008-2015, de 4/06/2015.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

optar entre os táxis e outra alternativa de transporte individual, pois a suposta alternativa tornar-se-ia idêntica à opção original. Em outras palavras, para combater uma suposta concorrência desleal, frustrar-se-ia exatamente o objetivo principal da proteção à concorrência: a garantia da liberdade de escolha do cidadão.

De resto, é comum a disputa por mercado travada por agentes de natureza diversa, submetidos a regimes jurídicos distintos. A TV por assinatura compete com a TV aberta e elas estão sujeitas a regramentos jurídicos diferentes. O ônibus disputa com o metrô, o transporte aéreo com o rodoviário, a venda de CDs compete com os serviços de *streaming* de músicas. A diversidade é favorável e não prejudicial à concorrência, na medida que amplia o leque de opções do consumidor, e com isso o empodera no mercado e na sociedade.

Todas estas considerações não infirmam a legitimidade da regulação estatal do serviço prestado pela UBER e pelos motoristas que credencia. Mas demonstram que não há razão substantiva plausível para eliminar essa alternativa de transporte do cardápio dos consumidores brasileiros, pela sua explícita proibição ou por regulação tão limitativa que impeça, na prática, o funcionamento da atividade.

4.3. (In)competência legislativa dos municípios, estados e distrito federal

As cidades em que opera a Consulente – São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília e Belo Horizonte – possuem, todas elas, legislação tratando dos serviços de táxi, cuja interpretação, muitas vezes impregnada por uma visão excessivamente corporativista e distanciada de qualquer preocupação com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, tem dado azo a medidas judiciais e administrativas contra as atividades da UBER e de seus motoristas credenciados. Mais do que isso, nessas localidades há forte pressão sobre o Poder Legislativo, exercida pelas corporações ligadas aos taxistas e donos de frotas de táxi, no sentido da criação de proibições ou restrições praticamente cabais às atividades econômicas concorrentes, como as exercidas pela Consulente e por seus motoristas parceiros. No momento em que se finaliza este Parecer, há projetos de lei nessa linha em fase avançada de tramitação em São Paulo e no Distrito Federal. Por isso, assume relevo a discussão

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

sobre as competências federativas para a disciplina do transporte individual de passageiros.

De acordo com o art. 22, inciso XI, da Constituição, “*compete privativamente à União Federal legislar sobre trânsito e transporte*”. A competência legislativa privativa da União é também prevista nos incisos IV e IX do mesmo artigo, para tratar, respectivamente, de “*informática*” e de “*diretrizes da política nacional de transportes*”.

A atividade da Consulente, descrita no item 1 do Parecer, se liga à informática e a de seus motoristas parceiros ao transporte: como já destacado, a UBER criou e mantém uma plataforma digital que viabiliza uma eficiente conexão entre consumidores e motoristas profissionais. A atividade dos referidos motoristas é a prestação de um serviço privado de transporte individual de passageiros. Portanto, são matérias que se inserem indiscutivelmente no âmbito da competência legislativa *privativa* da União. Afinal, chega a ser acianada a afirmação de que a disciplina do *transporte* individual de passageiros é matéria atinente a *transportes*.

Explanando a competência privativa da União para legislar sobre transportes, Luís Roberto Barroso averbou:

“Tal como ocorre nos exemplos citados das normas de direito civil e penal, a competência legislativa ampla em matéria de transporte não diz respeito apenas à União como ente central. Muito ao revés, o tema afeta a todos os entes federativos e à população de um modo geral, assumindo caráter claramente nacional.

De fato, imaginar as competências da União na matéria como algo diverso de competências nacionais não faria sequer sentido. O ente central não tem uma população ou um território autônomos e o transporte, referido nos dispositivos transcritos, será realizado no território de diferentes Estados e Municípios.”⁷⁷

As competências legislativas *privativas* da União – seja mais uma vez escusada a redundância –, exatamente porque *privativas*, excluem a de todos os demais entes federativos para tratamento das mesmas matérias, ressalvada apenas a possibilidade de delegação aos Estados, por lei complementar, da faculdade de disciplinarem questões

⁷⁷ Luís Roberto Barroso. “Federação, Transportes e Meio Ambiente: interpretação das competências federativas”. In: André Ramos Tavares, George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet (Orgs.). *Estado Constitucional e Organização do Poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 492-493.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

específicas dentre as arroladas no art. 22 da Constituição, nos termos do Parágrafo único do mesmo preceito constitucional. Assim, tais competências privativas afastam as competências não enumeradas atribuídas aos municípios e Distrito Federal⁷⁸, 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). Nessa linha, tem decidido o STF:

*“A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição de competências, atribui à União ou aos Estados. O legislador constituinte, em matéria de legislação sobre seguros, sequer conferiu competência comum ou concorrente aos Estados ou aos Municípios”.*⁷⁹

*“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 Estados.”*⁸⁰

“- 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 artigo 30, com base na expressão vaga aí constante ‘no que couber’, se possa exercer para a suplementação dessa legislação da competência privativa da União.”*⁸¹ (grifei)

⁷⁸Nos termos do art. 32, § 1º, da Constituição, o Distrito Federal reúne as competências dos estados e municípios.

⁷⁹STF. 2ª Turma, RE 313.060-9, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24/02/2006.

⁸⁰STF. 1ª Turma, Ag. Reg. no RE com Ag. 668.285, Rel. Min. Rosa Weber, julg. 27/05/2014.

⁸¹STF. Plenário, RE 227.384-8, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 09/08/2002.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ressalte-se que a nossa Suprema Corte vem proferindo reiteradas decisões invalidando atos normativos de outros entes federativos por desrespeito à competência legislativa privativa da União para legislar sobre trânsito e transportes. Nesse sentido, *e.g.*:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 6457/1993, do Estado da Bahia. 2. Obrigatoriedade de instalação de cinto de segurança em veículos de transporte coletivo. Matéria relacionada a trânsito e transporte. Competência exclusiva da União (CF, art. 22, XI). 3. Inexistência de lei complementar para autorizar os Estados a legislar sobre a questão específica, nos termos do art. 22, parágrafo único, da Constituição Federal. 4. Ação direta julgada procedente.”⁸²

“I- Legislação sobre trânsito: competência privativa federal: CF, art. 22, XI.

II- Lei 11.766, de 1997, do Estado do Paraná, que torna obrigatório a qualquer veículo automotor transitar permanentemente com os faróis acesos nas rodovias do Estado do Paraná, impondo a pena de multa aos que descumprirem o preceito legal: inconstitucionalidade, porque a questão diz respeito a trânsito.”⁸³

“1. É da competência exclusiva da União legislar sobre trânsito e transporte, sendo necessária expressa autorização em lei complementar para que a unidade federada possa exercer tal atribuição (CF, artigo 22, inciso XI e parágrafo único).

2. Inconstitucional a norma ordinária estadual que autoriza a exploração de serviços de transporte remunerado de passageiros realizado por motocicletas, espécie de veículo de aluguel que não se acha contemplado no Código Nacional de Trânsito.”^{84 85}

⁸² STF. Plenário, ADI 874, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 28/02/2011.

⁸³ STF. Plenário, ADI 3055, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 03/02/2006.

⁸⁴ STF. Plenário, ADI 2.606, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07/02/2003.

⁸⁵ Ressalte-se que, sob o ângulo substantivo, há diferenças significativas entre o caso do “mototáxi”, examinado na ADI 2.606, e o dos serviços da UBER e de seus motoristas credenciados. Em primeiro lugar, os serviços de “mototáxi” não tinham qualquer base na legislação federal, ao contrário do que ocorre com os prestados pelos motoristas parceiros da UBER, que, como destacado no item 4.1 do Parecer, se enquadram na atividade de transporte individual privado de passageiros, previsto na Lei nº 12.587/2012. Ademais, os serviços de “mototáxi” suscitavam gravíssimas preocupações atinentes à segurança, devidamente apontadas no acórdão, que não se fazem presentes no transporte por automóvel.

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Nem se diga, finalmente, que a competência legislativa municipal ou distrital para tratar do tema objeto desta Consulta poderia se fundar no art. 30, inciso V, da Constituição, segundo o qual é competência dos municípios “*organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial*”. Em primeiro lugar, porque dita competência é de *natureza material*, e não de cunho legislativo, não conflitando assim com o disposto no art. 22, inciso XI, da Constituição.

Ademais, como foi exaustivamente demonstrado no item 4.1, *supra*, o transporte *individual* de passageiros não configura serviço público, mas atividade econômica em sentido estrito. Mas, mesmo para os que entenderem que o transporte *individual público* de passageiros – correspondente ao serviço de táxi – se qualifica como serviço público, certamente isso não vale para o transporte *individual privado*, no qual se enquadram as atividades da UBER e de seus motoristas parceiros.

Assim, pode-se concluir que os municípios e o Distrito Federal – e o mesmo vale para os Estados – **não** detêm competência legislativa para disciplinar as atividades econômicas exercitadas pela Consulente e por seus motoristas credenciados. Dita competência é titularizada privativamente pela União Federal, nos termos do art. 22, inciso XI, da Constituição.

5. Respostas aos Quesitos

Diante do que foi exposto, passo a responder sinteticamente aos quesitos formulados pela Consulente:

(a) *As atividades desempenhadas pelos motoristas parceiros da UBER se enquadram no conceito de “transporte público individual de passageiros”, prevista no art. 4º, inciso VIII, da Lei nº 12.587/2012, ou constituem hipótese de “transporte individual privado de passageiros”, contemplada no art. 3º, § 2º, inciso I, “a”, c/c inciso II, “b” e inciso III, “b”, da referida lei?*

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

As atividades em questão configuram transporte individual **privado** de passageiros, que não é privativa dos motoristas de táxi. Tal interpretação, perfeitamente amparada pelo texto legal, é a única que se concilia com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que são vetores que devem ser empregados na exegese de toda a legislação que disciplina as atividades econômicas no país. Interpretação contrária importaria na criação de monopólio do transporte individual de passageiros em favor dos táxis, o que ofenderia os referidos princípios constitucionais. Assim, o postulado hermenêutico da interpretação conforme à Constituição impõe que se adote a exegese que mantém abertas outras possibilidades de prestação de serviço de transporte individual de passageiros além do táxi, em proveito, acima de tudo, da liberdade de escolha da população.

(b) O transporte individual de passageiros no Brasil configura serviço público, ou se trata de atividade econômica “stricto sensu”?

O transporte individual de passageiros não é serviço público, mas atividade econômica em sentido estrito. Ele se desdobra em duas modalidades: o transporte público individual de passageiros, e o transporte privado individual de passageiros. O primeiro configura serviço de utilidade pública, que, conquanto pertencente à esfera da atividade econômica *stricto sensu*, se sujeita à intensa regulação estatal. O segundo é atividade econômica comum, também sujeita à regulação estatal, embora em menor intensidade.

O transporte individual de passageiros, em qualquer das suas modalidades, não se qualifica como serviço público, seja porque não possui o seu regime jurídico característico, seja porque não visa a suprir uma necessidade essencial, cujo atendimento mereça ser universalizado, diferentemente do que ocorre com o serviço de transporte *coletivo* de passageiros.

(c) As atividades da Consulente e dos seus motoristas parceiros dependem de prévia regulamentação e/ou autorização para que possam ser validamente exercidas no país?

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Não. Pelo princípio da livre empresa (art. 170, Parágrafo único, CF), a falta de regulamentação de uma atividade econômica não a torna ilícita, não impedindo o seu exercício. Ademais, em razão do referido princípio, o exercício de atividade econômica em sentido estrito, como a desempenhada pela Consulente e pelos seus motoristas credenciados, não depende de prévia licença ou autorização estatal, até o eventual advento de regulamentação estatal que disponha em sentido contrário.

(d) *O legislador infraconstitucional de qualquer dos entes federativos pode converter toda a atividade de transporte individual de passageiros em serviço público, ou se valer de restrições regulatórias que impeçam, que particulares compitam, nesta área, com os serviços de táxi?*

Não. Em primeiro lugar, apenas a União Federal pode disciplinar a atividade de transporte individual de passageiros, em razão da sua *competência privativa* para legislar sobre transportes (art. 22, XI, CF).

Ademais, o legislador não desfruta de liberdade irrestrita para instituir serviços públicos, pois, não fosse assim, ele poderia instituir novos monopólios e suprimir a iniciativa privada ao seu talante, passando por cima dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Daí porque, e na linha da jurisprudência do STF, a criação de serviços públicos além daqueles já previstos na Constituição só é legítima se eles se voltarem ao atendimento de necessidades essenciais da população. Não é o caso do transporte individual de passageiros, que, pela sua própria natureza, não apresenta vocação para a universalização, ao contrário do transporte coletivo. Por isso, nem mesmo o legislador federal pode converter em serviço público toda a atividade de transporte individual de passageiros.

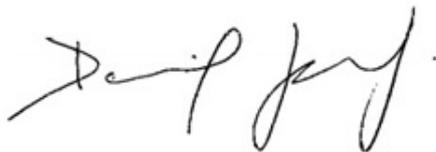
É possível e legítima a regulação estatal dessa atividade, mas as restrições devem ser proporcionais, visando sempre à salvaguarda do interesse público, e jamais à garantia de uma reserva de mercado para uma corporação, à moda do *Ancien Régime*, o que não se compatibilizaria com a nossa ordem constitucional republicana.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2015

PROFESSOR DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL | FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Daniel Sarmento', with a stylized and cursive script.

Daniel Sarmento

**Professor de Direito Constitucional da UERJ
Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ
Pós-doutor pela Yale Law School**