



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Estado Regulador e Defesa da Concorrência - a Problemática do Uber

MELINE MAGALHÃES DE MENDONÇA SIQUEIRA SALES

Rio de Janeiro
2016

MELINE MAGALHÃES DE MENDONÇA SIQUEIRA SALES

Estado Regulador e Defesa da Concorrência: a Problemática do Uber

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

ESTADO REGULADOR E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: A PROBLEMÁTICA DO UBER

Meline Magalhães de Mendonça Siqueira Sales

PósGraduada em Direito Administrativo pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Graduada pela Universidade Gama Filho. Advogada.

Resumo: O Uber fornece serviço de transporte individual de passageiros por meio de plataforma tecnológica disponibilizada em smartphones, de forma que estabelece uma conexão entre os motoristas e passageiros para a prestação do serviço, retratando como a dinâmica tecnológica influencia e modifica o mercado. O presente trabalho visa a analisar a inconstitucionalidade da proibição do aplicativo Uber, sob o prisma dos princípios gerais da atividade econômica.; ainda, abordando sua natureza jurídica e a competência para legislar sobre o tema.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito Constitucional. Estado Regulador. Regulação pública da economia. Livre Concorrência. Uber.

Sumário: Introdução. 1. A divergência acerca da natureza jurídica do Uber e a ausência de previsão legal. 2. Competência do município para legislar sobre o tema e o entendimento do STF. 3. A inconstitucionalidade da proibição do Uber à luz da defesa da concorrência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a discutir a legalidade do serviço prestado pelo Uber, bem como a divergência existente sobre sua natureza jurídica, sob o enfoque da regulação econômica exercida pelo Estado, da defesa da concorrência e dos princípios constitucionais.

A dinâmica e a evolução social no campo econômico, bem como a volatilidade das inovações tecnológicas, que oferecem aos consumidores os mais diversos tipos de serviços, trazem novos desafios aos estudiosos no que tange à legalidade dos serviços oferecidos no âmbito da regulação estatal e da defesa da concorrência. A semelhança dos serviços oferecidos pelo Uber com os serviços

oferecidos por táxis enseja a ampla discussão da legalidade do serviço prestado em concorrência com os taxistas.

O Uber é uma empresa multinacional que disponibiliza o serviço de transporte individual por meio de um aplicativo, isto é, uma plataforma destinada a colocar em contato motoristas particulares e potenciais clientes interessados em se deslocarem pelas cidades de forma mais confortável e segura em serviço com semelhanças aos dos táxis; o que ensejou a ampla discussão da legalidade do serviço prestado em concorrência com os taxistas.

O tema vem sendo amplamente discutido pela doutrina e pela jurisprudência, em virtude dos projetos de leis criados para impedir o funcionamento do Uber, mas também de futuras empresas que podem chegar no Brasil trazendo inovações tecnológicas no que se refere ao sistema de transporte individual; apresentando posicionamentos contrários à legalidade da prestação do serviço, sob a ótica da regulação estatal e da defesa da concorrência.

Desta forma, a problemática do Uber vem se tornando assunto central, tanto no cenário do direito administrativo, quanto no cenário social decorrente da ausência de legislação sobre o tema, tendo em vista que a legislação não acompanha as recentes inovações tecnológicas; bem como em razão do debate sobre o tema ser ainda embrionário, fomentando-se no cenário jurídico recentemente face à disponibilidade no Brasil dos serviços prestados pelo Uber.

Inaugura-se o trabalho com a discussão sobre até que ponto, dado o hiato legislativo, ou seja, a ausência de previsão legal para o serviço de transporte de passageiros fornecido pelo Uber, é possível classificar sua natureza jurídica como serviço de transporte público ou serviço de transporte privado.

Em seguida, é abordada a competência do Município para legislar sobre o serviço em análise, sob o enfoque da Constituição Federal e das diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Por fim, demonstra-se no último capítulo que não há elementos econômicos nem jurídicos que justifiquem a proibição de novos prestadores de serviços de transporte individual e que tal proibição restringe o exercício do trabalho, ferindo os princípios da liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

1. A DIVERGÊNCIA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO UBER E A AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

A noção de serviço público e a essencialidade de sua prestação teve origem a partir da segunda geração de direitos fundamentais, estando os direitos sociais incluídos. Tais direitos possuem como cerne prestação positiva a ser implementada pelo Estado efetivando a ideia de isonomia, garantindo condições mínimas e dignas de vida a todos os integrantes da sociedade.

O neoconstitucionalismo que consiste no reconhecimento da força normativa da Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e no desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação, culminou na verticalização constitucional do direito abrangendo todos os ramos da ciência jurídica e na sua aplicação direta às relações jurídicas. Esse fato modificou a relação existente entre a Administração Pública e seus

administrados, impondo deveres positivos e negativos a ambos; além de remodelar a dogmática administrativista.

Dessa forma, a Administração Pública passou a implementar os direitos sociais por meio da prestação positiva dos serviços públicos de forma vinculada ao estabelecido pela Constituição Federal.

Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello¹ delimita o conceito do instituto entendendo por serviço público toda atividade material de titularidade do Estado, que pode ser executada pelo próprio Estado ou por alguém que aja em seu nome, destinada à satisfação do interesse da coletividade e implementação de forma positiva de direitos fundamentais.

Todavia, há que se destacar que nem toda atividade de interesse público poderá ser considerada como serviço público, tendo em vista que deverá haver previsão expressa no texto constitucional ou infralegal para a caracterização do serviço como serviço público, ou seja, serviços somente detêm referida natureza jurídica se esta for atribuída por lei; bem como este deverá atender os princípios da generalidade, essencialidade, continuidade do serviço público e modicidade.

O serviço de transporte individual de passageiros fornecido pelo Uber, apesar de sua relevância social, não possui as características necessárias para a sua configuração como um serviço público. Tal serviço apresenta-se como serviço complementar de transporte direcionado ao público, além de ser desprovido de essencialidade, já que sua paralisação não afeta o sistema de transporte; assim não há se falar em atividade de interesse geral.

¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 671.

Nesse sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho² quanto à distinção dos serviços públicos e os serviços de relevante interesse público:

Como exposto, existem serviços que não são públicos, mas, que atendem a relevantes interesses. Costuma-se utilizar a expressão serviços públicos virtuais e se propôs, acima, a expressão serviços de interesse coletivo. A hipótese abrange os casos de transporte por meio de táxi, profissões regulamentadas, atividades de hotéis, bancos, seguros etc.

Ainda não incidem os princípios da modicidade, pois não é um serviço acessível a todas as classes sociais e da continuidade do serviço, já que não se exige regularidade na prestação desse em relação a horários e locais, de forma que a sua interrupção não causará colapso no sistema de transporte. .

Por fim, o serviço não atende o requisito da generalidade, visto que não há uma disponibilidade genérica do serviço que venha a beneficiar o maior número de pessoas e ser prestado de forma isonômica ao passo que o serviço é disponibilizado por meio de um aplicativo de celular conectado através da internet.

É latente que a internet não é uma realidade no país, quiçá a utilização de serviços por intermédio de aplicativos de aparelho telefônico celular. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se manifestou na ADP 46³ destacando a importância social da Empresa Pública de Correios e Telégrafos na prestação do serviço postal, em que pese à utilização do e-mail como forma de comunicação, ao passo que a internet não é algo acessível a toda população.

Cabe ressaltar que a prestação do serviço de transporte individual não é dever inescusável do Estado, tendo em vista que a Constituição Federal não lhes confere a

²JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.792.

³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 46. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+46%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+46%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b98yep7> >. Acesso em: 06 mar. 2016.

titularidade da prestação do serviço, bem como não há previsão legal neste sentido, como por exemplo, na Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro.

Dessa forma, impõe-se a conclusão pela natureza de atividade privada dos serviços de transporte individual de passageiros prestado pelo Uber, mais precisamente de serviço de interesse econômico geral, seja por não se coadunar com características essenciais dos serviços públicos de interesse geral, seja pelo fato da constituição é lei orgânica não atribuir a tais serviços, no Rio de Janeiro, tal condição.

Insta salientar que ainda que a legislação reconhecesse a atividade prestada pelo taxista como serviço público, essa não exclui a do motorista autônomo, proprietário ou não de veículo, que exerce seu trabalho de forma lícita, assim como da de locação de veículos com motorista, sendo esses contratos típicos regulados pelo direito privado, mais especificamente pelo Código Civil, no capítulo XIV, seções I e II⁴.

Ademais, os Tribunais Superiores já firmaram o entendimento no sentido de que a exploração do serviço de transporte de passageiros em táxi é serviço privado e está condicionada a licença e não a permissão, ao passo que o referido ato administrativo unilateral é editado no exercício de competência vinculada, por meio do qual a Administração Pública formalmente declara terem sido preenchidos os requisitos legais e regulamentares exigidos e constitui o direito de um particular ao exercício de uma profissão ou atividade privada determinadas, observando o Art. 170, § único, Art. 173. Art. 174 e Art. 178, todos da Carta Magna⁵.

O referido entendimento pode ser aplicado analogicamente ao serviço de transporte individual fornecido pelo aplicativo Uber, em razão da essência e da natureza

⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08mar. 2016.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

do serviço prestado comuns, não havendo o que se falar na configuração de serviço público conforme entendimento da melhor doutrina e dos Tribunais Superiores.

Analogicamente, esse é o entendimento jurisprudencial acerca da matéria,

verbis:

RE 359444 / RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO. Relator (a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 24/03/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Os serviços de táxi, além de não preencherem os requisitos de classificação como serviços de interesse geral e, no Município do Rio de Janeiro, ter sido tratado como privado pela própria Lei Orgânica, refletem o exercício de uma profissão regulamentada pela Lei 12.468/11⁶.

Assim, o Supremo Tribunal Federal ressalta que o serviço de transporte individual de táxi somente é uma profissão regulamentada por lei, o que por si só não a enquadra como serviço público, devendo tal entendimento ser aplicado ao serviço oferecido pelo aplicativo Uber. Segue a Corte Constitucional no mesmo sentido:

RE 349.686 / PE – PERNAMBUCO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator (a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento em 14-6-2005. Órgão Julgado: Segunda Turma, DJ de 5-8-2005.

Entendemos que neste ponto a Constituição adotou o termo autorização em sentido de licenciamento prévio, relativizando os princípios constitucionais de livre iniciativa e livre concorrência em razão dos impactos de atividades econômicas privas na vida social. Está é a melhor leitura que se pode adotar tendo em conta a sistemática do artigo que vem tratando da liberdade de iniciativa, livre concorrência, subsidiariedade e abstenção da atuação estatal na econômica. Não podemos confundir a necessidade de ordenamento com a possibilidade de apropriação, pelo poder público, de atividade originariamente privada. Nesse sentido já houve manifestação do STF "O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor."

Portanto, o serviço de transporte individual de passageiros, como o fornecido pelo aplicativo Uber, apesar de sua relevância social, não possui as características necessárias para a sua configuração como um serviço público. Valendo ressaltar que a

⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 46. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+359444%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+359444%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cacw4y4>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

ausência de previsão legal do serviço, por si só, não impede o seu exercício por força do Art. 5º, XIII da Constituição Federal.

2. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE O TEMA E O ENTENDIMENTO DO STF.

A Constituição Federal dispõe expressamente sobre a competência para instituir, regulamentar e fiscalizar determinados serviços públicos, de modo que distribui a competência entre a União, os Estados e os Municípios, respectivamente, em seus artigos 21, 25 e 30.

Ainda no artigo 23 da Carta Magna estão relacionadas as competências comuns, que devem ser analisada sob o prisma da teoria da predominância de interesses, de forma que se o interesse for local caberá a atuação do município, se for regional será competente o Estado terá a competência para e sendo nacional a União será competente o Estado para atuar.

No que se refere à competência, a Constituição Federal preceitua ser competência privativa da União legislar sobre trânsito e transportes, assim como sobre as diretrizes da política nacional de transportes.

Neste sentido, a União possui competência para regular os requisitos gerais que funcionam como parâmetro para as leis municipais, de acordo com o princípio da simetria e da hierarquia das normas.

Nesse condão foi promulgada pela União a Lei federal 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, a fim de gerenciar a crise de mobilidade urbana enfrentada pelas cidades brasileiras, bem como estabelecer conceitos, diretrizes e objetivos para a formulação e normas e políticas públicas sobre o tema.

O artigo 22 da Constituição Federal disciplina a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes da política nacional de transportes, de modo que exerceu sua competência ao promulgar a lei federal 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. A lei federal em questão regulamenta o inciso IX do referido artigo da CRFB/88 e estabelece balizas, tanto para os Estados quanto para os Municípios, sobre a disciplina dos transportes.

O referido diploma legal define, em seu artigo 4º, transporte urbano como "conjunto dos modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana"⁷.

A lei continua no mesmo artigo definindo as diferentes modalidades de transporte urbano. Entre as quais destacar as seguintes:

VI - transporte público coletivo: serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público

VII - transporte privado coletivo: serviço de transporte de passageiros não aberto ao público para a realização de viagens com características operacionais exclusivas para cada linha e demanda

VIII - transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizada

X - transporte motorizado privado: meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares;⁸

Com efeito, o diploma legal não define os serviços de transporte privado individual. Quando esse define “transporte motorizado individual” não se refere a um serviço, mas apenas a um tipo de transporte; isto é, os serviços de transporte oferecidos de forma privativa não são, atualmente, regulados, e por sua vez, justamente por serem privados, não podem ser considerados ilícitos uma vez ausente regulação específica.

⁷BRASIL. Lei n. 12.587, de 03 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

⁸ Ibidem.

Sendo assim, não havendo definição do conceito de serviços de transporte privado particular em qualquer norma no ordenamento jurídico brasileiro e tendo a Lei Nacional de Mobilidade Urbana somente estabelecido o conceito de serviços de transporte público individual, resta clara a distinção entre ambos.

Em que pese a competência do Município para legislar sobre assuntos de interesse local e organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; há que se destacar que os motoristas particulares privados que utilizam a plataforma da Uber para oferecer seus serviços se encontram como modalidade de transporte privado individual.

No que concerne aos Municípios a norma legal federal determinou sobre a competência do Município:

Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas⁹.

Ainda complementou, no art. 12-A, que o serviço de táxi poderá “ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local”. Dessa forma, a competência para legislar sobre transporte privado individual de passageiros não foi conferida aos Municípios.

O Supremo Tribunal Federal já teve, inclusive, a oportunidade de se pronunciar sobre tema similar, afirmando que cabe ao Município legislar sobre transporte público, mas não sobre modalidades de transporte privado individual:

RE 634911 / MG - MINAS GERAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 28/08/2015
[...]A partir do exame do diploma impugnado, nota-se que ele institui e regulamenta o transporte alternativo de passageiros por meio de mototáxi, serviço que poderá ser explorado diretamente pelo Poder Público ou mediante permissão. Ocorre que a jurisprudência deste Supremo Tribunal

⁹ Ibidem.

Federal assentou, em casos análogos ao presente, que é inconstitucional norma ordinária estadual que disponha sobre serviço de mototáxi, por ser competência da União dispor sobre trânsito e transporte, sendo necessária expressa autorização em lei complementar para que a unidade federada possa dispor sobre tais matérias (CF, artigo 22, inciso XI, e parágrafo único). A questão foi elucidada pelo Ministro Maurício Corrêa na ADI 2.606. Confira-se: “4. No mérito, a norma impugnada acaba por autorizar, de forma oficial, a exploração dos serviços de “transporte remunerado de passageiros” realizado por motocicletas, mais conhecido como “mototáxi”. Nesse contexto, a lei ordinária do Estado de Santa Catarina está em descompasso com as previsões contidas nos artigos 21, XX, e 22, IX, da Carta Federal. 5. Vigora no sistema constitucional instituído em 1988, para fins de repartição de competência, o que a doutrina denomina “predominância do interesse”, cabendo à União as matérias e questões em que prevalecem os interesses gerais da federação como um todo, reservando-se aos Estados assuntos regionais e aos Municípios temas locais. Nessa linha, o inciso XI do artigo 22 da Carta da República reservou privativamente à União o poder de legislar sobre trânsito e transporte, bem como para fixar as diretrizes dos transportes urbanos. 6. A possibilidade excepcional de norma estadual vir a disciplinar originariamente a matéria viabiliza-se apenas mediante lei complementar, conforme expressamente dispõe o parágrafo único do artigo 22, instrumento normativo inexistente quanto à hipótese de transporte remunerado de passageiros. 7. É relevante observar que o emprego de motocicletas como meio de transporte público de passageiros é matéria afeta tanto ao trânsito - na parte relativa à segurança, natureza e classificação do veículo -, quanto ao transporte, situação específica relacionada ao próprio objeto a ser transportado - no caso o cidadão -, suas formas e condições.”¹⁰

A Lei Complementar 159 promulgada em 29 de setembro de 2015 do Município do Rio de Janeiro que regulamenta o serviço de transporte individual de passageiros em veículo automotor contradiz o disposto na Política Nacional de Mobilidade Urbana – PNMU ao estabelecer que o único tipo de transporte individual permitido na cidade do Rio de Janeiro é o taxi, assim impedindo o livre exercício da prestação do serviço de transporte privado individual oferecido pelo Uber.

Sendo assim, a referida lei municipal incorre em invasão de competência, tendo em vista que somente lei federal poderia tratar sobre o tema, além de ir de encontro ao que está previsto na lei federal que dispõe sobre as diretrizes da política nacional de transportes.

¹⁰BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 46. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+634911%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/q3n8d72>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DO UBER À LUZ DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA.

As políticas de defesa da concorrência no Brasil ganharam relevância a partir da mudança da postura do Estado na intervenção do domínio econômico na década de noventa, em que deixou de ser um estado patrimonialista e burocrático para adotar o status de estado gerencial, isto é, o Estado afasta-se da sua função de empresário e muda o foco de sua atuação para atuar primordialmente na função regulatória.

Nesse sentido, a Constituição Federal em seu Art. 174¹¹ atribuiu ao Estado à função regulatória e normativa da atividade econômica como nova forma de intervenção do Estado na economia, disciplinando que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O princípio da livre concorrência é um dos princípios gerais da atividade econômica, insculpido no Art. 170, inciso IV da CRFB/88¹² e é desdobramento do princípio da livre iniciativa, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o Art. 1, IV¹³ do referido diploma legal.

De acordo com o princípio da livre iniciativa, há a preservação do ideal de liberdade econômica no qual, em regra, os indivíduos são livres para escolher as atividades que irão desenvolver, ressalvadas as hipóteses de interesse público que importem ao Estado o monopólio ou exercício de atividades específicas, bem como funciona como regulação natural do mercado com vistas ao bem social.

¹¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

¹²Ibidem.

¹³Ibidem.

Coadunando com o entendimento esposado segue Daniel Sarmiento¹⁴:

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 saudável – 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.

Já o princípio da livre concorrência assegura a competição de mercado de forma igualitária; o que incentiva a disputa entre as empresas de forma a aprimorar o serviço prestado, bem como a investir em qualidade, inovação e oferecimento de preços competitivos para atrair o consumidor.

No que tange à defesa da concorrência como forma de regulação do setor privado a Carta Magna em seu Título VIII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, especificamente em seu Art. 173, § 4º¹⁵ preceitua que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

O combate ao abuso do poder econômico e a defesa da concorrência visa, primordialmente, à busca da proteção do consumidor, que é o principal atingido pelas políticas de concentração com o fim alcance de maior poderio econômico, bem como resguardar o bem-estar social.

A concentração do mercado altera o nível de competição, ainda que não inviabilize a concorrência, prejudicando em última análise o consumidor, de forma que a regulação da economia por meio da defesa da concorrência tem como finalidade evitar eventuais falhas do mercado e garantir um ambiente concorrencial a todas as empresas.

¹⁴ Sarmiento, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o caso Uber. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*. Belo Horizonte, v. 13, n. 50, p. 9-39, jul./set. 2015, pg 09.

¹⁵ *Ibidem*.

Nesse sentido, o foi criada o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, uma autarquia federal, por meio da promulgação da Lei nº. 8.884/94¹⁶ com atribuições definidas na Lei nº 12.529/2011¹⁷, com o intuito de zelar pela livre concorrência no mercado, com poderes para investigar e decidir em última instância, sobre a matéria concorrencial a fim de assegurar a livre concorrência.

A proibição do fornecimento de serviço pelo Uber por meio de leis municipais, além de ser formalmente inconstitucional, é materialmente inconstitucional por afronta aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

O serviço de transporte individual de passageiros já é exercido de forma privada em concorrência com o serviço de transporte oferecido por táxis, o que não sugere qualquer inovação dos serviços oferecidos no mercado, senão pela inovação tecnológica do oferecimento do serviço por meio de aplicativo de aparelho celular.

Cabe ressaltar que, a ausência de regulamentação do serviço não constitui impedimento para o seu exercício em virtude do princípio da livre iniciativa consagrado pelo ordenamento jurídico vigente.

Com efeito, é cediço que a inserção no mercado de mais um meio de oferecimento do serviço de transporte individual de passageiros somente tem a dinamizá-lo, estimulando a concorrência, o que culmina no aprimoramento do serviço para fins de adequação e manutenção desse no mercado.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade¹⁸ - em estudo recente sobre mercados de táxi e de caronas pagas, concluiu, que “não existem elementos

¹⁶BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016.

¹⁷BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016.

¹⁸BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Documentos de Trabalho 001/2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>> Acesso em: 27 mar. 2016.

econômicos que justifiquem a proibição de novos prestadores de serviço de transporte individual, pelo contrário, a concorrência é positiva para o consumidor, que poderá se beneficiar das melhorias no sistema de transporte”.

Dessa forma, há que se reconhecer que a proibição do fornecimento do serviço por meio do aplicativo Uber constitui afronta aos princípios que gerem a ordem econômica.

CONCLUSÃO

Em que pese a existência de leis municipais que regulamentam o serviço de transporte individual de passageiros em veículo automotor e proíbem o oferecimento desse serviço pelo aplicativo Uber, a inconstitucionalidade da proibição é expressa tanto em razão da natureza jurídica do serviço fornecido, que possui relevante interesse social, mas não pode ser considerado serviço público diante da ausência de preenchimentos dos requisitos básicos para tal configuração; quanto em face da interpretação constitucionalmente adequada da Lei nº 12.587/2012 e das competências legislativas sobre o tema. Ademais, há que se destacar que a proibição ainda viola pressupostos constitucionais fundamentais como os princípios que regulam o direito econômico.

Sendo assim, resta patente a inconstitucionalidade das leis municipais que proíbem a circulação do Uber e criam exclusividade da prestação do serviço de transporte individual de passageiros por taxis, tendo em vista a afronta aos princípios fundamentais da República, aos direitos fundamentais, às regras de competência legiferante distribuídas entre os entes federativos e aos princípios da ordem econômica e financeira preceituados na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, Antônio Menezes. *Regulação e Concorrência: Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*. Editora Almedina, 2004.

BRANCHER, Paulo; ZANOTTA, Pedro. *Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08mar. 2016.

_____. LEI N. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. Lei n. 12.587, de 03 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 46. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+46%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+46%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b98yep7>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

_____. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Documentos de Trabalho 001/2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>> Acesso em: 27 mar. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Forum, 2012.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulado no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael de Carvalho Rezende de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o caso Uber. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*. Belo Horizonte, v. 13, n. 50, p. 9-39, jul./set. 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.