



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUCAS ARAUJO DA SILVA

**DA REGULAÇÃO DE INOVAÇÕES DISRUPTIVAS: UMA
ANÁLISE À LUZ DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE
PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS**

Salvador
2019

LUCAS ARAUJO DA SILVA

**DA REGULAÇÃO DE INOVAÇÕES DISRUPTIVAS: UMA
ANÁLISE À LUZ DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE
PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do título de bacharela em Direito.

Orientadora: Prof^a. M.a Rita Andrea Rehem Almeida Tourinho.

Salvador
2019

LUCAS ARAUJO DA SILVA

**DA REGULAÇÃO DE INOVAÇÕES DISRUPTIVAS: UMA
ANÁLISE À LUZ DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE
PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em ____ de ____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Rita Andrea Rehem Almeida Tourinho (Orientadora) – _____
Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco
Universidade Federal da Bahia

Durval Carneiro Neto – _____
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Marcelo Luis Abreu e Silva – _____
Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

A meus pais: idealizadores, executores, facilitadores, fiscalizadores, reguladores, incentivadores, apoiadores e, sobretudo, o fundamento de mim como sou.

AGRADECIMENTOS

Chegando ao fim da graduação, e com orgulho da inteireza da trajetória trilhada, resta apenas o sentimento de gratidão daqueles que caminharam comigo ou pavimentaram meu caminho e me propiciaram uma boa caminhada.

Agradeço, então, primeiro a meus pais, Elisabete e Wellington, pelo amor incondicional, pela torcida, pelo apoio, e, sobretudo, pelo esforço em me garantir condições suficientes para caminhar sozinho.

À minhas irmãs, Lais e Luisa, pelo amor e afeto, pelas simples palavras de aconchego, às vezes pelo silêncio. Por me observarem de perto, e, cada uma a sua maneira, terem para comigo uma noção ou dever de cuidado.

À minha orientadora, Rita Tourinho, pela confiança em mim depositada. Por ter me guiado quando estava perdido neste tema, e, sobretudo, por sempre ter incentivado meu crescimento e me possibilitado os meios para tanto.

E aos amigos, queridos amigos, adquiridos cada um à sua maneira ao longo desta dura caminhada. Hoje não restaria muito de mim sem vocês.

Aos que me acompanham desde o IFBA, evoluíram e cresceram junto comigo: que orgulho de nós! Quem diria? Sobrevivemos. E sempre juntos. Vocês são constância. Obrigado por isso.

Às minhas Tricoteiras, pelo companheirismo. Pelo intenso e extenso compartilhar de momentos, independentemente de sua natureza. Por me entenderem e me suportarem, pelas constantes palavras de apoio, e, mais do que tudo, pelas risadas e diversões pelos corredores daquela Faculdade.

Espero continuar agradecendo a cada um e a todos, aqui presentes ou não, por contribuírem com minha felicidade. Muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar os desafios criados pelas inovações disruptivas para o Estado enquanto agente regulador da economia, visto que este, por suas características intrínsecas, acaba não se demonstrando hábil para o acompanhamento da dinamicidade inerente a tais novos setores do mercado. Desta feita, e com enfoque especial sobre o serviço de transporte privado individual de passageiros, o Trabalho se propõe a expor respostas para questionamentos como se, por que, como e até onde pode o Estado exercer sua atividade regulatória em setores econômicos pautados pela inovação. Para tanto, indica-se no primeiro capítulo um panorama geral do que diferencia serviço público de atividade privada em sentido estrito, expondo, ainda, o que se tem por atividade privada de interesse público, a fim de assentar as bases para a definição jurídica do que vem a ser os mencionados serviços de transporte. Adiante, no segundo capítulo, são evidenciados elementos característicos dos serviços de transporte em geral, a fim de diferenciá-los entre si, e, ao mesmo tempo, dispor de fundamentos suficientes para enquadrar cada modalidade nas definições indicadas no capítulo primeiro. Já na terceira parte desta monografia, dispondo do que vem a ser o serviço de transporte privado individual de passageiros e seu lugar no sistema jurídico vigente, passa-se à exposição de argumentos potencialmente sanadores das questões acima aduzidas, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de regulação, os fundamentos para tanto, os modos pelos quais ela pode se dar e os limites que a restringem, no caso específico de tais serviços, tidos como inovações disruptivas.

Palavras-chave: Inovação disruptiva. Economia de compartilhamento. Regulação. Estado regulador. Limites à regulação. Modos de regulação. Serviço de Transporte Privado Individual de Passageiros. Uber. Regulação da Uber.

ABSTRACT

This essay seeks to analyze the challenges created by disruptive innovations for the State when acting as an economy-regulating agent, given the inability it shows to follow the dynamicity inherent to such market sectors. Thus, and with a special focus on the “individual private passengers’ transportation service”, this essay tries to give answers to questionings about the exercise of the State’s regulatory activity in economy sectors known for their innovation. Therefore, the first chapter indicates a general view of what differentiates ‘public service’ from ‘private activities *stricto sensu*’, also exposing what is the definition given to ‘private activity of public interest’, in order to set the basis for the juridical concept of the aforementioned transport services. Furthermore, the second chapter brings to light characterizing elements of transportation services in general, in order to differentiate them amongst themselves, and, at the same time, dispose of sufficient basis to categorize each modality to fit on the definitions brought by the first chapter. At last, the third chapter of this research discusses the meaning of the individual private passengers’ transportation service and its place in the current juridical system. It exposes potentially solving arguments for the elaborated questions, especially when it comes to regulation, the basis for it, the ways it can come to be and the limits that restrain it.

Keywords: Disruptive innovation. Sharing economy. Regulation. Regulating State. Limits to regulation. How to regulate. Individual private passengers’ transportation service. Uber. Uber regulation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	NATUREZA JURÍDICA DO SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS.....	11
2.1	DO SERVIÇO PÚBLICO	11
2.1.1	Da concepção clássica de serviços públicos. Da Escola de Bordeaux.....	12
2.1.1.1	Da doutrina de Léon Duguit.....	14
2.1.1.2	Da doutrina de Gaston Jèze.....	15
2.1.2	Da primeira crise da noção de serviço público.....	17
2.1.3	Da segunda crise da noção de serviço público.....	19
2.1.4	Dos conceitos de serviço público no Brasil.....	21
2.2	DA ATIVIDADE ECONÔMICA <i>STRICTO SENSU</i>	25
2.3	DAS ATIVIDADES PRIVADAS DE INTERESSE PÚBLICO.....	29
3	DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE	32
3.1	DAS DEFINIÇÕES DADAS PELA POLÍTICA NACIONAL DE MOBILIDADE URBANA – LEI 12.587/2012.....	32
3.2	DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS.....	35
3.3	DO TRANSPORTE URBANO PÚBLICO E INDIVIDUAL – DO SERVIÇO DE TAXI.....	37
3.4	DO TRANSPORTE PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS.....	44
3.4.1	Do serviço de transporte por economia compartilhada.....	45
3.4.2	Da natureza jurídica do transporte privado individual de passageiros.....	48
4	DA REGULAÇÃO DO TRANSPORTE PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS.....	56
4.1	DA LIBERDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	56
4.1.1	Do Princípio da Livre Iniciativa.....	58

4.1.2	Do Princípio Da Livre Concorrência.....	62
4.2	DO ESTADO COMO AGENTE REGULADOR DA ECONOMIA.....	66
4.2.1	Da regulação econômica.....	66
4.2.2	Do Estado Regulador.....	68
4.2.3	Dos modos de regulação da economia.....	70
4.3	DA REGULAÇÃO DE INOVAÇÕES DE MERCADO E NOVAS TECNOLOGIAS.....	73
4.3.1	Das inovações disruptivas.....	74
4.3.2	Regular ou não regular?.....	75
4.3.3	Por que regular inovações disruptivas?.....	78
4.4	DOS LIMITES À REGULAÇÃO DE TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS E INOVAÇÕES DE MERCADO. DO CASO DO TRANSPORTE PRIVADO DE PASSAGEIROS.....	81
4.5	DA LEI Nº 13.640, DE 26 DE MARÇO DE 2018.....	88
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
	REFERÊNCIAS	93

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de disponibilidade inesgotável de informações, mudanças de comportamento social cada vez mais rápidas e um espírito de época que se traduz na busca incessante por desenvolvimento e quebra de paradigmas estanques e tradicionais, o cenário se mostra perfeito para inovações na tecnologia.

No contexto em que vivemos, entretanto, as inovações não surgem somente para aperfeiçoar, ou incrementar, modelos de negócio, produtos e serviços pré-existent, mas sim para provocar um giro de 180º nas estruturas de mercado já consolidadas – que, diga-se, nem sempre são ultrapassadas ou conservadoras -, alterando muito mais do que os objetos de consumo, mas, em verdade, a própria forma de se consumir.

Foi justamente o que ocorreu quando a empresa *Uber USA LLC*, nascida no Vale do Silício, nos Estados Unidos da América, introduziu na vida cotidiana dos indivíduos com acesso a um *smartphone* e à internet um modo revolucionário de transporte urbano, com impactos plúrimos em diversos setores da economia e do Direito.

O que acontece, e vem sendo observado empiricamente ao longo deste primeiro quarto de século, é que o Estado não está preparado para acompanhar tamanha velocidade nas mudanças sofridas pela economia. Suas estruturas, até por conta dos próprios elementos que lhe fundam, como a legalidade e a segurança jurídica, demonstraram-se incapazes de proporcionar respostas adequadas e pertinentes à instantaneidade característica de tais inovações, o que se torna um problema de difícil reparação tanto a curto quanto a longo prazo.

Tome-se como exemplo o caso da Uber no Brasil, que, à primeira vista em diversos Municípios, fora tida como ilegal e quase impedida de funcionar em seus territórios, gerando extenso debate na doutrina e na jurisprudência pátrias.

À luz de casos como esse é que se defende que o Estado, antes de se prestar a seu papel de agente regulador da economia – nos moldes contemporâneos -, deve dar um passo atrás e analisar as implicações de sua atuação em larga escala, levando em consideração elementos de projeção tais como se deve regular, *por que, como*, e até quais *limites* tal regulação pode se dar.

Este é precisamente o objetivo do presente Trabalho de Conclusão de Curso, tendo como enfoque o Serviço de Transporte Privado Individual de Passageiros.

No primeiro capítulo, são assentadas as bases que definem a diferença entre serviço público, atividade econômica em sentido estrito e atividade econômica de interesse público, espécies do gênero atividade econômica em sentido amplo.

Logo adiante, no segundo capítulo, expõem-se as principais características dos serviços de transporte urbano, de modo a enquadrá-los, em sua natureza jurídica, nos conceitos expostos no primeiro capítulo.

Definidas tais premissas, no terceiro capítulo analisa-se o papel do Estado como agente regulador da economia, expondo considerações acerca dos questionamentos acima suscitados, sobre se, porque, como e até onde pode intervir e regular tais inovações disruptivas, dados seus elementos caracterizantes, expostos ao longo do Trabalho.

2 NATUREZA JURÍDICA DO SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS

Antes de se definir os limites da regulação do Serviço de Transporte Privado Individual de Passageiros, necessário que se precise, primeiro, a natureza jurídica de tais serviços.

Isso porque, dependendo da configuração legal a que eles se enquadrem, a própria atividade regulatória pode mostrar-se inadequada à espécie, dispensando mesmo a investigação acerca dos limites da regulação e originando novel discussão sobre a legitimidade da atividade regulatória já realizada e em vigor no ordenamento jurídico nacional.

Ex positis, necessário investigar se o Serviço de Transporte Privado Individual de Passageiros se caracteriza como serviço público ou atividade econômica atinente aos particulares, exercício que o presente Trabalho de Conclusão de Curso se propõe a realizar nas linhas abaixo.

2.1 DO SERVIÇO PÚBLICO

Como instituição jurídica, não houve, até os dias atuais, doutrinador ou pesquisador do Direito que tenha exposto definição precisa, hermética e definitiva do que venha a ser serviço público.

Isso porque transformações do Estado e do modelo de atuação estatal sempre implicaram na transfiguração do conceito e do modo de se enxergar tal instituição. Estando intimamente ligada às relações travadas entre o Estado e a sociedade civil no contexto histórico-político em que está inserida, a definição de serviço público acaba por se modificar ao sabor das circunstâncias econômicas, políticas, sociais, ideológicas, enfim, do contexto espaço-temporal posto à análise.

Não obstante seu caráter mutante, a questão também se reveste de notável complexidade. As polêmicas surgem desde o momento em que nascem as discussões acerca do tema, visto que definir e conceituar serviço público é, a um só tempo,

delimitar a atuação estatal, avaliar os limites de sua atividade, e, por consequência, também os da livre iniciativa.¹

Assim é que faz-se necessária, para entender completamente o conceito hoje utilizado, a investigação de seu desenvolvimento até os dias atuais, o que se pretende nas linhas abaixo.

2.1.1 DA CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. DA ESCOLA DE BORDEAUX.

Segundo as lições de Gaspar Ariño Ortiz, o serviço público não se demonstra como técnica jurídica proveniente dos regimes praticados antes da Revolução Francesa. Neste sentido, a instituição nasceria no contexto político-social revolucionário, visto ser esta uma técnica jurídica “institucional, finalista, não puramente instrumental”, cujos moldes se adequam apenas à ideia de Estado dali originada.²

De fato, a expressão “serviço público” aparece pela primeira vez no texto de Jean Jacques Rousseau, “Do Contrato Social”, abrangendo toda e qualquer atividade estatal. Era, a princípio, um conceito que abarcava não somente as atividades que se destinavam a sanar necessidades sociais e coletivas, mas também aquelas cujo destinatário era o Rei, substituído em sua titularidade – ao menos idealmente – pelo povo.³

Tal conceito, originariamente político, transvasou para o plano jurídico não apenas da França, onde surgiu, mas de todos os países que de algum modo sofreram sua influência. E, em se tratando desta primeira nação, foi onde mais encontrou campo fértil para se desenvolver.

Ressalte-se, entretanto, que apesar de ter nascido com a publicação de Rousseau, em meados do século XVIII, a ideia de serviço público não ganhou espaço durante boa parte do século XIX, no qual imperava a concepção de Estado Liberal, abstencionista. Se pretendia, neste contexto, o afastamento do aparato Estatal da esfera social dos indivíduos, de modo que sua atuação era delimitada à garantia

¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações*. São Paulo: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 28, p. 81 – 118, 2011, p. 81.

² ARIÑO ORTIZ, Gaspar *apud* GROTTI, 2011, pp. 81-82.

³ GROTTI, *op. cit.*, p. 81.

clássica de ordem pública, consubstanciada na divisão entre segurança, salubridade e tranquilidade.

Tal configuração defendia a cisão entre atribuições de Estado e atribuições de sociedade, de modo que, para agir ou intervir no campo social, o Estado deveria, previamente, declarar a atividade pretendida como de sua competência, ou seja, declará-la pública.⁴

É nesta conjuntura sócio-histórico-política da nação francesa que surge o conceito técnico-jurídico de serviço público como hoje o conhecemos.⁵

Destaque-se, entretanto, que a concepção de serviço público ganhou forma e força apenas no primeiro terço do século XX, durante a primeira grande etapa do intervencionismo público. Isto porque o crescimento do Estado, tanto em volume quanto em complexidade, gerado pela tomada de responsabilidade do Leviatã para com seus cidadãos - na passagem de Estado Liberal para Estado Social -, fez com que surgisse a necessidade de estudo e sistematização das novas relações por ele travadas, e pavimentou o caminho para o avanço do Direito Administrativo.

É assim que surge a Escola de Serviço Público, também conhecida como Escola de Bordeaux, encabeçada por Léon Duguit e Gaston Jèze, que propunha, em breve síntese, a redução do Direito Administrativo à disciplina dos serviços públicos.

Via de regra, a matriz francesa equiparava serviço público a toda e qualquer atividade estatal. Grande parte disso se deve à importância quase mítica que tal instituto adquiriu durante seu amadurecimento, a fazer crer, no imaginário dos operadores de Direito da época, que o afastamento de alguma atribuição estatal da concepção de serviço público implicaria necessariamente em sua desvalorização, ou até em seu lançamento numa espécie de limbo jurídico.⁶

Em verdade, a noção de tal instituto surgiu no âmbito do Direito Administrativo sem que existisse um aparato legal que a fundamentasse e tipificasse, e sem dispor de contornos precisamente definidos. *A priori*, seu desenvolvimento fora pautado exclusivamente nas lições doutrinárias e na jurisprudência francesa, que contribuíram para o delineamento da instituição, com regime jurídico de Direito Público, cujo

⁴ ARIÑO ORTIZ, *apud* GROTTI, 2011, p. 82.

⁵ GROTTI, *op. cit.*, p. 82.

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 859, p. 11 – 37, 2007, p. 12.

objetivo era reger a atuação do Estado em sua assumida busca pela satisfação de necessidades de interesse coletivo, direta ou indiretamente.⁷

2.1.1.1 DA DOUTRINA DE LÉON DUGUIT

Na doutrina, o principal expoente da construção do conceito de serviço público foi Léon Duguit, através da crítica à Teoria da Autolimitação Subjetiva do Estado. Tal teoria se constitui, basicamente, na noção de que o Estado assume facetas distintas em sua atuação: ora como titular da autoridade, acima de todos, ora como personalidade jurídica, destituído de suas prerrogativas.⁸

Duguit inverteu o eixo metodológico do direito administrativo francês, que, até então, gravitava ao redor da ideia de poderes. Ele propunha a substituição da concepção de soberania estatal pela de serviço público, ao sugerir que o Estado seria fruto da congregação destes serviços, cuja organização e fiscalização caberia aos governantes. Haveria, então, o deslocamento da ideia de poderio estatal, que daria lugar à concepção de “serviço dos administrados”.⁹

O doutrinador adotava a corrente de pensamento do positivismo sociológico, o qual defende que a legitimidade do Direito a ser aplicado deriva exclusivamente daquele socialmente aceito e integrado à *práxis* da sociedade, originado de um processo legislativo pautado na busca da realização da solidariedade social. Tal solidariedade, por sua vez, seria o dever solidário atinente aos membros de determinada sociedade, consubstanciado na realização e alcance de suas próprias necessidades de ordem material, intelectual e moral.¹⁰

Para Duguit, então, os conceitos de serviço público e solidariedade social estariam integralmente imbricados, na medida em que cada membro da sociedade possuiria, neste contexto, obrigações e deveres proporcionais a seu papel social, no

⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações*. São Paulo: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 28, p. 81 – 118, 2011, p. 81.

⁸ CEZNE, Andrea Nárriman. *O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo*. Revista de informação legislativa, vol. 42, n. 167, p. 315-337, 2005, p. 323. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/872/> Acesso em: 26 de outubro de 2019.

⁹ NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque; SÁ, Anna Dolores Barros de Oliveira. *Serviço Público: evolução conceitual e técnicas atuais de exploração*. Revista dos Tribunais Nordeste, v. 4, p.15-33, 2014, pp. 17-18.

¹⁰ CEZNE, *op. cit.*, p. 323.

sentido de alcançar a finalidade coletiva em que consiste, justamente, os serviços públicos.¹¹

Neste conceito, serviço público seria o limite e o fundamento do poder governamental. Limite, pois a atuação do Estado se delimitaria à persecução da solidariedade social; fundamento, pois o que impeliria a própria existência do Estado e de suas atividades seriam os serviços dos administrados.

Esta concepção exsurge com notável maleabilidade, na medida em que é capaz de se adequar ao surgimento, variação e supressão das atividades que se afiguram como necessidades sociais supríveis e supridas pelo Estado, conforme as mudanças históricas, políticas, sociais, econômicas e ideológicas que naturalmente ocorrem ao passar do tempo. O objeto do serviço público, internamente, seria extraível da situação econômica do Estado e dos anseios de seus cidadãos.

Assim sendo, para Léon Duguit, serviço público seria:¹²

“(...) toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser assegurado completamente senão pela intervenção da força do governante.

Tal conceito não vem sem críticas. Doutrinadores o consideravam deveras sociológico, indicando que este se afastava do que realmente estava a ser discutido e ausente: uma definição jurídica e precisa do que venha a ser serviço público.¹³ Convém ressaltar, entretanto, que, a despeito das críticas, o trabalho de Duguit fora fundamental para estruturar o sistema em que a grande maioria dos doutrinadores do Direito Administrativo que o seguiram se utilizou para conceituar o instituto jurídico.

2.1.1.2 DA DOCTRINA DE GASTON JÈZE

Outro expoente do Direito Administrativo e da Escola de Serviço Público foi Gaston Jèze. Apesar de crítico da noção exposta por Duguit, Jèze também buscou uma teoria do Estado e dos serviços públicos através do positivismo sociológico,

¹¹ *Ibid.*, p. 323.

¹² DUGUIT, *apud* CEZNE, 2005, p. 324.

¹³ CEZNE, *op. cit.*, p. 324.

indicando que tanto o poder real exercido pelo Leviatã quanto suas limitações devem ser perscutados através da observação da realidade.¹⁴

A essência do pensamento de Jèze está na identificação do serviço público com a própria definição de Estado, e na liberdade com a qual determina o conceito e o escopo do serviço.

O autor entendia serviço público como toda atividade posta sob o regime de direito público, de modo que do conceito ficam excluídas não apenas as atividades exercidas pelos particulares, mas também aquelas realizadas pelo Estado sob o regime de direito privado.¹⁵

Isso não quer dizer que Jèze acreditava na Teoria da Autolimitação Subjetiva do Estado. Muito pelo contrário, o autor entendia que a visão da organização estatal enquanto ente de dupla personalidade não se baseava em nenhum fato, era vaga, difícil de entender e contraditória, na medida em que não conseguia se manter consistente quando confrontada com a noção de soberania.¹⁶

Sua noção, em verdade, era pautada na liberdade do Estado em poder avocar para si a titularidade de determinada atividade e, a partir daí, declará-la como pública. Sendo pública, submeter-se-ia ao regime de direito público. Estando submetida a tal regime, pautado, sobretudo, pela busca do interesse público sobre o privado, seria serviço público.

Estaria a existência do Estado, então, limitada às atividades por ele exercidas.

A teoria jezista é dominada por duas ideias principais. A primeira é a que diz que o serviço público realiza o interesse geral por meio de uma operação objetiva; a segunda, que são os governantes aqueles que definem seu conteúdo. Para o autor, todas as explicações de Estado baseadas no exercício de direitos subjetivos pelo ente deveriam ser abandonadas. O estado moderno não mais poderia alegar existir além

¹⁴ MASLARSKI, David. *La conception de l'État de Gaston Jèze*. Disponível em: <http://juspoliticum.com/article/La-conception-de-l-Etat-de-Gaston-Jeze-147.html>. Acesso em: 26 de outubro de 2019.

¹⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações*. São Paulo: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 28, p. 81 – 118, 2011, p. 82.

¹⁶ “*L'État est un, mais double. Sa volonté est à la fois souveraine et non souveraine, supérieure à celle des individus et son égale ! Quel est donc ce mystère ? Sur quels faits s'appuie-t-on pour en faire la démonstration ? Il faudrait, semble-t-il, choisir une bonne fois. La volonté de l'État est-elle souveraine ou non souveraine ? Qu'on se décide ! Si elle est souveraine, comme on l'affirme avec conviction, pourquoi est-elle liée ? Si elle n'est pas souveraine, d'où lui vient son pouvoir de commander ?*”
JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: Editora Berger-Levrault, 1904, p. 15.

do serviço, que seria a causa primária da administração e do poder que pode ser exercido por ela.¹⁷

Em suma, Jèze se apropria da definição de Duguit de que o Estado moderno é um conjunto de serviços públicos que os governantes organizam e garantem que funcionem corretamente e adiciona uma análise jurídica e pormenorizada do modo de execução deste conceito, pautada no regime jurídico aplicado.¹⁸

Percebe-se, então, que ambos os autores entendem haver identificação entre as noções de Estado e de serviço público. A diferença entre os paradigmas se consubstancia no modo de se enxergar tais atividades. Para Duguit, elas *devem* ser asseguradas, regradas e controladas pelos governantes, enquanto que, para Jèze, elas *são* asseguradas, regradas e controladas pelos governantes. Para o primeiro, serviço público deriva da vontade estatal, enquanto dever-ser prévio e autônomo. Para o segundo, tal serviço deriva da vontade do administrador, posterior à sua escolha, e acessória.¹⁹

2.1.2 DA PRIMEIRA CRISE DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Neste período liberal, a definição clássica de serviço público congregava três elementos mínimos: o subjetivo, o material e o formal, cuja importância variava conforme a doutrina seguida.²⁰

O elemento subjetivo leva em conta a pessoa jurídica que presta o serviço. Assim sendo, serviço público é o prestado pelo Estado. O elemento material leva em consideração a atividade exercida, sendo serviço público aquele cujo objeto é a satisfação das necessidades coletivas; por fim, o elemento formal considera o regime jurídico. Serviço público seria, então, aquele submetido ao regime jurídico de Direito Público.²¹

A noção de que o Estado se limitava aos serviços que prestava, apesar de pavimentar o caminho do Direito Administrativo, não se sustentou com o passar do tempo. Por volta de meados do século XX, esta ideia perdeu força perante a mudança

¹⁷ MASLARSKI, *op. cit.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ JUSTEN, Mônica Spezia *apud* CEZNE, 2005, p. 325.

²⁰ GROTTI, *op. cit.*, p. 83.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 286.

de paradigma que se estabelecia com o afastamento do Estado dos princípios do liberalismo, e o avançar do intervencionismo público.

A ampliação de atividades prestadas pelo Leviatã, assim encaradas como serviço público, acabou por inchar o conceito ao ponto de descaracterizá-lo. Isto porque os três elementos mínimos, nos moldes acima descritos, já não se demonstravam mais como suficientes para delimitar o escopo do instituto.²²

O Estado passou a exercer certas atividades sob regime de direito privado, como a prestação de serviços comerciais e industriais, anteriormente reservadas à iniciativa privada, o que desafiava o critério formal. Também percebeu não dispor de estrutura suficiente para a realização integral de parte destes serviços, e passou a delegar sua execução a particulares, o que afetava o elemento subjetivo. Virtualmente, então, qualquer atividade de interesse geral poderia acabar sob o conceito guarda-chuva.²³

À vista de tais circunstâncias, passou-se a falar em crise da noção de serviço público, o que ensejou severas reformas conceituais e a revisitação de ideias que se tinham como assentes e imutáveis pela doutrina clássica.

A conclusão destas mudanças foi a de que nem todas as atividades prestadas pelo Estado podem ser reconhecidas como serviço público, em especial aquelas surgidas com a ampliação do atuar estatal. Neste contexto, ganhou notoriedade a definição lançada por Maurice Hauriou, para quem o instituto poderia ser conceituado como um “serviço técnico prestado ao público de uma maneira regular e contínua para satisfazer a ordem pública e por uma organização pública”.²⁴

Hauriou substituiu a ideia lançada por Duguit de que a pedra angular do Direito Administrativo era o serviço público, resgatando as noções anteriores à Escola de Serviços Públicos e indicando que os estudos deste ramo do Direito deveriam ser pautados ao derredor do conceito de *puissance publique*, ou potestade pública.²⁵

A visão do autor se afasta do modelo universalista de serviços públicos, na medida em que, para ele, tais serviços eram prestados pelo Estado em seu exercício de poder, não para suprir as necessidades coletivas, mas para satisfazer a sociedade objetivando a garantia da paz social, determinados sob a perspectiva de polícia, no

²² *Ibid.*, pp. 281-282.

²³ CEZNE, Andrea Nárriman. *O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo*. Revista de informação legislativa, vol. 42, n. 167, p. 315-337, 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/872/> Acesso em: 26 de outubro de 2019.

²⁴ *Ibid.*, p. 323.

²⁵ *Ibid.*, p. 324.

sentido elevado do termo.²⁶ Há, claramente, uma separação entre o público e o privado.

Em que pese alguns autores pugnam pela falta de utilidade das noções aqui esposadas, fato é que o desenvolvimento do conceito em voga fez surgirem ao menos os princípios elementares e aplicáveis a esse campo. Conhecida como as Leis de Rolland - já que proposta por Louis Rolland -, a sistematização principiológica dos serviços públicos contém três normas fundamentais: a continuidade, a igualdade e a mutabilidade.²⁷

A continuidade dos serviços públicos indica a necessidade de organização de tais serviços por parte dos governantes a fim de que seu funcionamento ininterrupto fosse assegurado; a igualdade, por sua vez, pode ser encarada sob diversos prismas, na medida em que surge para garantir a equidade reclamada pelo caráter público da Administração; a mutabilidade, por fim, também chamada de adaptabilidade, implica na necessidade que têm os serviços públicos de acompanhar as transformações ocorridas no seio da sociedade e as novas demandas que daí vão surgindo.²⁸

2.1.3 DA SEGUNDA CRISE DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Aragão indica que, em oposição ao ocorrido com a primeira crise da noção de serviço público, a segunda acontece justamente pelos efeitos contrários. Aqui, em consonância com o movimento pendular da história, os conceitos de serviço público são abalados pela constante supressão do exercício de tais atividades pelo ente público.²⁹

Iniciada por volta da década de 80 do século XX, tal crise se traduziu no incremento da atuação dos entes privados na economia, com a restituição das atividades anteriormente avocadas pelo Estado à esfera privada. A ideia corrente era

²⁶ MARQUEZ, Saulo de Araujo. *Serviços públicos e sua crise*. 2013. 52 f. Monografia (Especialização) - Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013.

²⁷ HARB, Karina Houat. *Princípio da continuidade do serviço público e interrupção*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao/> Acesso em: 26 out. 2019.

²⁸ CEZNE, *op., cit.*, p. 316.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O serviço público e as suas crises*. Interesse Público - IP Belo Horizonte, n. 46, ano 9 Novembro / Dezembro 2007 Disponível em: <https://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51132/> Acesso em: 26 out. 2019, p. 03.

a de que o interesse público seria melhor assegurado em regime de mercado, no qual impera a concorrência, mas preservada a função regulatória estatal.³⁰

Isso não quer dizer que tais atividades simplesmente tiveram suas titularidades transferidas ao ente privado. Seus vínculos com o interesse público permaneceram em evidência, de modo que a mudança se concentrou, efetivamente, na relação travada entre o Estado e a prestação dos serviços. Houve cisão entre esta prestação e a atividade de regulação estatal, de modo a se verificar verdadeira inclinação à passagem de um modelo de Estado prestador para um de Estado regulador.³¹

O que se verificava, em verdade, era um impulso pela quebra do monopólio estatal de exercício de tais atividades, cujo fundamento era a eficiência, em tese garantida pelo modelo economicista de concorrência.

A crise surge, então, pela tipificação de novas atividades, agora liberalizadas e reguladas, dentro do conceito de serviços públicos, e pela equivocada exclusão de certas atividades cujo caráter de essencialidade para a coesão social permaneceram, a despeito das mudanças ocorridas na época.³²

Esta segunda crise é tida por alguns autores como mais grave do que a primeira. Isso porque, neste momento, o que estaria em xeque não seriam noções conceituais acerca das atividades, mas sim a própria “razão de ser da ‘instituição’ do serviço público, como justificadora e informadora da atividade pública”.³³

Há quem defenda até a morte do instituto, por não enxergar como o instituto pode se manter em seus moldes essenciais quando o que determinava o nascimento dos serviços públicos - os pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais – sofreu mudanças radicais.³⁴

Em que pesem tais previsões, e a conotação pessimista delas advinda, fato é que se continua buscando uma noção de serviço público que se adeque às transformações sociais em que estamos postos, se não para servir como instituição

³⁰ *Ibid.*

³¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações*. São Paulo: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 28, p. 81 – 118, 2011, p.

³² Vale notar que Alexandre de Aragão indica, ainda, que “a essencialidade da atividade econômica não é suficiente para que venha a ser qualificada pelo direito positivo como serviço público, exigindo-se também que haja a incapacidade de a iniciativa privada prestá-la satisfatoriamente. Os alimentos e medicamentos, por exemplo, são bens essenciais que via de regra são fornecidos pela própria iniciativa privada”.

ARAGÃO, *op. cit.*, p.12.

³³ MARTÍN, Áurea Roldán. *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 245.

³⁴ ORTIZ, Gaspar Ariño. *apud* ARAGÃO, 2017, p. 248.

autônoma e bem delimitada, ao menos como base metodológica para a compreensão do contexto socioeconômico e jurídico atual.

2.1.4 DOS CONCEITOS DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL

Importa dizer, a princípio, que os fenômenos até o momento evidenciados não se contiveram no ordenamento jurídico francês. Apesar deste ter sido o berço das noções clássicas e dos conceitos de serviços públicos, fato é que imensa parte das teorias francesas foram exportadas para terras brasileiras, impactando diretamente no modo de atuação estatal do país, em reflexo aos pensamentos originados na Europa.

Como na França, há vários autores brasileiros que se dispuseram a enfrentar o tema na tentativa de conceituar, ao menos com ressalvas, o instituto jurídico em voga. Expõe-se aqui alguns destes conceitos, extraídos da mais proeminente doutrina.

Alexandre Santos de Aragão entende haver quatro concepções de serviço público, extraíveis da Constituição Federal de 1988. São elas a amplíssima, a ampla, a restrita e a restritíssima.³⁵

A concepção amplíssima advém dos acima mencionados conceitos de Duguit e Jèze, e propõe que serviço público equivale a todas as atividades prestadas pelo Estado, ou, ao menos, pode ser encarado como sinônimo da própria Administração Pública. O autor indica que a noção exposta por Jèze, que adiciona o critério formal à concepção, acaba por restringi-la, mas ainda mantém seu principal caractere, que é a identificação dos serviços públicos com o Estado.

Na concepção ampla, seriam serviços públicos aquelas atividades prestacionais do Estado, ou, em outras palavras, as funções que o ente público exerce a fim de que sejam proporcionadas as comodidades e utilidades diretamente aos administrados, independentemente da possibilidade de cobrança individual e de sua titularidade. Tal concepção engloba os serviços públicos econômicos, remuneráveis por taxa ou tarifa; os sociais, cuja prestação pelos particulares é livre, e não depende de delegação; e os serviços *uti universi*, aqueles “inespecíficos e indivisíveis, sem beneficiários identificáveis com exatidão”.³⁶

³⁵ ARAGÃO, *op. cit.*, pp. 121-122

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 859, p. 11 – 37, 2007, p.124.

A concepção restrita de serviço público, para Aragão, abrangeria somente as atividades prestacionais exercidas em contato direto com os administrados. Seus elementos característicos seriam a identificação dos beneficiários dos serviços e a fruição quantificada destes. São as necessidades e conveniências fruíveis individualmente, o que implica na exclusão dos serviços *uti universi* do conceito.

Já a concepção restritíssima de serviço público decorreria dos arts. 145, II e 175 da Constituição Federal de 1988³⁷. Seriam admitidos como tais apenas aquelas atividades remuneráveis através de taxa ou tarifa, ou seja, apenas aquelas fruíveis individualmente, e cuja titularidade exclusiva pertencesse ao Estado, sendo exploráveis pela iniciativa privada somente através de concessão ou permissão.

Estas noções são largamente utilizadas pelos operadores do direito brasileiro, encontrando diversos reflexos na doutrina e na jurisprudência pátrias.

Em outra esteira, para Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público é:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.³⁸

Segundo informa o autor em sua obra, tal conceito possui dois elementos fundantes: um substrato material e um traço formal.

O substrato material se constituiria na prestação de atividade fruível individualmente pelos administrados, porém de modo geral - daí se falar no princípio da generalidade do serviço público -, excluindo-se – salvo algumas exceções (educação, saúde, previdência e assistência social) - aquelas exercidas pela esfera privada.

Com efeito, se não disponível de modo geral, não haveria motivos para a assunção de tais atividades pelo Estado como próprias. O autor se utiliza, então, da

³⁷ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

³⁸ BANDERIA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 699.

concepção restrita de serviço público, acima mencionada, ao delimitar seu elemento material à fruição *uti singuli*.

O segundo elemento do conceito seria o traço formal, aquele que garante ao serviço público seu “caráter de noção jurídica, consistente em um *específico regime de Direito Público*, isto é, numa ‘unidade normativa’”.³⁹ Neste contexto, inserem-se os princípios atinentes à matéria, explícitos e implícitos, que visam reger o instituto jurídico no ordenamento pátrio.

A doutrina de Bandeira de Mello pode ser considerada como clássica no ordenamento pátrio, e influenciou diversas gerações de doutrinadores e operadores do direito que o seguiram, e até hoje o seguem.

De outro giro, serviço público seria, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.⁴⁰

A autora, para chegar a seu conceito, se utiliza de certas conclusões, resultantes de sua análise do desenvolvimento conceitual do instituto. Uma destas, e talvez a mais importante para sua obra, é a de que os serviços públicos se cingem de três elementos fundantes de definição: o subjetivo, o material e o formal.

O elemento subjetivo, para Di Pietro, indica que serviço público é sempre de responsabilidade do Estado. Sua criação é realizada mediante lei, e corresponde à avocação de uma responsabilidade inteiramente opcional ao Estado, que assume a execução de determinada atividade, direta ou indiretamente, através da concessão e permissão, ou de pessoas jurídicas criadas por ele para servir a este propósito.

Frise-se, então, que para a autora os serviços públicos em nada diferem, ontologicamente, das atividades econômicas prestadas pela iniciativa privada. Ambos possuem o mesmo modo de ser, sendo que os primeiros são de titularidade do Estado.

O elemento material indica que serviço público serve para atender as necessidades advindas do interesse público. Apesar de particulares poderem exercer

³⁹ *Ibid.*, p. 702.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 286.

o que se cunhou de “atividades de interesse geral”⁴¹, fato é que a iniciativa privada via de regra busca satisfazer seus próprios interesses, e, além disso, é necessário que a lei atribua o objetivo de persecução de interesse público ao Estado, através da prestação daquele serviço.

Diz-se, então, que “todo serviço público visa atender a necessidades públicas, mas nem toda atividade de interesse público é serviço público”.⁴²

Por fim, o elemento formal informa que o regime jurídico aplicável ao serviço público é, também, definido por lei. A autora entende, entretanto, que este regime varia de acordo com o tipo de serviço público em análise. Para os não comerciais ou industriais, prevalece o regime jurídico de direito público, podendo incidir, eventualmente, alguns institutos de direito privado; para os serviços comerciais e industriais, entretanto, o regime jurídico aplicável seria o de direito comum, derogado pelo direito público, tomando contornos de um regime híbrido.

Esta divisão tornou-se clássica na doutrina da Autora, e é o que mais a diferencia dos outros conceitos aqui mencionados.

Em outro entendimento, José dos Santos Carvalho Filho divide a noção de serviço público em duas, uma subjetiva e outra objetiva. Para o autor, serviço público em sua dimensão subjetiva equivale aos braços do Estado, os órgãos cuja atribuição é a execução de atividades de interesse público. No sentido objetivo, serviço público seria a própria atividade a ser prestada pelo Estado e seus agentes.⁴³

Se atendo apenas ao sentido objetivo, o autor conceitua serviço público como

⁴¹ Atividades ou serviços de interesse geral são institutos utilizados pela Comissão Europeia, definidos como “serviços que as autoridades públicas dos Estados-Membros classificam como sendo de interesse geral e, por conseguinte, sujeitos a obrigações específicas de serviço público. Tais serviços podem ser prestados quer pelo Estado, quer pelo setor privado”. São classificados pela Comissão como serviços de interesse econômico geral, com prestação é remunerada e submetidos às normas de concorrência e do mercado interno europeu; os serviços não econômicos, como a justiça e a polícia, não sujeitos à legislação europeia específica ou às regras de concorrência e de mercado interno; e serviços sociais de interesse geral, que correspondem às necessidades dos cidadãos hipossuficientes, e se pautam pelos princípios da solidariedade e da igualdade de acesso, podendo ser de natureza econômica ou não.

Este conceito é o utilizado por toda a EU, e representa o que há de novo no regime jurídico dos serviços públicos nos países membros.

EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions: A Quality Framework for Services of General Interest in Europe*. Bruxelas, 2011. Disponível em https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest_pt/ Acesso em 28 out. 2019.

⁴² DI PIETRO, *op. cit.*, p. 289.

⁴³ CARVALHO FILHO, José do Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 332.

toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.⁴⁴

Carvalho Filho concentra, então, três grandes características em seu conceito: a presença do sujeito estatal, o interesse coletivo e o regime de direito público.

A presença do ente estatal, para o autor, não obsta que aqueles serviços delegados também sejam caracterizados como públicos. Isso porque o Estado mantém para si a titularidade do serviço e os poderes jurídicos de regulamentar, alterar e controlar o serviço.

Quanto ao interesse coletivo, é dividido pelo autor em primário e secundário. Interesse público primário, ou essencial, é aquele que o ente estatal deve prestar na maior dimensão possível, porquanto estarão sendo atendidas as mais importantes demandas da coletividade. Os secundários, ou não essenciais, seriam aqueles que o Estado demonstrou interesse em exercer, através de sua própria avaliação. Carvalho Filho tem o cuidado de indicar que o enquadramento das atividades a tais noções de interesse público é variável no espaço-tempo, visto que o que pode ser considerado como interesse público primário em certa sociedade pode ser relegado a serviço não essencial em outra.

Por fim, em relação ao elemento do regime de direito público, o autor admite que a disciplina de tais serviços não precisa ser integralmente pública, especialmente nos casos em que os particulares prestam serviços em colaboração com o Estado. Como Maria Sylvia Di Pietro, Carvalho Filho entende que o regime aplicável aos serviços públicos pode ser, a depender do caso posto à análise, híbrido.

2.2 DA ATIVIDADE ECONÔMICA *STRICTO SENSU*

Em sentido amplo, a noção de atividade econômica abarca a prestação de serviços públicos, visto que, como delineado nas linhas acima, não há diferenciação ontológica entre eles.

O que comumente se encontra na doutrina é a apresentação do conceito de atividade econômica em sentido amplo, como gênero que se divide entre duas

⁴⁴ *Ibid.*, p. 333.

espécies: atividade econômica *stricto sensu*, campo de atuação dominado pelos particulares e pela iniciativa privada; e serviços públicos, âmbito de atuação do Estado.⁴⁵

Nesta atividade econômica de sentido estrito, a intervenção direta do ente estatal, consubstanciada em seu atuar como agente empresário, é, segundo os ditames da Constituição Federal de 1988, excepcional, apenas justificada quando imprescindível aos imperativos de “segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.⁴⁶

Via de regra, a atuação estatal na economia é realizada mediante a constituição de empresas públicas e sociedades de economia mista, que exercem tais atividades em regime concorrencial com a iniciativa privada, sem gozar das benesses e prerrogativas atinentes ao Estado enquanto exercente do poder de *imperium*. É o que dispõe o art. 173, §1º, II e §2º da CF/88.⁴⁷

Ademais disso, a atuação estatal no âmbito privado pode se dar através da fiscalização, do fomento, planejamento, controle, regulação, dentre outros modos de ingerência, todos previstos, se não na Constituição, em texto normativo.

Acontece, entretanto, que a Carta Maior, apesar de ter atribuído ao Estado diversas maneiras de atuar economicamente, não definiu com exatidão os limites e o alcance que o Poder Público dispõe nesta prática.⁴⁸ Coube à doutrina e a jurisprudência esta árdua tarefa, pela observação da realidade e pelo desenvolvimento de teses para diferenciar estes institutos jurídicos.

Vale ressaltar, inobstante disso, que as discussões se dão passando ao largo daqueles serviços públicos assim expressamente previstos pela Constituição, visto

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.

⁴⁶ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

⁴⁷ Art. 173 [...] §1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; [...] § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

⁴⁸ WILLE, Rafael Jantsch. *A distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito e o transporte individual de passageiros*. 2017. 75 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. p. 44.

que tais disposições, contidas no art. 21, X e seguintes da CF/88, lhes garantem uma natureza jurídica incontroversa.⁴⁹

Para Eros Grau, a análise acerca da atividade econômica em sentido amplo deve levar em consideração, acima de tudo, o contexto socioeconômico e cultural da época posta a comento, indicando que a distinção entre serviço público e atividade econômica *stricto sensu* se dá em “decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho”.⁵⁰

Neste modelo a iniciativa privada buscaria reservar para seu próprio âmbito de atuação, como atividade econômica em sentido estrito, toda e qualquer atividade potencialmente lucrativa, enquanto que os administrados, assim tidos como trabalhadores, almejam que o Estado preste tais atividades, em sentido amplo.⁵¹

O conceito de atividade econômica em sentido estrito seria, então, residual, e constatado a partir da análise do que não pode ser tido como serviço público⁵², visto que o Estado, ao avocar para si a titularidade de determinado setor, o faz para garantir o interesse público, acima de qualquer outro.

Daí se fazer necessário, então, para se entender o que seja atividade econômica *stricto sensu*, definir os limites que se impõem ao Estado ao definir qualquer atividade como serviço público.

Embora não haja “reserva de constituição” para a transformação de atividades em serviços públicos, entendendo a doutrina majoritária que isto pode se dar através de lei,⁵³ fato é que ao Estado não é dado este poder ilimitadamente.

Neste sentido, importante lembrar as ideias de crise na noção de serviço público, expostas nas páginas acima, na qual se diz, em breve síntese, que o conceito atualmente posto de tais serviços não se demonstra suficiente como modelo de descrição da realidade jurídica. Há, na atualidade, forte tendência a se relativizar todos

⁴⁹ MELO, Rebeca Bárbara Guimarães de. *Das liberdades constitucionais no serviço de transporte individual (público ou privado?) intermediado pelo aplicativo Uber e a competência legislativa dos entes federativos*. 2016. 102 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2016. p. 49.

⁵⁰ GRAU, *apud* WILLE, 2017 p. 46.

⁵¹ WILLE, *op. cit.*, p. 44

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 609/610.

⁵³ SARMENTO, Daniel. Parecer: *Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: caso Uber*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>
Acesso em: 28 out. 2019, pp.17-21.

os elementos tidos como mínimos e caracterizantes dos serviços, de modo a tornar a discussão ainda mais complexa.⁵⁴

Mesmo o elemento atualmente mais utilizado para caracterizar o serviço público, qual seja, sua submissão ao regime jurídico de direito público, perde espaço quando confrontado com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Isso porque, via de regra, o Estado determina o regime jurídico atribuível às atividades econômicas *lato sensu* através do processo legislativo. Se pudesse o legislador, assim, segundo sua discricionariedade, submeter toda e qualquer atividade ao procedimento de Direito Público, “permitir-se-ia, por vias oblíquas, que ele suprimisse espaços relevantes da iniciativa privada e institísse monopólios públicos, ao arrepio da Constituição”.⁵⁵

É neste sentido que Eros Grau lança seu conceito de serviços públicos, em clara inspiração nas ideias de Léon Duguit, indicando que estes se consubstanciariam numa atividade “indispensável à consecução da coesão social”, pesando, como caractere decisivo, sua vinculação ao interesse social.⁵⁶ Assim sendo, atividade econômica em sentido estrito seria aquela que não é exercida para garantir a coesão social, muito menos o interesse público.

Esta limitação legislativa é defendida até por aqueles cuja doutrina dá ênfase aos elementos conceituais mínimos atualmente postos à prova. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, indica que atividades podem ser qualificadas como serviços públicos desde que “não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, às quais são garantidoras da livre iniciativa”, se afiliando à ideia de que o legislador não possui liberdade irrestrita, e deve se atentar ao espírito da época.⁵⁷

Ex positis, tem-se intentado limitar a discricionariedade garantida ao legislador neste sentido, a partir do elemento material ou objetivo do serviço público. A título de exemplo, Marçal Justen Filho defende que os serviços públicos só podem ser assim definidos pelo processo legislativo se avocadas as atividades diretamente ligadas a um direito fundamental, “insuscetíveis de satisfação adequada mediante os

⁵⁴ *Ibid*, pp.17-18.

⁵⁵ *Ibid*, p. 19.

⁵⁶ GRAU, *apud* WILLE, 2017, p. 48.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 609.

mecanismos da iniciativa privada”.⁵⁸ Assim é que, neste conceito, limita-se a operação não apenas à sua vinculação a um direito fundamental, mas também ao fato de a atividade não ser suscetível à prestação pela iniciativa privada. Se assim o for, não poderia ser serviço público.

Mesmo diante das divergências doutrinárias aqui em lume, a grande maioria dos pensadores parte do pressuposto de que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são os limitadores da transformação exercida pelo poder estatal legislativo das atividades econômicas *lato sensu* em serviços públicos. Disso decorre, ainda, o dever do operador do Direito de interpretar o caso concreto à luz de tais princípios, levando em consideração o contexto socioeconômico da época, a fim de se evitar situações em que ocorra a subtração injustificada da liberdade concedida aos particulares em exercerem as atividades econômicas que lhe aprouverem.

2.3 DAS ATIVIDADES PRIVADAS DE INTERESSE PÚBLICO

Também denominadas de serviços de utilidade pública, atividades de relevância pública ou atividades privadas regulamentadas, as atividades de interesse público são aquelas que, apesar de não se adequarem à noção de serviços públicos, são de relevância tal que atraem para si alta carga de regulação estatal.⁵⁹

Estas atividades são estritamente regulamentadas e disciplinadas pelo Estado, segundo as lições de Gaspar Ariño Ortiz⁶⁰, por “implicarem num especial interesse público e oferecerem certas desigualdades ou assimetrias informativas para o usuário”.

Na doutrina europeia, se enquadram na definição de serviços públicos virtuais, ou impróprios, assim considerados aqueles não titularizados pelo Estado, nem mesmo

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. em e-book baseada na 12 ed., impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 869.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 819.

⁶⁰ “Así, para terminar este intento de deslinde conceptual del servicio público tradicional hay que referirse a la distinción entre éste y aquellas otras actividades que, por entrañar también un especial interés público y ofrecer ciertas desigualdades o asimetrías informativas para el usuario, se encuentran estrictamente reglamentadas y disciplinadas.”

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Editorial Cordillera S.A.C., 2003. p. 541.

indiretamente, mas que em razão do interesse coletivo ao qual se prestam são sujeitos a um regime publicístico especial, autorizante.⁶¹

No ordenamento jurídico pátrio, ao revés, se enquadram na noção de atividades econômicas em sentido estrito, distanciando-se destas apenas no que diz respeito ao nível de regulação sofrido. Esta sujeição se dá, essencialmente, por conta do número elevado de indivíduos abrangidos por tais atividades e pelo interesse público daí surgido, que se sobrepõe ao interesse individual de cada usuário.⁶²

Há quem defenda, entretanto, que tais atividades se enquadram na noção de serviços públicos. Os defensores desta corrente, minoritária, se baseiam no critério objetivo, material ou funcional para a definição, levando em consideração apenas o interesse público que as atividades visam, independentemente do critério subjetivo, ou seja, de quem seja seu titular.⁶³

Prevalece, de qualquer modo, a doutrina majoritária, segundo a qual os serviços de utilidade pública são atividades econômicas *stricto sensu*.⁶⁴ Isso porque, ausente o vínculo orgânico entre a prestação da atividade e a Administração Pública - vínculo este representado não apenas pela regulação da atividade através do poder de polícia, mas sim preponderantemente pelo controle manente sobre quem o executa, seja a própria administração, seja o particular concessionário -, descaracterizada estaria a noção de serviço público.⁶⁵

Tal interpretação também se extrai da redação contida na Constituição Federal, que, em seus artigos 129, II e 197⁶⁶, se utiliza do termo “serviços de relevância pública”

⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 155.

⁶² LOPES, *apud* ARAGÃO, 2017, p. 156.

⁶³ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 154.

⁶⁴ Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello: Assim, hipóteses existirão em que, por força de lei, uma dada atividade econômica, isto é, pertinente aos particulares - e não ao Estado -, deva ser precedida de autorização [...] Nem por isso tais atividades, como resulta do preceptivo citado, deixam de se constituir em exploração de atividade econômica, em atividade privada, integrante do reino da livre iniciativa. Por não se tratar de atividades assumidas pelo Estado como próprias, pertencentes ao seu campo específico, é evidente que, por definição, não são serviços públicos.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁶⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 316.

⁶⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

para denominar aqueles exercidos pela iniciativa privada com alta carga de interesse coletivo.⁶⁷

Alexandre de Aragão⁶⁸ propõe que tais atividades se localizam numa espécie de meio-termo entre os serviços públicos e as atividades econômicas privadas, pautadas pela livre iniciativa e não submetidas ao controle estatal - ou apenas ao poder de polícia geral, que somente verifica se estão de acordo com a ordem pública e as regras pertinentes à atividade, de caráter universal.

O autor defende que esta qualificação enseja duas consequências, levemente antagônicas, entre as quais se deve buscar um necessário equilíbrio. A primeira seria o fato de que a iniciativa privada não exerce tais atividades em decorrência da vontade político-administrativa do Estado, mas sim por um direito inerente, proveniente do direito fundamental à iniciativa privada. Este fato, entretanto, não impediria ao ente público a exigência de uma autorização prévia para seu exercício, até mesmo discricionária, e muito menos a previsão de regulação em um nível tal que atinja certos elementos essenciais do exercício da atividade, como seu preço ou seu conteúdo mínimo.

A segunda consequência, segundo Aragão, residiria na constatação de que o Estado não pode forçar às empresas a execução de tais atividades. Ele poderia fomentar, funcionalizar e instrumentalizar estes serviços para a consecução de políticas públicas, mas não poderia se utilizar de suas competências autorizativas e regulatórias como se titular delas fosse.

São exemplos destas atividades aquelas desenvolvidas pelas instituições financeiras, como os bancos, em razão da necessidade de condições de segurança técnica, certeza e confiabilidade do serviço, que em muito ultrapassam o interesse individual comumente encontrado nas atividades econômicas *stricto sensu* em geral.⁶⁹ Também o são os serviços de saúde e educação privados, o de despachantes⁷⁰, e, o que mais interessa para o presente trabalho, os de transporte privado individual, analisados nas linhas abaixo.

⁶⁷ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 155.

⁶⁸ *Ibid*, p. 156.

⁶⁹ LOPES, *apud* ARAGÃO, 2017, p. 154.

⁷⁰ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 155.

3 DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE

Uma vez definidos os contornos do que vêm a ser serviço público e atividade econômica em sentido estrito, a presente pesquisa poderá avançar para, elucidando as principais características do Serviço de Transporte Individual de Passageiros, enquadrá-lo em uma das classificações exposta nas linhas acima.

Para isso, entretanto, e para que dúvidas não restem acerca do quanto aqui estudado, necessário que se esclareçam primeiro a natureza e os caracteres elementares daqueles serviços de transporte similares, mas não idênticos ao posto à análise.

3.1 DAS DEFINIÇÕES DADAS PELA POLITICA NACIONAL DE MOBILIDADE URBANA – LEI 12.587/2012

A ideia de desenvolvimento sustentável, pautada pela noção de crescimento econômico sem o esgotamento de recursos para as futuras gerações, ganhou força no contexto capitalista industrial da história ocidental recente. Esta ideia fez surgir a necessidade de discussão da “cidade justa”, que perpassa o entendimento do espaço urbano enquanto organismo complexo e local da experiência existencial completa do ser humano.⁷¹

A Constituição Federal de 1988 não passou incólume aos reflexos de tais concepções. Tanto assim que dispõe em seus artigos 182 e 183 sobre a política urbana, ponto que a doutrina se utilizou para enunciar o princípio da cidade sustentável, ou cidade justa, que determina a observância e o objetivo de se assegurar a promoção da justiça e da sustentabilidade urbanas nas ações dos entes públicos e privados.⁷²

⁷¹ DOURADO, Thaís Amaral; MOTTA, Fabrício Macedo. *Uber e serviços de táxi no Brasil sob a ótica do direito administrativo*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 196, jun. 2017. Disponível em: <https://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247728>. Acesso em: 13 nov. 2019, p. 51.

⁷² MELLO, Cláudio Ari. *O Futuro da Mobilidade Urbana e o Caso Uber*. Revista de Direito da Cidade, [s.l.], v. 8, n. 2, p.775-812, 29 abr. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22029/16255/> Acesso em: 01 nov. 2019, p. 777.

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, vem para materializar a política constitucional de desenvolvimento urbano sustentável, e inclui no rol das diretrizes gerais de sua política urbana a garantia do direito ao transporte.⁷³

Neste contexto, a Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012, institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, e pode ser considerada como uma espécie de manual legislativo brasileiro dos serviços de transporte. O diploma normativo atua em conjunto com o Estatuto da Cidade e os Planos Diretores de Desenvolvimento Urbano de cada Município⁷⁴, a fim de garantir a “integração entre os diferentes modos de transporte e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas e cargas no território dos Municípios”.⁷⁵

No que tange aos serviços de transporte, a referida lei propõe uma classificação deveras útil em seu art. 3º. Vejamos:

Art. 3º O Sistema Nacional de Mobilidade Urbana é o conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do Município.

§ 1º São modos de transporte urbano:

I - motorizados; e

II - não motorizados.

§ 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;

⁷³ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

⁷⁴ WILLE, Rafael Jantsch. *A distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito e o transporte individual de passageiros*. 2017. 75 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017, p.

⁷⁵ Art. 1º A Política Nacional de Mobilidade Urbana é instrumento da política de desenvolvimento urbano de que tratam o inciso XX do art. 21 e o art. 182 da Constituição Federal, objetivando a integração entre os diferentes modos de transporte e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas e cargas no território do Município.

b) privado.

À vista das classificações acima, e sabendo que estas se interpenetram entre si, tem-se que os serviços de transporte urbano motorizados e de passageiros se dividem entre: públicos e coletivos, públicos e individuais, privados e coletivos e privados e individuais.⁷⁶

Além de categorizar, a lei ainda traz algumas definições dos modos de transporte em seu art. 4º, *in verbis*:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - transporte urbano: 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;

[...]

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 individualizadas;

[...]

X - transporte remunerado privado individual de passageiros: serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede. (Redação dada pela Lei nº 13.640, de 2018)

Percebe-se, então, que os principais critérios para a definição dos diferentes modos de transporte utilizados pela lei são a acessibilidade, ou abertura, do serviço ao público e quem figura como titular do poder de definir os itinerários e preços, ou

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. Parecer: Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: caso Uber. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>. Acesso em: 28 out 2019, p. 25.

seja, as características das viagens. São os pontos em comum entre todas as definições, de modo que os serviços podem ser, então, abertos ou fechados ao público, e seus itinerários e modos de execução podem ser definidos pela Administração Pública ou pelo particular.

Neste sentido, o serviço de transporte público e coletivo seria aberto ao público e sujeito à Administração; o privado e coletivo seria fechado ao público e de mando do particular; o público e individual, aberto ao público e sujeito ao poderio privado; e o privado e individual, assim como o privado e coletivo, fechado ao público e de mando do particular.

Note-se que tais classificações não são suficientes para determinar que as atividades sejam consideradas enquanto serviço público ou atividade econômica *stricto sensu*, porquanto, como visto nas linhas acima, para tanto é necessária a análise de elementos diversos dos considerados pela referida Lei para a sistematização de seu conteúdo. Estas definições servem como norte para o devido tratamento da Política Nacional de Mobilidade Urbana dos serviços por ela regulados, mas falham em prover elementos distintivos que sirvam para enquadrar tais modalidades nesta ou naquela espécie de atividade econômica.

Impende destacar, ainda, que a definição do serviço de transporte privado e individual de passageiros foi inserida com a Lei nº 13.640/2018, e estabelece como critério determinante do conceito o cadastro do usuário em aplicativos ou plataformas de comunicação em rede. Tal diploma normativo será minuciosamente analisado posteriormente, no “item 4.5” deste Trabalho.

3.2 DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS

Não há dúvidas acerca da natureza jurídica do serviço de transporte urbano público e coletivo de passageiros. Trata-se de serviço público essencial, assim previsto expressamente na Constituição Federal, em seu art. 30, V, que determina a competência dos Municípios para “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”.

É um serviço público por inerência, essencial por definição constitucional, mas não apenas porque a lei assim afirma, e sim por conta de suas características

inerentes, que se consubstanciam numa “prestação pública de atendimento contínuo à coletividade e de caráter essencial”.⁷⁷

O transporte público de passageiros se insere no contexto de garantia da liberdade de ir e vir, também denominada de liberdade de locomoção, prevista no inciso XV do art. 5º da Constituição Federal⁷⁸. Um dos desdobramentos desta garantia fundamental é o direito à livre circulação, consubstanciado na faculdade que goza o indivíduo de mover-se de um ponto a outro mediante a utilização de vias públicas, ou vias afetadas ao uso público.

Quando cotejada com o direito à cidade, a garantia da livre circulação representa o direito que tem o cidadão de circular de modo desimpedido pelo espaço público.⁷⁹ Neste sentido, a Constituição Federal, ao dispor sobre a segurança dos espaços de uso comum do povo, faz menção à existência de um direito à mobilidade,⁸⁰ ratificando o entendimento de que o Estado deve assegurar ao cidadão condições suficientes para que ele exerça seus direitos de ir, vir e ficar.⁸¹

O âmbito de atuação deste conjunto normativo não é reduzido aos aspectos relativos às possibilidades de circulação do cidadão pelos espaços urbanos. Tais garantias servem, em verdade, para que direitos outros, como a educação, a saúde, o lazer e o próprio trabalho sejam usufruídos, de modo que ao Estado cumpre não somente permitir que seus administrados trafeguem pelos espaços que lhes dizem respeito, mas sim oferecer meios idôneos e eficazes para tanto. E é assim que se caracteriza a essencialidade do serviço de transporte coletivo.⁸²

⁷⁷ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. Comentários à Lei de Mobilidade Urbana - Lei nº 12.587: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 183.

⁷⁸ Art. 5º [...] XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

⁷⁹ NOVAES, Giovana; COSTA, Igor Sporch da. *O direito à cidade e a política de transporte urbano coletivo: reflexões a partir da relação entre a definição da tarifa e a participação popular no município de Ponta Grossa-PR*. Revista dos Tribunais Online – Revista dos Tribunais Sul v. 1 p. 35-104, set-out 2013, p. 43.

⁸⁰ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] § 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente.

⁸¹ NOVAES; COSTA, *op. cit.*, 51.

⁸² ARIENTE, Eduardo Altomare. *Os direitos dos passageiros de transporte coletivo urbano de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Revista dos Tribunais Online – Revista de Direito do Consumidor. v. 123, p. 139-160, mai-jun 2019, p.

Desta feita, à Administração é dado o dever de organizar e ordenar seu território urbano com vistas à implementação de um sistema viário que privilegie o transporte público coletivo, seguindo os princípios atinentes aos serviços públicos, como a qualidade, eficiência e a modicidade tarifária, garantindo também a existência de vias adequadas e a devida acessibilidade aos usuários do serviço.⁸³

O transporte público coletivo, enquanto serviço público, está submetido a todos os regramentos atinentes a esta espécie de atividade econômica, principalmente o regime jurídico de direito público, traduzido especialmente pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre a concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Sua outorga, então, deve ser impreterivelmente precedida de licitação, conforme o art. 37, XXI e o art. 175 da Constituição Federal⁸⁴, e o art. 14 da Lei nº 8.987/95.⁸⁵

Assentadas as bases para a adequada categorização deste tipo de atividade econômica, necessário que se investigue o enquadramento dos serviços de taxis, tarefa à qual se propõe o presente Trabalho nas linhas seguintes.

3.3 DO TRANSPORTE URBANO PÚBLICO E INDIVIDUAL – DO SERVIÇO DE TAXI

Ao contrário do serviço público de transporte coletivo, a natureza jurídica do serviço de taxi não se desvela facilmente. Em verdade, as discussões acerca deste objeto se protraíram no tempo, e ressurgiram quando do aparecimento das novas modalidades de transporte individual.

Insta destacar, primeiramente, que o serviço de taxi é regulado pela Lei nº 12.468, de 26 de agosto de 2011, promulgada antes mesmo da edição da Política

⁸³ COSTA, Igor Sporch da. *O urbanismo e o direito por um prisma interdisciplinar: um estudo sobre a produção normativa para a efetivação do direito à cidade*. Revista de Direito Administrativo. [s.l.] v. 255. p. 161-192. 30 abr. 2019. Fundação Getulio Vargas, p. 175.

⁸⁴ Art. 37 [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

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

⁸⁵ Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Nacional de Mobilidade Urbana, que ocorreu no ano seguinte, em 2012. Esta lei define o serviço, em seu art. 2º, como transporte público individual. Vejamos:

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

Tal definição se alia à dada pela Lei nº 12.587/2012, acima colacionada, que enquadra o serviço de transporte público individual como sendo aquele “aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas”, em seu art. 4º.

Mas o enquadramento deste modo de transporte nem sempre se deu em termos exatos. Quando editada, a Política Nacional de Mobilidade Urbana definia o transporte individual de passageiros indiscriminadamente como serviços públicos. É o que se extrai da redação original do seu art. 12, *in verbis*:

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 conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas.

Nestes moldes, a interpretação da norma resultava não apenas na conclusão de que o transporte individual de passageiros se constituía como serviços públicos, mas também que sua exploração apenas poderia ser feita por meio de permissão.⁸⁶

Este enquadramento legal não vigorou muito.⁸⁷ A Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, dentre outras diversas disposições, veio para alterar dito preceito legislativo e ainda adicionar o art. 12-A e respectivos parágrafos, vigentes até o momento, que fazem menção expressa à atividade dos taxistas. Segue a nova redação:

⁸⁶ WILLE, Rafael Jantsch. *A distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito e o transporte individual de passageiros*. 2017. 75 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017, p.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. Parecer: *Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: caso Uber*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019, p.

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

Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local.

§ 1º É permitida a transferência da outorga a terceiros que atendam aos requisitos exigidos em legislação municipal.

§ 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 da outorga e são condicionadas à prévia anuência do poder público municipal e ao atendimento dos requisitos fixados para a outorga.

Primeiramente, cumpre destacar que a referida alteração modificou dois aspectos importantes da redação antes estabelecida. Por um lado, passou a qualificar o serviço de táxi como “serviço de utilidade pública”, e não mais como serviço público, e, por outro, suprimiu a expressão “prestados sob permissão”.⁸⁸

São extraídas destas alterações duas conclusões essenciais para o entendimento atual do enquadramento jurídico desta atividade. A primeira, relacionada à mudança da denominação do serviço, claramente evidencia a opção legislativa em afastar o transporte público individual de passageiros da noção de serviço público. Existindo a dicotomia entre as espécies de atividade econômica *lato sensu*, e sendo a *publicatio* um dos elementos considerados na doutrina brasileira para se determinar a natureza da atividade, tem-se que, por escolha do Estado, o serviço de taxi deve ser considerado como atividade econômica *stricto sensu*.⁸⁹

De outro giro, e como consequência da primeira conclusão, tem-se que a supressão da permissão como título autorizativo do poder público, e sua substituição

⁸⁸ GIACOMUZZI, José Guilherme. *O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro*. A&c - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, [s.l.], v. 17, n. 68, p.209-250, 25 jun. 2017. Revista de Direito Administrativo and Constitucional, p. 211.

⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Parecer*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf>. Acesso em 27 nov. 2019, p.

pela expressão “direito à exploração”, sendo este meramente outorgado mediante a satisfação dos requisitos de lei, demonstram que esta é uma atividade de mercado, pautada pelo princípio da livre iniciativa, e, conseqüentemente, impassível de restrição subjetiva pelo Estado.⁹⁰

É dizer: se o particular deseja explorar a atividade econômica, basta preencher os requisitos necessários para tanto, definidos pelo poder de polícia em sua faceta normativa, não existindo exclusividade da titularidade do serviço pela Administração, a atrair a necessidade de licitação para sua outorga, e nem discricionariedade do Poder Público em fazê-lo. É um direito subjetivo do administrado, passível de organização, disciplina e fiscalização estatal, ou seja, de uma constante regulação, em razão do interesse público que adjetiva seu conceito, mas não inteiramente sujeito ao controle da Administração, como acontece com os serviços por ela titularizados.⁹¹

Isso porque o instituto da permissão, definido no art. 2º, IV da Lei nº 8.987/1995, consiste na delegação de prestação de serviço público ao particular, a título precário e mediante licitação⁹², o que se demonstra inviável para a outorga do serviço de taxi, que, por sua natureza, não comporta a realização de licitações e não é executado a título precário.

Ocorre que desde antes da edição da Lei nº 12.587/2012, e de sua posterior alteração, parte da doutrina brasileira já compartilhava deste entendimento.⁹³ Como exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, que, ao comentar a natureza jurídica da atividade dos taxistas em parecer, já entendia não se tratar de serviço público, mas sim de atividade econômica de interesse público, chegando a afirmar que os

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 156.

⁹² Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

⁹³ Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho: “A atividade de transporte de passageiros, por exemplo, às vezes suscita dúvida, e isso porque há serviços públicos e serviços privados de transporte de pessoas. É o caso de vans que conduzem moradores para residências situadas em local de mais difícil acesso em morros. Ou ainda o serviço de táxis. Trata-se, em nosso entender, de atividades privadas e, por isso mesmo, suscetíveis de autorização. E, sendo autorização, não será realmente para nenhum serviço público, já que este se configura como objeto de permissão”
CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 449

motoristas de taxi não eram nem concessionários e nem permissionários de serviço público.⁹⁴

Outro ponto que merece exposição é o referente à ausência do critério formal para a caracterização do transporte público individual como serviço público. Isso porque o regime jurídico aplicável à atividade de taxi, previsto na Lei Federal nº 12.468/2011 e nos diplomas legislativos locais, traz diferenças significativas em relação ao regime atinente aos serviços públicos, previsto majoritariamente na Lei nº 8.987/1995.⁹⁵

Os permissionários de serviços públicos, agindo por sua conta e risco para a prática de atividades delegadas pelo Estado, são titulares de obrigações perante o ente concedente, especialmente os contidos no art. 31 da Lei de Concessões, como manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão; prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários; zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente, dentre outros. Tais obrigações não são exigidas para a devida prestação do serviço de taxi, notadamente porque os bens utilizados no ofício não são bens públicos.⁹⁶

Convém pontuar também que a alteração na Lei de Mobilidade Urbana trouxe a possibilidade de transmissão *mortis causa* do alvará de funcionamento do taxi, em seu art. 12-A, §2º, acima transcrito, disposição que seria flagrantemente inconstitucional caso prevista para a permissão de serviços públicos, que segue inexoravelmente os princípios do Direito Administrativo, notadamente o da impessoalidade.

Ainda neste tema, importa dizer que o caráter de interesse público da atividade, ainda que de natureza privada, lhe garante certas prerrogativas e alguns privilégios similares aos garantidos aos prestadores de serviço público. Cite-se, como exemplo, o acesso exclusivo a algumas infraestruturas de mobilidade urbana, como pontos de

⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, *apud* BARROSO, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Revista de Direito Administrativo, [s.l.], v. 226, p.187-212, 9 mar. 2015. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240>. Acesso em 28 nov. 2019, p. 199.

⁹⁵ BÜRGER, Paulo Germano de Athayde. *O regime jurídico do serviço de táxis*. Fórum Administrativo-FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 180, fev. 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239618>. Acesso em: 16 nov. 2019, p. 67.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 67.

embarque de passageiros, chamados de “pontos de taxi”.⁹⁷ De mesmo modo, também sujeita os prestadores a alguns ônus, deveres e obrigações presentes na prestação de serviços de interesse coletivo, como a necessidade de proporcionar a acessibilidade universal e a equidade no acesso ao serviço pelos passageiros.⁹⁸

Para além dos critérios já estabelecidos de diferenciação, ainda impende destacar que o regime jurídico do indigitado serviço não se adequa aos ditames dos princípios atinentes aos serviços públicos.

Em primeiro lugar, o princípio da continuidade do serviço público, que queda inaplicável quando se constata que a essencialidade nos modos de transporte cinge-se àquele público e coletivo, não sendo dever da Administração manter o funcionamento do transporte público individual.⁹⁹

De outro giro, quando confrontado com o princípio da modicidade de tarifas, mais uma vez se percebe a inequação em categorizá-lo como serviço público. Isso porque, dito do modo mais simples, as tarifas praticadas pelos taxistas não são módicas, e nem precisam ser.¹⁰⁰ O modal se reveste de um caráter seletivo, apesar de aberto ao público, e os preços praticados estão sujeitos ao sistema da ordem econômica concorrencial, não sendo admissível a intervenção do Estado no sentido de regulá-los.

Importante mencionar, ainda em relação à categorização deste modal, que a jurisprudência pátria por muito tempo divergiu acerca da natureza jurídica e da classificação do transporte público individual. Mesmo após a edição e a alteração da Lei de Mobilidade Urbana, diversos tribunais do país ainda persistiam em sua ideia, *contra legem*, de que a atividade de taxi se revestia do caráter de serviço público¹⁰¹,

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Parecer. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf>. Acesso em 27 nov. 2019.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ BÜRGER, *op. cit.*, p. 68.

¹⁰⁰ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à lei de mobilidade urbana – Lei nº 12.857/12: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 184.

¹⁰¹ Neste sentido, TJRJ. Ag. Inst. nº 0055668-63.2014.8.19.000. Rel. Des. Jacqueline Lima Montenegro, j. 17.3.2015, que se utiliza expressamente do termo “serviço público” para adjetivar a atividade dos taxistas. De mesmo modo, o TJRJ. Ag. Inst. nº 0004308-89.2014.8.19.0000. Rel. Des. Helda Lima Meirelles, j. 27.3.2014; e também diversos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que julgam inconstitucionais leis municipais que dispensam a licitação para os serviços de taxi, o que, segundo o TJRS, não poderia ocorrer, pela natureza de serviço público da atividade. É o que ocorre nos seguintes julgados: TJRS, Órgão Especial do Pleno. Adins nº 70064123342, j. 1º.12.2015; 70063500482, j. 6.7.2015; 70056190937, j. 2.12.2013; 70053834925, j. 19.8.2013; 70048870067, j. 26.11.2012; 70038912663, j. 7.2.2011; e várias outros, lá citados.

admitindo em sede de julgamento certas características flagrantemente incompatíveis com tal modal de transporte.¹⁰²

Tal posicionamento, entretanto, parece estar no caminho de ser pacificado. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, em mais de uma oportunidade, enquadrando o serviço de taxi na categoria de atividade econômica de interesse público, entendendo pela inexigibilidade de licitação para sua outorga.¹⁰³ Vale, neste sentido, a transcrição da seguinte ementa, de julgado da Segunda Turma:

Agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça estadual. 3. Serviço de transporte individual de passageiro. Táxis. Prorrogação das atuais autorizações ou permissões que estiverem com o prazo vencido, ou em vigor por prazo indeterminado, por 15 anos, admitida prorrogação por igual período. 4. Serviço de utilidade pública prestado por particular. Não caracterização como serviço público. 5. Inaplicabilidade do art. 175 ou do art. 37, XXI, da Constituição Federal. Inexigibilidade de licitação. 6. Necessidade de mera autorização do Poder Público para a prestação do serviço pelo particular. Competência do Município para estabelecer os requisitos autorizadores da exploração da atividade econômica. 7. Precedente do Plenário desta Corte: RE 359.444. Inteligência do art. 12-A da Lei 12.587/2012, com a redação dada pela Lei 12.865/2013. 8. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁰⁴

O acórdão acima ementado não deixa nenhum traço de dúvida acerca da natureza jurídica do transporte público individual: trata-se de serviço de utilidade pública, com todos os elementos caracterizantes, inclusive a inexigibilidade de licitação para seu exercício. Ultrapassada questão tão controversa, resta analisar a natureza jurídica do transporte privado individual de passageiros.

¹⁰² A título de exemplo, o TJRJ, 2ª C. Cível. Agravo Interno na Apelação Cível nº 0036562-40.2013.8.19.0004. Rel. Des. Claudia Telles, j. 24.6.2015, que entendeu, de modo unânime, que independentemente da natureza do serviço de taxi, o que importava era sua natureza discricionária e precária, elementos que impossibilitavam o Poder Judiciário de adentrar o mérito administrativo da questão.

¹⁰³ Neste sentido, o RE 359444/RJ. Rel. Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno, DJe 28.5.2004; ver também o RE 967479 AgR. Rel. Min. Edson Fachin. Segunda Turma, DJe 7.5.2019.

¹⁰⁴ RE 1002310 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 3.8.2017.

3.4 DO TRANSPORTE PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS

A Lei que institui a Política Nacional de Mobilidade Urbana, apesar de ter previsto a modalidade privada do transporte individual de passageiros em seu art. 4º, como visto nas linhas acima, dela não tratou ou fez qualquer menção expressa em sua redação original. O que havia, apenas, era uma alusão ao que a lei denominou de “transporte motorizado privado”, no inciso X do referido artigo, que o definia como um “meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares”.

A ausência de tratamento, entretanto, não significava a inexistência da modalidade, muito menos a falta de reconhecimento desta por parte do legislador. Isso porque, entendendo que a norma legal não contém palavras inúteis, e sabendo que as definições previstas na Lei de Mobilidade Urbana, segundo a redação de seu art. 4º, servem apenas para seus próprios fins, ao legislador seria efetivamente desnecessária a definição de atividade que não se poria a regular.¹⁰⁵

Esta foi a realidade até o ano de 2018, quando, alterando o inciso X do art. 4º da referida Lei de Mobilidade Urbana, a Lei nº 13.640, de 26 de março de 2018, encartou a seguinte definição:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

X - transporte remunerado privado individual de passageiros: serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede.

O significado dado pela lei veio após extensos e profundos debates em todo o território nacional acerca da legalidade, regulação, natureza jurídica e legitimidade dos serviços de transporte baseados na economia de compartilhamento, notadamente os oferecidos pela empresa Uber do Brasil Tecnologia LTDA, pioneira no mercado e principal prestadora deste tipo de serviço no Brasil.

¹⁰⁵ SARMENTO, Daniel. Parecer: *Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: caso Uber*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019, pp. 25-26.

3.4.1 DO SERVIÇO DE TRANSPORTE POR ECONOMIA COMPARTILHADA.

Antes de se analisar a natureza jurídica do transporte privado individual no ordenamento pátrio, necessário que sejam evidenciadas as características e a maneira pela qual tal serviço é prestado em solo brasileiro. Fato é que o transporte por economia de compartilhamento não era atividade amplamente divulgada quando da edição da Lei de Mobilidade Urbana, em 2012, de modo que tal serviço já possuía traços distintivos antes de ser enquadrado na definição dada pela lei, que teve de ser alterada para comportá-lo em sua amplitude. Parte-se, então, à análise dos elementos do serviço de transporte no contexto da economia compartilhada, para então se discutir seu enquadramento jurídico.

A economia de compartilhamento, ou *sharing economy*, é fruto do que se está denominando como nova era do processo de desenvolvimento econômico, pautada pela superação da lógica de consumo irrefreado de massa e da acumulação de bens, privilegiando as novas formas de acesso a bens e serviços.¹⁰⁶

Tal forma de desenvolvimento se baseia, em suma, na utilização da tecnologia da informação com vistas à otimização de recursos, mediante a “redistribuição, compartilhamento e aproveitamento de suas capacidades excedentes”.¹⁰⁷ Este novo modo de se enxergar o mundo econômico está intimamente ligado ao avanço e crescimento da internet, que já vinha revolucionando a maneira pela qual as pessoas têm acesso a informações e conteúdo desde os anos 1990.¹⁰⁸

É neste contexto da economia de compartilhamento que surge a noção de “consumo colaborativo”, que privilegia o acesso ao invés da propriedade, de modo a permitir a fruição do excesso de capacidade e funcionalidade de bens duráveis em toda sua potencialidade, que no modelo clássico de domínio acabariam ociosos.¹⁰⁹

¹⁰⁶ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo. *Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança*. Revista de Direito da Cidade, [S.l.], v. 8, n. 4, p. 1757-1777, nov. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25740>. Acesso em: 17 nov. 2019, p. 03.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 03.

¹⁰⁸ Como exemplo, cita-se as tecnologias e plataformas de compartilhamento de arquivos em rede *peer to peer*, ou P2P, tendo o software Napster como pioneiro. Tal plataforma evidencia bem o modo de pensamento da economia de compartilhamento, na medida em que se utiliza do aparato possuído pelo próprio usuário para disponibilizar arquivos para os demais, criando uma verdadeira rede de comunicação na qual o indivíduo assume o papel de usuário e de prestador simultaneamente.

¹⁰⁹ MENDES, Francisco Schertel.; CERROY, Frederico Meinberg. *Economia Compartilhada e a Política Nacional de Mobilidade Urbana: Uma proposta de marco legal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Novembro/2015 (Texto para Discussão nº 185). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 17 nov. 2019, p. 07.

Os praticantes desta modalidade de consumo utilizam-se, então, de bens, serviços, expertise, até mesmo da disponibilidade de outrem, sempre mediante o uso da tecnologia, para satisfazer suas necessidades individuais pontualmente, permitindo a fruição constante destes recursos. Algo que serviria apenas a uma pessoa, na lógica capitalista clássica, é compartilhado na medida de sua necessidade com várias outras. Isso permite, simultaneamente, a diminuição no acúmulo ocioso de recursos e o acesso a estes por indivíduos que não o teriam de outro modo.¹¹⁰

A *sharing economy* contempla três tipos de sistemas: os mercados de redistribuição, nos quais um item já usado é transferido de um local onde não mais se demonstra necessário para outro no qual ele é. Este sistema baseia-se nos princípios de desenvolvimento sustentável; *lifestyles* colaborativos, que se pautam no compartilhamento de recursos, como bens, dinheiro, habilidades e tempo. Seria o caso do *couchsurfing*, rede que disponibiliza hospedagem gratuita objetivando o intercâmbio de experiências culturais; e sistemas de produtos e serviços, presente nas relações em que o consumidor paga pelo benefício do produto, e não pelo produto em si. Sendo assim, o que se precisa no caso em apreço não é de um carro, mas sim da locomoção de um ponto a outro.¹¹¹

Na mesma esteira, são destacadas quatro principais características da economia compartilhada: o compartilhamento de recursos ociosos; a utilização da tecnologia da informação, mais precisamente da internet e de redes móveis; a interação entre produtor/fornecedor e consumidor através de redes sociais; e o “*ranqueamento*”, ou a avaliação, dos recursos e serviços.¹¹²

No setor de transportes, mais especificamente em relação ao transporte privado individual de passageiros mediante plataforma de comunicação em rede, fora fundada a *Uber USA LLC* no Vale do Silício, Estados Unidos da América, no ano de 2009. Seu conceito era bem simples: os idealizadores, Travis Kalanick e Garrett Camp, ao se depararem com dificuldades para conseguir um taxi na cidade de Paris, imaginaram um serviço pelo qual se poderia materializar um motorista particular apenas com um

¹¹⁰ SOUZA; LEMOS., *op. cit.*, p. 05.

¹¹¹ RIBEIRO, Bruno Santos. *Princípios e desafios para regulação da economia do compartilhamento, com substrato da teoria responsiva e enfoque na atuação do aplicativo Uber*. 2016. 74 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14214/1/2016_BrunoSantosRibeiro_tcc.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019, p. 05.

¹¹² MENDES; CERROY. *op. cit.*, p. 08.

toque de seus aparelhos celulares.¹¹³ Hoje, dez anos depois, o serviço está disponível em mais de 600 cidades de 65 países, das quais ao menos 100 são no Brasil, segundo dados oficiais disponibilizados no site da empresa.¹¹⁴

A Uber nada mais é do que um aplicativo, plataforma tecnológica para *smartphones* e dispositivos móveis com acesso à internet, que estabelece uma conexão entre consumidores do serviço de transporte e motoristas profissionais, para viagens individualizadas com padrões elevados de qualidade.¹¹⁵

A plataforma se utiliza dos conceitos de economia compartilhada na medida em que não é proprietária de nenhum dos veículos utilizados para o transporte, e age como mera intermediária e facilitadora dos polos da relação contatual.

Os motoristas, denominados de parceiros, devem se credenciar junto à empresa e são remunerados diretamente pelo resultado econômico das viagens que realizam, sendo devido à Uber 25% do valor recebido com cada uma delas, pelo uso da plataforma. Para se credenciar, o motorista deve portar Carteira Nacional de Habilitação que autorize o exercício de atividade remunerada, e, para manter-se credenciado, deve atender a certos requisitos, sendo talvez o mais importante de todos a avaliação anônima realizada pelos próprios usuários.¹¹⁶

Quanto ao preço, o valor de cada viagem é estabelecido e disponibilizado ao usuário antes mesmo de iniciada a corrida. A estimativa é calculada levando em consideração o preço base, que é o valor mínimo da corrida, o tempo dispendido do começo ao fim da viagem e a distância da rota, podendo haver, também, a incidência do que se denomina de preço dinâmico – fator de multiplicação que eleva o preço base de acordo com a demanda local de usuários em determinado espaço de tempo – e de pedágios.¹¹⁷

¹¹³ *Fatos e Dados sobre a Uber*. Uber Newsroom, 2019. Disponível em <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>> Acesso em 17 nov. 2019.

¹¹⁴ *Descubra quais cidades do Brasil têm Uber*. Uber Blog, 2018. Disponível em <https://www.uber.com/pt-BR/blog/em-quais-cidades-a-uber-esta-no-brasil>. Acesso em 17 nov. 2019.

¹¹⁵ *Como a Uber funciona?* Uber Ajuda, 2019. Disponível em: <https://help.uber.com/pt-BR/riders/article/como-a-uber-funciona?nodeId=738d1ff7-5fe0-4383-b34c-4a2480efd71e>. Acesso em: 17 nov. 2019.

¹¹⁶ *Seja um motorista*. Uber Ajuda, 2019. Disponível em: <https://help.uber.com/pt-BR/partners/section/seja-um-motorista?nodeId=e16fcb84-8322-4c17-8ece-e4b31e785992>. Acesso em: 17 nov. 2019.

¹¹⁷ *Como funciona o preço antecipado?* Uber Ajuda, 2019. Disponível em: <https://help.uber.com/pt-BR/riders/article/como-funciona-o-preco-antecipado?nodeId=c5baa3cb-1daf-4329-bd7b-594a6160df50>. Acesso em: 17 nov. 2019.

Há, ainda, categorias diferentes de serviços, que levam em consideração a necessidade do usuário e variam em preço de acordo com os benefícios oferecidos. A categoria *UberX*, utilizada para as viagens do dia-a-dia; a *Uber Select*, que oferece veículos mais confortáveis e motoristas mais bem avaliados; a *Uber Black*, modalidade em que são oferecidos apenas carros modelo sedan e de cor preta, de alto padrão de luxo; *Uber eats*, serviço de entrega de restaurantes; *Uber pool*, na qual um usuário pode se utilizar de trajeto já definido para outro, com preços menores; e outras subcategorias, como a *Bike*, que oferece carros com aparato para levar bicicletas; e a *Pet*, utilizada para transportar animais de estimação.

Daí se dizer que, até sua chegada ao Brasil, não houve qualquer serviço comparável com o oferecido pela Uber. Tal fato, por óbvio, gerou diversas implicações na seara jurídica, notadamente quanto ao seu enquadramento legal e o regime jurídico aplicável, elementos que serão melhor analisados nas linhas abaixo.

3.4.2 DA NATUREZA JURÍDICA DO TRANSPORTE PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS

Evidente que, à época em que passou a funcionar no Brasil, não existia enquadramento jurídico para comportar o serviço da Uber em todas as suas peculiaridades. Não obstante a falta de tratamento legal sobre o assunto, o serviço fora mal recepcionado pela categoria dos taxistas, que se viram ameaçados pelo *modus operandi* da empresa e pelos preços por ela praticados, encarados como baixos demais pela categoria, que vociferava pela existência de suposta concorrência desleal.

A partir disso, verdadeira batalha de interesses fora travada entre os defensores dos taxistas e os defensores dos motoristas de Uber e dos demais aplicativos de intermediação de transportes que foram surgindo após sua instalação no Brasil. Diversos municípios chegaram a proibir o serviço suscitando sua ilegalidade, disposições que foram posteriormente julgadas inconstitucionais pelos respectivos Tribunais de Justiça¹¹⁸, e posteriormente pacificada pelo STF.

¹¹⁸ Como exemplos, a Lei Municipal nº 13.775, de 12 de janeiro de 2010, do Município de Campinas/SP, cujos dispositivos que previam a proibição foram julgados inconstitucionais pelo TJSP na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2213289-26.2016.8.26.0000; e a Lei Municipal nº 9.066, de 01 de junho de 2016, julgada inconstitucional pelo TJBA na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0011161-36.2016.8.05.0000.

Este último, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹¹⁹, entendeu que a proibição ou a restrição desproporcional da atividade de transporte privado individual de passageiros por meio de aplicativos é inconstitucional, por representar violação aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. A decisão fora dada pela unanimidade do plenário, valendo a transcrição de trechos da ementa, que segue abaixo:

(...) 11. A norma que proíbe o “uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas” configura limitação desproporcional às liberdades de iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da CRFB) e de profissão (art. 5º, XIII, da CRFB), a qual provoca restrição oligopolística do mercado em benefício de certo grupo e em detrimento da coletividade. Ademais, a análise empírica demonstra que os serviços de transporte privado por meio de aplicativos não diminuíram o mercado de atuação dos táxis. (...) 13. A proibição legal do livre exercício da profissão de transporte individual remunerado afronta o princípio da busca pelo pleno emprego, insculpido no art. 170, VIII, da Constituição, pois impede a abertura do mercado a novos entrantes, eventualmente interessados em migrar para a atividade como conseqüência da crise econômica, para promover indevidamente a manutenção do valor de permissões de táxi.

Superada a questão acerca da legalidade de tais serviços, resta definir seu tratamento jurídico, notadamente quanto ao regime ao qual será submetido. Face às mencionadas características do serviço prestado pela Uber e demais empresas do ramo, a categoria do transporte privado individual de passageiros, prevista na Lei de Mobilidade Urbana, era a que mais se amoldava às peculiaridades da atividade. Mas ainda assim sua definição legal não saiu incólume da vinculação.

Como sobredito, a norma do art. 4º, X da Lei nº 12.587/12 fora alterada, e passou a prever a seguinte redação:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

X - transporte remunerado privado individual de passageiros: serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a

¹¹⁹ STF - ADPF 449/DF - 0003426-38.2017.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 08/05/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-190 02-09-2019.

realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede.

De já, percebe-se que a lei se utilizou de elementos objetivos para delimitar a inovação e distingui-la dos taxistas. Para ser transporte privado individual de passageiros é preciso que a atividade não seja aberta ao público, que suas viagens sejam individualizadas – excetuando aquelas compartilhadas, tendo como exemplo a *Uber pool* -, e, fator preponderante na definição, que os usuários sejam previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede.

Por conseguinte, e à vista de tudo quanto exposto neste Trabalho, pode-se afirmar de imediato que este não é um serviço público. Falta-lhe, à luz de sua definição, o elemento subjetivo que orienta a atividade econômica em sentido amplo na direção daquela prestada pelo Estado para satisfazer o interesse público, bem como a nota de essencialidade reputada necessária para tal configuração. E não poderia ser de outro modo, pois, como visto, os limites impostos ao Poder Público de avocar atividades para si são justamente aqueles que norteiam a prestação aqui comentada, como bem elucidado no julgado exarado pelo STF, acima transcrito, sendo estes os princípios da livre iniciativa e concorrência.¹²⁰

Ainda em relação à natureza da atividade, vale mencionar que a Lei nº 13.640/2018 não apenas alterou o art. 4º da Lei de Mobilidade Urbana, mas também acrescentou os artigos 11-A e 11-B ao referido diploma normativo.

O primeiro define a competência exclusiva dos Municípios e do Distrito Federal em regulamentar e fiscalizar o serviço no âmbito de seus territórios:

Art. 11-A. Compete exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei no âmbito dos seus territórios.

¹²⁰ DOURADO, Thaís Amaral; MOTTA, Fabrício Macedo. *Uber e serviços de táxi no Brasil sob a ótica do direito administrativo*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 196, jun. 2017. Disponível em: <https://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247728>. Acesso em: 28 nov. 2019, p. 59.

Salta aos olhos a escolha de palavras do legislador, que, ao contrário do que fez com o serviço de taxis, em momento algum definiu o transporte privado individual como serviço de utilidade pública. E não sem razão.

Dado é que aquele primeiro é atividade privativa dos taxistas, nos moldes do art. 2º da Lei nº 12.468/2011¹²¹, mas é também evidente que, apesar de serem ambos serviços de transporte individual, o prestado pelos primeiros reveste-se de natureza pública, enquanto o prestado pelas empresas de intermediação reveste-se de natureza privada. Daí se dizer, então, que aos taxistas não é dado o monopólio da prestação de toda e qualquer atividade de transporte individual de passageiros, e, de mesmo modo, que ao ente público não é dado retirar a atividade prestada pela Uber e demais empresas do âmbito da livre iniciativa e livre concorrência.¹²²

Ainda neste sentido, a diferença entre as espécies de transporte individual também se dá em razão do interesse público a que cada um se reporta. Frise-se que o transporte público é caracterizado pela sua abertura à coletividade, enquanto o acesso ao privado se dá somente mediante a utilização de aplicativos e redes de comunicação, não sendo abertas a qualquer indivíduo.

Historicamente, os atos administrativos de consentimento que autorizavam e regulavam a prática das atividades dos taxistas tinham como objetivo a proteção ao consumidor da falta de informações atinentes ao serviço, no sentido de que os passageiros confiavam naqueles motoristas autorizados pelo Poder Público a lhes oferecer o serviço de transporte partindo do pressuposto de que estes estavam aptos a fazê-lo e reuniam os requisitos para tanto.¹²³

Com o transporte privado individual isso não ocorre. O aplicativo da Uber traz uma série de informações pertinentes e acessíveis ao consumidor, criando uma estrutura informativa que garante o acesso antecipado ao nome e foto do motorista, modelo, cor e placa do automóvel a ser utilizado, o histórico de prestação do serviço daquele parceiro durante todo o tempo em que esteve credenciado junto à plataforma,

¹²¹ Art. 2º É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros.

¹²² SARMENTO, Daniel. Parecer: *Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: caso Uber*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019, p. 26.

¹²³ DOURADO, Thaís Amaral; MOTTA, Fabrício Macedo. *Uber e serviços de táxi no Brasil sob a ótica do direito administrativo*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 196, p. 49-65, jun. 2017, p. 60.

a rota a ser seguida e estimativas de tempo e preço das viagens. Há campos em que constam a avaliação atual do motorista, revisões deixadas pelos usuários, a quantidade de viagens por ele realizadas e até mesmo informações subjetivas e pessoais sobre o prestador, caso ele opte em disponibilizá-las, como o nível de idiomas estrangeiros que fala, seus objetivos enquanto motorista da plataforma e até um pouco de sua personalidade.¹²⁴

Todos estes dados se somam para indicar que o elemento material da noção de transporte privado individual não pode ser correlacionado àquele do transporte público individual. O interesse da atividade ofertada pela Uber e demais aplicativos não é público, e sim privado, tanto do ponto de vista de quem lhe presta quanto do ponto de vista de quem lhe consome. As semelhanças entre estas duas modalidades de transportes se exaure na individualidade das viagens, de modo que ao serviço privado de transporte a ingerência da Administração deve corresponder àquela estendida às atividades econômicas comuns, *stricto sensu*, não sendo justificada uma regulação tão incidente quanto a que os taxis são submetidos.¹²⁵

Neste sentido, José Joaquim Gomes Canotilho¹²⁶:

Neste contexto, a actividade concretamente em causa - o exercício da actividade económica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada - não suscita, à luz do princípio da proporcionalidade, especiais particularidades de ordem pública que habilitem o legislador ordinário a introduzirem cláusulas restritivas à liberdade de acesso e ao livre exercício desta actividade económica, incluindo a sua sujeição a autorização de órgãos públicos (§ único do artigo 170.º), bem como não suscita especiais particularidades para que sejam consideradas ou atendidas exigências acrescidas de qualificações profissionais (artigo 5.º, XIII).

¹²⁴ SARMENTO, *op. cit.*, pp. 33-34.

¹²⁵ DA SILVA, Leandro Estrela. *A Constitucionalidade da Uber: um estudo multidisciplinar no ordenamento jurídico*. Brasil Escola Monografias, 2018. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-constitucionalidade-uber-um-estudo-multidisciplinar-no-ordenamento-juridico.htm#capitulo_1. Acesso em: 28 nov. 2019.

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Parecer. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf>. Acesso em 27 nov. 2019.

E também Daniel Sarmento¹²⁷:

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.

Esta linha de raciocínio também serve para justificar a ausência dos benefícios e prerrogativas outorgados aos taxistas em sua atividade, como a utilização de estacionamentos privativos e a disponibilização de pontos exclusivos de embarque de passageiros, aos prestadores do serviço de transporte privado. Ora, estivessem eles sujeitos às mesmas estritas regras atinentes ao transporte público individual, deveriam de mesmo modo gozar dos benefícios que acompanham os deveres exigidos.¹²⁸

Dentre outras diferenças verificáveis entre as modalidades de transporte individual, cumpre ainda mencionar a possibilidade de recusa de passageiros, liberdade garantida aos motoristas da Uber e, em certos casos, não aos taxistas¹²⁹; a exigência - se não a mera possibilidade de se exigir – um tempo mínimo de trânsito do veículo nas ruas, para os taxistas, enquanto na Uber o motorista trabalha se e quando quiser¹³⁰; dentre outros.

Do fato de que o transporte privado individual de passageiros se caracteriza enquanto atividade econômica *stricto sensu* decorre a conclusão de que o regime jurídico aplicável à atividade é o de direito privado. Certo é que a Administração poderá regulamentar e fiscalizar a atividade mediante a edição de normas locais, conforme dita o art. 11-A da Lei de Mobilidade Urbana, acima colacionado, mas preponderam as normas atinentes às atividades econômicas comuns para seu funcionamento.¹³¹

¹²⁷ SARMENTO, Daniel. Parecer: *Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: caso Uber*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

¹²⁸ CANOTILHO, *op. cit.*

¹²⁹ LIBERALINO, Ana Paula da Silva; LEITE, Marcelo Lauer. *A livre-iniciativa e o Uber: restrição estatal legítima ou violação de direito fundamental?* Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 107-133, jan./abr. 2017, p. 123.

¹³⁰ Art. 4º, VI do Decreto Municipal do Rio de Janeiro/RJ nº 38.242/2013: Art. 4º. Os Taxistas Autônomos e os Taxistas Auxiliares deverão atender integralmente aos requisitos e condições abaixo estabelecidos para prestar o Serviço de Táxi, em qualquer de suas modalidades, sem prejuízo da regulamentação complementar a ser expedida pela SMTR: [...]VI – manter-se em atividade profissional oferecendo seus serviços à população pelo período mínimo de 40 (quarenta) horas semanais, ressalvados os afastamentos por motivos de férias, doenças e outros, que deverão ser informados à SMTR, na forma estabelecida em regulamento.

¹³¹ DA SILVA, Leandro Estrela. *A Constitucionalidade da Uber: um estudo multidisciplinar no ordenamento jurídico*. Brasil Escola Monografias, 2018. Disponível em:

Assim sendo, são aplicáveis aos serviços aqui comentados as normas previstas no Código Civil para o contrato de transporte, previstas em seus artigos 730 a 752. Diz-se, então, que no momento em que adentra na plataforma¹³² e solicita o serviço, o consumidor firma um contrato de transporte com o motorista, e, simultaneamente, com a empresa responsável pelo mecanismo utilizado.¹³³

Ainda há corrente doutrinária que defenda a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao transporte privado individual, por entender que há relação consumerista entre os usuários do serviço, o motorista e a empresa gestora do aplicativo.¹³⁴

Os defensores desta corrente entendem que a presença do aplicativo agindo não somente como facilitador, mas como o elemento que torna possível e estrutura o sistema de negócio, e ainda auferindo lucro com um percentual do valor de cada corrida, faz surgir um dever de “garantir a segurança do modelo de negócio, despertando a confiança geral ao torná-lo disponível na internet”.¹³⁵

A confiança daí gerada, o domínio das informações necessário para o desenvolvimento do negócio e o dever de lealdade oriundo da gestão de transações econômicas no âmbito da plataforma, segundo os doutrinadores, transformaria a empresa numa prestadora de serviços, sendo configurada a relação de consumo no mesmo polo em que os motoristas.¹³⁶

Por tudo quanto aqui exposto, e entendendo tratar-se o serviço de atividade econômica em sentido estrito, e não de utilidade pública, como ocorre com os taxis, questiona-se a possibilidade e o nível de regulação que pode o ente estatal submeter

https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-constitucionalidade-uber-um-estudo-multidisciplinar-no-ordenamento-juridico.htm#capitulo_1. Acesso em: 28 nov. 2019.

¹³² Há quem defenda que este momento se dá quando da aceitação do usuário aos Termos e Condições para adesão ao aplicativo: “Para utilizar os serviços os consumidores deverão aceitar os “Termos e Condições” disponível no site da empresa, caso contrário não poderão aderir ao aplicativo. A confirmação após leitura obrigatória dos termos e condições cria um vínculo contratual com força de prova”.

Ibid.

¹³³ DA SILVA, Joseane Suzart Lopes. *O transporte remunerado individual de passageiros no Brasil por meio de aplicativo: a lei 13.640/2018 e a proteção dos consumidores diante da economia do compartilhamento*. Revista dos Tribunais Online: Revista de Direito do Consumidor, v. 118, p.151-192, jul-ago. 2018, p. 158.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 158.

¹³⁵ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor*. Revista Consultor Jurídico, Coluna Garantias de Consumo. São Paulo, 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor> Acesso em 17 nov. 2019.

¹³⁶ DA SILVA, *op. cit.*

tal modalidade de transporte, ainda mais levando-se em consideração as peculiaridades do modal e as polêmicas insurgidas quando de sua instalação no Brasil. Assim é que, no próximo capítulo, serão explorados os questionamentos que dão título ao presente Trabalho de Conclusão de Curso.

4 DA REGULAÇÃO DO TRANSPORTE PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS

Levando-se em consideração toda a polêmica ao redor do transporte privado individual no Brasil, e o interesse em alguns setores da sociedade em proibir seu funcionamento ou dificultar-lhe o devido exercício e exploração, surge a necessidade de investigar as possibilidades e limites à ingerência estatal neste serviço.

Isso porque múltiplos são os interesses, se não na regulamentação, então na regulação da atividade pelo Estado, que, historicamente, e não apenas no Brasil¹³⁷, se contrapõe aos avanços da tecnologia por não dispor de aparato jurídico-legal suficiente para acompanhá-los.

Neste sentido, inovações tecnológicas desafiam a Administração Pública a decidir se, por que, quando e até onde podem ou devem intervir nestes novos modos de organização econômica, sendo este um papel dado não apenas dos agentes criadores e executores da lei, mas sobretudo à doutrina, que já conta com profícua discussão acerca do tema.

À primeira vista, a discussão parece gravitar em torno das liberdades constitucionais garantidas à iniciativa privada, e, por extensão, ao transporte privado individual de passageiros. É em cotejo com elas que o Estado deve atuar, de modo que o resultado a ser alcançado somente deverá o ser através de uma análise que leve em consideração não apenas os interesses, mas os direitos e garantias constitucionalmente garantidos a todas as partes envolvidas. É o que se põe a analisar nas linhas abaixo.

4.1 DA LIBERDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, também denominada de Constituição Cidadã, encarta dentre suas razões de ser a defesa das liberdades individuais, estando, dentre elas, a liberdade econômica. Este conceito é, além de um princípio, expressão última da conjunção de diversos outros direitos negativos, também constitucionalmente garantidos, como a liberdade de trabalho, a livre iniciativa e a livre concorrência.¹³⁸

¹³⁷ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. *Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas*. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, ano 2016, n. 273, p. 123-163, Setembro a Dezembro 2016, pp. 125-126.

¹³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; ROCHA, Henrique Bastos. *Liberdade econômica e sanções administrativas nas reorganizações societárias*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo

Tais garantias estão intimamente ligadas e informam a ordem econômica nacional, que consistiria na aglutinação de normas jurídicas – regras ou princípios – que criam um sistema apto a traçar e direcionar os procedimentos econômicos da realidade social, de modo a atuar como “limitações, condicionamentos, suplementações e incentivos para sua efetiva realização”.¹³⁹

Neste contexto, a Constituição define como elementos fundantes da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, indicando, em seu art. 170, que a finalidade desta ordem é “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.¹⁴⁰ Estes mesmos elementos também são encontrados logo no art. 1º da Carta Magna, que lhes garante o *status* de fundamento da República Federativa do Brasil.¹⁴¹

Neste esboço, foi recentemente editada a denominada Lei da Liberdade Econômica, nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, e, em seu art. 1º, aduz trazer disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador:

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

Dada a importância que estas normas constitucionais carregam, diz-se que a elas é dada uma carga axiológica mais elevada que a dos demais princípios constitucionais, resultando, se não numa preferência *prima facie* – em razão da equivalente hierarquia das disposições constitucionais -, ao menos num maior cuidado

Horizonte, ano 12, n. 44, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=111633>. Acesso em: 20 nov. 2019, p. 26.

¹³⁹ MOREIRA NETO; ROCHA. *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

¹⁴¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

no exercício interpretativo, quando de seu confronto com dispositivos que restringem ou condicionam liberdades.¹⁴²

É assim que toda atuação estatal na economia, notadamente a de caráter interventivo, deve observar os princípios atinentes à liberdade econômica, cujos principais aspectos são expostos e analisados nas linhas abaixo.

4.1.1 DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

O desenvolver humano necessita de liberdade para aflorar. Atividades como a economia, artes, ciências, e, em última instância, aquela reputada pelos filósofos como inerente ao ser humano, a política, têm lugar apenas em contextos de liberdade, nos quais o homem pode criar e executar suas ideias.

É com essa percepção que se pode afirmar pelo traço de imprescindibilidade da autonomia, enquanto vontade criadora, para a origem e desenvolvimento dos atos de comércio, contexto em que surge o que hoje se denomina de livre iniciativa. Considera-se a primeira expressão deste conceito a autonomia privada, entendida, num sentido amplo, como a ideia da liberdade que tem o indivíduo para se orientar e tomar decisões que vão de questões filosóficas e existencialistas até aspectos comuns do dia a dia, ou puramente patrimoniais.¹⁴³

Mas não apenas a autonomia privada surge como aspecto de tal noção. A propriedade, um dos atributos fundamentais do homem, nascido de sua sede de satisfazer e criar novas necessidades – pujança propulsora do agir humano, juntamente aos ideais hedonistas, tidos por naturais, de busca de prazer e bem-estar -, também se desenvolveu neste contexto, figurando ao lado da liberdade de iniciativa como um dos núcleos distintos da atividade econômica proveniente da autonomia.¹⁴⁴

¹⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (42). Rio de Janeiro, 1990. Disponível em <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODUwNw%2C%2C>. Acesso em 20 nov. 2019, p. 59.

¹⁴³ LIBERALINO, Ana Paula da Silva; LEITE, Marcelo Lauar. *A livre-iniciativa e o Uber: restrição estatal legítima ou violação de direito fundamental?* Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 107-133, jan./abr. 2017, p. 110.

¹⁴⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A liberdade de iniciativa econômica: fundamento, natureza e garantia constitucional*. Revista de informação legislativa, v. 23, n. 92, p. 221-240, out./dez. 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181737/000427077.pdf>. Acesso em 22 nov. 2019, p. 229.

Na lição de Luís Roberto Barroso,¹⁴⁵ a livre iniciativa ainda teria como pressupostos, além da propriedade privada, o princípio da liberdade de empresa, que assegura à coletividade o livre exercício de toda e qualquer atividade econômica; o princípio da livre concorrência, que garante ao empreendedor a faculdade de definir seus preços, em cotejo com o mercado competitivo; e a liberdade de contratar, pela qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, pautada no princípio da legalidade encartado no art. 5^a, II, da CF/88.

Para Marcelo Lauar Leite,¹⁴⁶ por outro lado, quatro seriam as facetas da livre iniciativa. A primeira delas seria a prevista no art. 170 da Constituição Federal, definida como a liberdade de empreender economicamente. Por este corolário, todos teriam o direito de desenvolver atividade econômica, seja qual for, sem haver imperativa necessidade de autorização do Poder Público para tanto – ressalvada, por óbvio, a licitude da atividade, bem como os limites provenientes do princípio da legalidade e da ordem econômica em todas as suas dimensões.

A segunda faceta da livre iniciativa, para o autor, seria a liberdade de associação, prevista no art. 5^o, XVII a XX da CF/88.¹⁴⁷ O conteúdo deste aspecto, que é, em verdade, um direito fundamental autônomo,¹⁴⁸ diz respeito à liberdade que possuem os indivíduos de se reunirem estável e permanentemente, com objetivos comuns, sem a necessidade de haver autorização do ente público para tanto – ressalvada, de mesmo modo, a licitude da atividade – sem que ninguém seja compelido a associar-se ou permanecer associado.

De outro giro, o terceiro aspecto do princípio em comento seria a liberdade de contrato, tendo-se esta como a liberdade de “realização de negócio jurídico por meio de vontades livremente convencionadas, visando produzir efeitos reciprocamente

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001, p.

¹⁴⁶ LAUAR LEITE, Marcelo. *Descortinando um direito fundamental: notas sobre a livre iniciativa*. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 6, n. 02, 15 set. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5795>. Acesso em: 28 nov. 2019, p. 05.

¹⁴⁷ Art. 5^o [...] XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado; XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 594.

vinculantes”.¹⁴⁹ O contratar é inerente ao exercício de qualquer atividade econômica, e, por conseguinte, a todas as facetas constitucionais da livre iniciativa. Sem o contrato não existem empreendimentos, nem sequer exercício profissional.

Por último, o autor entende que a quarta faceta da livre iniciativa é a liberdade de ação profissional, positivada no art. 5º, XIII da CF/88. Isso porque tal aspecto, também um direito fundamental autônomo,¹⁵⁰ informa e assegura o livre exercício de todo e qualquer trabalho, ofício ou profissão, ressalvada a licitude da atividade e observadas as qualificações técnicas previstas no ordenamento para seu exercício.

Percebe-se, do quanto exposto até o momento, que a noção de livre iniciativa sempre esteve vinculada, ao menos para a maioria dos pensadores do direito, ao modo de produção capitalista, chegando a ser definida como sua “marca e aspecto dinâmico”.¹⁵¹ Este, entretanto, não é o entendimento de Eros Grau¹⁵², para quem “não se pode visualizar no princípio tão-somente uma afirmação do capitalismo”.

Este autor afirma que a liberdade de iniciativa não pode ser identificável apenas como liberdade de empresa, já que abrange “todas as formas de produção, individuais ou coletivas”. Neste sentido, indicando que o conteúdo do princípio é mais amplo do que comumente se advoga, afirma que a livre iniciativa é titulada não somente pela empresa, mas também pelo trabalho, na medida em que a Constituição, ao defini-la, não a privilegia como bem jurídico somente destinado a tais organizações.

Eros Grau encara a livre iniciativa, então, como modo de expressão do trabalho, corolária da valorização deste último. Sua doutrina entende, então, que dentre as formas de iniciativa econômica podem ser encontradas, além da iniciativa privada, a iniciativa cooperativa¹⁵³ e a iniciativa pública¹⁵⁴. Em suma, Eros Grau indica que a livre

¹⁴⁹ LIBERALINO; LEITE, *op. cit.*, p. 112.

¹⁵⁰ SARLET; MARINON, *op. cit.*, p. 580.

¹⁵¹ AMARAL NETO, *op. cit.*, p. 229.

¹⁵² GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 204.

¹⁵³ Encontrada no art. 5º, XVIII e art. 174, §§ 3º e 4º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º [...] XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; XVIII.

Art. 174 [...]§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros; § 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

¹⁵⁴ Quanto a esta, o autor diz o seguinte: “Quanto à iniciativa pública, observa Antonio Sousa Franco (ob. cit., p. 236), reportando-se ao art. 61 da Constituição de Portugal, para dizer que ele “não fala em iniciativa pública, e com razão: pois a iniciativa do Estado e de entidades públicas não poderia caber em nenhuma forma de direitos do homem ou direitos fundamentais”. GRAUS, Eros, *op. cit.*, p. 204.

iniciativa assume múltiplas facetas, sendo a liberdade de iniciativa econômica apenas uma delas.

De qualquer modo, e independentemente do prisma sob o qual se enxergue a livre iniciativa, os autores aparentam ser unânimes em um ponto fulcral: seu exercício não é ilimitado.

O âmbito de incidência do princípio da livre iniciativa se esbarra e é delineado pelo universo de normas também dispostas na Constituição Federal. Suas facetas podem ser sempre ponderadas em confronto com outros princípios constitucionais, pelo fato de que, como qualquer outro direito fundamental, a liberdade de iniciativa não é absoluta.¹⁵⁵

Os principais agentes limitadores do exercício deste direito negativo são as garantias constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Nesta esteira, cumpre notar que as diferentes facetas da livre iniciativa, como garantias que são, também estão sujeitas a tais fronteiras. Desta feita, o princípio da liberdade de iniciativa é limitado pela própria iniciativa do Estado; a liberdade de empresa, pela liberdade de competição; a liberdade de contratação, pelas noções de valorização do trabalho; a da propriedade privada, pela função social da propriedade.¹⁵⁶

Neste sentido, a retromencionada Lei da Liberdade Econômica, que, em seu art. 2º, prevê a livre iniciativa como princípio fundante do diploma legal, bem como a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas:

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

¹⁵⁵ SANTANNA, Ana Carolina Squadri. *Regulação da ordem econômica e discricionariedade legislativa*. Revista dos Tribunais Online, v. 877, n. 1, p.75-102, nov. 2008, p. 89.

¹⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; ROCHA, Henrique Bastos. *Liberdade econômica e sanções administrativas nas reorganizações societárias*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 44, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=111633>. Acesso em: 20 nov. 2019, p. 28.

Mas também define limites legais a tal liberdade, logo em seguida:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

[...]

II - desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobranças ou encargos adicionais, observadas:

- a) as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público;
- b) as restrições advindas de contrato, de regulamento condominial ou de outro negócio jurídico, bem como as decorrentes das normas de direito real, incluídas as de direito de vizinhança; e
- c) a legislação trabalhista;

Assim é que, à vista do exposto, admite-se o elevadíssimo grau de importância da livre iniciativa para o desenvolvimento da ordem econômica brasileira, desde que seu exercício seja pautado pelos ditames exarados pelo ordenamento jurídico pátrio.

4.1.2 DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Por muito se considerou a noção de concorrência como pertencente de modo exclusivo ao âmbito da economia. Esta passou, entretanto, a ter status de valor juridicamente tutelado quando o Direito lhe garantiu atributos jurídicos, e determinou que ideias a ela ligadas, como preço justo, proibição de abusos do poder econômico e facilitação de acesso a bens pelos consumidores, fossem por ele tuteladas.¹⁵⁷

Em termos objetivos, a concorrência é definida por Leonardo Vizeu Figueiredo¹⁵⁸ como

a ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional. Isto é, trata-se da disputa saudável por parcela de

¹⁵⁷ VAZ, Isabel. *Arbitragem, Licitação e Livre Concorrência*. Revista Brasileira de Direito Municipal - Rbdm, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, abr/jun. 2004. Disponível em <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12214>. Acesso em: 21 nov. 2019.

¹⁵⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico* - 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 99.

mercado entre agentes que participam de uma mesma etapa em ciclo econômico (produção ↔ circulação ↔ consumo).

A ideia de que a concorrência deve ser protegida não é nova no ordenamento jurídico pátrio. A título de exemplo, a Carta Imperial do Brasil, de 1824, já trazia a proibição da interferência estatal na iniciativa privada.¹⁵⁹ Nos tempos atuais, a Constituição Federal de 1988 expressamente encarta a livre concorrência como princípio geral da atividade econômica, sendo devida sua observância segundo o art. 170, IV da Lei Maior.¹⁶⁰

Corolário da liberdade de iniciativa, o princípio da livre concorrência informa o dever de abstenção do Poder Público em substituir a regulação natural do mercado por sua intervenção cogente - excetuando-se as hipóteses em lei admitidas – e, aos agentes privados, o dever de abstenção na adoção de comportamentos anticoncorrenciais, assim tipificados e sancionáveis pela ação punitiva do Estado.¹⁶¹

Esta última face do princípio em comento é extraível do §4º do art. 173 da Constituição Federal, que determina a edição de lei que disponha sobre a repressão do abuso econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, *in verbis*:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

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

¹⁵⁹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. [...] XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se oponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

¹⁶⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV – livre concorrência.

¹⁶¹ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Os princípios constitucionais da atividade econômica*. Revista de Direito Empresarial – RDEmp, Belo Horizonte, ano 13, n. 1, p. 71-88, jan./abr. 2016, p. 76

Fora editada, então, para suprir a reserva legal, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e reorganiza o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, autarquia federal que compõe o referido Sistema.¹⁶²

Trata-se, segundo Luis Roberto Barroso, de princípio de funcionamento, oposto ao conceito de princípio-fim, na medida em que se refere à “dinâmica de relações produtivas”, não representando um objetivo, ou finalidade, que a ordem econômica deve alcançar.¹⁶³

Neste sentido, Miguel Reale¹⁶⁴ o define como sendo o princípio econômico

segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado.

Para Leonardo Vizeu Figueiredo¹⁶⁵, a livre concorrência seria a

proteção conferida pelo Estado ao devido processo competitivo em sua Ordem Econômica, a fim de garantir que toda e qualquer pessoa que esteja em condições de participar do ciclo econômico de determinado nicho de nossa economia, dele possa, livremente, entrar, permanecer e sair, sem qualquer interferência estranha oriunda de interesses de terceiros.

Neste sentido, a Lei da Liberdade Econômica traz como direito de liberdade econômica a livre definição de preços de produtos e serviços, em mercados não regulados, e como consequência de alterações de oferta e demanda:

¹⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 830/831.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Revista de Direito Administrativo, [s.l.], v. 226, p.187-212, 9 mar. 2015. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240>. Acesso em 28 nov. 2019.

¹⁶⁴ REALE, Miguel. *O Plano Collor II e a intervenção do Estado na ordem econômica*. RT: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 54, pp. 311/322, out. - dez. 2011, p. 313.

¹⁶⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico - 7 ed.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, pp. 99-100.

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

[...]

III - definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda;

Mas, no §3ª do mesmo artigo, prevê limites ao exercício deste direito, mencionando, dentre estes, a legislação de defesa da concorrência:

Art. 3º [...]

§ 3º O disposto no inciso III do caput deste artigo não se aplica:

I - às situações em que o preço de produtos e de serviços seja utilizado com a finalidade de reduzir o valor do tributo, de postergar a sua arrecadação ou de remeter lucros em forma de custos ao exterior; e

II - à legislação de defesa da concorrência, aos direitos do consumidor e às demais disposições protegidas por lei federal.

Nesta linha de raciocínio, são consideradas condutas atentatórias à livre concorrência, independentemente de culpa, os atos elencados no art. 36 da Lei nº 12.529/11, *in verbis*:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Além destes, o §3º deste mesmo artigo contém mais dezenove incisos, que preveem diversas condutas caracterizáveis como infração da ordem econômica, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput*, acima colacionado. Chamam atenção, enquanto dever negativo do Estado e dos agentes econômicos, aquelas previstas nos incisos III e IV, que, respectivamente, proíbem a limitação ou o

impedimento do acesso de novas empresas ao mercado e a criação de dificuldades na constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.¹⁶⁶

Daí se perceber, de pronto, que o papel do princípio da livre concorrência no objeto do presente Trabalho é imprescindível. As limitações à regulação do mercado, principalmente de novas tecnologias, são diretamente vinculadas aos princípios da ordem econômica aqui explicitados, e serão mais detidamente analisadas nas linhas abaixo.

4.2 DO ESTADO COMO AGENTE REGULADOR DA ECONOMIA

4.2.1 DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

Cumpra, *ab initio*, definir o que se entende por regulação econômica. Para Leonardo Vizeu Figueiredo,¹⁶⁷ esta se consubstanciaria no ramo da economia que

estuda o sistema econômico como um todo interativo, de forma a analisar a regularidade de preços e de quantidades produzidas, ofertadas e demandadas, por meio da interação entre as respectivas partes que o compõem, a saber, o Estado, as empresas, os credores, os trabalhadores, os consumidores e os fornecedores.

Daí se dizer que a regulação que o Estado exerce, jurídica, é apenas um dos mecanismos pelos quais a regulação econômica se estabelece. Neste sentido, o objetivo da regulação econômica seria a prevenção e a correção de falhas de mercado, potenciais ou efetivas, entendido este conceito como “toda situação de anormalidade de efeito danoso, potencial ou efetivo, ao devido processo competitivo de determinado nicho de nossa economia.”¹⁶⁸

¹⁶⁶ Art. 36 [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços.

¹⁶⁷ FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 137.

¹⁶⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico* - 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 140.

Na doutrina pátria, a regulação jurídica é definida por diversos autores, assumindo, de acordo com o autor, características diferentes. Para Alexandre Santos de Aragão¹⁶⁹, regulação é

o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-se em direções socialmente desejáveis.

De outro giro, na lição de Marçal Justen Filho¹⁷⁰, a regulação econômico-social seria a

atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.

Enfim, para Leonardo Vizeu Figueiredo¹⁷¹, a regulação se trata de

toda medida estatal, envidada no sentido de garantir a prevalência dos princípios da ordem econômica, bem como do respectivo interesse coletivo, a fim de efetivar a observância das políticas públicas norteadoras do planejamento econômico e social.

Cumprindo observar que a regulação terá lugar apenas quando constatada uma falha de mercado, assim considerada aquela “situação de anormalidade de efeito danoso, potencial ou efetivo, ao devido processo competitivo de determinado nicho da nossa economia”, e a insatisfação sócio-política dela gerada, de caráter inaceitável. Neste sentido, tais falhas de mercado podem se mostrar como deficiência na concorrência, deficiência na distribuição dos bens essenciais coletivos, externalidades – a exemplo da poluição -, poderio e desequilíbrio do mercado, ou por assimetrias

¹⁶⁹ ARAGÃO *apud* FIGUEIREDO, 2014, p. 139.

¹⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo – 4 ed. em e-book baseada na 12. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 793.

¹⁷¹ FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 138.

informativas, que ocorrem quando o consumidor e/ou Estado não dispõem de conhecimento suficiente acerca de como aquele setor de mercado funciona, o que abre margem para práticas abusivas por parte dos agentes econômicos.¹⁷²

Imperioso notar, ainda, que toda regulação, seja econômica, seja jurídica, visa a promoção de fins sociais. Neste sentido, a regulação exercida pelo ente estatal tem como ponto fundamental a busca do interesse público, obedecidos os ditames constitucionais atinentes à ordem econômica, acima delineados. Assim é que, explicitados os conceitos de regulação, passa-se à análise de seu exercício pelo Estado.

4.2.2 DO ESTADO REGULADOR

A interferência estatal na ordem econômica pode se dar de dois modos: direta e indiretamente. De forma direta, o Estado interfere na economia como agente executor,¹⁷³ explorando atividades econômicas que, aprioristicamente, são reservadas aos particulares, com vistas a atender o interesse público, e apenas se necessário aos imperativos de segurança nacional, assim permitido pelo art. 173 da Constituição Federal.¹⁷⁴

Por outro lado, pode o ente público intervir na ordem econômica como agente regulador, reservado a ele o poder normativo e regulador da economia pelo art. 174 da Lei Maior, *in verbis*:

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

Extrai-se deste comando normativo algumas considerações importantes para o desenvolvimento da ordem econômica no Brasil. Em primeiro lugar, o Estado deve

¹⁷² *Ibid.*, pp. 140-141.

¹⁷³ CARVALHO FILHO, José do Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015., p. 915.

¹⁷⁴ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

agir enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, criando normas que a informem e regulando-a.

Em segundo lugar, lhe cabem as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, tendo este último caráter determinante para o serviço público – já que titularizado pelo ente estatal – e indicativo para o setor privado, que a este não se sujeita, mas se correlaciona.

O Estado, então, fiscaliza, utilizando-se de seu poder de polícia – mas não limitando-se a este - a fim de averiguar se as normas por ele editadas estão sendo cumpridas pelos agentes econômicos no exercício de suas atividades; incentiva, oferecendo estímulos com vistas no desenvolvimento da ordem econômica, fixando medidas que permitam tal finalidade; e planeja, para o futuro, soluções a médio e longo prazo para as falhas de mercado, no exercício de sua própria racionalização da economia.¹⁷⁵

É da primeira conclusão que vem a ideia de Estado como agente regulador. Isto porque, além de editar normas que conformarão o comportamento dos particulares em seu âmbito de liberdade, também age fiscalizando o cumprimento destes dispositivos, podendo, inclusive, sancionar aqueles que não o observem.¹⁷⁶

Assim sendo, o ente público disciplina a atividade econômica através da edição de leis, na sua feição legislativa, e atos normativos, em sua feição administrativa. Como exemplos de normas de regulação, de alta carga de importância para a ordem econômica, podem ser citados o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Remessa dos Lucros¹⁷⁷, a Lei do CADE¹⁷⁸, e, mais recentemente, a Lei da Liberdade Econômica¹⁷⁹, já mencionada nas linhas acima.

O que se diz acerca da regulação enquanto artifício do Estado para intervir na economia, nos tempos atuais, é que esta se demonstra como um sintoma de evolução

¹⁷⁵ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Os princípios constitucionais da atividade econômica*. Revista de Direito Empresarial – RDEmp, Belo Horizonte, ano 13, n. 1, p. 71-88, jan./abr. 2016, p. 81.

¹⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 307.

¹⁷⁷ Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências, concretizando o mandamento do art. 172 da Constituição Federal.

¹⁷⁸ Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, em obediência ao art. 174, §4º da Constituição Federal.

¹⁷⁹ Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, dentre outros.

do modelo de intervenção, diferindo daquelas antigas concepções rígidas, de imposição da vontade do Estado, pelo seu caráter mediador.¹⁸⁰

Isto se dá como uma realidade contemporânea da Administração Pública, que, por pragmatismo, combina os métodos tradicionais de comando e controle, típicos dos moldes mais rígidos de regulação, com novas técnicas e artifícios, mais flexíveis, de mudança comportamental de seus destinatários através da indução, ou da regulação por incentivos, sem olvidar outros métodos alternativos com o mesmo desiderato, utilizando o aparato estatal de modo integrado, envolvendo ou não o poder de polícia.¹⁸¹

Daí se dizer que há na intervenção regulatória hodierna um caráter mediador, que permite o diálogo e a consideração dos interesses não apenas do ente estatal, mas também dos regulados, sejam estes os agentes econômicos ou os próprios usuários dos serviços. Esta noção serve não apenas para legitimar a atuação do Estado, mas também como um elemento facilitador da aderência social às normas de regulação, já que são levadas em conta as necessidades e perspectivas dos regulados.¹⁸²

Desta maneira, cumpre ao Estado exercer suas prerrogativas não mais de modo impositivo, mas mediando interesses e hipossuficiências, construindo mecanismos de intervenção aptos ao desenvolvimento do diálogo com as forças inseridas no contexto regulatório e, ao mesmo tempo, capazes de afastar a captação unilateral deste poder por interesses privados, ou políticos, que acabem desbalanceando o equilíbrio das relações.

4.2.3 DOS MODOS DE REGULAÇÃO DA ECONOMIA

Assentados o conceito de regulação e de Estado como agente regulador da economia, resta indicar e analisar os modos pelos quais o ente público exerce tal prerrogativa constitucional.

¹⁸⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica*. Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009, p. 05.

¹⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 150.

¹⁸² MARQUES NETO, *op. cit.*

A escolha da ferramenta regulatória, seja ela administrativa, legislativa ou convencional, envolverá sempre uma análise pragmática dos elementos envolvidos na espécie, levando em consideração o contexto e as consequências da escolha, por conta das amplas possibilidades e dos limites impostos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Binenbojm¹⁸³ afirma não existir correlação lógica entre a escolha de uma determinada ferramenta de regulação e a origem de sua fonte normativa – se legislativa, administrativa ou privada. Isso porque, segundo o autor, os sistemas de regulação existentes hoje em dia, além de funcionarem por meio de articulações em rede, utilizando-se de mecanismos institucionais de relacionamento, funcionam em níveis distintos de intensidade, gradados em normas de comando e controle, normas de indução e outras estratégias regulatórias não normativas. Assim sendo, o autor afirma que “definitivamente, nenhuma atividade de regulação está limitada, ontologicamente, a instrumentos específicos”, seja qual for sua fonte normativa, indo desde a Constituição até contratos administrativos, ou até mesmo a autorregulação.

Quanto a esta última, trata-se de uma categoria de regulação que leva em conta o elemento subjetivo de quem a exerce. Por este modo de categorizar o instrumento jurídico, existem a autorregulação e a heterorregulação.

A autorregulação, ou regulação privada, decorre de procedimento realizado pela própria iniciativa privada, que se autoconduz sem a necessidade de interferências externas. Os adeptos desta categoria dizem ser ela capaz de respeitar os limites impostos pelos princípios da ordem econômica, notadamente a livre iniciativa e a livre concorrência, sendo gerada tão somente pela utilização devida dos mecanismos de mercado pelos agentes econômicos nele inseridos. Pode ser induzida, quando exercida por incentivo ou recomendação estatal, através de instrumentos contratuais, como convênios e termos de parcerias, ou de autorização, como licenças e credenciamentos; ou espontânea, pela atuação natural dos agentes econômicos.¹⁸⁴

A heterorregulação, por outro lado, também denominada de regulação pública, é aquela proveniente de agentes externos aos regulados, mais precisamente do

¹⁸³ BINENBOJM, *op cit*, p. 152.

¹⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação econômica e suas modulações*. Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009, pp. 07-08.

Estado, que interfere na iniciativa privada para garantir a observância dos princípios da ordem econômica, retromencionados¹⁸⁵

Como ferramentas da heterorregulação, Freiberg¹⁸⁶ identifica ao menos seis categorias. São elas: as ferramentas econômicas, como a tributação, ou estabelecimento de mercados; as ferramentas transacionais, em que o Estado se utiliza de concessões para influenciar o comportamento dos regulados; as ferramentas de autorização, pelas quais o ente público autoriza o exercício das atividades, através, por exemplo, de licenças, ou autorizações, no caso da atividade de taxistas; as ferramentas informacionais, como a rotulagem de produtos, ou regimes de divulgação, a exemplo do selo nos produtos transgênicos; as ferramentas estruturais, como os arranjos fiscais; e as ferramentas legais, consistentes em leis, normas e regulamentos.

Já Binenbojm¹⁸⁷, ao tratar do mesmo assunto, identifica ao menos três instrumentos de regulação: normas de comando e controle, normas de indução e estratégias regulatórias não normativas.

A regulação por normas de comando e controle se daria quando o comportamento regulado fosse sujeito à estrutura normativa pautada no binômio “prescrição-sanção”. São as normas-regra propriamente ditas, que preveem uma hipótese normativa que, se subsumida a um fato, gera um efeito jurídico, geralmente sancionatório. Fundamentam-se, via de regra, em leis, mas nada impede que sua instituição se dê por regulamentos administrativos. Destaque-se, por oportuno, que o Estado não detém o monopólio da edição de normas de comando e controle, podendo, inclusive, delegar a entidades privadas o poder de editar tais normas com caráter de imperatividade.

A regulação por normas de indução sujeita o regulado à estrutura normativa pautada no binômio “prescrição-prêmio”. Ocorre nas situações em que a aplicação de normas menos intrusivas à esfera de liberdade dos regulados demonstra-se mais eficiente à finalidade almejada pela regulação, que são os comportamentos socialmente desejados. Estas normas podem incidir autonomamente ou em

¹⁸⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico* - 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 142.

¹⁸⁶ FREIBERG *apud* WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. *Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set. 2013, p. 23.

¹⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 152-160.

complemento àquelas de comando e controle, cabendo ao agente regulador a discricionariedade na escolha de sua aplicação, bem como a concepção de hipóteses normativas que induzam comportamentos através de estímulos ou indução voluntária de seus destinatários, que serão posteriormente recompensados pelo modo de agir conformado.

Já os meios alternativos de realização de objetivos regulatórios, ainda segundo Binenbojm, se originam da ampla margem de apreciação empírica que tem o Estado para observar, planejar e efetuar estratégias regulatórias. O autor dá como exemplo o uso de empresas estatais, que podem “influenciar o preço, a quantidade e a qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado”, tendo como maior exponencial a alteração da taxa de juros pelos bancos controlados por agentes do Estado. Também se exemplifica como meio alternativo a participação acionária em sociedades pelo ente estatal, bem como o instrumento do fomento público, através da concessão de subsídios e subvenções financeiras que estimulem o mercado.

Em suma, ao Estado regulador é dada uma ampla margem de escolha das estruturas e ferramentas regulatórias que se utilizará para definir os comportamentos que visa, em observância do interesse público, a fim de fazer valer os princípios da ordem econômica no ordenamento jurídico pátrio.

4.3 DA REGULAÇÃO DE INOVAÇÕES DE MERCADO E NOVAS TECNOLOGIAS

Problema contemporâneo é a inabilidade do Direito e seus sistemas jurídicos em alcançar a dinamicidade trazida pelo setor privado em suas inovações tecnológicas e de mercado. Como visto nas linhas acima, a economia de compartilhamento se enquadra neste perfil de inovação, já que vem para criar condições mercadológicas antes nunca vistas no ordenamento vigente.

Assim é que insurge a necessidade de estudo e análise de como se dão tais inovações e tecnologias para que o Estado, em sua tentativa de regular e intervir no funcionamento destas atividades, não prejudique os agentes econômicos, os indivíduos usuários consumidores, e, em alguns casos, até a si próprio, quando, por exemplo, institui política tributária ineficiente. Impende, então, que se descortine o conceito de tais inovações, tarefa realizada nas linhas abaixo.

4.3.1 DAS INOVAÇÕES DISRUPTIVAS

Às novas tecnologias e modelos de mercado capazes de minorar, enfraquecer, e, em certos casos, de substituir modelos postos e estabelecidos de mercado, como indústrias, empresas ou produtos, é dado o nome de inovação disruptiva.¹⁸⁸

Este conceito foi desenvolvido por Clayton M. Christensen, professor de administração na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, em sua obra *The Innovator's Dilemma: when new Technologies cause great firms to fail*, lá publicado no ano de 1997.¹⁸⁹

Para ser considerada como disruptiva, a inovação costuma congrega certas características distintivas: pela primeira, a inovação deve ser mais que um mero incremento a algo já existente, como a introdução de um fármaco ligeiramente mais eficiente do que os de mercado, nem regulares, previsíveis, mas trazendo mudanças drásticas e sem precedentes no mercado, irregularmente. Tais inovações tipicamente levam à redução significativa, ou mesmo à extinção, dos modos e agentes econômicos atuantes no setor abalado, a exemplo do que foi o iPhone quando surgiu para o mercado de aparelhos celulares.¹⁹⁰

A segunda característica que informa tais inovações é o fato de que elas incluem não apenas novos produtos ou modos de produção, mas também novos modelos de negócios, de modo que nem toda inovação disruptiva virá de novos entrantes, podendo surgir através de agentes já estabelecidos e atuantes no mercado.¹⁹¹

São essas inovações, a exemplo da Uber, AirBnb, Netflix e Spotify, que trazem desafios para o Estado regulador, por inaugurarem padrões e sistemas de atuação completamente distintos dos preexistentes, provocando confusão nas estruturas regulatórias vigentes e suscitando as mais diversas dúvidas sobre se, por que e como regular tais segmentos econômicos.

¹⁸⁸ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. *Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas*. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, ano 2016, n. 273, p. 123-163, Setembro a Dezembro 2016, p. 130.

¹⁸⁹ O livro foi publicado no Brasil numa versão em português, traduzido pela M. Books sob o título "O dilema da inovação", no ano de 2011.

¹⁹⁰ RIBEIRO, Leonardo Coelho. *A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 181-204, out./dez. 2016, p. 191.

¹⁹¹ WEST, Jeremy. *Organisation for Economic Cooperation and Development Hearing on disruptive innovation*, 2015. Disponível em [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)3&docLanguage=En). Acesso em 25 nov. 2019.

4.3.2 REGULAR OU NÃO REGULAR?

O primeiro questionamento realizado ao se analisar a questão posta a comento é se o Estado regulador deve escolher por intervir na economia para regular as inovações de mercado, notadamente aquelas relacionadas à economia de compartilhamento.

Há quem defenda que a autorregulação seja suficiente para este caso. Arun Sundararajan, professor da *Stern School of Business*, entende serem duas as principais razões para tanto.¹⁹²

Como primeira razão, estaria a autossuficiência regulatória das plataformas de consumo colaborativo, que já possuiriam recursos e mecanismos satisfatórios para minorar a assimetria de informações e aumentar a confiança dos usuários consumidores, através dos sistemas de reputação digitais, acima mencionados, elementos supostamente capazes de sanar a maior parte das falhas de mercado deste segmento.

De outro giro, a outra razão que fundamentaria a autorregulação na economia de compartilhamento seria o engessamento que a regulação estatal causaria no desenvolvimento destes mercados. Para o autor, tanto as plataformas quanto instituições privadas especializadas poderiam resolver os conflitos regulatórios de maior complexidade, através de mecanismos privados de regulação. Isso porque, por um lado, tais instituições seriam detentoras de muito mais informações, capacidade e *know-how* a respeito das atividades que exercem, sendo ideal sua própria intervenção por conta da dinamicidade característica de suas áreas de atuação; por outro, porque evita os riscos de influências indevidas no agir estatal por parte dos agentes econômicos já estabelecidos nos segmentos desvirtuados por tais plataformas.

Este entendimento, entretanto, não é compartilhado pela maioria dos doutrinadores, que afirmam, em verdade, pela existência de elementos indicativos da inabilidade da autorregulação em controlar efetivamente as falhas de mercado que surgem no atuar da economia de compartilhamento.¹⁹³

¹⁹² SUNDARARAJAN, Arun. *Why the government doesn't need to regulate the sharing economy*. Disponível em <http://www.wired.com/2012/10/from-airbnb-to-coursera-why-the-government-shouldnt-regulate-the-sharing-economy/>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹⁹³ RIBEIRO, Bruno Santos. *Princípios e desafios para regulação da economia do compartilhamento, com substrato da teoria responsiva e enfoque na atuação do aplicativo Uber*. 2016. 74 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

Como exemplo, tem-se as externalidades criadas pela AirBnb nas cidades de São Francisco e Nova York, nos Estados Unidos. Há, nestes locais, alta demanda tanto por habitações regulares quanto para hospedagem temporária para turistas. A plataforma da AirBnb faz com que estes segmentos se misturem, de modo que, nestas localidades, a atuação do aplicativo acabou por reduzir a oferta de locações residenciais propriamente ditas - para dar lugar ao aluguel e à disponibilização de apartamentos inteiros para hospedagens a curto prazo. Isso fez com que os preços de alugueis a longo prazo disparassem desproporcionalmente, efetivamente prejudicando os moradores destas cidades que não dispõem de casa própria e necessitam alugar para morar.¹⁹⁴

De mesmo modo, e mais próximo do objeto aqui estudado, a questão controversa da precarização das relações de trabalho – se é que podem ser assim consideradas - nos aplicativos de transporte, como a Uber, nos quais os motoristas acabam trabalhando mais do que a jornada de trabalho prevista na legislação trabalhista, ainda que se advogue pela possibilidade de escolha das condições de labor.¹⁹⁵

Bryant Cannon e Hanna Chung¹⁹⁶, doutrinadores americanos, ao se debruçarem sobre o tema da regulação da economia de compartilhamento, identificaram a existência de uma “ausência de incentivos” (*incentives gap*) para a autorregulação, que resultaria da confluência de elementos como baixas barreiras de entrada no mercado, inexperiência dos prestadores e o caráter imediato e discreto das transações realizadas neste contexto.

A ausência se refere à insuficiência de incentivos naturais para que agentes de mercado inexperientes - como os denominados “empreendedores de fim de semana” – se auto imponham um nível satisfatório de controle preventivo e de garantias que lhes protejam de situações como o inadimplemento, e façam-lhes observar elementos

Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14214/1/2016_BrunoSantosRibeiro_tcc.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019, p. 28.

¹⁹⁴ CANNON, Bryant; CHUNG, Hanna. *A Framework for Designing Co-Regulation Models Well-Adapted to Technology-Facilitated Sharing Economies*. Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, vol. 31, no 1, p. 23-96. Santa Clara: 2015. Disponível em: <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1589&context=chtlj>. Acesso em 25 nov. 2019, p. 33.

¹⁹⁵ DOLCE, Julia. *O lado sombrio do trabalho para aplicativos – e como é pior para mulheres*. Disponível em <https://exame.abril.com.br/carreira/o-lado-sombrio-do-trabalho-para-aplicativos-e-como-e-pior-para-mulheres>. Acesso em 25 nov. 2019.

¹⁹⁶ CANNON; CHUNG, *op. cit.*, p. 35

de negócio como gerência de riscos e prevenção de externalidades, além de mecanismos mínimos de proteção ao consumidor, que possibilitem a manutenção do empreendimento a longo prazo.

Segundo os autores, tal ausência de incentivos tem a potencialidade de gerar quatro falhas de mercado.¹⁹⁷ A primeira seria a proteção dos consumidores e a alocação de responsabilidades, na medida em que a baixa barreira de entrada nestes mercados permite que participantes não profissionais, sem qualquer obrigação em se manter na economia a longo prazo, adentrem nestes setores sem o planejamento adequado para prevenir situações potencialmente danosas para si e para os consumidores de seus serviços, o que gera responsabilidade. É o caso do massagista amador que não vê problema em praticar seu *hobby* em uma pessoa que lhe pague para isso, até que um consumidor insatisfeito lhe processe por supostamente ter-lhe agravado um quadro patológico. O prestador dos serviços não terá pensado adiante para delimitar regras que governem previamente seu relacionamento com os consumidores, ou porque superestimou suas habilidades, ou porque subestimou os riscos de uma experiência negativa.

A segunda falha de mercado seriam níveis não adequados de regulação trabalhista. Os autores indicam que nem toda regulação do trabalho é puramente paternalista ou protecionista, a exemplo do que ocorre com a regulação que limita as horas de trabalho dos motoristas de caminhão em seu país, em prol da segurança coletiva. Tal falha de mercado causaria danos, então, não apenas aos prestadores do serviço, mas a terceiros atingidos pelas consequências da falta de regulação do trabalho, sejam elas quais forem.

Em adiante, a terceira falha de mercado apontada por Cannon e Chung se refere à confiabilidade do sistema de mecanismos de reputação e confiança online, ou *rankeamento*. A ausência de incentivos pode introduzir imperfeições nestes mecanismos de *feedback* que constituem e caracterizam a economia de compartilhamento, quando prestadores e tomadores dependem deles para se manter prestando e utilizando os serviços compartilhados. Assim, porque cada avaliação negativa pode ter um efeito impactante no poder do indivíduo de transitar e se manter nestas plataformas, cada participante acaba tendo o poder de chantagear outros com

¹⁹⁷ *Ibid.*, pp. 36-41.

a ameaça de uma avaliação negativa, o que faria cair por terra a razão de ser do sistema, suscitando a necessidade de uma regulação externa.

Por fim, a quarta falha de mercado identificada pelos autores diz respeito à ausência de razões para os agentes de mercado considerarem a existência de externalidades. Os agentes podem não ter um incentivo adequado para considerar os efeitos econômicos nocivos que sua atuação tem no mercado, especialmente em áreas tradicionais, como a tributação e geração de renda para governos locais. Assim sendo, o Estado intervém em sua regulação não para bani-los (a exemplo do que ocorreu em diversos municípios brasileiros, num desvario coletivo dos representantes legislativos), mas para tributá-los, garantindo sua sobrevivência e acompanhando as mudanças drásticas acometidas por tais inovações disruptivas.

Assim é que, considerando o exposto, os autores entendem que agentes econômicos que já possuem os incentivos acima indicados como faltantes, como os desenvolvedores de grandes plataformas que se pretendem como instituições a longo prazo e os reguladores estatais produtores de políticas públicas, devem intervir para corrigir as externalidades e as assimetrias de informação que implicam em resultados ineficientes e na desproteção dos participantes de mercado.

4.3.3 POR QUE REGULAR INOVAÇÕES DISRUPTIVAS?

Definido que a autorregulação não é o mecanismo ideal para se lidar com as inovações disruptivas e a economia de compartilhamento, resta identificar os motivos pelos quais se regular tais modelos de economia. Não há consenso na doutrina sobre a necessidade de intervenção estatal neste caso, e nem como isso se daria, mas o que se pode dizer, em linhas de princípio, é que o pensamento clássico e o pressuposto de que a regulação tem lugar apenas quando ocorrem falhas de mercado está pouco a pouco sendo superado entre a doutrina especializada.¹⁹⁸

Isso porque a premissa lógica de que as falhas de mercado esgotam os fundamentos para a regulação não se sustenta frente à amplitude de medidas regulatórias empreendidas pelos Estados para atingir finalidades e objetivos legítimos que não seu saneamento. Assim, pode o ente estatal proceder à regulação para

¹⁹⁸ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. *Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas*. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, ano 2016, n. 273, p. 123-163, Setembro a Dezembro 2016, p. 140.

promover o efetivo exercício de direitos fundamentais¹⁹⁹, promover a inclusão no mercado de grupos minoritários socialmente excluídos ou historicamente discriminados, ou até proteger interesses intergeracionais.²⁰⁰

Longe de dizer que as falhas de mercado não mais possam ser suscitadas para legitimar a intervenção regulatória. Muito pelo contrário, estas mesmas inovações tecnológicas, disruptivas, podem resultar em práticas anticoncorrenciais – até mesmo em monopólios - em razão de seu caráter, ao menos quando surgem, exclusivista. É o caso do agente econômico que nasce, substitui toda a lógica de mercado do setor em que atua pela sua, e, ao fazê-lo, acaba por deter e controlar sozinho o que antes era compartilhado num sistema de concorrência.²⁰¹

Mas o Estado também regula tendo em vista a promoção de direitos fundamentais, sem que necessariamente se constate, na atuação dos destinatários da regulação, alguma das clássicas e retromencionadas hipóteses de falha de mercado. Ponto notável a este respeito e em voga no contexto atual de uso indiscriminado de tecnologias digitais e redes sociais é a proteção do direito à intimidade e à privacidade no mundo virtual, e como agentes de mercado que detém em larga escala o controle sobre determinado setor agem para manejar e (des)proteger os dados de seus consumidores e usuários.²⁰²

Também se pode afirmar, quando analisados os motivos e as finalidades para a regulação destas tecnologias disruptivas, que há uma especial necessidade de se preservar e promover a inovação - definida esta como a habilidade de traduzir novas ideias em resultados econômicos, ou socialmente eficazes, utilizando novos

¹⁹⁹ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 15.

²⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 193.

²⁰¹ BAPTISTA; KELLER, *op. cit.*, p. 141.

²⁰² É o caso da rede social Facebook, utilizada em quase todos os países do mundo. Recentemente, seu criador foi intimado a depor perante o Senado dos Estados Unidos em razão do vazamento de dados de 87 milhões de usuários para a Cambridge Analytica, empresa de assessoria política que teria se utilizado das informações para criar e direcionar publicidade política de acordo com o perfil individual dos usuários, influenciando as eleições americanas.

No Brasil, tem-se como exemplo a Lei nº 13.709/2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que regula o tratamento de informações, inclusive nos meios digitais, para proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

processos, produtos ou serviços.²⁰³ Neste sentido, busca-se a preservação da inovação com base na ideia de que este fenômeno seja o ponto fulcral a permitir o desenvolvimento dos modos de produção da economia industrial-capitalista, teoria desenvolvida por Joseph Schumpeter²⁰⁴, que, ao tratar dos motivos pelos quais o sistema capitalista se mantém, indica a inovação como o principal deles:

O impulso fundamental que põe e mantém em funcionamento a máquina capitalista procede dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados e das novas formas de organização industrial criadas pela empresa capitalista.

Daí se precisar o porquê de o Estado preocupar-se em regular as inovações disruptivas. Sendo o principal motor de desenvolvimento do sistema econômico hegemônico no cenário mundial, a inovação, em escala tão impactante, acaba atraindo para si a atenção das forças que determinam o modo de ser econômico-político-social.

Em que pese a destacada importância deste argumento para justificar a regulação de novos sistemas de mercado, fato é que se mostra rara a implementação de políticas públicas com a finalidade de estimular a inovação²⁰⁵, sobretudo no Brasil. Aqui, e mais especificamente acerca da empresa Uber, a primeira reação de muitos governos locais foi de completa aversão, editando-se leis irresponsáveis que declaravam a ilegalidade da atividade justamente por não existir regulação a seu respeito – sendo, nos moldes do ordenamento pátrio, conforme indicado acima, papel do Estado proceder a tal regulação - no que só pode ser considerada uma atitude de completo desvario estatal.²⁰⁶

²⁰³ Do original: “For the purposes of this Article, innovation is defined as “the ability to take new ideas and translate them into commercial [or effective social] outcomes by using new processes, products, or services...”

RANCHORDÁS, Sofia. *Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy*. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2492798>. Acesso em 24 nov. 2019, p. 16.

²⁰⁴ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 110.

²⁰⁵ WU, Tim. *Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most*. Antitrust Law Journal, Connecticut, v. 78, p. 313-314, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2166525>. Acesso em 25 nov. 2019.

²⁰⁶ Neste sentido, as leis.... trazer as leis municipais que proibiram a Uber.

4.4 DOS LIMITES À REGULAÇÃO DE TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS E INOVAÇÕES DE MERCADO. DO CASO DO TRANSPORTE PRIVADO DE PASSAGEIROS

Problema de grande importância é definir até onde os agentes reguladores, notadamente o Estado regulador, podem ir ao regular e intervir quando surgem novas tecnologias capazes de alterar de modo significativo o *status quo* dos modelos de mercado e da economia vigente.

Regular, em última análise, implica na escolha de valores fundantes por aquele que regula. Questiona-se, então, quais valores devem prevalecer e figurar como justificativas para a intervenção regulatória do Estado na economia, e até quais limites estes valores permitem que tal atividade estatal se espraie.²⁰⁷

Contrapõem-se, em análise a estas questões, duas visões distintas. Pela primeira, de cautela, recomenda-se que o regulador se limite a prestar garantias de segurança e liberdade aos usuários dos serviços, assumindo a regulação um papel de gerenciadora de riscos à saúde e à segurança. Pela segunda visão, completamente oposta, diz-se que a regulação de inovações disruptivas deve se dar ativamente, promovendo objetivos tais como a proteção de minorias, do meio ambiente, da cultura, do desenvolvimento, enfim, com vistas a garantir interesses sociais.²⁰⁸

Patricia Baptista e Clara Keller²⁰⁹, pesquisadoras da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, entendem que o regulador, aprioristicamente, lidando com o contexto de incertezas criado pelas inovações disruptivas, deve adotar e manter-se numa postura conservadora quando analisar seus limites de atuação, vendo com reserva a escolha de valores para a conformação ou o direcionamento destas novas tecnologias, sobretudo quando de seu surgimento.

As autoras informam que muitas vezes o agente regulador, ao agir de modo diverso e causar uma sobrecarga na política regulatória de determinado setor da economia, pode acabar por, em verdade, impedir a inovação. E este resultado é absolutamente indesejável no contexto econômico, porquanto, como dantes exposto,

²⁰⁷ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. *Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas*. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, ano 2016, n. 273, p. 123-163, Setembro a Dezembro 2016, p. 150.

²⁰⁸ BAPTISTA; KELLER, *op. cit.*, pp. 150-151.

²⁰⁹ *Ibid.*

a inovação é o motor central do progresso e desenvolvimento do sistema industrial-capitalista.

No ordenamento pátrio, os limites à regulação de inovações disruptivas ganhou contornos legais com a edição da Lei nº 13.874/2019, a Lei da Liberdade Econômica. Em seu art. 3º, VI, tal diploma normativo prevê claramente como direito de liberdade econômica o desenvolvimento, execução, operação e comercialização de novas modalidades de mercado e tecnologias. Vejamos:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

[...]

VI - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos;

O legislador claramente optou por uma regulação *a priori*, definindo que, quando surgirem, a operacionalização de inovações disruptivas não pode ser obstada de pronto, garantindo, como direito dos agentes econômicos que lhes detém, o seu funcionamento.

Decerto, se pode dizer que tal disposição vem para prestigiar os direitos que informam a ordem econômica, notadamente a livre iniciativa e a livre concorrência, que já são apontadas como os limites à regulação, de modo geral. Neste sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr.:²¹⁰

Em conseqüência, deve-se dizer, portanto, que o sentido do papel do Estado como agente normativo e regulador está delimitado, negativamente, pela livre iniciativa, que não pode ser suprimida. O Estado, ao agir, tem o dever de omitir a sua supressão. Positivamente, os limites das funções de fiscalização,

²¹⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Parecer: *Congelamento de preços - tabelamentos oficiais*. Revista de Direito Público nº 91, 1989. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/26>. Acesso em 25 nov. 2019, p. 77

estímulo e planejamento estão nos princípios da ordem, que são a sua condição de possibilidade.

Deve-se ter em mente que, ao regular, o Estado atinge não somente o setor da economia destinatário de sua intervenção, mas, arbitrando interesses e interferindo no jogo econômico, suas ações acabam por refletir em diversas outras etapas do ciclo de mercado. Esse é o maior fundamento para a instituição de limites em seu agir regulatório, sem os quais não se poderia falar em liberdade da ordem econômica.

Ex positis, há autores que defendam a existência de dois vetores limitantes do Estado regulador, um horizontal e um vertical.²¹¹ Pelo eixo horizontal, fala-se em limites à abrangência da regulação estatal, asseverando quais campos da economia estariam sujeitos à incidência regulatória direta e específica, e quais não o estariam. Não é dizer que existam atividades econômicas imunes ao agir do Estado regulador, mas sim identificar se há, para determinado setor, limites regulatórios impostos *a priori*, a exemplo do direito à operacionalização das inovações de mercado, positivado no art. 3º, VI da Lei da Liberdade Econômica, acima colacionado.

De outro giro, no eixo vertical, são analisados os limites constitucionais que imponham restrições à intensidade da atividade regulatória, com fundamento na ideia de que o Estado deve se pautar no princípio constitucional da proporcionalidade para informar suas intervenções na economia, agindo com cautela e discernimento, sempre levando em consideração as características específicas de cada caso.

Neste sentido é que a Lei da Liberdade Econômica traz, em seu art. 5º, a necessidade de se realizar uma análise de impacto regulatório prévia à atividade regulatória, objetivando a verificação da razoabilidade do impacto econômico que terá a intervenção estatal naquele setor específico:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os

²¹¹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12712>. Acesso em: 24 nov. 2019, p. 05.

possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Esta discussão, inclusive, puxa outra de igual importância, intimamente ligada aos limites impostos à regulação estatal: o momento em que o agente regulador define como ideal para proceder à sua intervenção, especialmente quando se fala em inovações disruptivas como o serviço de transporte privado individual de passageiros.

Num primeiro momento, aventa-se a possibilidade de intervenção regulatória imediata, assim que tais modelos de negócios surgem e começam a ser operacionalizados no mercado. Esta linha de raciocínio é potencialmente danosa, e implica em riscos maiores e de difícil reversão. Isso porque, em primeiro lugar, a atuação pode demonstrar-se precoce e ineficiente, na medida em que, ao passar do tempo, o setor já regulado demonstrar a desnecessidade de regulação, tanto porque o problema antecipado não é grave o suficiente quanto porque ele ocorre com baixa frequência.²¹² Em segundo lugar, porque inovações disruptivas, conforme visto, contém alta carga de imprevisibilidade, especialmente quando se dão no seio do uso de novas tecnologias, cujos desdobramentos serão condicionados à recepção dos usuários e consumidores e suas tendências de interação com o produto ou serviço ofertado, bem como o nível de importância que a inovação atingirá na economia ao longo do tempo.²¹³

Problema mais grave, neste contexto, é a regulação precoce resultar na inibição de inovações futuras, tanto do ponto de vista interno, relacionado ao incremento e aperfeiçoamento de elementos de mercado preexistentes, quanto do ponto de vista externo, que informa o surgimento mesmo de novos modelos de mercado. A regulação precoce pode, por exemplo, implicar em custos muito severos para agentes entrantes²¹⁴, como as *start-ups*, e inibir o surgimento e a implementação de novas tecnologias por insuficiência de recursos.

²¹² CORTEZ, Nathan. *Regulating disruptive innovation*. Berkeley Technology Law Journal, Berkeley, n. 29, p. 175-228, 2014. Disponível em <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2021&context=btlj> Acesso em 26 nov. 2019, p. 204.

²¹³ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. *Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas*. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, ano 2016, n. 273, p. 123-163, Setembro a Dezembro 2016, p. 145.

²¹⁴ CORTEZ, *op. cit.*, p. 205.

O tempo, então, também se demonstra como limite à regulação de inovações disruptivas.

Importa ressaltar, outrossim, que a adequação do processo regulatório raramente é acompanhada do elemento rapidez. Notadamente naqueles setores definidos pela alta carga de especificidade técnica, à atuação do agente regulador acaba sendo imprescindível a prévia coleta e análise de dados sensíveis à atividade, bem como a realização de análises de impactos regulatórios, conforme dita a Lei da Liberdade Econômica, acima mencionada, o que acentua ainda mais a necessidade de restrição do agir estatal imediatista.

Outra questão atinente aos limites da regulação de inovações disruptivas diz respeito ao modo pelo qual o Estado deve proceder em suas intervenções. Quando ligadas ao surgimento de novas tecnologias, tais inovações, como sobredito, acabam por carregar alta carga de especificidade técnica, dominada por seus idealizadores, mas não pelos agentes do Estado.

Num panorama geral, então, apresentam-se como estratégias regulatórias cabíveis ao agente regulador, dentre outras: a não regulação, deixando o setor se autorregular; a não regulação até determinada data limite, instituída por política pública prévia – o que parece ter sido a escolha do legislador pátrio ao dispor sobre o assunto na Lei de Liberdade Econômica²¹⁵; a regulação pelo meio tradicional, de normas de comando e controle; a regulação por meio da *soft regulation*, através de recomendações e ameaças; a regulação, quando ativa, fragmentada em variáveis econômicas, e caso a caso, incidindo sobre preço, entrada, qualidade, informação, etc, separadamente²¹⁶; a não regulação da inovação, enquanto a vigente aos modelos de mercado estabelecidos é revisada.²¹⁷

Dentre tais opções, impende destacar que para o caso da economia compartilhada e das inovações disruptivas o regime regulatório tradicional de normas de comando e controle não se mostra como o mais adequado, por duas principais

²¹⁵ O art. 3º, VI da Lei nº 13.874/2019, acima colacionado, veda ao Estado a intervenção que impeça a operacionalização das inovações de mercado, indicando que regulamento disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, incluindo-se o momento adequado neste rol.

²¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

²¹⁷ RIBEIRO, Leonardo Coelho. *A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 181-204, out./dez. 2016, p. 200.

razões.²¹⁸ A primeira, porque um regime de regulação para estes novos setores de mercado demanda revisões e aprimoramentos constantes, em razão da também constante mudança e evolução tecnológica a que estão sujeitos. A segunda, porque além de poder não possuir todo o conhecimento necessário para antecipar se sua atuação reduzirá eficiências ou inibirá inovações, o Estado também não dispõe do aparato necessário para fiscalizar e coibir práticas por ele consideradas impróprias no funcionamento das plataformas, notadamente caracterizado pela dinamicidade em que atuam.

Assim é que, neste contexto, propõe-se uma regulação coparticipativa, fundada no diálogo entre as partes, estudada pela teoria da regulação responsiva. Essa teoria se funda numa regulação piramidal, fortemente pautada pela superação de polarizações e influências político-teorético-ideológicas na atividade regulatória, inserindo um caráter pungente de pragmatismo em seu conteúdo, que busca, em síntese, melhores resultados na regulação, combinando e escalonando estratégias que melhor se adequem a cada caso em específico.²¹⁹

A *responsive regulation*, ou regulação responsiva, foi elaborada por Ian Ayres e John Braithwaite²²⁰, e se trata de modelo de regulação flexível, fundada na afirmativa de que diferentes campos e setores da economia estão sujeitos a tratamentos regulatórios distintos, na medida de sua desigualdade, tendo como elementos primordiais e informadores a efetividade e o diálogo *inter partes*, alicerçados no entendimento de que os efeitos da regulação não se esgotam em seu destinatário.²²¹

Denomina-se responsiva pois os mecanismos de regulação a serem aplicados devem ser elaborados em resposta ao comportamento dos agentes econômicos e aos

²¹⁸ CANNON, Bryant; CHUNG, Hanna. *A Framework for Designing Co-Regulation Models Well-Adapted to Technology-Facilitated Sharing Economies*. Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, vol. 31, no 1, p. 23-96. Santa Clara: 2015. Disponível em: <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1589&context=chtlj>. Acesso em 25 nov. 2019, p. 90.

²¹⁹ MORENO, Natália de Almeida. *Tecnologias regulatórias piramidais: responsive regulation e smart regulation*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 125-158, jan./mar. 2015, p. 133.

²²⁰ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford Socio-Legal Studies. New York/Oxford: Oxford University Press, 1995. Disponível em <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>. Acesso em 26 nov. 2019.

²²¹ RIBEIRO, Bruno Santos. *Princípios e desafios para regulação da economia do compartilhamento, com substrato da teoria responsiva e enfoque na atuação do aplicativo Uber*. 2016. 74 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14214/1/2016_BrunoSantosRibeiro_tcc.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019, p. 24.

elementos caracterizantes e peculiaridades do setor regulado, de modo a se perfazer numa regulação cooperativa, na qual a participação das partes envolvidas é central.²²²

Neste sentido, os autores defendem que, muito embora os meios tradicionais de regulação, baseados na lógica de cumprimento forçado e verticalizado, funcionem e sejam essenciais para garantir a credibilidade dos agentes reguladores e a efetividade de seus sistemas de atuação, este não é e nem poderá ser o único modo pelo qual o regulador pode se valer para atingir os mesmos resultados.²²³

Limita-se, então, a atuação estatal num nível profundo, atingindo seu poder de império e coercibilidade, na medida em que se afirma que os modos tradicionais de exercício da intervenção e subjugação dos administrados não mais se justificam, ou legitimam, sendo aqueles que lhe minoram o poder de mando os mais pragmaticamente efetivos, e mais capazes de evitar situações de precarização de direitos fundamentais e falhas de mercado.

Assim é que, nesta ideia de limitação ao poder regulatório do Estado frente às inovações disruptivas, o art. 4º, *caput*, da Lei de Liberdade Econômica prevê como dever da Administração Pública evitar o abuso do poder regulatório, e, no inciso IV deste mesmo artigo, indica a edição de enunciados que impeçam ou retardem a inovação como uma hipótese deste abuso. Vejamos:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

[...]

IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;

Frente a tudo quanto o exposto, e considerando que o serviço de transporte privado individual de passageiros, se consubstancia numa inovação disruptiva

²²² *Ibid.*

²²³ BALDWIN, Robert. Is Better Regulation Smarter Regulation? Public Law (Autumn). pp. 485-511, 2005. Disponível em <https://www.semanticscholar.org/paper/Is-better-regulation-smarter-regulation-Baldwin/edab241a341348d5bbe0f4145bbcb4fc59740024> Acesso em 26 nov. 2019, p. 07

baseada na economia de compartilhamento, tem-se que todos os limites da regulação estatal acima destacados a ele se correlacionam.

Não deve o Estado, em primeiro lugar, impedir que os aplicativos de transportes funcionem em seu território. Também impende que a regulação seja realizada de modo participativo, não no modelo clássico de comando e controle, e nem ser realizada de modo a minorar os direitos à liberdade econômica atinentes às plataformas que exploram esse modal de transporte, notadamente a livre iniciativa e a livre concorrência, restringindo-se à questões de ordem e segurança pública e proteção ao usuário consumidor.

Estas, parece, foram as diretrizes utilizadas pelo legislador federal ao editar a Lei nº 13.640/2018, que, além de alterar a Lei de Mobilidade Urbana para trazer a definição precisa de tais serviços, definiu as bases fundantes para a regulação a ser realizada pelo legislador local, abaixo analisada.

4.5 DA LEI Nº 13.640, DE 26 DE MARÇO DE 2018

A Lei nº 13.640/2018, conforme exposto ao longo do presente Trabalho, altera a Lei de Mobilidade Urbana para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros.

Ela é composta apenas de quatro artigos, sendo o terceiro aquele que concentra a política regulatória optada pelo Estado para viger em território nacional e informar os legisladores locais acerca de suas próprias regulações.

Vale transcrever o referido artigo em sua inteireza, a fim de se proceder à detida análise de seu conteúdo:

Art. 3º A Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 11-A e 11-B:

"Art. 11-A. Compete exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei no âmbito dos seus territórios.

Parágrafo único. Na regulamentação e fiscalização do serviço de transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal deverão observar as seguintes diretrizes, tendo em vista a eficiência, a eficácia, a segurança e a efetividade na prestação do serviço:

I - efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço;
II - exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT);

III - exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos termos da alínea h do inciso V do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991."

"Art. 11-B. O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, nos Municípios que optarem pela sua regulamentação, somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições:

I - possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada;

II - conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal;

III - emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV);

IV - apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

Parágrafo único. A exploração dos serviços remunerados de transporte privado individual de passageiros sem o cumprimento dos requisitos previstos nesta Lei e na regulamentação do poder público municipal e do Distrito Federal caracterizará transporte ilegal de passageiros."

De pronto, o *caput* do art. 11-A já define ser de competência privativa dos Municípios e do Distrito Federal a regulação do referido serviço a nível local, tema que chegou a ser discutido em sede de jurisprudência, conforme aduzido nas linhas acima, agora pacificada pela legislação.

No corpo dos incisos deste artigo, os temas abordados nas linhas acima são diretamente enfrentados. O parágrafo único do art. 11-A dita diretrizes que o agente regulador local deve seguir tendo em vista critérios pragmáticos de regulação, a saber: a eficiência, eficácia, segurança e efetividade na prestação do serviço.

Seu inciso I define, de logo, a necessidade de tributação da prestação dos serviços pelo Município, justamente um dos fins a que se destina e fundamenta a regulação, que deve servir ao interesse público.

Adiante, são exigidos os pressupostos de ordem pública, segurança e salubridade que Cannon e Chung afirmam não ser observados pelos agentes

entrantes, em razão da ausência de incentivos para tanto, situação a ser corrigida pela regulação externa.²²⁴ Cobra-se, então, que os municípios exijam: a contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT), como modo de proteção ao usuário consumidor (II); e a inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Nacional (INSS), visando evitar a falha de mercado relacionada aos níveis não adequados de regulação trabalhista, e, por consequência, também previdenciária.

Ao motorista, por outro lado, exige-se: que saiba dirigir e disso possa auferir vantagem econômica, mediante a apresentação de Carteira Nacional de Habilitação autorizativa (II); que seu veículo transportador esteja devidamente registrado e licenciado para transitar pelo território estatal (III); e que, ao menos em tese, não apresente risco para o passageiro, comprovando não ter enfrentado problemas com o braço sancionador do Estado em momentos pretéritos (IV).

Percebe-se, então, de todo o exposto, que a legislação federal que regula o serviço de transporte privado individual de passageiros se pautou nos critérios corretos para a intervenção do Estado regulador no exercício de inovações disruptivas, sem excessos e máculas de ordem político-ideológicas, do modo que a melhor doutrina sobre o assunto entende ser o ideal para tais situações.

²²⁴ CANNON, Bryant; CHUNG, Hanna. *A Framework for Designing Co-Regulation Models Well-Adapted to Technology-Facilitated Sharing Economies*. Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, vol. 31, no 1, p. 23-96. Santa Clara: 2015. Disponível em: <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1589&context=chtlj>. Acesso em 25 nov. 2019.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tem-se, ante aos argumentos e questões acima expostos, que o problema da regulação de inovações disruptivas, sobretudo quando se trata da economia de compartilhamento e do serviço de transporte individual de passageiros, dados os elementos de mercado em jogo, reveste-se de acentuada complexidade.

Em linhas gerais, muito embora o serviço introduzido pela empresa Uber no mercado brasileiro tenha caráter de atividade econômica *stricto sensu*, a regulação sobre ele incidida logo quando surgiu, por confusão dos legisladores acerca de sua natureza jurídica, demonstrou-se incisiva, e, por isso, também inadequada, por seu caráter impeditivo e restritivo.

A confusão se deu justamente em respeito ao enquadramento jurídico de tais serviços, tidos pelos legisladores como atividade econômica de interesse público, ao espelho daqueles prestados pelos taxistas, os serviços de transporte público individual de passageiros, cuja titularidade de exercício é exclusiva.

Demonstrado, nas linhas acima, que os serviços da Uber são atividade econômica em sentido estrito, aquela exercida e abarcada pelo livre mercado, o sistema de regulação sobre eles incidente muda completamente de feição, desafiando o Estado enquanto agente regulador a definir questões que perpassam o pressuposto mais básico de todos: se é devida e bem-vinda a intervenção estatal no funcionamento de tais atividades.

Assim é que se aventam certos doutrinadores a sugerir que o Estado se abstenha de regular as inovações disruptivas, deixando o próprio mercado exercer controle sobre si mediante o instituto observado como autorregulação. Ocorre, entretanto, que pelas características intrínsecas a tais atividades, como baixa barreiras de entrância e a desnecessidade de pretensão de continuidade a longo prazo de seus agentes atuantes, o agir negativo estatal provocaria falhas de mercado prejudiciais a todos os envolvidos, inclusive ao próprio agente econômico, não sendo aconselhável esta tomada de atitude.

Ainda mais se considerado o fato de que o Estado regulador age não apenas para prevenir e reparar falhas de mercado, mas também para garantir a efetividade e aplicação de direitos fundamentais, e assim deve agir visando a proteção da inovação, tendo-se esta como o motor de desenvolvimento do sistema industrial-capitalista.

Sabendo, então, que deve o Estado regulá-las, é que questiona-se como esta regulação pode se dar. Como sobredito, as inovações disruptivas não se alinham às lógicas de mercado consolidadas, diferenciando-se destas a níveis fundamentais. Aplicar a velha fórmula de comando e controle, mediante a previsão de hipóteses normativas potencialmente sancionatórias não se demonstra efetivo face a estes modelos de mercado, sobretudo quando se fala em economia de compartilhamento, cuja abrangência e dinamicidade tornaria a fiscalização característica do controle absolutamente impraticável.

Neste sentido, sugerem-se modos reativos e responsivos de regulação, que abram espaço para o diálogo e a cooperação das partes envolvidas, desafiando mesmo o tradicional modelo de *imperium* estatal, que, agora, para obter resultados satisfatórios, pragmaticamente necessita ouvir vozes que não a sua, e com elas construir modelos de regulação que funcionem para todos, incluindo-se aí o usuário-consumidor.

Assim é que, aparentemente, e após a desastrosa tentativa de objeção a nível local do funcionamento dos aplicativos de transporte privado individual de passageiros, a Lei Federal nº 13.640/2018 assenta as diretrizes para a regulação destas atividades pelos Municípios, trazendo previsões compatíveis com as lógicas de mercado introduzidas pelas inovações disruptivas e deixando margem para a construção de novos modelos de regulação aplicáveis a tais atividades em território nacional.

Conclui-se, entretanto, que o trabalho não é findo. O contexto histórico-político-econômico mundial é propenso e incentiva o surgimento de cada vez mais modos de se pensar setores econômicos tradicionais, ou de se inovar em mercados considerados exauridos em seus modos de ser, o que gera para o legislador e para os pensadores e operadores do direito o dever de atualizarem-se junto à dinamicidade do mundo hodierno, e trazer soluções para casos tão desafiadores quando o analisado no presente Trabalho.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A liberdade de iniciativa econômica: fundamento, natureza e garantia constitucional*. Revista de informação legislativa, v. 23, n. 92, p. 221-240, out./dez. 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181737/000427077.pdf>. Acesso em 22 nov. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 859, p. 11 – 37, 2007.

_____. *O serviço público e as suas crises*. Interesse Público - IP Belo Horizonte, n. 46, ano 9 Novembro / Dezembro 2007 Disponível em: <https://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51132/> Acesso em: 26 out. 2019.

ARIENTE, Eduardo Altomare. *Os direitos dos passageiros de transporte coletivo urbano de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Revista dos Tribunais Online – Revista de Direito do Consumidor. v. 123, p. 139-160, mai-jun 2019.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Editorial Cordillera S.A.C, 2003.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford Socio-Legal Studies. New York/Oxford: Oxford University Press, 1995. Disponível em <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>. Acesso em 26 nov. 2019.

BALDWIN, Robert. *Is Better Regulation Smarter Regulation?* Public Law (Autumn). pp. 485-511, 2005. Disponível em <https://www.semanticscholar.org/paper/Is-better-regulation-smarter-regulation-Baldwin/edab241a341348d5bbe0f4145bbcb4fc59740024> Acesso em 26 nov. 2019.

_____; CAVE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. *Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas*. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, ano 2016, n. 273, p. 123-163, Setembro a Dezembro 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Revista de Direito Administrativo, [s.l.], v. 226, p.187-

212, 9 mar. 2015. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240>. Acesso em 28 nov. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/ Acesso em 26 out. 2019.

_____. Constituição (1824) *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. *Lei de Remessa de Lucros*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131-Compilada.htm. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Lei de Concessões e Permissões de Serviço Público*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

_____. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. *Estatuto das Cidades*. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.

_____. Lei nº 12.468, de 26 de agosto de 2011. *Lei do taxi*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12468.htm. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Lei do CADE*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 28 nov. 2019.

_____. Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012. *Política Nacional de Mobilidade Urbana*. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.

_____. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. *Lei da Liberdade Econômica*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 28 nov. 2019.

BÜRGER, Paulo Germano de Athayde. *O regime jurídico do serviço de táxis*. Fórum Administrativo– FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 180, fev. 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239618>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Parecer*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf>. Acesso em 27 nov. 2019.

CANNON, Bryant; CHUNG, Hanna. *A Framework for Designing Co-Regulation Models Well-Adapted to Technology-Facilitated Sharing Economies*. Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, vol. 31, no 1, p. 23-96. Santa Clara: 2015. Disponível em: <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1589&context=chtlj>. Acesso em 25 nov. 2019.

CARVALHO FILHO, José do Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CEZNE, Andrea Nárriman. *O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo*. Revista de informação legislativa, vol. 42, n. 167, p. 315-337, 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/872/> Acesso em: 26 out. de 2019.

Como a Uber funciona? Uber Ajuda. Disponível em: <https://help.uber.com/pt-BR/riders/article/como-a-uber-funciona?nodeId=738d1ff7-5fe0-4383-b34c-4a2480efd71e>. Acesso em: 17 nov. 2019.

Como funciona o preço antecipado? Uber Ajuda, 2019. Disponível em <<https://help.uber.com/pt-BR/riders/article/como-funciona-o-preco-antecipado?nodeId=c5baa3cb-1daf-4329-bd7b-594a6160df50>> Acesso em 17 nov. 2019.

CORTEZ, Nathan. *Regulating disruptive innovation*. Berkeley Technology Law Journal, Berkeley, n. 29, p. 175-228, 2014. Disponível em <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2021&context=btlj> Acesso em 26 nov. 2019, p. 204.

COSTA, Igor Sporch da. *O urbanismo e o direito por um prisma interdisciplinar: um estudo sobre a produção normativa para a efetivação do direito à cidade*. Revista de Direito Administrativo. [s.l.] v. 255. p. 161-192. 30 abr. 2019. Fundação Getulio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8436/7184>. Acesso em: 02 nov. 2019.

DA SILVA, Joseane Suzart Lopes. *O transporte remunerado individual de passageiros no brasil por meio de aplicativo: a lei 13.640/2018 e a proteção dos consumidores diante da economia do compartilhamento*. Revista dos Tribunais Online: Revista de Direito do Consumidor, v. 118, p.151-192, jul-ago. 2018.

DA SILVA, Leandro Estrela. *A Constitucionalidade da Uber: um estudo multidisciplinar no ordenamento jurídico*. Brasil Escola Monografias, 2018. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-constitucionalidade-uber-um-estudo-multidisciplinar-no-ordenamento-juridico.htm#capitulo_1. Acesso em: 28 nov. 2019.

Descubra quais cidades do Brasil têm Uber. Uber Blog, 2018. Disponível em <https://www.uber.com/pt-BR/blog/em-quais-cidades-a-uber-esta-no-brasil>. Acesso em 17 nov. 2019

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

DOLCE, Julia. *O lado sombrio do trabalho para aplicativos – e como é pior para mulheres.* Disponível em <https://exame.abril.com.br/carreira/o-lado-sombrio-do-trabalho-para-aplicativos-e-como-e-pior-para-mulheres>. Acesso em 25 nov. 2019.

DOURADO, Thaís Amaral; MOTTA, Fabrício Macedo. *Uber e serviços de táxi no Brasil sob a ótica do direito administrativo.* Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 196, jun. 2017. Disponível em: <https://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247728>. Acesso em: 13 nov. 2019

EUROPEAN COMISSION. *Communication from the comission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions: A Quality Framework for Services of General Interest in Europe.* Bruxelas, 2011. Disponível em https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest_pt/ Acesso em: 28 out. 2019.

Fatos e Dados sobre a Uber. Uber, 2019. Disponível em <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/> Acesso em 17 nov. 2019

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Parecer: *Congelamento de preços - tabelamentos oficiais.* Revista de Direito Público n° 91, 1989. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/26>. Acesso em 25 nov. 2019.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico - 7 ed.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro.* A&c - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, [s.l.], v. 17, n. 68, p.209-250, 25 jun. 2017. Revista de Direito Administrativo and Constitucional

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros, 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações.* São Paulo: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 28, p. 81 – 118, 2011.

GUIMARÃES, Geraldo Spagno. *Comentários à Lei de Mobilidade Urbana - Lei nº 12.587: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade.* Belo Horizonte: Fórum, 2012

HARB, Karina Houat. *Princípio da continuidade do serviço público e interrupção.* Enciclopédia jurídica da PUC-SP. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São

Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interrupcao/> Acesso em: 26 out. 2019

JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: Editora Berger-Levrault, 1904.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. em e-book baseada na 12 ed., impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LAUAR LEITE, Marcelo. *Descortinando um direito fundamental: notas sobre a livre iniciativa*. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 6, n. 02, 15 set. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5795>. Acesso em: 28 nov. 2019.

LIBERALINO, Ana Paula da Silva; LEITE, Marcelo Lauar. *A livre-iniciativa e o Uber: restrição estatal legítima ou violação de direito fundamental?* Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 107-133, jan./abr. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor*. Revista Consultor Jurídico, Coluna Garantias de Consumo. São Paulo, 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor> Acesso em 17 nov. 2019.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica*. Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.

_____. *Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12712>. Acesso em: 24 nov. 2019

_____. *Regulação econômica e suas modulações*. Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009.

MARQUEZ, Saulo de Araujo. *Serviços públicos e sua crise*. 2013. 52 f. Monografia (Especialização) - Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Administrativo, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013

MASLARSKI, David. *La conception de l'État de Gaston Jèze*. Disponível em: <http://juspoliticum.com/article/La-conception-de-l-Etat-de-Gaston-Jeze-147.html>. Acesso em: 26 out. de 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Cláudio Ari. *O Futuro da Mobilidade Urbana e o Caso Uber*. Revista de Direito da Cidade, [s.l.], v. 8, n. 2, p.775-812, 29 abr. 2016. Universidade de Estado do Rio

de Janeiro. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22029/16255/> Acesso em: 01 nov. 2019.

MELO, Rebeca Bárbara Guimarães de. *Das liberdades constitucionais no serviço de transporte individual (público ou privado?) intermediado pelo aplicativo Uber e a competência legislativa dos entes federativos*. 2016. 102 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2016.

MENDES, Francisco Schertel.; CERROY, Frederico Meinberg. *Economia Compartilhada e a Política Nacional de Mobilidade Urbana: Uma proposta de marco legal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Novembro/2015 (Texto para Discussão nº 185). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 17 nov. 2019

MOREIRA NETO. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (42). Rio de Janeiro, 1990. Disponível em <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODUwNw%2C%2C> . Acesso em 20 nov. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; ROCHA, Henrique Bastos. *Liberdade econômica e sanções administrativas nas reorganizações societárias*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 44, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=111633>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MORENO, Natália de Almeida. *Tecnologias regulatórias piramidais: responsive regulation e smart regulation*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 125-158, jan./mar. 2015.

NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque; SÁ, Anna Dolores Barros de Oliveira. *Serviço Público: evolução conceitual e técnicas atuais de exploração*. Revista dos Tribunais Nordeste, v. 4, p.15-33, 2014.

NOVAES, Giovana; COSTA, Igor Sporch da. *O direito à cidade e a política de transporte urbano coletivo: reflexões a partir da relação entre a definição da tarifa e a participação popular no município de Ponta Grossa-PR*. Revista dos Tribunais Online – Revista dos Tribunais Sul v. 1 p. 35-104, set-out 2013.

RANCHORDÁS, Sofia. *Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy*. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2492798>. Acesso em 24 nov. 2019

REALE, Miguel. *O Plano Collor II e a intervenção do Estado na ordem econômica*. RT: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 54, pp. 311/322, out. - dez. 2011, p. 313.

RIBEIRO, Bruno Santos. *Princípios e desafios para regulação da economia do compartilhamento, com substrato da teoria responsiva e enfoque na atuação do aplicativo Uber*. 2016. 74 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em:

http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14214/1/2016_BrunoSantosRibeiro_tcc.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 181-204, out./dez. 2016.

RIO DE JANEIRO (Município). Decreto nº 38.242, de 26 de dezembro de 2013. *Regulamento e Código Disciplinar do Serviço de Transporte Individual de Passageiros em Veículos de Aluguel A Taxímetro do Município*. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/119774/4114542/CodigoDisciplinardeTaxi_2013.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri. *Regulação da ordem econômica e discricionariedade legislativa*. Revista dos Tribunais Online, v. 877, n. 1, p.75-102, nov. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017

SARMENTO, Daniel. Parecer: *Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: caso Uber*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

Seja um motorista. Uber Ajuda. Disponível em: <https://help.uber.com/pt-BR/partners/section/seja-um-motorista?nodeId=e16fcb84-8322-4c17-8ece-e4b31e785992>. Acesso em: 17 nov. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Os princípios constitucionais da atividade econômica*. Revista de Direito Empresarial – RDEmp, Belo Horizonte, ano 13, n. 1, p. 71-88, jan./abr. 2016

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo. *Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança*. Revista de Direito da Cidade, [S.l.], v. 8, n. 4, p. 1757- 1777, nov. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25740>. Acesso em: 17 nov. 2019.

SUNDARARAJAN, Arun. *Why the government doesn't need to regulate the sharing economy*. Disponível em <http://www.wired.com/2012/10/from-airbnb-to-coursera-why-the-government-shouldnt-regulate-the-sharing-economy/>. Acesso em: 25 nov. 2019

VAZ, Isabel. *Arbitragem, Licitação e Livre Concorrência*. Revista Brasileira de Direito Municipal - Rbdm, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, abr/jun. 2004. Disponível em <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12214>. Acesso em: 21 nov. 2019.

WEST, Jeremy. Organisation for Economic Cooperation and Development. *Hearing on disruptive innovation*, 2015. Disponível em <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COM P\(2015\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COM P(2015)3&docLanguage=En)> Acesso em 25 nov. 2019

WILLE, Rafael Jantsch. *A distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito e o transporte individual de passageiros*. 2017. 75 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. *Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set. 2013.

WU, Tim. *Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most*. Antitrust Law Journal, Connecticut, v. 78, p. 313-314, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2166525>. Acesso em 25 nov. 2019.