

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

AMANDA NUNES

UM CONCEITO ATRAVÉS DA EXCLUSÃO: A LEGALIDADE DA UBER

FLORIANÓPOLIS, SC

2016

AMANDA NUNES

UM CONCEITO ATRAVÉS DA EXCLUSÃO: A LEGALIDADE DA UBER

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Orlando Celso da Silva Neto, Dr.

FLORIANÓPOLIS, SC

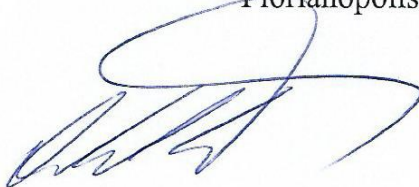
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Um conceito através da exclusão: a legalidade da Uber”, elaborado pela acadêmica “Amanda Nunes”, defendido em 25/07/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 25 de julho de 2016



Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto
Professor Orientador



Esp. Guilherme Trilha Philippi
Membro de Banca



Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Amanda Nunes

RG: 4.079.032

CPF: 051.460.159-02

Matrícula: 11203868

Título do TCC: Um conceito através da exclusão: a legalidade da Uber

Orientador: Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto

Eu, Amanda Nunes, acima qualificada, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 25 de julho de 2016.

Assinatura manuscrita de Amanda Nunes em tinta preta.

AMANDA NUNES

A aprovação da presente monografia não representa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

À minha família, por ser a melhor do mundo;
Ao Vitor Faria pelo apoio, companheirismo e amor.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus por me permitir viver uma vida tão cheia de luz e amor com tenho tido a oportunidade e a sorte de viver.

Agradeço, também, aos meus pais. Minha base, estrutura e apoio. Obrigada por me permitirem realizar os sonhos, pelo apoiar incondicional e pelo sacrifício para me verem sempre feliz. Ainda, a minha irmã, companheira de vida e de casa pelos últimos anos; foram tantas risadas, brigas e um vínculo tão forte de amor e união que não encerrará jamais. Agradeço aos meus avós nesse momento, também.

Ao meu namorado e melhor amigo, Vitor Faria, pelo companheirismo na vida e, especialmente, na construção desse trabalho. Pelo amor dedicado, pela paciência e, principalmente, pela felicidade que me proporciona a cada dia. Ainda, na pessoa dele agradeço à família Faria pela acolhida sempre amorosa.

À UFSC, pela oportunidade de engrandecimento pessoal, pelos amigos e vivências que nunca irei esquecer.

Aos amigos, em especial, às companheiras de faculdade e amigas que quero levar para todo sempre – Bruna Luiza, Heloisa Mondardo, Nathália Stori, Vitória Muller. Também, um agradecimento especial à Yasmin Sant’Anna, por ter me acolhido em sua família e me feito uma irmã.

Ao querido Diordan Canonica pela sugestão deste tema e o Vinícius Faqueti por dividirmos mais um dia importante.

À Lais Ghizoni por ter dividido a vida e o início de faculdade comigo e à Elisa Piva pela amizade de uma vida.

Do mesmo modo, aos amigos que construí ao longo da vida e me acompanham de longe ou perto. Obrigada a todos vocês.

“Menor que meu sonho não posso ser.”

(Lindolf Bell)

RESUMO

NUNES, Amanda. **Um conceito através da exclusão: a legalidade da Uber**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Áreas: Direito Concorrencial e Direito Econômico). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis: 2016.

A Uber apresentou-se como uma nova opção ao transporte privado individual nos dias de atuais, e com ela a polêmica sobre a “*sharing economy*” e a livre concorrência. Enquanto princípios constitucionais, a livre iniciativa e livre concorrência aparecem como bem a ser resguardado. Existe um conflito aparente entre os motoristas de táxi e os motoristas parceiros da Uber, entretanto basta um olhar afiado sobre a legislação envolvida para ter-se a certeza da independência dos institutos e a legalidade da Uber enquanto empresa de transporte de indivíduos particular. Com uma construção teórica no direito administrativo e no direito concorrencial, o presente trabalho busca, através da exclusão de conceitos, apontar um norte na acerca legalidade do aplicativo demonstrando através da Constituição e seus princípios, a Política Nacional de Mobilidade Urbana, Código Civil e demais legislações esparsas a possibilidade jurídica da prestação de serviço de transporte urbano individual particular.

Palavras-chave: Direito administrativo. Direito concorrencial. Livre iniciativa. Uber. Legalidade. Economia compartilhada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL E SEU REFLEXO NOS TRANSPORTES	14
1.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS	14
1.2 CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO	15
1.3 PRINCÍPIOS INERENTES AO REGIME DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	18
1.4 CONCESSÃO COMO FORMA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.....	25
1.4.1 CONCESSÕES COMUNS	27
1.4.2 CONCESSÕES ESPECIAIS.....	30
1.5 POLÍTICA NACIONAL DA MOBILIDADE URBANA E O SERVIÇO DE TÁXI.....	32
2. A UBER, O DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO E OS REFLEXOS NO DIREITO ECONÔMICO	36
2.1 A LIVRE CONCORRÊNCIA NA CARTA MAGNA E SEUS REFLEXOS PERANTE A TECNOLOGIA	36
2.2 PAPEL DO CADE NA FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL.....	43
2.3 A LEGALIDADE DA UBER	45
2.3.1 A UBER E O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO	49
3. PARECERES E JURISPRUDÊNCIAS SOBRE A UBER.....	53
3.1 A UBER NO CADE.....	54
3.2 PARECERES TÉCNICOS	57
CONCLUSÃO.....	63

INTRODUÇÃO

Muito embora a empresa Uber já esteja no país desde maio de 2014, apenas recentemente, com o acesso cada vez mais fácil e amplo à internet, que o aplicativo se tornou famoso e, por isso, alvo de críticas e violência.

O Brasil adentrou em meio a uma polêmica mundial, tendo em vista que o aplicativo gerou conflitos entre taxistas, usuários e motoristas em praticamente todas as cidades em que chegou. Com um número já bastante alto de usuários e em constante crescimento, o aplicativo desperta em seus utilizadores um sentimento distinto, sendo este um dos motes da empresa para conquistar clientes.

Dessa forma, ao tentar repassar ao passageiro maior sensação de segurança e conforto, a Uber vem fortemente se popularizando, no Brasil e no mundo, como alternativa ao transporte público, sendo merecedora, desta forma, do olhar do Direito sob todas as relações jurídicas que por ventura possam estar envolvidas com o tema, eis que a cada dia que passa os cadastros da empresa aumentam.

Assim sendo, a análise do tema, e do aplicativo desenvolvido pela empresa, comporta muitos ângulos de abordagem, sendo o objetivo deste trabalho apenas verificar a diferenciação deste serviço para aquele que é considerado seu par imediato, o táxi convencional, abordando, para tanto a diferenciação entre as categorias dos dois prestadores de serviços.

Dessa feita, à luz do Direito Administrativo como meio de exclusão da conceituação da prestação de serviço público pela Uber, torna-se mais claro o papel da empresa e o poder dos princípios constitucionais de livre concorrência e a livre iniciativa como forma de transformação social.

Este trabalho está dividido em três capítulos. No Capítulo 1 serão apresentados os conceitos fundamentais relacionados à construção de preceitos essenciais para o desenvolvimento do tema. Em um primeiro momento, inicia-se com o histórico do serviço público no Brasil e no mundo. Logo em seguida, superada a fase histórica, apresenta-se os elementos para evolução de um conceito de serviço público - ou seja, utilizando-se dos critérios formal, material e subjetivo. Ato contínuo, identificar-se-ão princípios constitucionais e administrativos – que possuem ligação profunda com o tema, sendo esta a

base teórica da pesquisa para o decorrer dos próximos capítulos, à luz da conceituação da natureza jurídica do tipo de serviço prestado pela Uber.

Mantendo-se o Direito Administrativo em perspectiva, analisar-se-á a concessão como meio de prestação de serviços públicos. Sobre o tema serão abordados os aspectos constitucionais e doutrinários – até alcançar-se a diferença entre concessões e limitações de cada categoria com análise das legislações esparsas. Num segundo momento do mesmo Capítulo, faz-se uma análise da Política Nacional da Mobilidade Urbana (Lei 12.587/2012), suas consequências, benefícios e brechas. A partir das críticas e construções feitas, a questão do transporte público fica evidente, chegando-se ao mote da discussão travada nos subitens anteriores, a natureza jurídica dos serviços dos taxistas e as principais diferenças com o serviço privado de transporte individual de passageiros – como a Uber.

O Capítulo 2 deste trabalho tratará inicialmente do princípio constitucional da livre concorrência, livre iniciativa e seus reflexos perante a tecnologia e o desenvolvimento de soluções. Este estudo se faz relevante por ser a grande questão por detrás das discussões sobre a legalidade da Uber no Brasil, buscando esclarecer os limites da livre concorrência e livre iniciativa e respeitando o Poder Público. Também, tratar-se-á do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, sua composição, papel e breve histórico a fim de auxiliar na compreensão da importância adquirida pela autarquia nos dias de hoje.

Finalizada toda a base teórica do Capítulo 2, aliada aos conceitos elucidados no Capítulo 1, será possível, então, ingressar na discussão sobre a legalidade da Uber no ordenamento jurídico brasileiro, com base na Constituição Federal, nas leis de direito privado, a regulamentação para os contratos de transporte e, certamente, sob o arcabouço do direito concorrencial destacado.

Ao final do monólogo, no Capítulo 3, verificar-se-á alguns pareceres redigidos a respeito do tema no Brasil e no mundo. A visão é complexa, mas com as bases teóricas estabelecidas o próprio texto demonstra as questões que eventualmente ficam em aberto. Demonstrar-se-á a ilegalidade, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por parte dos municípios, Distrito Federal e Estados em legislar a respeito de transportes. Assim, o intuito deste Capítulo não é tão somente destacar os precedentes, mas trazer uma visão completa do assunto por pontos de vista diversos de diferentes operadores do direito.

O assunto é denso e cheio de percalços, merecedor de atenção dos estudos jurídicos e da doutrina especializada, motivo pelo qual não se pretende tentar esgotá-lo com precisão, ainda que se tenha ingressado em suas especificidades e nos reflexos ao mundo real.

Por fim, no desenvolvimento do trabalho foi utilizado o método indutivo, com procedimento monográfico. A técnica de pesquisa implementada foi a documentação indireta, através da consulta bibliográfica e documental, incluídas pesquisa jurisprudencial, legislativa e doutrinária.

1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL E SEU REFLEXO NOS TRANSPORTES

1.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS

O conceito de serviços públicos modificou-se através dos anos e da evolução da sociedade brasileira. Seus elementos constitutivos e sua abrangência passaram (e passam) pelo escrutínio de doutrinadores, criando divergências sobre a real acepção do termo. Tal definição caminha juntamente com a concepção de Estado que se tem, já que o quanto se espera que o Estado ofereça aos seus como serviço público é o que contribui para definição do mesmo, conforme explica Dinorá Grotti¹.

As bases do conceito de serviço público encontram-se no direito francês, onde, provavelmente, o primeiro uso de tal conceituação foi no livro *Contrato Social*, de Rousseau, conforme ensina Maria Sylvia²:

[...] de um lado, trata-se de atividades destinadas ao serviço público, isto é, ações através das quais se assegura aos cidadãos a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente, sem que cada um tenha de atendê-la pessoalmente; de outro, concebe-se como uma atividade estatal que sucede ao serviço do Rei, porque se operou uma substituição na titularidade da soberania. (sem grifos no original).

Também na França, o publicista Léon Duguit, criador da teoria de que os serviços públicos seriam a constituição da própria essência do Estado, capitaneou a chamada “Escola do Serviço Público” da qual surgiu a concepção do Poder Público como fonte de serviços prestados aos administrados (revolucionando, assim, os estudos de Direito Administrativo) – e não mais a ideia do “poder” sob os mesmos, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello³.

Como consequência do afastamento da França (e do Brasil) do liberalismo econômico, o Estado foi se apropriando de competências e obrigações de prestação de serviços aos administrados. Assim sendo, o rol de serviços públicos ampliou-se violentamente em um período relativamente curto de adequação. Logo, o termo tornou-se sinônimo de inúmeras obrigações do Estado e marca o início de uma nova necessidade de adaptação do sistema.

¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988** – São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 87.

² DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo* – 25 ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 99

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** - 29 Ed. rev., atual. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 687.

Após essa ampliação relativamente rápida do conceito de serviços públicos chegou-se a falar na crise da noção do serviço público, como apregoa Odete Medauar⁴, que descreve: “nada mais era do que a inadequação de uma teoria específica à extensão das prestações estatais, hoje realizadas sob modos variados”.

Paralelamente à “crise”, o Estado analisou que não dispunha de organização para prestação de tantos serviços quantos assumidos e iniciou a delegar sua execução a particulares, via contratos de concessão⁵. Assim, foi o princípio da concepção de serviço público que se tem no Brasil hoje.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ conceitua, então, o serviço público como:

[...] certas atividades (consistentes na prestação de utilidade ou comodidade *material*) destinadas a satisfazer a *coletividade em geral*, são qualificadas como serviços públicos quando, em dado tempo e lugar, o Estado reputa que *não convém relegá-las simplesmente a livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas.* (com grifos no original).

Tal definição demonstra que o conceito é relativamente elástico, tendo em vista que dependendo do tempo e local o Estado pode considerar certos serviços mais ou menos relevantes para sua Administração.

1.2 CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Doutrinariamente, o conceito de serviço público pode ser visto de forma ampla ou restrita. A forma ampla refere-se, em algumas delas, às noções de serviço público que abrangem todas as atividades do Estado. O mais famoso de seus disseminadores, Leon Duguit, considerava o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado.

Ele chegou ao ponto de pretender substituir a noção de soberania pela de serviço público, dizendo que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes. Para ele, em torno da noção de serviço público gravita todo o direito público⁷.

⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno** – 17 Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 358.

⁵ DI PIETRO, 2012, p. 105.

⁶ MELLO, 2012, p. 687

⁷ DI PIETRO, 2012, p. 101

Ainda sobre a relação dos serviços públicos com a esfera estatal, Di Pietro *apud* Vedel e Delvolvé⁸, dita que:

O direito administrativo é o ‘direito dos serviços públicos’. Todas as suas regras encontram sua justificativa nesta ideia: por exemplo, as sujeições especiais que pesam sobre os funcionários e notadamente a interdição ou a limitação do direito de greve se explicam pelas necessidades do serviço público, em particular no que se refere à continuidade; as regras especiais concernentes aos bens do domínio público se explicam por sua afetação ao serviço público; o regime exorbitante do direito comum que governa os contratos administrativos se explica pelo laço estreito que têm esses contratos com os serviços públicos; as condições para que incida a responsabilidade das pessoas públicas, condições ora mais severas ora menos severas que aquelas que regem a responsabilidade dos particulares, explicam-se pelas particularidades de funcionamento dos serviços públicos, etc. [...].

Essa declaração demonstra de forma clara e precisa quão amplo era o conceito apregoado e seguido pela Escola de Bordeaux. No Brasil, os doutrinadores que seguem tal linha de pensamento são Mário Masagão, José Cretella Júnior e Hely Lopes Meirelles – todavia, de forma mais restrita que os anteriores.⁹

A forma restrita, por seu lado, abrange os conceitos que resguardam o serviço público às atividades exercidas pela Administração Pública, excluindo as funções legislativa e jurisdicional, sendo adeptos dessa corrente de pensamento os juristas Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho¹⁰.

Historicamente, de acordo com Maria Sylvia Di Pietro¹¹, alguns elementos para a definição são combinados, sendo eles o material, o subjetivo e o formal.

O elemento material, durante a “Escola de Bordeaux”, tratava-se da atividade exercida, ou seja, a atividade em si que tem por objetivo a satisfação dos administrados. Assim segue o entendimento majoritário da doutrina, considerando que o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público¹². Nas palavras de Carvalho Filho¹³: “serviço público seria aquele que atendessem direta e essencialmente à comunidade”.

Por sua vez, Bandeira de Mello¹⁴, dispõe que o substrato material da noção de serviço público é:

A prestação consistente no oferecimento, *aos administrados em geral*, de *utilidades ou comodidades materiais* (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo, etc.)

⁸ Idem, p. 101.

⁹ Idem, p. 102.

¹⁰ Idem, p. 103.

¹¹ Idem, p. 101

¹² Idem, p. 108

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 29 Ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁴ MELLO, 2012, p. 690.

singularmente fruíveis pelos administrados que *o Estado assume como próprias*, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico.

No elemento subjetivo, segundo Di Pietro¹⁵, considerava-se a pessoa jurídica que prestava o serviço. Da mesma forma entende Carvalho Filho. Entretanto, após a evolução do conceito apregoado por Duguit, o elemento passou por mudanças, na visão de Maria Sylvia, que ensina o elemento subjetivo ainda sendo o Estado, mas por diferentes razões. Nos termos atuais, preza-se pela criação e gestão do serviço público como elemento subjetivo, restando o Poder Público com essa incumbência exclusiva.

Já o elemento formal é o regime jurídico adotado. Nas palavras de Celso Antônio¹⁶: “[...] a submissão a um regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo, é que confere caráter jurídico à noção de serviço público”. Assim também entende Marçal Justen Filho¹⁷: “configura-se o serviço público pela aplicação do regime jurídico de direito público” e afirma que “rigorosamente, serviço público sob regime de direito privado é uma contradição em termos”, demonstrando sua posição firme diante do regime jurídico dos serviços públicos.

Odete Medauar¹⁸ posiciona-se de maneira diferente, ao reconhecer que:

A atividade de prestação é submetida total ou parcialmente ao direito administrativo; mesmo que seja realizada por particulares, em tese sujeita a regras de direito privado, se a atividade for qualificada como serviço público, tem notas de diferenciação: não há serviços públicos submetidos exclusivamente ao direito privado.

Ou seja, pode haver casos com aplicação de direito privado em situações de serviços públicos; não se excluindo o direito público, mas concorrendo. Nessa linha também segue Maria Sylvia, que declara que nas situações envolvendo a prestadora de serviço de direito privado e a pessoa jurídica política: “[...] o regime jurídico, nesse caso, é híbrido, podendo prevalecer o direito público ou o direito privado, dependendo do que dispuser a lei em cada caso; nunca se aplicará, em sua inteireza, o direito comum tal qual aplicado às empresas privadas¹⁹”. Isto é, admite situações em que se aplica o direito privado às relações envolvendo serviços públicos, mas de forma alguma o direito privado de forma integral.

¹⁵ DI PIETRO, 2012, p. 107.

¹⁶ MELLO, 2012, p. 692.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo** - 10 Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.731.

¹⁸ MEDAUAR, 2013, p. 359.

¹⁹ DI PIETRO, 2012, p. 108.

Portanto, para ter-se completude na construção de um conceito de serviços públicos deve-se levar em consideração, conforme Medauar, “[...] ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei e na tradição²⁰”. De tal modo que, conclui-se, o Estado é quem, por meio de lei, escolhe quais atividades em quais momentos serão considerados serviços públicos²¹.

Desta maneira, ao analisar-se os pontos elencados, pode-se construir uma ideia de serviço público que caminha conforme o conceito trazido por Maria Sylvia²², sendo ele: “toda atividade matéria 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”.

1.3 PRINCÍPIOS INERENTES AO REGIME DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Superados esses preceitos fundamentais para a construção de um conceito de serviço público de forma particular, deve-se, além do mais, observar os princípios envolvidos ao tema. Nominado por vezes como as “leis do serviço público” e, eventualmente, as “leis de Rolland” – referindo-se aqui ao jurista Louis Rolland que trouxe tais princípios à baila – apontam-se os três grandes norteadores: mutabilidade, continuidade e igualdade²³.

Princípio da mutabilidade: também conhecido como princípio da adaptabilidade, segundo Justen Filho²⁴ significa: “a adaptação permanente e contínua das condições jurídicas e técnicas pertinentes à atividade, de modo a incorporar avanços e aperfeiçoamentos”.

Ressalva-se que tal princípio tem a limitação das condições econômicas do Estado, como bem pontua Celso Antônio²⁵ ao discorrer sobre o tema. Adverte²⁶ que “tal princípio não pode ser concebido [...] senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever

²⁰ MEDAUAR, 2013, p. 358.

²¹ DI PIETRO, 2012, p. 106.

²² Idem, p. 106

²³ MELLO, 2012, p.692.

²⁴ JUSTEN FILHO, 2014, p. 742.

²⁵ MELLO, 2012, p.694.

²⁶ Idem, p. 125.

administrativo por excelência”. Coloca, ainda, que no Direito italiano o princípio da eficiência é apenas uma faceta do que há muito se trata como “princípio da boa administração”.

Outro tópico interessante trazido por Maria Sylvia é a impossibilidade de criar direito adquirido, tendo em vista tal princípio, à manutenção de determinados regimes jurídicos, ou seja, pode-se alterar regime de funcionários, contratos (até mesmo rescindi-los unilateralmente) visando ao interesse público²⁷ e à atualização dos serviços prestados. Não há, então, direito adquirido nem por parte dos prestadores de serviço, nem dos usuários à manutenção das condições anteriores ou originais²⁸.

Conforme Maria Sylvia²⁹ *apud* Hely Lopes Meirelles:

O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. *É o mais moderno princípio da função administrativa*, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (sem grifos no original).

Carvalho Filho³⁰, do mesmo modo denomina como princípio da eficiência, referindo-se ao art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição Federal de 1988:

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. [...];

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Quer dizer, a manutenção do serviço de forma adequada, nada mais é que a adaptação necessária para alcançar os fins do serviço público de forma satisfatória.

O autor continua citando que este princípio adquiriu tanta importância – pela otimização das funções e os processos tecnológicos cada vez mais modernos – que a Emenda Constitucional n. 19/1998, incluiu no art. 37 da CF/88 o princípio da eficiência³¹ dentre os postulados que devem guiar os objetivos administrativos. Ainda, como consequência do princípio em tela, o Poder Público deve fiscalizar, periodicamente, o serviço prestado –

²⁷ DI PIETRO, 2012, p. 112.

²⁸ JUSTEN FILHO, 2014, p. 742.

²⁹ DI PIETRO, 2012, p. 83.

³⁰ CARVALHO FILHO, 2015, p. 348.

³¹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (sem grifos no original).

podendo ampliar ou reduzir a prestação de certos serviços, procedendo-se à adequação entre o serviço e a demanda social.

O Tribunal de Contas da União³² corrobora desta tese, consoante se vê:

[...] tendo em vista que o fim a que se destina a concessão é o serviço adequado, o Poder Concedente deve adotar mecanismos complementares, no edital e na minuta contratual, aptos a resguardar a qualidade na prestação do serviço concedido. [...] o Poder Concedente deve adotar mecanismos direcionados à aferição objetiva da qualidade, por meio de critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço (art. 23, inciso III, da Lei 8.987/1995).

O artigo referido no acórdão versa sobre as cláusulas necessárias ao contrato de concessão:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...];

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; [...].

Portanto, mais que indicação doutrinária, a legislação é clara no sentido da necessidade de fiscalização para obtenção do serviço público prestado da forma mais eficiente possível – sempre dentro da legalidade.

Princípio da continuidade: versa sobre o dever de os serviços públicos serem prestados sem qualquer interrupção ou perturbação, conforme conceitua Justen Filho³³. Indica, ainda, que “sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares³⁴”. Já Bandeira de Mello³⁵ frisa o pleno direito dos administrados em não ter o serviço suspenso ou interrompido como consequência desse princípio. Também, como efeito do princípio há a justificativa para uso do poder estatal de coação como forma de assegurar a supressão de obstáculos ou para produzir medidas necessárias a manter a atividade em funcionamento³⁶.

Di Pietro³⁷ reconhece, como decorrência deste princípio, a proibição de greve nos serviços públicos; a necessidade de institutos como a suplência, a delegação e a substituição para preencher as funções públicas temporariamente vagas; a faculdade que se reconhece à Administração de utilizar o maquinário e espaços da empresa contratada a fim de ter o serviço prestado de forma contínua; a possibilidade de encampação da concessão de serviço público,

³² Acórdão n. 3.232/2011, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz, j. 07.12.2011, *DOU* 07.12.2011.

³³ JUSTEN FILHO, 2014, p. 740.

³⁴ CARVALHO FILHO, 2015, p. 343.

³⁵ MELLO, 2012, p.694.

³⁶ JUSTEN FILHO, 2014, p. 740.

³⁷ DI PIETRO, 2012, p. 71.

isto é, a retomada coercitiva do serviço pelo Poder Concedente; e, por fim, a impossibilidade, por parte daqueles que contratam com a Administração Pública, de invocar a *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos que tenham por escopo a execução de qualquer serviço público;

A exceção de contrato não cumprido, que merece atenção pela sua importância, possui configuração diversa da atribuída no Código Civil, em seu art. 476³⁸. No âmbito do Direito Administrativo, via de regra, a Administração não tem o dever de cumprir suas obrigações antes que o particular o faça³⁹, usualmente, o contrato determina, ainda, que a Administração adimplirá suas prestações *a posteriori*.

Por sua vez, a Lei n. 8.666/1993, que regulamenta os contratos administrativos, outorga ao particular modalidades semelhantes à exceção de contrato não cumprido. Desse modo, não pode o particular ser constrangido a executar sua prestação quando esta dependa, causalmente, de providência prévia de responsabilidade da Administração⁴⁰. Aliás, em seu art. 78, ao elencar as causas de rescisão contratual, a lei “permite” a exceção de contrato não cumprido de forma expressa nos incisos XVI, XV; XIV:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...];

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

Destarte entende o Superior Tribunal de Justiça⁴¹:

4. Com o advento da Lei 8.666/93, **não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração, ante o teor do art. 78, XV, do referido diploma**

³⁸ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

³⁹ JUSTEN FILHO, 2014, p. 559.

⁴⁰ Idem, p. 559.

⁴¹ REsp 910.802/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 03.06.2008, DJe 06.08.2008.

legal. Por isso, despicienda a análise da questão sob o prisma do princípio da continuidade do serviço público.

5. Se a Administração Pública deixou de efetuar os pagamentos devidos por mais de 90 (noventa) dias, pode o contratado, licitamente, suspender a execução do contrato, sendo desnecessária, nessa hipótese, a tutela jurisdicional porque o art. 78, XV, da Lei 8.666/93 lhe garante tal direito. (sem grifos no original).

O princípio da continuidade é fruto de inúmeros debates jurisprudencial e doutrinário, além dos levantados, tendo em vista que engloba diretamente o direito constitucional à greve (Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 9º)⁴², sendo oportuno relatar que o Supremo Tribunal Federal⁴³ entendeu que alguns serviços públicos, tal como segurança, em razão da essencialidade deverão ser prestados em sua totalidade⁴⁴ – vedando a greve a tais servidores⁴⁵. Em outros países, já se procura conciliar o direito de greve com a necessidade do serviço público, tal como na França que proíbe a greve rotativa tendo em vista que “afetando por escalas os diversos elementos de um serviço, perturba o seu funcionamento”⁴⁶. Ademais, há a obrigatoriedade de os sindicatos declararem previamente à autoridade, no mínimo cinco dias antes da data prevista ao início da paralisação.

O tema, portanto, é amplo e possui divergências doutrinárias e jurisprudenciais não sendo o objetivo aprofundar-se na discussão.

Princípio da igualdade: refere-se à igualdade a ser dedicada aos usuários do serviço (partindo do pressuposto que o usuário satisfaça às condições legais para o uso), sem qualquer distinção de caráter pessoal⁴⁷.

José Carvalho Filho⁴⁸ utiliza o termo “princípio da generalidade” ao discorrer sobre a necessidade dos serviços públicos deverem ter, ao mesmo tempo, a maior amplitude possível e serem prestados sem discriminação entre os beneficiários (seguindo o critério de igualdade nas condições técnicas e jurídicas).

⁴² Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

⁴³ Rcl 6.568/SP, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, j. 20.05.2009, *DJE* de 25.09.2009.

⁴⁴ Sobre a prestação de serviços públicos federais durante a greve, Decreto 7.777/2012, que “Dispõe sobre as medidas para a continuidade de atividades e serviços públicos dos órgãos e entidades da administração pública federal durante greves, paralisações ou operações de retardamento de procedimentos administrativos promovidas pelos servidores públicos federais”.

⁴⁵ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 16. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1088.

⁴⁶ DI PIETRO, 2012, p. 71.

⁴⁷ *Idem*, p. 113.

⁴⁸ CARVALHO FILHO, 2015, p. 343.

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica como princípio da universalidade⁴⁹, entretanto Marçal Justen Filho⁵⁰ vê a universalidade, bem como a neutralidade, como desdobramentos do princípio em tela. Este vê a universalidade como a prestação “em benefício de todos os sujeitos que se encontrem em situação equivalente, de modo indeterminado” e a neutralidade consiste na vedação de “prestação de serviço a qualquer circunstância individual incompatível com o postulado da isonomia”, ou seja, não há a possibilidade de produzir privilégios fundados em sexo, raça, credo religioso (exceto quando há demanda de diferenciação).

Há que ressaltar, ainda, a previsão na Lei de concessões de serviços públicos (Lei n. 8.987/1995) de serem estabelecidas tarifas diferenciadas⁵¹ (por exemplo, a gratuidade aos idosos e a tarifa reduzida aos estudantes) sem ferir a isonomia. Isto porque, a admissão da dignidade humana é igual à afirmação da diferença e necessidade de seu respeito e, eventualmente, haverá a necessidade de assegurar-se a indivíduos – ou grupos – a possibilidade de soluções que não são nem desejáveis nem adequadas para outros.

Nas palavras de Justen Filho⁵²:

Muitas vezes, a isonomia exigirá tratamento equivalente e uniforme entre diversas situações. Esses são os casos mais simples e fáceis de tratar, mas que acabam produzindo generalizações incorretas. Mais difíceis serão as hipóteses em que houver necessidade de configurar a providência administrativa em vista das circunstâncias diferenciais. Nesse caso, haverá possibilidade de variação significativa de providências, o que ampliará também a dificuldade do controle quanto à sua correção.

Outrossim, Bandeira de Mello⁵³ elenca como princípios do serviço público: a impessoalidade, transparência, motivação, modicidade (Carvalho Filho⁵⁴ também aponta como relevante ao serviço público), controle, dever inescusável do Estado em promover-lhe a prestação e a supremacia do interesse público. Odete Medauar⁵⁵ aponta, além do mais, o princípio do funcionamento eficiente como um dos princípios diretores.

Dentre os elencados merece destaque o princípio da modicidade. A Lei n. 8.987/1995 expressamente determina, em seu art. 6º, §1º: “Serviço adequado é o que satisfaz

⁴⁹ MELLO, 2012, p.694.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, 2014, p. 741.

⁵¹ Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

⁵² JUSTEN FILHO, 2014, p. 206.

⁵³ MELLO, 2012, p.694.

⁵⁴ CARVALHO FILHO, 2015, p. 348.

⁵⁵ MEDAUAR, 2013, p. 361.

as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e *modicidade das tarifas*”. (sem grifo no original).

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁶ declara que “é óbvio que o serviço público, para cumprir sua função jurídica natural, terá de ser remunerado por valores baixos, *muitas vezes subsidiados*” (grifado no original). Ademais ensina que, em rigor, é predicável também às taxas se esta for a modalidade de contraprestação do serviço. Marçal Filho⁵⁷ vai além e informa que é possível invocar a modicidade tarifária para impor um subsídio ao valor da tarifa e segue discorrendo que “não terá cabimento conceber um serviço tão sofisticado que o custo torne inviável aos usuários fruir dos benefícios”.

Sobre o tema, assim também entende o TCU:

A modicidade tarifária, premissa da adequação do serviço público concedido, expressamente prevista no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995. Este princípio significa que a tarifa cobrada do usuário deve ser apenas suficiente para remunerar adequadamente a prestação do serviço outorgado, garantindo sua continuidade e qualidade, com os lucros normais do empreendimento, sem, porém, prover o acréscimo de lucros exorbitantes à concessionária⁵⁸.

Ainda, não se pode olvidar do princípio da supremacia do interesse público. Tal princípio deve ser o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço público, isto é, as conveniências da coletividade⁵⁹ como razão de decidir tanto no funcionamento quanto na organização da prestação do serviço. Bandeira de Mello⁶⁰ exemplifica frutos desse princípio na prática, como: a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, o benefício de prazos maiores para intervenção ao longo dos processos judiciais, bem como os prazos diferenciados para prescrição das ações em que é parte o Poder Público.

Assim conclui o autor⁶¹ ao tratar sobre os princípios do Direito Administrativo, bem como, por consequência, dos serviços públicos e atuação do Estado:

Note-se, pois, que o Estado, diversamente dos particulares, *não pode escolher livremente seus contratantes*, sendo obrigado a licitar para identificar a contraparte; *não pode se abster de prestar serviços públicos indispensáveis à Sociedade; não pode tratar desigualmente aos interessados em desfrutá-los e, quando não forem gratuitos, está proibido de instituir pagamentos que lhes comprometam a modicidade, nem pode deixar de promover as alterações necessárias à sua boa prestação*, assim como *não pode interrompê-los*; antes deve manter-lhes a regular continuidade, dada a importância a que se revestem. (...). Estas são algumas das dentre as inúmeras sujeições que pesam sobre a atividade pública e atuação dos que a desempenham. Aliás, todas elas, podem ser havidas como entroncadas no princípio

⁵⁶ MELLO, 2012, p.695.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, 2014, p. 744.

⁵⁸ Acórdão 2.927/2011, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 09.11.2011, *DOU* 09.11.2011.

⁵⁹ MELLO, 2012, p. 694.

⁶⁰ *Idem*, p. 71.

⁶¹ *Idem*, p. 75.

da legalidade e suas implicações, o qual, de seu turno, finca suas raízes mais profundas no próprio princípio da indisponibilidade dos interesses públicos (...). (com grifos no original).

Contudo, conforme Marçal Justen Filho⁶² aponta, existem algumas objeções ao princípio da supremacia do interesse público, tais como: a ausência de um fundamento jurídico único (“A existência de um princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público não acarreta a exclusão de outros princípios”); a ausência de um interesse público unitário (“O regime de direito administrativo envolve a afirmação de uma pluralidade de interesses igualmente considerados como públicos”); a contraposição entre direitos e interesses (“A concepção da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o privado reflete um cenário jurídico que não mais existe”); e, a ausência de conteúdo do “interesse público” (“A doutrina costuma invocar o “interesse público” sem definir a expressão nem apresentar um conceito mais preciso”).

À vista disso, percebe-se que não há conclusão definitiva na doutrina sobre tal princípio, gerando fortes discussões. Marçal⁶³, por fim, constrói uma conceituação negativa (por exclusão) de interesse público: não se confunde com o interesse do Estado; não se confunde com o interesse do aparato administrativo; não se confunde com o interesse do agente público; não se confunde com o interesse da sociedade; não se confunde com o interesse da totalidade dos sujeitos privados; e, não se confunde com o interesse da maioria dos sujeitos privados.

1.4 CONCESSÃO COMO FORMA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

O Estado viu-se, diante dos princípios elencados, sem a organização e aparelhamento necessários para dar continuidade e qualidade a tantos serviços a que se propunha realizar. É o início da delegação a particulares por meio de concessões, como ensina Maria Sylvania⁶⁴.

Odete Medauar⁶⁵ indica que a conotação atual de concessão utilizada existiu e foi utilizada desde o século XIX na Europa, sobretudo na França. Segue informando que o uso, inicialmente, recaiu principalmente sobre o “transporte ferroviário, fornecimento de água, gás, eletricidade e transporte coletivo urbano”. Em virtude da instabilidade econômica no início do

⁶² JUSTEN FILHO, 2014, p. 150.

⁶³ Idem, p. 155.

⁶⁴ DI PIETRO, 2012, p. 104.

⁶⁵ MEDAUAR, 2013, p. 362.

Século XX, devido às guerras mundiais e as tendências estatizantes, as concessões sofreram forte declínio e criaram-se empresas estatais para absorver parte das concessões do setor privado. Todavia, a partir da década de 80, o interesse ressurgiu, num contexto de reformulação do Estado – privatizações das estatais, com as mesmas justificativas anteriormente utilizadas: a execução de serviços públicos sem ônus financeiro para União⁶⁶.

É neste íterim que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 175, expressamente autoriza a concessão, *ipsis litteris*: “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”.

Promulgou-se, além disto, a Lei n. 8.987/95 que regulamenta os regimes de concessão e permissão, conforme o parágrafo único do art. 175 determina⁶⁷, e a Lei n. 9.074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

Sistematicamente, três correntes buscam o conceito mais correto de concessão. A primeira delas, são os seguidores da doutrina italiana, que atribuem uma acepção muito ampla ao vocábulo concessão – de tal forma que abarca qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral – pelo qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular. A segunda corrente, fornece uma acepção menos ampla, distinguindo a concessão translativa (os direitos derivados dessa concessão são próprios do Estado, porém transferidos ao concessionário) da constitutiva (com base em um poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo) e admitindo três tipos de concessão. Já a última, dá significação restrita só considerando concessão as delegações de poderes para prestação de serviços públicos⁶⁸.

Verifica-se, doutrinariamente, a divisão da concessão em duas categorias: concessões comuns e concessões especiais. Carvalho Filho⁶⁹ ainda subdivide as concessões comuns, regulamentadas pela Lei n. 8.987/95, em concessões de serviços públicos simples e concessões de serviços públicos precedidas da execução da obra pública. Pontua que a

⁶⁶ Idem, p. 363.

⁶⁷ Art. 175. [...] Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

⁶⁸ DI PIETRO, 2012, p. 296.

⁶⁹ CARVALHO FILHO, 2015, p. 386.

característica marcante é a ausência de contraprestação do poder concedente; todos os recursos provêm dos usuários com o pagamento das tarifas estabelecidas.

Já as concessões especiais, reguladas pela Lei n. 11.079/2004, subdividem-se em duas outras categorias, conforme continua José Carvalho Filho: concessões patrocinadas e concessões administrativas. Nestes casos, há um recebimento de valores por parte da concedente ao concessionário. Atualmente, denomina-se o regime jurídico incidente de “parcerias público-privadas”.

1.4.1 CONCESSÕES COMUNS

A conceituação legal de concessão comum é dada segundo a Lei n. 8.987/1995, qual seja:

Art. 2. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...];

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; [...].

Celso Antônio⁷⁰ critica a qualidade técnica da construção legislativa. Isto porque, incluem na caracterização:

elementos que são requisitos de sua *válida formação* (ser realizada mediante licitação na modalidade de concorrência e outorgada à empresa ou consórcio que demonstre capacidade para realização do empreendimento), mas, evidentemente não são requisitos da existência, isto é, relativos à sua mera composição jurídica. (com grifos no original).

Segue o autor discorrendo:

(...) no conceito de concessão *não precedida de obra pública* deixou-se de referir de modo claro e explícito o elemento que é condição *sine qua non* para caracterizá-la, a saber: o de que o beneficiário de tal “delegação” efetuada remunerar-se-ia pela própria exploração de tal serviço, traço, este que a distingue do mero contrato administrativo de prestação de serviços. Vale dizer: se se recebe tal conceito tal como formulado, o contrato de prestação de serviços – como, por exemplo, o da coleta de lixo, remunerado pela própria entidade contratante mediante pagamentos predeterminados – poderia ser confundido, por um intérprete desavisado, com uma concessão de serviços públicos. (grifado no original).

Assim, vê-se que o legislador não foi claro ao distinguir os meios de concessão e as formas de remuneração que acompanham cada modalidade. Ou seja, a própria doutrina teve que construir e adaptar o conceito para a realidade fática.

⁷⁰ MELLO, 2012, p. 723.

Diante das críticas realizadas, Marçal Justen Filho⁷¹, assim define concessão comum:

A concessão comum de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.

Deste modo, constrói um conceito mais completo, sanando as possíveis dúvidas trazidas pela leitura da letra da lei. É importante afirmar que a prestação adequada é objetivo comum entre o Estado, sociedade civil e concessionário – o intuito lucrativo do concessionário deve ser objetivo indireto, sendo o objetivo direto e imediato de todas as partes a prestação de serviços públicos satisfatórios⁷².

Acrescenta, que o concessionário somente estaria assumindo qualquer “risco” – conforme descreve o legislador – de empreender se a concessão transformasse o serviço em privado. Se assim fosse, o fracasso da empresa seria apenas ao interesse do particular – o que, obviamente, não é o caso. Inclusive pode a Administração Pública por meio de subsídios, que não representam a concessão especial, incentivar a concessão de serviços públicos que tem margem reduzida de lucro ou elevados riscos – de forma evidente e inquestionável.⁷³

Desse modo, por ser serviço público, além de indispensável à sociedade, tem o dever de ser mantido, conforme o princípio da continuidade e a supremacia do interesse público. Bandeira de Mello⁷⁴ demonstra que, via de regra, quem efetua o pagamento é o usuário; entretanto, em casos como o das concessões de radiodifusão sonora ou de sons e imagens o concessionário recebe os valores mediante venda dos espaços publicitários, igualmente explorando a concessão recebida. O concessionário, logo, faz jus ao recebimento da remuneração, “ao equilíbrio econômico e à inalterabilidade do objeto contratado”.

Assim também esclarece o Tribunal de Contas da União⁷⁵:

Em um contrato de concessão, os termos contratuais devem garantir aos agentes envolvidos a segurança necessária à estabilidade das relações a serem pactuadas. Afinal, o ajuste firmado entre as partes será pilar de mais de duas décadas de relações jurídicas. Faz-se imperativo que se estabeleçam disposições claras e objetivas, com a necessária publicidade, **para que em um ambiente de isonomia e previsibilidade todos os riscos estejam devidamente claros e distribuídos**; evita-se, deste modo, eventuais imbróglis nas inevitáveis repactuações que se seguirão.

⁷¹ JUSTEN FILHO, 2014, p. 759.

⁷² Idem, p. 761.

⁷³ JUSTEN FILHO, 2014, p. 763.

⁷⁴ MELLO, 2012, p. 718.

⁷⁵ Acórdão 1.928/2011, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo, j. 27.07.2011, DOU 01.08.2011.

Um dos segredos de uma boa execução em um contrato de concessão está, justamente, na clareza da repartição dos riscos e na objetividade dos comandos contratuais. Deve existir, neste caso, a necessária segurança jurídica para o ajuste. (sem grifos no original).

Maria Sylvia⁷⁶ frisa que a concessão apenas transmite a execução do serviço ao concessionário, sendo a titularidade do Poder Público – o que permite dispor de acordo com o interesse público e “alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato por motivo de interesse público”. Entretanto, essas alterações devem respeitar o objeto da concessão e, quando necessário, aumentar a tarifa ou compensar pecuniariamente o concessionário a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro. Existe, e permanece, com o Estado o poder-dever de fiscalização, regulação e eventual retomada dos serviços concedidos.

No mesmo diapasão, segue Odete Medauar⁷⁷ ao lecionar que a simples concessão não torna a concessionária em órgão da Administração; apenas aplicam-se alguns regimes especiais como a responsabilidade civil vigente aos entes administrativos⁷⁸ e os princípios diretores do serviço público. Além do mais, Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁹ frisa que por ser público e privativo do Estado o serviço é *res extra commercium*⁸⁰, ou seja, inegociável e não há possibilidade de movê-lo da esfera Pública.

A concessão tem, fatalmente, natureza de contrato administrativo. Entretanto, por ser de regime diferenciado, possui peculiaridades além das já mencionadas.

A escolha deve ser feita “sempre através de licitação⁸¹”, na modalidade concorrência (nos termos do art. 2º, II, Lei n. 8.987/95) – há, entretanto, a possibilidade de contratação direta, autorizada pelo art. 37, XXI, CF/88, seguindo-se as regras estabelecidas na Lei de licitações (Lei n. 8.666/93) e admitindo-se declaração de inexigibilidade desde que se demonstre a inviabilidade de competição⁸².

Ao seu turno, a tarifa, quando conveniente, tem natureza de preço público e é fixada no contrato:

⁷⁶ DI PIETRO, 2012, p. 303.

⁷⁷ MEDAUAR, 2013, p. 363.

⁷⁸ Art. 37, §6º, CF/88: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁷⁹ MELLO, 2012, p. 726.

⁸⁰ Tradução Livre: Coisa fora do comércio.

⁸¹ Cabe aqui a crítica feita por Celso Antônio Bandeira de Mello à falta de licitação para concessão e permissão de rádio ou televisão – que ocorre, segundo o autor, mero favoritismo. Demonstra as gritantes diferenças na concessão dessas modalidades, como a exigência de decisão judicial para o cancelamento da concessão e a necessária deliberação de 2/5 do Congresso Nacional, por votação nominal, para não renovação da concessão ou permissão. MELLO, 2012, p. 720.

⁸² DI PIETRO, 2012, p. 304.

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

A prestação do serviço, como mencionado anteriormente, é um direito do usuário. Se, por qualquer razão, o usuário tiver seu direito negado pode exigir judicialmente o cumprimento da obrigação pelo concessionário. Assim sendo, ainda que a jurisprudência não seja unânime, se o serviço for essencial ele não pode ser suspenso – mesmo diante da interrupção do pagamento devido⁸³.

Dentre os poderes da concedente, é importante salientar que há o poder de intervenção na concessionária⁸⁴ – conforme regulamentação da Lei n. 8.987/95 em seus arts. 32 ao 34. Há, corretamente, limites à intervenção, devendo ser fundamentada e com prazo legal de 180 (cento e oitenta) dias⁸⁵. O poder concedente pode, ainda, impor sanções ao particular, extinguir o contrato, regulamentar as condições da prestação e alterá-las, tudo de forma unilateral⁸⁶.

1.4.2 CONCESSÕES ESPECIAIS

A principal modalidade de concessão especial é a parceria público-privada, disciplinada na Lei n. 11.079/2004. A conceituação provém da leitura do art. 2º da mesma lei:

Art. 2º. Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. [...].

E continua informando que, subsidiariamente, às determinações criadas com esse instrumento normativo aplicam-se à Lei n. 8.987/95. Ainda, a Lei n. 11.079/2004 introduziu

⁸³ Idem, p. 305.

⁸⁴ Lei n. 8.987/95 – Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

⁸⁵ Lei n. 8.987/95, Art. 33, § 2º. O procedimento administrativo a que se refere o caput deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, 2014, p. 776.

alguns critérios para limitar a aplicação do instituto das concessões patrocinadas, sendo eles: o valor, o prazo e o objeto⁸⁷.

O valor, não poderá ser menor que R\$ 20 milhões, o prazo não inferior a 05 anos e nem superior a 35 anos e o objeto não é limitado ao fornecimento de mão-de-obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Marçal⁸⁸ aponta, ainda, que a Lei n. 12.766/2012 atenuou certos tópicos da Lei n. 11.079/2004, como a admissão da prática de repasses ao parceiro privado ao longo da execução do objeto. Dessa forma, disciplinou-se a diferença de remuneração entre os serviços e as obras de infraestrutura, ou seja, permite-se que o aporte relacionado às obras e construções seja executado durante a fase de investimentos, em valores proporcionais às etapas executadas.

A responsabilidade pela qualidade do objeto do contrato, segue discorrendo Marçal, na grande maioria dos casos será do particular. Assim sendo:

O risco de qualidade pode traduzir-se em remuneração variável em função da qualidade, mas também numa remuneração fixa e desvinculada da dimensão dos encargos efetivamente assumidos pelo particular. Nesse caso, a elevação da qualidade poderá acarretar a redução de custos do particular. Um exemplo é a construção de edifícios, com o dever de sua manutenção durante longo espaço de tempo, mediante remuneração de valor fixo. Quanto maior for a qualidade da edificação, tanto menores serão as despesas posteriores e tanto mais elevada será a lucratividade do sujeito⁸⁹.

Entretanto, uma das maiores marcas das parcerias público-privadas (PPP) é o regime de garantias prestadas pelo Estado. A Lei n. 11.079/04 consigna em seu art. 8º⁹⁰ as garantias que o concessionário tem perante o Poder Público concedente –evidência da preocupação em evitar que o concessionário sofra prejuízos ou corra riscos diante de eventual inadimplemento do poder concedente ou até mesmo em virtude de fatores imprevisíveis⁹¹. Aliás, com a demora do Judiciário na resolução dos conflitos envolvendo a Fazenda Pública e

⁸⁷ Lei 11.079/2004, Art. 2º, § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou, III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, 2014, p. 833.

⁸⁹ Idem, p. 834.

⁹⁰ Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I – vinculação de receitas, observado o disposto no [inciso IV do art. 167 da Constituição Federal](#); II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI – outros mecanismos admitidos em lei. Parágrafo único. (VETADO).

⁹¹ CARVALHO FILHO, 2015, p. 457.

com o art. 100 da CF/88⁹² determinando a liquidação das dívidas perante o regime de precatórios resulta na ausência quase total de efetividade das decisões judiciais condenatórias da Fazenda Pública⁹³.

Isto posto, a desconfiança dos investidores se traduz em altíssimos encargos financeiros – ou seja, os custos de empreendimentos indispensáveis à satisfação de necessidades coletivas tornam-se extremamente onerosos⁹⁴. Por tais razões o sistema de garantias destina-se a afastar o regime de pagamentos mediante precatórios. O tema é extremamente rico e vultuoso, não cabendo, portanto, análise mais aprofundada tendo em vista que não é o objetivo buscado.

1.5 POLÍTICA NACIONAL DA MOBILIDADE URBANA E O SERVIÇO DE TÁXI

O transporte público coletivo urbano, que visa a atender ao público indeterminado, é serviço público – devendo, portanto, atender aos princípios atinentes amplamente discutidos e pode ser concedido conforme as regulamentações específicas previamente nominadas. Como norma específica no sentido de regularizar e regulamentar os transportes urbanos nos Municípios, surge a Lei n. 12.587/2012 – que institui a Política Nacional de Mobilidade Urbana (PNMU).

A referida lei assim classifica os objetos da PNMU:

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. [...];

§ 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;

⁹² Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009](#)). ([Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009](#)).

⁹³ JUSTEN FILHO, 2014, p. 835.

⁹⁴ JUSTEN FILHO, 2014, p. 835.

b) privado. [...].

Ainda, é de competência da mesma lei estabelecer os princípios da prestação desse serviço, quais sejam:

Art. 5º A Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos seguintes princípios:

I - acessibilidade universal;

II - desenvolvimento sustentável das cidades, nas dimensões socioeconômicas e ambientais;

III - equidade no acesso dos cidadãos ao transporte público coletivo;

IV - eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano;

V - gestão democrática e controle social do planejamento e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana;

VI - segurança nos deslocamentos das pessoas;

VII - justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do uso dos diferentes modos e serviços;

VIII - equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros; e

IX - eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana.

Regulamenta, do mesmo modo, as diretrizes para o transporte público coletivo e autoriza expressamente⁹⁵ a concessão do serviço, nos termos da Lei n. 8.987/95, seguindo os princípios anteriormente elencados e discutidos. Não há dúvidas, portanto, que essa modalidade deve ser regida, regulamentada e fiscalizada⁹⁶ pelo Poder Público.

Porém, a discussão torna-se interessante ao adentrar no serviço de transporte individual de passageiros - que Maria Sylvia Di Pietro⁹⁷ classifica como serviços públicos impróprios e cita Hely Lopes Meirelles:

São os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem a interesses comuns de seus membros e por isso a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos, ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais) ou delega a sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários.

Di Pietro complementa que a atividade denominada imprópria não é serviço público em sentido jurídico, já que a lei não outorga a incumbência ao Estado – ou não atribui exclusividade – deixando a cargo de particulares, apenas submetendo-a a regime especial levando em conta sua relevância.

⁹⁵ Lei n. 12.587/2012, Art. 18. São atribuições dos Municípios: [...]; II - **prestar, direta, indiretamente ou por gestão associada**, os serviços de transporte público coletivo urbano, que têm caráter essencial; (...) (grifou-se).

⁹⁶ Lei n. 12.587/2012, Art. 13. Na prestação de serviços de transporte público coletivo, o poder público delegante deverá **realizar atividades de fiscalização e controle dos serviços delegados**, preferencialmente em parceria com os demais entes federativos. (grifou-se).

⁹⁷ DI PIETRO, 2012, p. 114.

A PNMU legislou sobre o tema do transporte individual, mais precisamente o serviço de táxi:

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

Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local. (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013)

§ 1º É permitida a transferência da outorga a terceiros que atendam aos requisitos exigidos em legislação municipal. (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013)

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

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013) [...].

Ao permitir a transferência da outorga aos sucessores ou terceiros, além de não se abrir qualquer processo licitatório que culmine em concessão ou permissão demonstra-se nitidamente que o táxi não é, de modo algum, serviço público.

O legislador acompanha tal entendimento já que em redação originária do artigo supracitado, antes das alterações introduzidas pela Lei n. 12.865/2013, lia-se:

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. (sem grifos no original).

Isto posto, é evidente a intenção do legislador em retirar o transporte individual do rol de serviços públicos. Não há mais a necessidade de permissão, como visto no artigo da lei e a própria conceituação excluiu o termo serviços públicos da letra da lei.

Do mesmo modo discorre o Prof. Dr. Daniel Sarmiento⁹⁸ - em parecer a ser abordado com maior profundidade a frente:

Quanto ao regime jurídico, não há prévia licitação, seguida de concessão ou permissão aos taxistas, como impõe a Constituição para os serviços públicos (art.

⁹⁸ Parecer de 10 de julho de 2015, Prof. Daniel Sarmiento, constante do Anexo I deste trabalho.

175, CF). Não bastasse, o título que enseja o exercício da atividade em questão pode ser alienado ou transmitido causa mortis (art. 12-A, §§ 1º e 2º da Lei nº 12.587/2012), o que é absolutamente inconciliável com a lógica do serviço público. O prestador do serviço – o taxista – não é obrigado a assegurar a sua continuidade: nada o impede de deixar o seu táxi parado, por longos períodos, se assim preferir.

Sobre essa temática, também a Lei n. 12.468/2011 que regulamenta a profissão de taxista:

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. (sem grifos no original).

Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho⁹⁹, em parecer de 26 de outubro de 2015, atenta para mais um fator relevante:

[...] este modo de transporte individual de passageiros goza de um estatuto e prerrogativas que só são compreensíveis no quadro da utilidade pública que lhe é legalmente conferida: por exemplo, regalias, prerrogativas e privilégios semelhantes aos transportes coletivos de titularidade pública, mas, em contrapartida, a sua sujeição a alguns dos ônus, deveres e obrigações próprios de um serviço de interesse público ou, à moda da terminologia do direito da União Europeia, ônus, deveres e obrigações inerentes a um serviço de interesse geral (mas não, repetimos, um serviço público).

Há, assim, uma atividade de interesse público com benefícios únicos¹⁰⁰ e com ônus específicos, como as exigências da Lei n. 12.468/2011 em seus artigos 3º e 5º, porém não um serviço público – em sentido como o que foi disposto neste capítulo.

Dessa forma, sob o tema, verificamos que apenas com um estudo pouco mais aprofundado do direito administrativo que nascem as condições de distinguir a esfera pública da privada, à luz dos princípios norteadores do serviço público e da legislação inerente, ora comentada.

Sob tal prisma, conclui-se, pois, que o serviço de táxi é atividade privativa dos particulares, entretanto, depende de fiscalização e regulamentação do Poder Público. Assim sendo, é vinculada às decisões da Administração Pública, tendo as tarifas determinadas e os direitos e deveres regidos por lei específica. Diferentemente do transporte privado individual de passageiros, que se rege pelo Código Civil, podendo regular os valores, demanda e quantidade de carros a partir do mercado e da demanda.

⁹⁹ Constante do Anexo I deste trabalho.

¹⁰⁰ Por exemplo isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na compra de carro para exercício do labor, conforme Lei 8.989/95, com prazo prorrogado pela Lei 12.767/2012 até 12/2016.

2. A UBER, O DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO E OS REFLEXOS NO DIREITO ECONÔMICO

2.1 A LIVRE CONCORRÊNCIA NA CARTA MAGNA E SEUS REFLEXOS PERANTE A TECNOLOGIA

Conforme ensinamentos de Leonardo Vizeu Figueiredo¹⁰¹, a necessidade de proteção das relações comerciais iniciou-se com o intercâmbio entre as Nações. Já a proteção entre empresas surgiu com a Revolução Industrial – ao buscar coibir a prática de *trust*¹⁰² que minava a competição e facilitava aos oligopólios a imposição de seus interesses – tanto ao Estado, quanto aos consumidores. Havendo a necessidade de regulamentação, a primeira lei antitruste do mundo foi editada no Canadá em 1889 – o *Competition Act*.

Ato contínuo em 1890, os Estados Unidos da América editaram sua lei antitruste – conhecida como *Sherman Act* - que proibiu expressamente “a combinação ou conspiração no sentido de restringir o negócio ou comércio (parágrafo 1º do *Sherman Act*), bem como o monopólio e a sua tentativa (parágrafo 2º do *Sherman Act*).”¹⁰³ Na Europa, o tema só adquiriu relevância com a assinatura do Tratado de Roma de 1957 – início da Comunidade Econômica Europeia.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, o direito de concorrência remete-se à Constituição Imperial de 1824 e a primeira Constituição Federal republicana, de 1891 – que não permitiam a interferência estatal na iniciativa privada¹⁰⁴. Entretanto, com o intervencionismo estatal positivado nas constituições do México de 1917 e de Weimar de 1934, o Brasil sofreu influências externas e, assim, na Constituição de 1934 delega-se ao Estado organizar a ordem econômica e utiliza, pela primeira vez, o termo “economia popular”.

¹⁰¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de direito econômico – 5 ed. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012, p.217

¹⁰² Figueiredo assim explica: “Termo derivado do inglês *trustie*, que se tratava de um acordo celebrado entre duas ou mais empresas para combinação de estratégias, afim de preservarem-se no mercado, ainda que em detrimento dos demais participantes”.

¹⁰³ FIGUEIREDO, 2012, p. 217

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência** - Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004, p. 17

Em 1938, durante a Era Vargas, dois Decretos-Lei iniciam a regulamentação da defesa da concorrência, destinado, entretanto, em última instância à proteção do consumidor¹⁰⁵.

O primeiro Decreto-Lei, n. 431/38, criminalizava a promoção, artificialmente, alta ou baixa dos preços de produtos de primeira necessidade; já o segundo, Decreto-Lei n. 869/38, definia os “crimes contra a economia popular”.

Em 1962 cria-se com o advento da Lei n. 4.137, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e em 1994, com a Lei n. 8.884/94¹⁰⁶, a vertente da “defesa da concorrência” se consolida. Esta claramente é fruto das mudanças vividas no período de privatizações, abertura do mercado ao comércio exterior e reformas na economia brasileira¹⁰⁷, além da extinção da SUNAB (Superintendência Nacional de Abastecimento), em 1997, símbolo final do controle de preços dos anos 1990, que marcou mais um passo da transformação¹⁰⁸.

Em análise sobre o nascimento da preocupação com a concorrência no Brasil e os fatores que levaram ao desenvolvimento da Lei Antitruste brasileira, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, destacou¹⁰⁹:

O processo de liberalização econômica brasileiro foi iniciado em 1990, quando o Presidente da República promoveu uma série de reformas, incluindo a privatização, a liberalização de preços e a desregulamentação. Em 1994, em reação a um período de hiperinflação, foi adotado o Plano Real. Seus principais componentes foram a introdução de uma nova moeda, que à época estava atrelada ao dólar, (o que não ocorre desde 1999, quando foi permitida a flutuação da moeda) e de políticas fiscais e de crédito rígidas. Como parte das reformas de 1994, uma nova Lei de Defesa da Concorrência foi promulgada, a Lei n.º 8.884/94. A nova lei revigorou o CADE, que se tornou uma agência independente, e introduziu o controle de fusões. A privatização das empresas estatais continuou durante os anos 90. Agências reguladoras novas e independentes foram criadas para os setores de telecomunicações, eletricidade, petróleo e gás natural, transporte terrestre e aviação civil.

Ademais, como marco legal da defesa da concorrência no Brasil, tem-se a Lei n. 10.149/2000, que institui o acordo de leniência, meio pelo qual integrantes de cartel podem contribuir efetivamente para as investigações – recebendo penas reduzidas em favor.¹¹⁰

¹⁰⁵ Idem, 2004, p. 18

¹⁰⁶ Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

¹⁰⁷ FIGUEIREDO, 2012, p. 219

¹⁰⁸ TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil** – São Paulo: Ed. Atlas, 2012, p. 267

¹⁰⁹ Lei e Política de concorrência no Brasil: Uma revisão pelos pares – OCDE e IDB, 2010. Disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>

Em novembro de 2011, então, promulgou-se nova Lei, n. 12.529, de proteção à concorrência, mantendo as regras de aplicação territorial e reestruturando o CADE. Quanto à juridicidade desta lei, destacam-se:¹¹¹¹¹²

[...] os seguintes aspectos normativos:

- a) *inovação*, porque reestrutura sistemicamente todo o aparato estatal envolto da defesa da concorrência;
- b) *efetividade e coercitividade*, representadas pelo poder vinculante de suas decisões no caso concreto, bem como pela autonomia desta em relação ao Executivo;
- c) *espécie normativa adequada*, já que a defesa da concorrência e a repressão ao abuso de poder econômico devem ser disciplinados por lei ordinária, não havendo reserva constitucional de lei complementar para tanto; e,
- d) *generalidade*, uma vez que as normas se aplicam, indistintamente, a todas as pessoas físicas e jurídicas, estas de direito privado ou público.

Porém, o mais importante marco foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a positivação do princípio da livre concorrência no seu art. 170, III e repreensão ao abuso de poder no § 4º:

Art. 170, III [...]

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

Eros Grau¹¹³, sobre a Constituição, afirma que o reconhecimento do poder econômico por parte dos constituintes faz com que soe estranho a consagração como princípio da livre concorrência e sugere que o texto da lei deveria versar que “A lei reprimirá os abusos decorrentes do exercício da atividade econômica...”. Ressalva, contudo, que o poder econômico estando, ou não, reconhecido no texto constitucional não deixa de existir ou ter sua relevância estudada.

Continua, o Ministro, atentando para o fato de que a própria Constituição Federal fartamente confronta o princípio da livre concorrência quando “supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém de um quadro de igualdade jurídico-formal”¹¹⁴. Entretanto,

¹¹⁰ TIMM, Luciano Benetti (org.), 2012, p. 267.

¹¹¹ FIGUEIREDO, 2012, p. 221

¹¹² Os aspectos e particularidades do CADE serão mais profundamente analisados adiante.

¹¹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica) - 12. ed. , rev. e atual. - São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 208

¹¹⁴ GRAU, 2007, p. 208

essa igualdade é constantemente recusada, analisando-se para confirmação os dispositivos do art. 170, IX¹¹⁵ e art. 179¹¹⁶.

Eros Grau¹¹⁷ conclui sobre a composição do inciso III, do art. 170, da CF, com o §4º do mesmo:

Deveras não há oposição entre o princípio da *livre concorrência* e aquele que se oculta sob a norma do §4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como *princípio da repressão aos abusos do poder econômico* e, em verdade – porque dele é fragmento – compõe-se no primeiro. É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural.

Sobre o mesmo tema, José Afonso da Silva¹¹⁸ argumenta que:

A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ele é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista.

Conclui-se, desse modo, que a livre concorrência é dependente da a livre iniciativa, conforme Leonardo Figueiredo¹¹⁹: “só existirá a livre-concorrência onde o Estado garante a livre-iniciativa”.

Carolina Munhoz¹²⁰ discorre que, segundo Lachmann, o processo de concorrência se desenvolve com tranquilidade apenas quando alguns requisitos são preenchidos, sendo eles:

- i) liberdade de entrada e saída do mercado;
- ii) liberdade de comércio e contrato;
- iii) um sistema monetário eficiente;
- iv) proteção contra as práticas restritivas de comércio (PRCs);
- v) a existência de sanções positivas e negativas; e,
- vi) transparência no mercado.

¹¹⁵ CF/88, Art. 170, IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

¹¹⁶CF/88, Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

¹¹⁷ GRAU, 2007, p. 209

¹¹⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 876

¹¹⁹ FIGUEIREDO, 2012, p. 63

¹²⁰ MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento** – São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 128

Assim, dentre os benefícios da competição, há a coordenação das funções de oferta e procura, de tal modo que o fornecimento seja adequado à demanda; a garantia que os investimentos sejam utilizados de forma mais eficaz, na busca pela maior produtividade possível e modos de produção eficientes e, ainda, *a eficiência distributiva* - já que o mercado regula o valor da remuneração dos fatores de produção – ou seja, tão melhor os fatores de produção, melhor a remuneração envolvida.

Tais “funções” da concorrência são as ditas estáticas, tendo em vista que são complementadas pelas dinâmicas – considerando que a competição constitui a força que impulsiona o progresso tecnológico¹²¹. Conforme Munhoz: “Num mercado competitivo, a inovação de produtos e do próprio processo produtivo constitui a chave para o sucesso, o que leva à busca pela modernização”¹²².

Para Paulo Furquim de Azevedo¹²³ a concorrência é, acima de tudo, um direito da sociedade – além de uma característica fundamental dos mercados. O autor defende que “a concorrência impõe limites à capacidade de cada empresa unilateralmente aumentar seus preços” e sem esses limites permite-se o exercício do poder de mercado. Ou melhor, admite-se no ordenamento econômico que uma empresa se aproprie de parte da renda dos consumidores, já que ficam “obrigados” a pagar mais caro pelo que consomem, tendo em vista a falta de outro produto a ser adquirido – frisa-se que o consumidor é afetado diretamente no caso concreto, mas a sociedade sofre impactos indiretos com a prática (diminuição da produção, demissões, insumos subutilizados, etc.).

Ainda, o ambiente de maior concorrência estimula a produção e apresenta ganhos à sociedade seja no estímulo à inovação, seja na seleção de formas superiores de produção ou organização. Portanto, os frutos da concorrência serão colhidos pelas futuras gerações – o que fundamenta a ideia da concorrência como um direito à sociedade¹²⁴.

Por tal direito ser exercido de forma regular, a tecnologia permite a criação e desenvolvimento de facilidades para o cotidiano. A economia compartilhada (*sharing economy*), fruto da expansão e facilitação do acesso à internet no mundo, é a inovação que movimentou o mercado – e o direito concorrencial, por consequência – de forma mais brusca

¹²¹ MUNHOZ, 2006, p. 129.

¹²² Idem, p. 129.

¹²³ TIMM, Luciano Benetti (org.), 2012, p. 267.

¹²⁴ Idem, p. 267.

no presente. “Economia compartilhada” é o termo utilizado para descrever o compartilhamento do uso da propriedade de bens variados com consumidores através do mundo, via aplicativos para *smartphones* e internet¹²⁵.

Prices in the sharing economy tend to be lower, in part due to the often unregulated nature of the trading. Sharing economy business models have so far had the greatest impact in online staffing, accommodation, car sharing, money lending, and equipment rental.¹²⁶¹²⁷

Na União Europeia e nos Estados Unidos da América, a questão já se encontra em discussão mais avançada visto que o uso da economia compartilhada teve origem nesses locais. A Comissão Europeia de Concorrência, por exemplo, já possui reclamações advindas de companhias de economia compartilhada, que informam terem seus serviços restritos em alguns países pelas agências reguladoras locais.

Já nos EUA, a *Federal Trade Commission* (FTC) informou que o crescimento da economia compartilhada pode estimular a economia, encorajando o empreendedorismo e promovendo usos eficientes dos bens. Entretanto, a FTC argumenta que as agências reguladoras se encontram sob pressão para entender como aplicar regulamentações que foram escritas com fornecedores tradicionais como plano para *start-ups* que utilizam modelos de negócios *peer-to-peer*¹²⁸.

O tema, portanto, ainda é alvo de discussão a nível mundial, diante das novidades que a tecnologia apresenta diariamente.

Porém, por mais relevante que seja a existência da proteção à concorrência, a existência do instituto, por si só, nem sempre é suficiente para a defesa do processo competitivo. A expressão “política de concorrência” (*competition policy*) não pode ser usada como sinônimo do direito de concorrência – esta geralmente diz respeito ao comportamento

¹²⁵ LOUGHER, Guy e KALMANOWICZ, Sammy. **The role of competition law in innovation markets**. Abril, 2015. Disponível em <http://www.out-law.com/en/articles/2015/april/the-role-of-competition-law-in-innovation-markets/>

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Tradução livre: Na economia compartilhada, os preços tendem a ser menores, em parte devido à natureza, geralmente não regulada, do negócio. Os modelos de negócios de economia compartilhada tem mostrado, até o momento, melhores resultados em alocação de pessoas, acomodações, compartilhamento de carros, empréstimo de dinheiro e aluguel de equipamentos.

¹²⁸ LOUGHER e KALMANOWICZ, 2015.

de entidades privadas ou empresas e aquela se preocupa com finalidades não econômicas, como equidade e justiça social e congrega finalidades como a liberdade de comerciar¹²⁹.

Na União Europeia, a Comissão Europeia sobre concorrência elenca¹³⁰ a importância de uma política de concorrência aos consumidores:

Preços baixos para todos: A maneira mais simples de conseguir uma elevada parte do mercado é oferecer melhores preços. Num mercado concorrencial, os preços tendem a diminuir, o que não é só vantajoso para os consumidores: quando mais pessoas têm a possibilidade de adquirir produtos, as empresas são incentivadas a produzir, o que estimula a economia em geral

Melhor qualidade: A concorrência também incentiva as empresas a melhorar a qualidade dos bens e serviços que vendem a fim de atrair mais clientes e aumentar a respectiva parte de mercado. Qualidade pode significar várias coisas: produtos que duram mais tempo ou funcionam melhor; melhor apoio pós-venda ou técnico; serviço melhor e mais atencioso.

Maior leque de escolha: Num mercado concorrencial, as empresas tentam que os seus produtos se distingam dos restantes. Desta forma, o leque de escolha é maior e os consumidores podem escolher o produto que oferece a melhor relação qualidade-preço.

Inovação: Para conseguir essa variedade de escolha e oferecer produtos melhores, as empresas têm de ser inovadoras em termos de concepção de produto, design, técnicas de produção, serviços, etc.

Melhores competidores nos mercados mundiais: A concorrência dentro do mercado europeu ajuda as empresas europeias a tornarem-se mais fortes fora da UE e a enfrentarem a concorrência a nível mundial.

De tal maneira, a livre concorrência e livre iniciativa permeiam as últimas inovações no campo comercial. Carolina Pancotto Bohrer Munhoz¹³¹ assim se refere ao direito e desenvolvimento:

O direito é um destes instrumentos, e desempenha um papel importante na promoção do desenvolvimento, seja como substrato formal do desenvolvimento – criando e defendendo liberdades e instituições importantes para este processo – seja como enunciativo do desenvolvimento – ao estabelecer um direito ao desenvolvimento. É verdade que o direito pode ir contra o processo de desenvolvimento, quando a ordem jurídica coloca empecilhos ao desenvolvimento, seja na ordem econômica, política ou social. Por outro lado, o direito pode ser favorável ao desenvolvimento quando as regras jurídicas atuam no sentido de promovê-lo, qualquer que seja o conceito de desenvolvimento que se tenha em mente. [...]

A concorrência desempenha um papel importante na promoção do desenvolvimento, pois valoriza uma série de liberdades – como de iniciativa e de escolha – importantes não apenas por si mesmas, mas pelo papel que podem desempenhar na promoção de outras liberdades integrantes do processo de desenvolvimento. [...] a

¹²⁹ OLIVEIRA e RODAS, 2004, p. 25

¹³⁰ Comissão Europeia - http://ec.europa.eu/competition/consumers/why_pt.html

¹³¹ MUNHOZ, 2006, p. 246

concorrência tem importância independentemente da geração ou não de efeitos econômicos, justamente por garantir liberdades importantes para o processo de desenvolvimento (grifado no original)

2.2 PAPEL DO CADE NA FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A fiscalização do controle da livre concorrência e direito de concorrência no ordenamento jurídico brasileiro passa, hoje, pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, conforme prevê o artigo 3º da Lei 12.529/2011¹³². É composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda e tem suas atribuições previstas pela lei.

Há de se considerar que desde a promulgação da Lei n. 8.884/94, que transformou o CADE em autarquia, até a atualidade, a proteção à concorrência evoluiu de forma vertiginosa até culminar na lei que regulamenta o SBDC, passando a análise econômica do mercado a ser vista de forma mais refinada e, conforme Leonardo Figueiredo¹³³ pontua: “hoje a aplicação da legislação de defesa da concorrência não destoia das melhores práticas internacionais”.

Tem-se com a regulamentação, portanto, uma influência positiva no mercado. No artigo “Aspectos econômico-jurídicos da nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira¹³⁴”, os autores destacam:

A influência que a Legislação Antitruste pode levar ao mercado em seus aspectos econômicos, tem-se que o SBDC opera disseminando a cultura de livre concorrência garantindo à coletividade e ao consumidor em si, condições concorrenciais e relações consumeristas próprias para o desenvolvimento econômico socialmente abrangente e inclusivo em mercado.

Para atingir a estes fins, o CADE tem como as atribuições¹³⁵:

¹³² Lei 12.529/2011, Art. 3º O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.

¹³³ FIGUEIREDO, 2012, p. 220

¹³⁴ GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. **Aspectos econômico-jurídicos da nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira**

¹³⁵ BRASIL, CADE, Disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna

Preventiva: analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência.

Repressiva: investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência.

Educativa: instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas.(grifado no original)

A Lei n. 12.529/2011 trouxe importantes renovações estruturais ao Conselho e, como principal delas, alterou a composição da autarquia:

Art. 5º O Cade é constituído pelos seguintes órgãos:

I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;

II - Superintendência-Geral; e

III - Departamento de Estudos Econômicos.

O Tribunal Administrativo de Defesa da Concorrência, de forma genérica, absorveu as antigas atribuições do Plenário, quais sejam julgar os processos administrativos de infração à ordem econômica e de análise de atos de concentração econômica¹³⁶. Assim sendo, as atribuições mais pertinentes para análise conforme a lei:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: [...];

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;

IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;

[...]

X - apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração;

[...]

XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos. (sem grifos no original).

A Superintendência-Geral assume, por sua vez, as competências da extinta Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça nos aspectos relacionados à defesa de concorrência¹³⁷. Dentre as competências estabelecidas em lei, destacam-se:

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

[...]

¹³⁶ FIGUEIREDO, 2012, p. 220

¹³⁷ Idem, 2012, p. 220

III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório;

V - instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;

[...]

IX - propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento;

X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento;

XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; (sem grifos no original)

Por último, o Departamento de Estudos Econômicos - DEE tem função técnica e a criação deste departamento traz agilidade aos processos¹³⁸, tendo em vista que mediante solicitação ou decisão do Economista-Chefe, elaboram-se pareceres técnicos sobre o caso em andamento no CADE, conforme determinação legal:

Art. 17. O Cade terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão. (sem grifos no original).

Entretanto, mesmo com o suporte do DEE, embasando com pareceres, as decisões tomadas pelo Conselho Administrativo não são a única instância das decisões envolvendo a ordem econômica e a defesa de concorrência, como critica Everton das Neves Gonçalves¹³⁹:

[...] parece não ter sido alcançada, com a nova Lei, a desejável posição, para o CADE, de ser instância última e, portanto, judicial na área de concorrência. Não parece crível e aceitável que as decisões administrativas, tomadas em Órgão colegiado composto por sete notáveis conhecedores dos temas ligados à proteção da concorrência no Brasil, após todos os seus esforços; ainda tenham de ser, essas arzoadas decisões, submetidas ao crivo de primeiro grau da Justiça Federal.

2.3 A LEGALIDADE DA UBER

Diante das evoluções tecnológicas, o mercado precisou adaptar-se de forma cada vez mais rápida com o fim de atender as demandas da população, que anseia pelo que mais a tecnologia pode oferecer em prol do conforto e agilidade. Nesse contexto, o aplicativo da

¹³⁸ Idem, 2012, p.221

¹³⁹ GONÇALVES e STELZER, ps. 6-7.

Uber – plataforma virtual disponível para aparelhos celulares em forma de aplicativo – interliga motoristas previamente cadastrados no sistema da empresa a usuários registrados no aplicativo.

Vários são os pontos de discussão do aplicativo. Por ser novo no ordenamento jurídico brasileiro surgem inúmeras ressalvas ao tema – envolvendo, inclusive, litígios trabalhistas, mesmo sem possuir motoristas contratados. Tem-se como objetivo no presente trabalho ater-se à parte econômica do aplicativo, sua legalidade e o direito de escolha do consumidor.

Pelo princípio da legalidade instaurado no direito brasileiro, positivado no art. 5º, II da CF/88¹⁴⁰, o fato de não haver regulamentação para o serviço prestado pelo aplicativo não deve ser fator impeditivo da prestação do serviço. Outrossim, autoriza a Lei n. 12.587/2012 o transporte particular de passageiros de forma expressa, conforme art. 3º, § 2º e incisos, e, de maneira indireta, combinando o § 1º do art. 3º, com o art. 4º, X, do mesmo diploma legal¹⁴¹. Frisa-se que, diferentemente, do táxi – que tem em lei específica, a Lei n. 12.468/2011, definição da atividade privativa do taxista como transporte público individual de passageiros – não há benefício algum ao prestador de serviço; por conseguinte, o motorista cadastrado junto ao aplicativo não se onera da mesma forma que os taxistas diante das exigências do Poder Público.

Na mesma tendência, o serviço privado quando prestado dentro dos ditames legais não pode ser limitado com base na ausência de regulamentação, tendo em vista o texto constitucional, art. 170:

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: [...] Parágrafo único. É assegurado a todos **o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização** de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (sem grifos no original).

¹⁴⁰ Constituição Federal de 1988, Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...].

¹⁴¹ 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.

Isto é, o princípio da livre empresa – reconhecido na Carta Magna e explorado com maior profundidade à frente – autoriza as inovações no âmbito privado e permite a exploração do mercado. Celso Antônio¹⁴² ainda complementa:

Isso significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar a reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; [...] De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado resultem de uma decisão livre dos agentes econômicos.

De tal modo, sendo a Administração Pública vinculada ao princípio da legalidade¹⁴³, e, sem legislação ordinária prevendo tal atribuição, não há – nem poderia haver – limitação constitucional para empreender. Não é função estatal definir ou limitar a produção de bens e serviços – seja a quantidade, qualidade ou meios de produção.

Se qualquer dúvida a respeito da possibilidade de exercício da prestação de serviços por falta de regulamentação, o Código Civil brasileiro de toda forma, regulamenta o contrato de transportes, que na presente situação, é pactuado via internet após o acesso ao aplicativo, abertura do chamado para o motorista e aceite.

Assim versa o CC/2002:

Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.

Art. 731. O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código.

Por não ser objeto de autorização, permissão ou concessão – já que não é serviço público - o transporte exercido pelos motoristas da Uber é regulado e regido pelo Código Civil. O contrato encontra-se disponível aos usuários, sob o nome de “Termos e Condições” no aplicativo e também no site da empresa¹⁴⁴, só podendo o usuário utilizar dos serviços prestados se declarar a leitura integral.

O documento eletrônico, vale frisar, não se resume a escritos, tendo idoneidade para representar um acontecimento, estando armazenado em arquivo digital, tudo é válido. Não pode-se ficar restrito à ideia do escrito, já que a confirmação concreta transcende,

¹⁴² MELLO, 2012, p. 813

¹⁴³ CF/88, Art. 37 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”

¹⁴⁴ Disponível em <https://www.uber.com/pt/legal/terms/br/>

admitida a sua formalização independentemente de um suporte físico¹⁴⁵. Ou seja, a confirmação via aplicativo do aceite dos Termos de Conduta e Serviço cria vínculo contratual com força de prova.

O Código Civil regulamenta, ainda, outros tópicos importantes ao contrato de transportes – que também rege as relações entre motorista-passageiro quanto utilizando o aplicativo. Lê-se:

Art. 734. **O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens**, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. (grifou-se)

Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Tais artigos lidam com a responsabilidade civil envolvida no transporte de pessoas de forma privada, modalidade da Uber, e fica claro no texto legal a responsabilidade objetiva do transportador (motorista) em casos de acidente.

A Lei também é clara nos deveres dos passageiros:

Art. 738. A pessoa transportada **deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador**, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço.

O Termo de Uso da Uber complementa a Lei, indicando expressamente as normas estabelecidas de comportamento e descreve a conduta que o passageiro não deve ter durante o uso do serviço prestado:

Você **não poderá**, quando usar os Serviços, **causar transtorno, aborrecimento, inconveniente** ou danos à propriedade dos Prestadores Terceiros ou de qualquer outro terceiro.¹⁴⁶

Como utiliza da internet para conectar os passageiros aos motoristas, o aplicativo também tem respaldo no Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014. Em seu art. 3º, a lei descreve os princípios do uso da internet no Brasil e, dentre outros, elenca:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...];

¹⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil – Parte geral e LINDB – 10ª Ed. rev., ampl. e atual – Salvador: Ed. Jus Podium, 2012, p. 809

¹⁴⁶ <https://www.uber.com/pt/legal/terms/br/>

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. [...].

Sob o exposto, na esteira do Capítulo 1, com vista ao texto constitucional, em seu art. 170, onde o serviço privado quando prestado dentro dos ditames legais não pode ser limitado com base na ausência de regulamentação – situação fática da Uber, e considerando que a prestação do serviço efetuada pela empresa Uber do Brasil Tecnologia Ltda. trata-se de um serviço de transporte privado individual, conclui-se, então que diante dessa análise – constitucional, administrativa, concorrencial e comercial, o aplicativo está de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

2.3.1 A UBER E O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Uma vez tratando-se de transporte mediante veículo automotor, a fim de realizar-se uma análise fidedigna sobre a legalidade da Uber no direito brasileiro, resta necessário tecer alguns comentários sobre o Código de Trânsito Brasileiro – CTB (Lei n. 9.503/1997¹⁴⁷).

Conforme se concluiu anteriormente, entende-se que o aplicativo Uber, sob a égide dos direitos constitucional, administrativo, concorrencial e comercial, possui legalidade para atuar no Brasil e prestar seus serviços no Brasil. Todavia, há um importante entrave que parece ser deixado às margens quando das discussões sobre a temática.

Cabe salientar, inicialmente, que o Código de Trânsito Brasileiro é legislação federal, promulgada mediante votação no Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, com a observância de todo o processo legislativo adequado. Tal o é que o diploma em comento possui eficácia plena em todo o território nacional, nunca tendo sido alvo de movimentos a fim de cercear sua vigência ou legalidade.

Dessa forma, sendo o a Lei de Trânsito diploma em vigência e com jurisdição em todo o território nacional ela deve ser seguida por todos os nacionais quando em situações abarcadas pelo texto legal (não somente quando na direção de veículo automotor).

¹⁴⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm

Com seu intuito de disciplinar o trânsito brasileiro, o CTB instituiu infrações que podem ser cometidas tanto na esfera administrativa quanto na esfera penal, ao longo de seu texto, com especial destaque para o Capítulo XV – DAS INFRAÇÕES e para o art. 161:

Art. 161. Constitui infração de trânsito a inobservância de qualquer preceito deste Código, da legislação complementar ou das resoluções do CONTRAN, sendo o infrator sujeito às penalidades e medidas administrativas indicadas em cada artigo, além das punições previstas no Capítulo XIX. (sem grifos no original).

Percebe-se, pois, que a lei determina que a falta de qualquer cumprimento do que dita o Código acarretará em infração. E a mesma irá dispor que culminará em infração média; penalidade de multa; e, medida administrativa com a retenção do veículo:

Art. 231. Transitar com o veículo: [...]

VIII - efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, salvo casos de força maior ou com permissão da autoridade competente:

O leitor poderia então entender que tal dispositivo seria suficiente para decretar a ilegalidade da Uber no Brasil, uma vez que o que ocorre na prática nada mais é que o transporte remunerado de pessoas, por motorista não licenciado para esse fim.

Contudo, deve-se destacar que o Código de Trânsito data do ano de 1997, época ainda que a internet era precária e não existiam *smartphones* e internet móvel 3/4G. O direito é mutável e, assim, deve ocorrer sua evolução para adaptar-se ao mundo real. Nesse norte, com base no mesmo dispositivo, a legislação brasileira inclusive já avançou.

Destaca-se que o inc. VIII, do art. 231, da Lei n. 9.503/1997 dispõe não só do transporte de pessoas, mas igualmente ao de bens. Estar-se-ia, desta forma, o legislador restringindo o popular serviço de “frete”, tão comum no dia-a-dia de pessoas que precisar realizar mudanças, porém não detêm dos meios necessários ao transporte.

Dez anos depois, ou seja, após um grande tempo de vigência do CTB, porém numa época em que a informação não se transpunha com tanta facilidade e rapidez, foi promulgada a Lei n. 11.442¹⁴⁸, de 5 de janeiro de 2007, a qual dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração.

¹⁴⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11442.htm

Essa legislação veio suprir, ainda que não expressamente, o texto do CTB, ao tratar do Transportador Autônomo de Cargas – TAC, sendo este a pessoa física que tenha no transporte rodoviário de cargas a sua atividade profissional.¹⁴⁹

Complementarmente, o legislador introduziu a figura do TAC-independente, o qual “Denomina-se TAC-independente aquele que presta os serviços de transporte de carga de que trata esta Lei em caráter eventual e sem exclusividade, mediante frete ajustado a cada viagem”¹⁵⁰. Desta forma, ao dispor de nova figura jurídica, diferente do TAC – este que pode ser entendido no mundo real como o “caminhoneiro” –, o TAC-independente é justamente o motorista de “frete”, que o faz como atividade ocasional, efetuando, dessa maneira, o transporte remunerado de bens.

Assim sendo, o legislador foi hábil ao adequar o direito ao mundo real, trazendo à legalidade prestadores de serviços que, devido ao texto legal do CTB, foram proibidos de exercer sua atividade econômica, eis que não licenciados para tal finalidade.

Verifica-se, então, que embora o texto legal tenha proibido o transporte remunerado de pessoas ou bens, o legislador atentou-se às necessidades jurídicas legais e legislou de modo a sanar tal situação. Com a Uber não pode nem deve ser diferente. A sociedade avançou e está cada vez mais globalizada, onde novas tecnologias fazer parte do cotidiano do cidadão, estando acessíveis para o uso imediato sempre que lhe convier.

Uma vez que sob todas as demais análises de ramos do direito o aplicativo encontra respaldo legal para sua existência e funcionamento no Brasil, deve, desta forma, atentar-se o legislador a adequar o texto legal, ou, ainda, agir de forma semelhante aos profissionais prestadores do serviço de frete, os quais tiveram uma conceituação criada e inserida no contexto de uma lei para abarcar sua situação.

Conforme já se discorreu, o aplicativo encontra embasamento jurídico no direito Brasileiro e as condições necessárias para que seja considerado um serviço privado de transporte individual de passageiros, com previsão na PNMU – legislação mais moderna que o CTB que já se atentava às novas tendências do mundo real.

¹⁴⁹ Art. 2º, I - Transportador Autônomo de Cargas - TAC, pessoa física que tenha no transporte rodoviário de cargas a sua atividade profissional;

¹⁵⁰ Art. 4º, § 2º, *caput*.

Muito embora ainda seja necessário a criação de Lei Federal a fim de inovar ou de modificar o inc. VII, do art. 231 do CTB, criando uma categoria aos motoristas privados, distintos dos taxistas, tais como os da Uber, defende-se o posicionamento da sua legalidade.

Algo que se estranha, todavia, é a pouca existência da discussão quanto ao abarcamento do aplicativo pelos ditames do CTB. Nos documentos específicos sobre a situação jurídica da Uber consultados não se vislumbrou tal debate, de modo que aparenta este ainda a ser um ramo cinzento da discussão – que pode vir se mostrar protagonista nesse litígio entre categorias e com reflexos em toda a sociedade.

3. PARECERES E JURISPRUDÊNCIAS SOBRE A UBER

Diante da polêmica lançada sobre os aplicativos de “sharing economy”, principalmente sob o objeto desse trabalho, a Uber, a discussão tomou proporções globais. Em junho de 2015, na cidade de Washington, realizou-se encontro da United States Federal Trade Commission¹⁵¹ para analisar e discutir o emergente mercado de economia compartilhada e as atividades econômicas que essas plataformas facilitam. Na oportunidade a empresa Uber apresentou documento com os comentários e precedentes positivos baseados em legislação antitruste e por autoridades do direito concorrencial de países em que presta serviços de transporte individual privado.

Na Alemanha, a Comissão Alemã de Monopólios (Monopolkommission) publicou relatório intitulado “Competition Policy: The Challenge of Digital Markets”¹⁵² em que afirma:

Asymmetric regulation of traditional services on the one hand and new digital services on the other hand can distort competition, e.g. in the ‘sharing economy’, which is due to the emergence of innovative business models. In this context, the reaction is frequently a call for subjecting the new market participants to existing regulation. The Monopolies Commission suggests considering the opposite reaction, i.e. to reduce regulation for the established market participants¹⁵³

A questão do transporte privado de passageiros no país germânico já se encontra, também, nos tribunais¹⁵⁴. A alegação, em processo cível, foi de violação ao direito concorrencial, tendo em vista a não observância de critérios reguladores do *Passenger Transport Act*.¹⁵⁵, que culminou em condenação da em sede liminar, entretanto, por requisitos formais, a mesma não se sustentou. No mérito, em março de 2015, a Corte julgou contra a Uber e a Alemanha proibiu o serviço prestado pelo UberPop¹⁵⁶.

Em parecer, Claudia Lima Marques e Bruno Miragem¹⁵⁷ informam sobre o Uber e as restrições alemã que "A Comissão da União Europeia está estudando uma intervenção por

¹⁵¹ FEDERAL TRADE COMMISSION – FTC. Disponível em

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2015/08/02049-96749.pdf

¹⁵² MONOPOLKOMMISSION. Competition policy: The challenge of digital markets, 2015. Disponível em

http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_summary.pdf

¹⁵³ Tradução livre: Por um lado, a regulação assimétrica dos serviços tradicionais e por outro, os novos serviços digitais podem distorcer a concorrência, como por exemplo na economia compartilhada que é devido a emergência de modelos de negócios de inovação. Nesse contexto, a reação é frequentemente requerer a sujeição dos participantes do novo mercado à regulação existente. A Comissão de Monopólios sugere que se considere a reação oposta, isto é, reduzir a regulação para os participantes já estabelecidos no mercado.

¹⁵⁴ GESLEY, Jenny. Legal Challenges for Uber in the European Union and in Germany. 2016. Disponível em <https://blogs.loc.gov/law/2016/03/legal-challenges-for-uber-in-the-european-union-and-in-germany/>

¹⁵⁵ Personenbeförderungsgesetz (PBefG), § 1, para. 1, sentence 1

¹⁵⁶ Conhecido no Brasil como UberPool, ou seja, oportuniza dividir uma corrida com desconhecidos.

¹⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. Parecer do dia 14 de julho de 2015.

considerar estas leis alemãs como barreiras à livre circulação de serviços, e o governo está propondo mudanças na própria lei de transporte alemã”

O Departamento de Concorrência canadense, no mesmo compasso, divulgou declaração¹⁵⁸ em novembro de 2014, com pontos como:

The Bureau believes municipalities should consider whether prohibitions on digital dispatch services and ridesharing applications are necessary and explore whether less restrictive regulations could adequately address their concerns.^{159 160}

E também:

The Competition Bureau is of the view that these innovative business models have the potential to offer important benefits to consumers through more competition, including lower prices, greater convenience and better service quality for a variety of reasons.¹⁶¹

Ao referir-se ao Brasil, o documento faz referência ao CADE e a manifestação pública do presidente da autarquia¹⁶² em posicionar-se favoravelmente ao aplicativo e informar que emitiria pareceres positivos em casos judiciais questionando a constitucionalidade da Uber no Brasil.

3.1 A UBER NO CADE

Em setembro de 2015, a autarquia responsável por fiscalizar a concorrência no Brasil, através de documento intitulado “O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano”¹⁶³, desenvolvido pelo DEE/CADE, buscou melhor compreensão do mercado de taxi e caronas pagas.

Na contextualização do estudo, alguns dos benefícios da entrada do aplicativo no mercado são levantados, como:

¹⁵⁸ COMPETITION BUREAU. Taxi industry’s emerging digital dispatch services. Disponível em: <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03842.html>>

¹⁵⁹ Tradução livre: O Departamento acredita que os Municípios deveriam considerar se as proibições em centrais de serviços digitais e aplicativos de carona compartilhada são necessárias e explorar se regulações menos restritivas poderiam adequar-se aos seus interesses.

¹⁶⁰ Tradução livre: O Departamento de Concorrência tem como visão que esses modelos de inovação comercial tem o potencial de oferecer importantes benefícios aos consumidores através de mais concorrência, incluindo preços mais baixos, mais conveniência e um serviço de maior qualidade por uma quantidade variada de razões.

¹⁶¹ COMPETITION BUREAU. Taxi industry’s emerging digital dispatch services. Disponível em: <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03842.html>>

¹⁶² Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-uber-brazil-regulator-idUSKCN0PP2RE20150715>>

¹⁶³ BRASIL, CADE, Departamento de Estudos Econômicos – DEE. O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano, 2015

Os benefícios ao interesse público seriam inegáveis, pois aumentariam o bem estar da sociedade por diversos mecanismos: (i) o novo mercado proveria um substituto superior aos carros particulares para um determinado grupo de consumidores; (ii) o novo mercado proveria um substituto superior aos táxis para um segundo grupo de consumidores; (iii) o novo mercado rivalizaria com os táxis e com os carros particulares, o que poderia trazer reduções de preços nas corridas de táxis, no aluguel de carros de passeio e até mesmo nos preços dos carros novos e usados.

E encerra o debate com a opinião do Sr. Luiz Alberto Esteves, Economista-Chefe do CADE e elaborador da pesquisa:

Finalmente, é necessário discutir a regulação do mercado de transporte individual de passageiros, visto que não há elementos econômicos que justifiquem a proibição de novos prestadores de serviços de transporte individual. Para além disso, elementos econômicos sugerem que, sob uma ótica concorrencial e do consumidor, a atuação de novos agentes tende a ser positiva.

Já em dezembro de 2015, em outra pesquisa do Departamento de Estudos Econômicos, também de autoria do economista-chefe, sobre os impactos da implementação do aplicativo de caronas pagas e a rivalidade com os aplicativos de taxi porta-a-porta¹⁶⁴, concluiu-se que, nas capitais pesquisadas¹⁶⁵:

Os resultados obtidos **não fornecem qualquer evidência** de que o número de corridas de táxis contratadas nos municípios do grupo de tratamento (com presença do aplicativo Uber no período Depois da Entrada) tenham apresentado desempenho inferior aos do grupo de controle (sem presença do aplicativo Uber no período Depois da Entrada). Em termos de exercícios empíricos aplicados à política antitruste, isso significa **que não podemos sequer assumir** (ao menos nos períodos aqui analisados) a hipótese de **que os serviços prestados pelo aplicativo Uber estivessem (até maio de 2015) no mesmo mercado relevante dos serviços prestados pelos aplicativos de corridas de táxis 99taxis e Easy Taxi**. Adicionalmente, não é possível descartar a possibilidade de que **o ingresso do aplicativo Uber** no mercado brasileiro de transporte individual de passageiros **tenha sido patrocinado, quase que exclusivamente, pela expansão e diversificação deste mercado**, ou seja, por meio do atendimento de uma demanda reprimida, até então não atendida pelos serviços prestados pelos táxis. (grifou-se).

O método de pesquisa foi empírico, com o período de novembro de 2014 escolhido como “antes da entrada” e maio de 2015 como período “após a entrada” para efeitos de análise de mercado. Assim, infere-se que – nesse prazo - o mercado atingido pela Uber foi fruto de uma demanda reprimida e não uma diminuição no público alvo dos aplicativos de táxis. E a conclusão reforça:

Em outras palavras, a análise do período examinado, que constitui a fase de entrada e sedimentação do Uber em algumas capitais, demonstrou que o aplicativo, **ao contrário de absorver uma parcela relevante das corridas feitas por taxis, na verdade conquistou majoritariamente novos clientes, que não utilizavam**

¹⁶⁴ BRASIL, CADE, Departamento de Estudos Econômicos – DEE. Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta, 2015

¹⁶⁵ As cidades pesquisadas foram: São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Distrito Federal.

serviços de taxi. Significa, em suma, que até o momento o Uber não “usurpou” parte considerável dos clientes dos taxis nem comprometeu significativamente o negócio dos taxistas, mas sim gerou uma nova demanda. (grifou-se).

Portanto, segundo as políticas de concorrência, havia espaço para o serviço de transporte particular individual de passageiros, sendo esta demanda suprida pelo aplicativo Uber. Sugere-se, dessa forma, o surgimento de um mercado novo – ainda sem precedentes no Brasil.

Entretanto, mesmo com os estudos indicando a recepção da Uber pelo mercado brasileiro de forma satisfatória, respeitando o direito concorrencial e captando passageiros diferentes dos que buscavam o serviço do táxi, o aplicativo sofreu diversas pressões públicas e violências por parte da categoria dos taxistas.

A imprensa publicou alguns, dos inúmeros, ataques aos carros e motoristas da Uber, além das incitações à violência, nas cidades atendidas pelo aplicativo.^{166 167 168} A partir dessa insegurança, instaurou-se, a pedidos do Diretório Central dos Estudantes do Centro Universitário de Brasília (“DCE-UniCeub”) e do Diretório Central dos Estudantes Honestino Guimarães (“DCE-UnB), Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo para Apuração de Infrações à Ordem Econômica¹⁶⁹.

Tal procedimento buscava verificar a ocorrência de práticas como: prática anticoncorrencial de litigância abusiva anticompetitiva e de pressão coordenada abusiva, junto a autoridades e contra a empresa concorrente por meio de violência e grave ameaça com vistas à retirada de concorrente do mercado. Após extensa análise das provas, a Superintendência Geral do CADE atingiu as seguintes conclusões¹⁷⁰: há, por parte de taxistas e sindicatos da categoria, emprego anticoncorrencial de violência e grave ameaça; há indícios suficientes de prática de litigância abusiva anticompetitiva (*sham litigation*¹⁷¹) por parte de

¹⁶⁶ <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/05/motorista-do-uber-e-cercado-agredido-por-taxista-e-tem-carro-destruido.html>

¹⁶⁷ <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/02/em-audios-taxistas-icitam-violencia-contramotoristas-do-uber-em-sp.html>

¹⁶⁸ <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/video-mostra-taxistas-icitando-violencia-contramotoristas-do-uber-no-rio.html>

¹⁶⁹ CADE, Procedimento Preparatório N° 08700.006964/2015-71

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?VBBJLIs3rmW24Lpm-9Pg6BnCwr7-STokaZwrLy4cNmhsWkbebg508G8FWBIMR3hvxTrdi--ZqQ4HmbdzueS5tA,,

¹⁷⁰ CADE, Procedimento Preparatório N° 08700.006964/2015-71

¹⁷¹ CADE, Procedimento Preparatório N° 08700.006964/2015-71, “De acordo com o Conselheiro César Mattos, “sham litigation é a conduta consubstanciada no exercício abusivo do direito de petição, com a finalidade de impor prejuízos ao ambiente concorrencial”.

associações de taxistas; e, não há indícios suficientes para manter a investigação da conduta de pressão abusiva sobre autoridades públicas.

Dessa forma, a Superintendência recomendou a instauração do Processo Administrativo em face das pessoas físicas e jurídicas indicadas que cometeram as práticas anticoncorrenciais e anticompetitivas e, o conseqüente arquivamento da investigação quanto à conduta de pressão abusiva.

3.2 PARECERES TÉCNICOS

À vista dos conflitos e das discordâncias sobre a legalidade da empresa no Brasil, a Uber contratou juristas de renome nacional e internacional a fim de elaborarem pareceres sobre o tema.

O professor Daniel Sarmiento¹⁷² demonstra que não vê o serviço de transporte individual como serviço público, já que para caracterizar-se serviço público deve-se atentar aos princípios e características elencados no Capítulo 01 deste trabalho. Logo, observa-se que para prestar o serviço de transporte individual de pessoas não se necessita de concessão ou permissão para ser efetuado – nem mesmo pelos taxistas, o que confirma a teoria apresentada.

O serviço público, como visto, é titularizado pelo Estado, mas pode ser eventualmente prestado por particulares, mediante concessão ou permissão, sempre precedidas de licitação pública, nos termos do art. 175 da Constituição. Já o serviço de utilidade pública se enquadra no campo da atividade econômica, mas se sujeita a intensa regulação e fiscalização estatal, em razão do interesse público inerente à sua prestação.

Ainda, vale ressaltar que a Uber é atividade privada, sem interesse público envolvido na prestação do serviço. Continua o professor:

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. (grifou-se)

Diante dessas conclusões, tem-se fundamentos para conclusão de que não há concorrência desleal entre a Uber e os taxistas tendo vista a diferença de regime jurídico a que são estabelecidas:

Finalmente, cabe refutar o argumento de que os motoristas credenciados pela Consulente violariam a legislação ou praticariam concorrência desleal, por não se submeterem aos requisitos impostos nas normas vigentes aos taxistas e seus

¹⁷² SARMENTO, Daniel. Parecer de 10 de julho de 2015.

veículos. O argumento não se sustenta. Reitere-se que o serviço prestado pelos motoristas parceiros da UBER não configura transporte individual público de passageiros – como são os táxis – mas modalidade privada de transporte. Por isso não deve, evidentemente, estar sujeito aos mesmos regramentos impostos aos táxis, que têm natureza jurídica diversa.¹⁷³

Ou seja, deve-se atentar para o regime jurídico dos serviços prestados, já que se em categorias diferentes não há como haver concorrência desleal – como lido anteriormente.

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

A Ministra Nancy Andrichi¹⁷⁴, do Superior Tribunal de Justiça, em palestra proferida em Brasília no II Congresso Brasileiro de Internet simplifica a função da Uber: “em essência, juridicamente nada mais faz do que servir de intermediário para um contrato de transporte entre consumidores e motoristas proprietários de veículos”.

A Ministra traz em seu parecer/discurso as perspectivas para a adequada discussão jurídica da proibição ou não de aplicativos de intermediação de contrato de transporte. Inicia com a perspectiva normativa citando a CF/88, nos termos e princípios citados no capítulo anterior, reforçando a opção constitucional da livre concorrência. Faz uma importante nota sobre o legislar a matéria do transporte:

Como se percebe, em matéria de "transporte", aos **Municípios e ao Distrito Federal** (por força do § 1.º do art. 32 da Constituição) competem apenas legislar sobre "**transporte coletivo**" (art. 30, V, da Constituição), pois em matéria de "**transporte individual**" **compete privativamente à União legislar** (art. 22, XI, da Constituição), já que aos Estados ainda não há autorização para tanto, em razão da inexistência da Lei Complementar prevista no parágrafo único do art. 22 da Constituição.

Esclarece, de forma didática, a inconstitucionalidade das legislações proibindo o tema nos Municípios:

Da conjugação harmônica entre a Constituição, o Código Civil, o Marco Civil da Internet e a Lei Federal n.º 12.529/2011, **não compete aos Municípios, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre aplicativos de Internet de intermediação de "transporte privado individual"**, como o é o prestado pelos motoristas proprietários de veículos a consumidores que usam tais aplicativos para firmarem entre si esse tipo de contrato de transporte; razão pela qual todas as leis municipais, estaduais ou distritais que venham a proibir o uso de aplicativos de intermediação

¹⁷³ Idem.

¹⁷⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. A polêmica atual sobre a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte. Palestra proferida em 24 de setembro de 2015, no II Congresso Brasileiro de Internet.

para que consumidores e motoristas-proprietários de veículos firmem entre si contratos de "transporte privado individual", além de incompatíveis com os arts. 730 e 731 da Lei Federal n.º 10.406/2002, com o Marco Civil da Internet e com a Lei Federal n.º 12.529/2011, ainda padecem de grave vício de inconstitucionalidade, por incompatibilidade com o art. 1.º, inciso IV; art. 22, incisos I e XI, e parágrafo único; art. 30, inciso V; art. 32, § 1.º, art. 170, incisos IV e V, parágrafo único e art. 173, todos da Constituição Federal

Paulo Sarmiento apud Luís Roberto Barroso sobre o tema averbou:

“Tal como ocorre nos exemplos citados das normas de direito civil e penal, a competência legislativa ampla em matéria de transporte não diz respeito apenas à União como ente central. Muito ao revés, o tema afeta a todos os entes federativos e à população de um modo geral, assumindo caráter claramente nacional. De fato, imaginar as competências da União na matéria como algo diverso de competências nacionais não faria sequer sentido. O ente central não tem uma população ou um território autônomo e o transporte, referido nos dispositivos transcritos, será realizado no território de diferentes Estados e Municípios”.

A inconstitucionalidade do projeto de lei distrital¹⁷⁵ é o alvo de análise no parecer emitido pela Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal¹⁷⁶. A Ordem esclarece, também, que o “[...] Supremo Tribunal Federal já reconheceu a inconstitucionalidade formal em várias oportunidades análogas, em que legislação estadual ou distrital dispunha sobre regras de uso de veículos, instalação de equipamentos em veículos (tais como controladores de velocidade), regulamentação para transporte remunerado de passageiros com uso de motocicletas [...]”.

A crítica construiu-se sob o Projeto de Lei n. 282/2015 do Distrito Federal que foi aprovada pelos deputados distritais no fim do ano de 2015. O parecer do Conselho Seccional do Distrito Federal da Ordem dos Advogados do Brasil segue demonstrando os equívocos crassos do PL 282/2015, tal como impor “limitação ao exercício de profissão quando inexistente regulamentação para a atividade de motorista de transporte motorizado privado, conforme definição constante no art. 4º, X, da Lei 12.587/2012”.

De outra banda, interessante precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁷⁷, reforçando a tese corroborada por esse trabalho de que:

Mas essa vigilância deve restringir-se à análise das condições de conservação e de segurança do veículo, sua regularidade documental, aplicação das leis de trânsito, coibição de embriaguez ao volante etc. **A Administração não pode apreender veículos, como diariamente noticiado, apenas por que tais motoristas não são considerados “oficialmente” taxistas num campo, ao que parece, ainda não convenientemente regulamentado da atividade econômica eletrônica.** (grifado)

¹⁷⁵ Projeto de Lei 282/2015 – Distrito Federal

¹⁷⁶ Manifestação da Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal, 07 de julho de 2015.

¹⁷⁷ TJSP – A.I. n. 2014831-63.2016.8.26.0000; 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Fermio Magnani Filho.

Do mesmo modo entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁷⁸, inclusive, servindo de fundamentação para decisão do Tribunal paulista:

Em nenhum momento está em discussão aqui a competência e legitimidade da Municipalidade de regular e fiscalizar a atividade de transporte, zelando pela sua qualidade e segurança. **O ponto controverso cinge-se a avaliar se exercer essa prerrogativa abrange a possibilidade de proibir todo um setor dessa atividade econômica**, isto é, se é compatível com os postulados normativos da razoabilidade e da proporcionalidade, que o Município possa, em lugar de fiscalizar a presença dos requisitos para realizar o transporte, impedir que os particulares celebrem contratos de transporte individual, com pessoas que não sejam taxistas, com autorização do Poder Público. (grifou-se)

Entretanto, esse não é o entendimento do Ministro Eros Grau¹⁷⁹ que alega:

“A lei federal 12.468, de 26 de agosto de 2011 regulamenta a profissão de taxistas. Seu artigo 2º define como atividade privativa dos profissionais taxistas a *utilização de veículo automotor, própria ou de terceiros, para transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo 7 (sete) passageiros*. Sem qualquer sombra de dúvida, pois o transporte público individual remunerado de passageiros – atividade privativa dos profissionais taxistas – consubstancia, no Brasil, um serviço público. (grifos no original)

Com a devida vênia, porém, razão não assiste ao nobre Ministro. Assim redige, sobre o tema Paulo Sarmento¹⁸⁰:

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

No mesmo diapasão, José Joaquim Gomes Canotilho destaca que¹⁸¹:

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

¹⁷⁸ TJRJ – E.D em A.I. n. 0061837-32.2015.8.19.0000, 17ª Câmara Cível Rel. Des. Marcia Ferreira Alvarenga, j. 17.02.2016.

¹⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. Parecer de 23 de novembro de 2015

¹⁸⁰ SARMENTO, Daniel. Parecer de 10 de julho de 2015.

¹⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Parecer disponível em:

<<http://static1.squarespace.com/static/56bb500962cd94f9720d5920/t/56c4817927d4bd71b93edd89/1455718783342/Doc.+4+->

+Parecer+do+Professor+Dr.+José+Joaquim+Gomes+Canotilho%2C+professor+catedrático+da+Faculdade+de+Direito+da+Universidade+de+Coimbra+e+autor+de+obras+clássicas+de+Direito+Constitucional.pdf>.

sejam consideradas ou atendidas exigências acrescidas de qualificações profissionais (artigo 5.º, XIII). (grifos no original).

Ainda, em parecer dos advogados Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos¹⁸² esclarece-se ponto geralmente tratado superficialmente, que é as exigências aos motoristas parceiros da Uber. Exige-se:

Para o credenciamento do motorista profissional na modalidade Uber Black, por exemplo, são exigidas: (i) Certidão de Registro e Licenciamento do Veículo; (ii) Carteira Nacional de Habilitação com observação “Exerce Atividade Remunerada”; (iii) Bilhete do Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres – DPVAT; (iv) Apólice de seguro do carro com cobertura de acidentes pessoais de passageiros; (v) Certidão de antecedentes criminais emitida pela Polícia Federal; além de (vi) Atestado de antecedentes criminais emitido pela Secretaria de Segurança Pública.

Desse modo, vê-se que o aplicativo tem requerimentos de aceitação – sendo mais uma prova de que é regido pelo direito privado – a demonstração clara da possibilidade ou não de contratar. Se aceito como parceiro da Uber, o motorista passa a fazer parte de um sistema transparente de avaliações. Assim elogiam os pareceristas Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos¹⁸³:

[...] característica da economia do compartilhamento que gera amplos efeitos jurídicos é **a transparência produzida** pela plataforma disponibilizada pela Consulente. Ao chamar um motorista parceiro identificado através do aplicativo, o passageiro desde já conhece o nome de quem prestará a atividade de transporte, além de visualizar uma foto do motorista, o tipo de carro e, de forma mais importante, a sua avaliação.

[...]

é um instrumento fundamental para a criação de um ambiente que incentive a formação de confiança entre aquele que busca um produto ou o desenvolvimento de uma atividade e quem pode atender à demanda. Por ser pautada por relações cada vez mais pessoais, ainda que prestadas por ou através de empresas, **a economia do compartilhamento depende desse incremento no nível de transparência para que os indivíduos possam saber quem prestará a atividade solicitada** e, até mesmo com base nas informações que venham a ser disponibilizadas, possam decidir sobre a efetiva contratação ou não.

E, sob a mesma previsão segue falando:

[...] como forma de mitigar os imprevistos da desconfiança, aplicações típicas da economia do compartilhamento, como verdadeiros mercados de duas pontas, permitem não apenas a avaliação de quem garante acesso ao bem ou realiza a atividade, mas também de quem se vale da coisa ou da atividade contratada. Assim, o cliente (no caso, o passageiro) também é objeto de avaliação e cria com isso a sua própria reputação.

¹⁸² SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Parecer disponível em: <
<http://static1.squarespace.com/static/56bb500962cd94f9720d5920/t/56c480207c65e48b92a4ab67/1455718433781/Doc.+1+-+Parecer+dos+diretores+do+Instituto+de+Tecnologia+e+Sociedade+do+Rio+de+Janeiro+%28ITS%29%2C+Pr+ofessores+Carlos+Affonso+Souza+e+Ronaldo+Lemos.+%282%29.pdf>>

¹⁸³ SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Parecer de 2015

Diante dos pareceres exarados, vê-se que – de fato – a Uber é legal e suas atividades devem continuar operando. Deve-se observar a ausência, entretanto, de comentários a respeito do Código de Trânsito Brasileiro e o aparente conflito de normas entre a proibição da carona remunerada e a autorização pela Política Nacional de Mobilidade Urbana. Contudo, apenas com edição de lei específica para tratar do assunto, poderá se completar a normatização da Uber e demais empresas de “*sharing economy*”.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou estudar e entender o fenômeno de economia compartilhada que agita, e é o mais atual tópico, do direito de concorrência tanto brasileiro quanto mundial.

Não há como se preparar para as inovações tecnológicas, e, conforme se observou durante o texto, a construção para a regulamentação da Uber passa por conceitos de exclusão, ou seja, negativa de prerrogativas pré-criadas que não condizem com a realidade do aplicativo. Inicialmente, deve-se atentar para o fato de que a Uber não é serviço público, bem como o táxi não o é. Apenas compreendendo os princípios e conceito do serviço público consegue-se delimitar a margem de atuação do Poder Público.

Necessário se faz diferenciar as modalidades, e, segundo as informações apresentadas, admitir que não há concessão ou permissão para o transporte de indivíduos público ou privado – tornando o táxi, atividade privada com interesse público. Deve, por mais uma vez, negar essa classificação à Uber. Não há interesse público algum em um aplicativo que funcione apenas para motoristas e passageiros previamente cadastrados, sem qualquer vínculo ou necessidade de prestação de serviços mínima.

A Uber é, de fato, fruto da livre iniciativa e da livre concorrência - princípios constitucionais que, de acordo com o texto, regulamentam o mercado. Nesse compasso, para controlar e fiscalizar o mercado e o direito de concorrência brasileiro o CADE exerce o papel, como autarquia, fundamental ao desenvolvimento nacional.

O operador do direito precisa ter em mente que a concorrência é direito da sociedade e a sua manutenção é benéfica para todos pelas melhorias que carrega consigo. A Uber, sobre todos os aspectos, é legal, ressalvando-se a questão do CTB, possui legitimidade para exercer e prestar o serviço e não compete em deslealdade com outros serviços de transporte de passageiros privado. Ressalta-se, conforme o texto, que não há concorrência entre o taxi e a Uber tendo em vista a diferença dentre eles.

Um aspecto a ser atentado é o silêncio nos pareceres técnicos e discussões sobre a aparente colisão de normas entre o CTB e as autorizações expressas tanto na Política Nacional de Mobilidade Urbana quanto no Código Civil ao transporte remunerado individual privado.

Sobre o tema há pouco a se ler, entretanto, com a edição de uma lei autorizando o dispositivo e regulamentando – não existiria mais óbice algum aos motoristas e usuários da Uber.

O aplicativo possui, embasando a teoria apresentada por esse trabalho, pareceres de renomados juristas que concordam na legalidade da Uber, na incompetência dos Municípios, Distrito Federal e Estados de legislarem sobre os transportes e, ainda, a necessidade do reconhecimento de que o serviço de táxi presta serviço privado com interesse público, não estando em mesmas categorias para competirem. Ou seja, não há concorrência desleal entre taxistas e motoristas parceiros da Uber, já que não há semelhança na categoria que concorrem.

Portanto, o Uber é legal e respaldado pela lei – entretanto, para que atinja um nível de eficácia plena é necessária a edição de lei específica normatizando os aspectos polêmicos que ainda podem ser levantados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A polêmica atual sobre a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte.** Palestra proferida em 24 de setembro de 2015, no II Congresso Brasileiro de Internet. Disponível em: <<http://static1.squarespace.com/static/56bb500962cd94f9720d5920/t/56c4813ca3360c6245ad0aca/1455718717644/Doc.+2+-+Palestra+proferida+pela+Ministra+do+Superior+Tribunal+de+Justiça%2C+Nancy+Andrighi%2C+no+2º+Congresso+Brasileiro+de+Internet%2C+no+dia+24092015..pdf>>. Acesso em: maio 2016.

ARAÚJO, Glauco; ROSSETTO, Luciana. **Motorista do Uber é cercado, agredido por taxista e tem carro destruído.** Em G1. 28 de maio de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/05/motorista-do-uber-e-cercado-agredido-por-taxista-e-tem-carro-destruido.html>>. Acesso em: julho 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: maio 2016.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Competências.** Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna>. Acesso em: maio 2016.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Departamento de Estudos Econômicos – DEE.** *Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta,* 2015.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Departamento de Estudos Econômicos – DEE.** *O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano,* 2015.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Procedimento Preparatório Nº 08700.006964/2015-71.** Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?VBBJLI3rmW24Lpm-9Pg6BnCwr7-STokaZwrLy4cNmhsWHkebg508G8FWBIMR3hrvxTrdi--ZqQ4HmbdzucS5tA>. Acesso em: Maio 2016.

_____. **Decreto n. 7.777/2012,** de 24 de julho de 2012, Dispõe sobre as medidas para a continuidade de atividades e serviços públicos dos órgãos e entidades da administração pública federal durante greves, paralisações ou operações de retardamento de procedimentos administrativos promovidas pelos servidores públicos federais. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7777.htm>. Acesso em: maio 2016.

_____. **Lei n. 8.666**, de 21 de junho de 1993, Lei de Licitações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: maio 2016.

_____. **Lei n. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995, Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: maio 2016.

_____. **Lei n. 9.503**, de 23 de setembro de 1997, Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em: maio 2016.

_____. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: maio 2016.

_____. **Lei n. 11.079**, de 30 de dezembro de 2004, Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: maio 2016.

_____. **Lei n. 11.442**, de 05 de janeiro de 2007, Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111442.htm>. Acesso em: maio 2016.

_____. **Lei n. 12.468, de 26 de agosto de 2011**, Regulamenta a profissão de taxista; altera a Lei nº 6.094, de 30 de agosto de 1974; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12468.htm>. Acesso em: maio 2016.

_____. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**, Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...]; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: maio 2016.

_____. **Lei n. 12.587**, de 3 de janeiro de 2012, Política Nacional de Mobilidade Urbana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm>. Acesso em: maio 2016.

_____. **Lei n. 12.766**, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112766.htm>. Acesso em: maio 2016.

_____. **Lei n. 12.865**, de 9 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112865.htm>. Acesso em: maio 2016.

_____. **Lei n. 12.965**, de 23 de abril de 2014, Marco Civil da Internet, Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 910.802 / RJ (2006/0273327-0)**. Segunda Turma. Relatora: Min. Eliana Calmon, j. 03.06.2008, DJe 06.08.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3948958&num_registro=200602733270&data=20080806&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 6.568 / SP**. Plenário. Relator: Min. Eros Grau, j. 20.05.2009, *DJE* de 25.09.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2638272>>. Acesso em: maio 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão AC-1928-30/11-P**. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo, j. 27.07.2011, *DOU* 01.08.2011.. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/cidadao/cidadao.htm>>. Acesso em: maio 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão AC-2927-49/11-P**. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 09.11.2011, *DOU* 09.11.2011. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/cidadao/cidadao.htm>>. Acesso em: maio 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão AC-3232-54/11-P**. Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. 07.12.2011, *DOU* 07.12.2011. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/cidadao/cidadao.htm>>. Acesso em: maio 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 2014831-63.2016.8.26.0000**; 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Fermino Magnani Filho.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento n. 0061837-32.2015.8.19.0000**, 17ª Câmara Cível Rel. Des. Marcia Ferreira Alvarenga, j. 17.02.2016

BUREAU, Competition. **Taxi industry's emerging digital dispatch services**. 2014. Disponível em <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03842.html>>. Acesso em: maio 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2015. Parecer disponível em: <<http://static1.squarespace.com/static/56bb500962cd94f9720d5920/t/56c4817927d4bd71b93edd89/1455718783342/Doc.+4+-+Parecer+do+Professor+Dr.+José+Joaquim+Gomes+Canotilho%2C+professor+catedrático+d>>

a+Faculdade+de+Direito+da+Universidade+de+Coimbra+e+autor+de+obras+clássicas+de+Direito+Constitucional.pdf>

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 29 Ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

COMMISSION, United States Federal Trade. **In Response to the “Sharing” Economy: Issues Facing Platforms, Participants, and Regulators**. Washington, DC: 09 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2015/08/02049-96749.pdf>. Acesso em: maio 2016.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. Porto Alegre: Ed. Bookman, 2010.

ECONÔMICOS, Organização de Cooperação e Desenvolvimento. **Lei e Política de Concorrência no Brasil – Uma revisão pelos pares**. IDB, 2010. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: maio 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte geral e LINDB** – 10ª Ed. rev., ampl. e atual – Salvador: Ed. Jus Podium, 2012

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico** – 5 ed. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012, p.217

GESLEY, Jenny. **Legal Challenges for Uber in the European Union and in Germany**. Em *Library of Congress*. 14 de março de 2016. Disponível em: <<https://blogs.loc.gov/law/2016/03/legal-challenges-for-uber-in-the-european-union-and-in-germany/>>. Acesso em: maio 2016.

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. **Aspectos econômico-jurídicos da nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f8684e630c4c30c>>. Acesso em: maio 2016.

GOY, Leonardo; BIANCONI, Cesar. **Brazil agency to offer pro-competition view on any Uber lawsuits**. Em *Reuters Inc*. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-uber-brazil-regulator-idUSKCN0PP2RE20150715>>. Acesso em: maio 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica) - 12. ed., rev.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988** – São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 87.

G1 RIO. **Vídeo mostra taxistas incitando violência contra Uber no Rio**. 04 de julho de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/video-mostra-taxistas-incitando-violencia-contra-uber-no-rio.html>>. Acesso em: julho 2016.

G1 SP. **Em áudios, taxistas incitam violência contra motoristas do Uber em SP**. 03 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/02/em-audios-taxistas-incitam-violencia-contra-motoristas-do-uber-em-sp.html>>. Acesso em: julho 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo** - 10 Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.731.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 16. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LOUGHER, Guy e KALMANOWICZ, Sammy. **The role of competition law in innovation markets**. Abril, 2015. Disponível em: <<http://www.out-law.com/en/articles/2015/april/the-role-of-competition-law-in-innovation-markets/>>. Acesso em: maio 2016.

MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. Parecer do dia 14 de julho de 2015. Disponível em: <<http://static1.squarespace.com/static/56bb500962cd94f9720d5920/t/56c48154b654f95a0e55c966/1455718755647/Doc.+3+-+Parecer+dos+Prof.+Claudia+Lima+Marques+e+Bruno+Miragem%2C+professore+da+Universidade+Federal+do+Rio+Grande+do+Sul+e+autores+de+obras+clássicas+de+Direito+do+Consumidor..pdf>>

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno** – 17 Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013,.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** - 29 Ed. rev., atual. – São Paulo: Malheiros, 2012.

MONOPOLKOMMISSION. **Competition policy: The challenge of digital markets - Special Report by the Monopolies Commission pursuant to Section 44(1)(4) of the Act Against Restraints on Competition**. Disponível em: <http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_summary.pdf>. Acesso em: maio 2016.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento** – São Paulo: Lex Editora, 2006.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência** - Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.

SARMENTO, Daniel. Parecer de 10 de julho de 2015. Disponível em: <<http://static1.squarespace.com/static/56bb500962cd94f9720d5920/t/56c481a301dbae7b426cd479/1455718874382/Doc.+5+-+Parecer+do+Prof.+Daniel+Sarmiento%2C+professor+adjunto+da+Universidade+do+Estado+do+Rio+de+Janeiro+%28UERJ%29%2C+doutor+em+Direito+Público+pela+UERJ%2C+com+pós-doutorado+na+Universidade+de+Y.pdf>>

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Parecer disponível em: <<http://static1.squarespace.com/static/56bb500962cd94f9720d5920/t/56c480207c65e48b92a4ab67/1455718433781/Doc.+1+-+Parecer+dos+diretores+do+Instituto+de+Tecnologia+e+Sociedade+do+Rio+de+Janeiro+%28ITS%29%2C+Professores+Carlos+Affonso+Souza+e+Ronaldo+Lemos.+%282%29.pdf>>

TECNOLOGIA LTDA, Uber do Brasil. **Termos e Condições** – *Última atualização: 1º de junho de 2016*. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt/legal/terms/br/>>. Acesso em: junho, 2016.

_____. **A Uber é legal?** <<http://parceirosbr.com/uber-legal/>>. Acesso em: julho, 2015.

TIMM, Luciano Benetti (organizador). **Direito e economia no Brasil** – São Paulo: Ed. Atlas, 2012.