

SUMÁRIO

Parecer

Parte I – Enquadramento jurídico-constitucional

§§ 1 A radicação jurídico-constitucional da liberdade da iniciativa económica e profissional

A – Ponto de partida jurídico-constitucional: a constituição da República Federativa do Brasil

B – Limites à liberdade de conformação do legislador

1. Excepcionalidade de criação de reservas ou contingentes de acesso à actividade económica privada
2. Patamares de regulamentação

§§ 2 Breve nota comparativa dos problemas referidos na consulta com a actual discussão na União Europeia e seus Estados-Membros

A – Liberdade de prestação de serviço e princípios da concorrência

1. Âmbito extensivo
2. Simplificação administrativa e limitação do regime de autorização administrativa
3. Jurisprudência Comunitária
4. A Directiva dos Serviços

B – Síntese conclusiva

Parte II – Aplicação da doutrina exposta à actividade económica de transporte individual de passageiros

§§ 1 Enquadramento legal: Lei Federal nº 12.468, de 26/08/2011 e Lei 12.857, de 3/01/2012

A – Transporte de passageiros e serviço público

1. O recorte dogmático das categorias jurídicas de concessão e de permissão
2. A Lei nº 98.987, de 13/02/1995

B – Natureza jurídica do regime de exploração do serviço de táxi

1. As modalidades de transporte individual de passageiros reconhecidas como modalidades de utilidade pública: o serviço de táxi
 - 1.1. A modalidade de “serviço de táxi”

1.2. Requisitos do “serviço de táxi”

C – Modos de transporte privados como a actividade de utilidade pública nos sistemas de mobilidade urbana

1. A interpretação da Lei nº 12.859, de 3/01/2012

1.1.A concepção de “sistemas de mobilidade urbana”

2. A inconstitucionalidade e ilegalidade da reserva monopolística do exercício d actividade económica de transporte individual de passageiros

Parte III – A actividade económica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada, e o “sistema Uber”

A – Sistema Uber

1. Breve introdução explicativa: o “sistema app”

2. O “sistema Uber” como serviço

B – Plataforma electrónica interceptiva

Parte IV – A ilegalidade e a inconstitucionalidade de diplomas municipais, estaduais ou distritais

I – Inconstitucionalidade por violação das normas de competência da Constituição Federal, designadamente, o art. 22.º

II – Inconstitucionalidade material

III – Violação das constituições dos Estados

IV – Sistema e subsistemas

Conclusões

Anexo com Sumário Executivo

Parecer

1. Neste título 1º desenvolve-se o esquema jurídico-discursivo destinado a responder aos tópicos problemáticos definidos no sumário executivo. Trata-se, numa primeira síntese, de submeter a uma suspensão reflexiva, jurídica e dogmática, do regime de acesso à actividade económica do transporte individual de passageiros.

Procura-se, pois problematizar o regime de acesso à actividade económica de “transporte individual de passageiros”, na sua modalidade privada, especialmente no âmbito em que os respectivos profissionais (motoristas particulares) exercem essa actividade utilizando para o efeito os serviços electrónicos/tecnológicos oferecidos pelo “sistema Uber”.

Neste contexto, numa perspectiva jurídico-constitucional, a análise deverá também incidir sobre as possíveis ou eventuais causas de inconstitucionalidade das leis e/ou dos projectos legislativos que visam a proibição das atividades dos motoristas parceiros e da Uber, especialmente as que resultaram da aprovação dos projetos legislativos do Rio de Janeiro e de São Paulo, utilizando-se, para o efeito, como parâmetro, a Constituição Federal do Brasil e as Constituições Estaduais

2. No sentido de facilitar a leitura e inteligibilidade deste instrumento forense, parece-nos adequado apresentar a estrutura problematizadora desenvolvida nos apontamentos seguintes. Isso significa apresentar a “floresta sumarizadora” que constará de quatro partes:

Parte I dedicada ao enquadramento jurídico-constitucional; Parte II, visando a aplicação de doutrina exposta à actividade económica e transporte individual de passageiros; Parte III, especificamente dedicada à problematização da actividade económica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada e sistema Uber; Parte IV centrada na inconstitucionalidade e ilegalidade de alguns diplomas municipais, distritais ou estaduais.

Parte I

Enquadramento jurídico-Constitucional

§§ 1

A radicação jurídico-constitucional da liberdade da iniciativa económica e profissional

A) *Ponto de partida jurídico-constitucional: a constituição da República Federativa do Brasil*

1. Âmbito de protecção jusfundamental da liberdade de iniciativa económica e regime de restringibilidade e retrinção

“A liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido. Consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma actividade económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e actividade de empresa (liberdade de empresa, liberdade de empresário)”¹. Neste sentido, a liberdade de iniciativa privada compreende assim dois momentos: por um lado, o acesso a determinada actividade económica, e, por outro, o exercício dessa mesma actividade.

No Brasil é generalizadamente consensual, no plano doutrinal e no plano político, que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, se funda nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1.º, IV), na liberdade (artigo 5.º, caput), *no livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer* (artigo 5.º, XIII). E, em consonância, que a ordem económica é fundada na *valorização do trabalho humano e na livre iniciativa*, tendo por fim assegurar a todos existência condigna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170.º), segundo, entre outros, *o princípio da livre concorrência* (artigo 170.º, IV) e a *defesa do consumidor* (artigo 170.º, V). E ainda que a ordem social tem como base o primado do trabalho (artigo 193.º).

Nesta sequência, numa norma que poderemos considerar uma síntese sistematicamente agregadora ou projectante daqueles princípios, - *parágrafo único do artigo 170.º - impõe deonticamente que é assegurado a todos os livre exercício de*

¹ Vide GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição anotada.*, pág. 790.

qualquer actividade económica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos na lei.

Um sistema económico e social assim fundado e estruturado há-de ter, desde logo, como corolário lógico, um outro princípio-regra, que emerge como *condição objectiva necessária e indispensável ao exercício daquelas liberdades*. Referimo-nos à natureza das actividades económicas: estas, por definição, assumem a natureza de actividades económicas privadas; actividades de mercado e, como tais, abertas à concorrência dos diferentes operadores e agentes privados.

B – Limites à liberdade de conformação do legislador

Consequentemente, os desvios que o legislador ordinário venha a introduzir a este princípio têm de configurar-se como excepcionais e basear-se em razões jurídico-constitucionais legítimas e justificadas segundo o teste da proporcionalidade, sendo este avaliado em função dos concretos interesses públicos prosseguidos em cada momento histórico. Exigência de justificativa que se impõe para a institucionalização de reservas ou monopólios públicos de intervenção (a qualificação de actividades económicas como públicas e sob reserva de intervenção/execução pública). Por maioria de razão, na perspectiva jurídico-constitucional, a justificação da excepcionalidade de uma reserva ou de um monopólio no âmbito de actividades económicas privadas tem, naturalmente, de ser portadora de um acrescido grau de exigência.

Efectivamente, uma actividade económica privada é, por destinação, aberta à livre concorrência, isto é, ao pleno e livre acesso de todos. Neste sentido, uma ordem económica fundada na liberdade de iniciativa económica e no valor social do trabalho pressupõe ou implica a liberdade de mercado, isto é, pressupõe a liberdade de concorrência no acesso às actividades económicas e no seu exercício.

1. A excepcionalidade de criação de reservas ou contingentes de acesso à actividade económica privada

Neste quadro, a criação de reservas ou contingentes de acesso às actividades económicas privadas surge sempre como excepcional. E a excepcionalidade aceitar-se-á como legítima – e até exigível – em algumas daquelas actividades, por, por exemplo, o seu específico exercício pressupor a obtenção de titulações académicas, habilitações

técnico-científicas, “aquisições de saberes” e de competências. Assim sucede, entre outras, com a actividade de advogado, de médico, de engenheiro, etc. Trata-se, em geral, das designadas “profissões qualificadas” ou “regulamentadas”, às quais é inerente a exigência de requisitos objectivos específicos que “definem a sua identidade” e regulam o respectivo acesso e exercício. Em tais domínios, a justificação jurídico-constitucional de reservas e de requisitos legais de acesso e de exercício emerge, logo num primeiro nível, de uma exigência técnico-científica imposta ou pressuposta pelo “saber-fazer”. A relevância da posse de qualificações profissionais adequadas impõe-se, nestes âmbitos, como “naturais”. Aqui, a intervenção legal restritiva ou condicionante tem habilitação constitucional directa no artigo 5.º, XIII, da Constituição Federal (“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”).

Mas esta justificada intervenção legal não pode, sem mais, ser tornada extensiva à generalidade das actividades económicas privadas, ou, replicando o texto constitucional, a “*qualquer* trabalho, ofício ou profissão”.

Para a Constituição Federal, o princípio é o da liberdade de escolha e de acesso a “*qualquer* trabalho, ofício ou profissão”; a excepção é a intervenção limitadora, restritiva ou condicionadora do legislador ordinário. E se as designadas “profissões regulamentadas” já se incluem – justificadamente - nesta excepção, por razão acrescida o seu alargamento a outras actividades menos exigentes quanto à relevância da posse de qualificações profissionais (ou em que não se descortine qualquer exigência a este nível) só alcançará justificação se se fundar em razões atinentes à defesa de bens (também) constitucionalmente relevantes - valores sociais, ambientais, de saúde pública, de segurança, de defesa dos consumidores, entre outros.

2. Patamares de regulamentação

Portanto, se nem todas as actividades económicas privadas e profissões pressupõem ou exigem requisitos legais (objectivos e/ou subjectivos) de exercício, constitui condição *sine qua non* avaliar a bondade constitucional de uma intervenção legislativa limitadora ou restritiva em função dos valores comunitariamente relevantes que o legislador pretenda prosseguir com essa intervenção regulamentadora. E, aqui,

entre um patamar mínimo e um patamar máximo de intervenção regulamentadora ainda será possível estabelecer diversos e diferentes níveis de exigência ou de intensidade.

Para o efeito, tomando como exemplo a actividade económica privada de “transporte individual de passageiros” é essencial que o motorista tenha perícia, capacidade técnica e idoneidade, desde logo pela razão de segurança de quem é transportado e da segurança de terceiros. Para assegurar estas qualificações profissionais bastará a realização de um curso de formação e de testes ou de provas de aptidão, que assegurem uma habilitação credenciada/titulada para o exercício daquela actividade. No plano objectivo, poderão (ou deverão), por exemplo, ser consideradas as vantagens para a mobilidade urbana e interurbana, para o ambiente e para a qualidade de vida na cidade (a oferta deste tipo de transporte poderá reduzir a utilização de veículos próprios, com todas as consequências positivas inerentes), para a empregabilidade (com todas as vantagens sociais e fiscais que lhe estão associadas), para a dinamização de outras actividades económicas e, naturalmente, para o consumidor, que poderá disfrutar de um leque mais amplo de opções em termos de qualidade de transporte e de preços.

Mas, naturalmente, que o quadro ou o grau de exigências e de bens relevantes a ponderar na intervenção legislativa regulamentadora - quer no acesso, quer no exercício - já serão mais amplos e intensos se se tratar de outro tipo de actividades privadas de transporte, em função dos diversos riscos que o seu exercício potencialmente implica ou em função da necessidade de proteger mais cautelosamente outros valores sociais (por exemplo, assim sucede com a actividade de transporte de valores, de produtos químicos e com a generalidade de produtos perigosos).

Como quer que seja, é sempre a defesa e a protecção de interesses e bens colectivos que constitui o critério jurídico-constitucionalmente legitimante e justificativo das intervenções restritivas ou condicionantes à liberdade fundamental: entre outros, a ordem pública, a segurança pública (ou, num sentido mais vasto, a manutenção da ordem na sociedade), a saúde pública, os objectivos de política social, a protecção dos destinatários de serviços e a defesa dos consumidores, a protecção dos trabalhadores, incluindo a sua protecção social, a prevenção da fraude, a prevenção da concorrência desleal, a protecção do ambiente e do ambiente urbano, incluindo o planeamento urbano e o ordenamento do território, a política social, a protecção dos

Andrea Mendes Leal 12/4/15 13:00
Formatted: Highlight

credores, a salvaguarda da boa administração da justiça, a segurança rodoviária, a protecção da propriedade, etc.

Aliás, é este entendimento que nos parece ser sufragado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar expressa ou implicitamente, mas de forma reiterada, que, neste domínio, vigora a regra da liberdade, no sentido de que nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de requisitos ou condições legais para o seu exercício; apenas quando houver potencial lesivo na (ou da) actividade é que se justificam aqueles requisitos ou outros de natureza similar (por exemplo, a exigência de inscrição – prévia - em conselhos de fiscalização profissional).

E este entendimento jurisprudencial deverá ser superlativamente observado por maioria de razão quando estejamos em face de actividades, serviços e profissões mais permeáveis à constante evolução, por força criatividade, do empreendedorismo e da inovação tecnológica.

§§ 2

Breve nota comparativa dos problemas referidos na consulta com a actual discussão na União Europeia e seus Estados-Membros

A) Liberdade de prestação de serviço e princípios da concorrência

1) Âmbito extensivo

1. Numa breve nota sobre o “estado da arte” na União Europeia, deve, desde já, dizer-se que entre o género daquelas actividades e profissões abertas à permanente mutação inovadora, a Comissão da União Europeia, numa síntese comparativa de todos os Estados-Membros da União, a par com os serviços empresariais em geral ou serviços liberais específicos - por exemplo, serviços de consultoria em gestão, de certificação e ensaio, os serviços de gestão e manutenção de escritórios, serviços no domínio da publicidade, os serviços de recrutamento, serviços dos agentes comerciais, serviços de consultoria jurídica ou fiscal, serviços relativos à propriedade, como as agências imobiliárias, serviços de construção, serviços de agências de viagem – faz constar dessa lista as actividades dedicadas “ao aluguer de automóveis”. O conceito de serviços ou de actividades é tomado num sentido amplo, englobando os serviços fornecidos

simultaneamente às empresas e aos consumidores. E todas estas actividades podem referir-se quer a serviços que impliquem uma proximidade entre prestador e destinatário, quer a serviços que impliquem uma deslocação do destinatário ou do prestador, quer a serviços que possam ser fornecidos à distância, *incluindo através da Internet, de plataformas eletrónicas ou de centros tecnológicos interactivos.*

2) Simplificação administrativa e limitação do regime de autorização administrativa

Por outro lado, uma outra nota detectada pela Comissão da União Europeia e que se afirma lesiva da liberdade de acesso ao exercício das actividades económicas, de acesso ao trabalho e, portanto, do exercício de profissões, que afecta especialmente os agentes mais débeis do mercado – as pessoas singulares e as pequenas e médias empresas – relaciona-se com a existência de procedimentos de autorização administrativa injustificados no acesso às actividades e ao seu exercício. Para criar um verdadeiro mercado interno (europeu) dos serviços é necessário suprimir as restrições à liberdade de iniciativa, de empresa, de estabelecimento e de prestação de serviços (liberdade de profissão/de trabalho) que ainda se encontram previstas nas legislações de alguns Estados-Membros e que são incompatíveis com os Tratados constitutivos da União Europeia. Isto, porque, tais restrições afectam de modo especial aquelas liberdades e a construção de mercado interno (europeu) dos serviços, devendo, conseqüentemente, ser proibidas e desmanteladas de forma sistemática o mais depressa possível. Por isso, concluiu a Comissão da União Europeia que se impunha adoptar, a nível da União Europeia e a nível de cada Estado-Membro, princípios de simplificação administrativa, nomeadamente através da limitação do regime da autorização administrativa e eliminar os atrasos, os custos e os efeitos dissuasivos que decorrem de diligências desnecessárias ou excessivamente complexas e onerosas, da duplicação de operações, da “burocracia” na apresentação de documentos, da arbitrariedade das instâncias competentes, de prazos de resposta indeterminados ou excessivamente longos, da limitação dos prazos de vigência das autorizações concedidas ou de despesas e sanções desproporcionadas. O regime da autorização administrativa deve limitar-se aos casos em que seja indispensável e apenas quando esteja em causa a necessidade da defesa e protecção dos valores elencados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da

União Europeia (os já referidos valores da ordem pública, da segurança, de protecção dos consumidores, do ambiente, etc.). Aquelas práticas, segundo a doutrina da Comissão Europeia, têm efeitos dissuasivos particularmente intensos em relação aos agentes que pretendam desenvolver as suas actividades em qualquer Estado-Membro da União, comprimindo, intolerável e injustificadamente, a liberdade de iniciativa, de empresa e de serviços (isto é, de profissão, de trabalho).

Nesta sequência, concluiu que a “filosofia” não pode consistir ou visar a harmonização de procedimentos administrativos, mas a supressão dos regimes de autorização, dos procedimentos e das formalidades demasiado onerosos que impedem a liberdade de iniciativa, de empresa, estabelecimento, de serviços e a criação de novas empresas de serviços. Por isso, para a prossecução daquele objectivo – a supressão dos regimes de autorização – impõe-se a adopção de medidas que consistam na redução do número de procedimentos e formalidades aplicáveis às actividades de serviços e, designadamente, na sua restrição aos que se revelem indispensáveis para realizar um objectivo de interesse geral e não sejam redundantes quanto ao conteúdo ou às finalidades.

3. Jurisprudência Comunitária

O Tribunal de Justiça da União Europeia desde há diversos anos que tem vindo reiteradamente a pronunciar-se sobre a restrição da liberdade de iniciativa. Afirma esta jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que, “embora o ordenamento constitucional de todos os Estados-membros proteja o direito de propriedade e garantias análogas sejam concedidas ao livre exercício do comércio, do trabalho e de outras actividades profissionais, os direitos assim garantidos, longe de constituírem prerrogativas absolutas, devem ser consideradas à luz da função social dos bens e das actividades protegidas. Por esta razão, a garantia concedida a este tipo de direitos só é geralmente atribuída sob reserva de limitações estabelecidas em função do interesse público. Na ordem jurídica comunitária, é igualmente legítimo reservar em relação a estes direitos a aplicação de determinados limites justificados pelos objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade, desde que não afectem a substância

destes mesmos direitos”². Com a proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais, a liberdade de iniciativa económica ficou expressamente prevista no seu artigo 16.º, onde se preceitua que “É reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e as práticas nacionais”.

No actual artigo 119º, nºs 1 e 2, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), destacam-se os princípios da “economia de mercado aberto e de livre concorrência”. O *princípio da concorrência* é protegido também pelos direitos nacionais dos Estados-Membros.

4. A Directiva dos Serviços

De grande relevo para a compreensão dos problemas *sub judice* é a designada *Directiva dos Serviços* (Directiva 2006/123/CE, de 12 de Dezembro de 2006, que foi transposta para Portugal pelo Decreto-Lei nº 92/2010, de 26 de Julho).

Na linha da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a Directiva disciplina os regimes de autorização³, em regra proibindo-os, e outros requisitos, interditando-os ou sujeitando-os a avaliação⁴. Trata-se de restrições ao acesso/exercício de actividades de serviços frequentemente usadas pelos Estados Membros e consideradas ilícitas por aquela jurisprudência.

² Cfr. Acórdão do TJ de 14 de Maio de 1974, no processo n.º 4/73. Sobre a excepcionalidade das restrições às liberdades na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, G. MARENCO, “The notion of a restriction on the freedom of establishment and the provision of services in the case law of the Court”, in *Yearbook of European Law*, 1991.

³ Por regimes de autorização entende-se “qualquer procedimento que tenha por efeito obrigar um prestador ou um destinatário a efectuar uma diligência junto de uma autoridade competente para obter uma decisão formal ou uma decisão tácita relativa ao acesso a uma actividade de serviço ou ao seu exercício” (cfr. artigo 4º, nº 6). Para maiores desenvolvimentos, cfr. considerando 39. No diploma de transposição para o direito interno português fala-se em “permissões administrativas”, enquanto “actos ou contratos administrativos que visam possibilitar o acesso ou o exercício de uma actividade de serviços nos casos em que essa actividade não possa ser prestada livremente ou através de uma mera comunicação prévia e consubstanciam-se, designadamente, em licenças, autorizações, validações, autenticações, certificações, actos emitidos na sequência de comunicações prévias com prazo e registos.” (artigo 8º, nº 1)

⁴ Para além da regra da proibição de autorizações, a Directiva dos Serviços visa eliminar requisitos que afectam o acesso a uma actividade de serviços ou o seu exercício. Nos termos do artigo 4º, nº 7, desta directiva, entende-se por “requisito”, “qualquer obrigação, proibição, condição ou limite previsto nas disposições legislativas, regulamentares ou administrativas dos Estados-Membros ou que decorra da jurisprudência, das práticas administrativas, das regras das ordens profissionais ou das regras colectivas de associações ou organismos profissionais aprovadas no exercício da sua autonomia jurídica; as normas constantes de convenções colectivas negociadas pelos parceiros sociais não são consideradas requisitos na acepção da presente directiva”.

Deste modo, na *jurisprudência do TJUE, julga-se ser o dever de os Estados Membros não condicionarem o acesso ou o exercício de actividades no sector dos serviços no seu território a quaisquer requisitos, salvo se estes forem não discriminatórios, justificados por razões de interesse geral e proporcionados*⁵. Ou seja: as restrições às liberdades de iniciativa, de prestação de serviços e à coenvolvida liberdade de profissão/trabalho justificam-se apenas pela prossecução de *interesses gerais relevantes* e enquanto cumpram as exigências do *princípio da proporcionalidade*⁶.

B – Síntese Conclusiva

Em síntese, nesta breve nota comparativa entre o sistema constitucional do Brasil e da União Europeia constata-se uma comunhão nos fundamentos e nos objectivos: o princípio é o da liberdade de iniciativa, de empresa, de serviços, de profissão e de trabalho; a excepção é a proibição e as restrições, através da sujeição do acesso a regimes administrativos autorizativos, que só serão legítimos quando justificados por razões de interesse geral, que, no caso da União Europeia, devem observar um catálogo de interesses gerais construído pelo labor jurisprudencial do respectivo Tribunal de Justiça.

Em conformidade com esta jurisprudência, só razões imperiosas de interesse geral como a saúde pública, a defesa dos consumidores, a protecção do ambiente urbano e outras de igual valia são susceptíveis de justificar a aplicação de regimes de autorização e de outras restrições à liberdade de iniciativa, de empresa, de

⁵ Como já foi referido no texto, as razões de interesse geral que podem ser invocadas pelos Estados Membros para condicionar o acesso ou o exercício de actividades em sede de livre prestação de serviços cingem-se a “razões de ordem pública, de segurança pública ou de protecção do ambiente” (cfr artigo 16º, nº 1, alínea b), e nº 3, primeira parte, da Directiva dos Serviços). Aliás, a capacidade de intervenção/condicionamento do Estado receptor do serviço é maior em matéria de direito de estabelecimento do que na livre prestação de serviços. Segundo Marcus Klamert, “aparentemente, o central artigo 16º da Directiva dos Serviços restringe as justificações que os Estados Membros podem invocar para defender medidas nacionais”. Cfr. MARCUS KLAMERT, “Way to go? – More on the Services Directive and the Fundamental Freedoms”, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2009, pág. 337.

⁶ Neste sentido, cfr. o ponto 3 do sumário do acórdão do TJCE, *J. Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities*, de 14/05/74 (Processo n.º 4/73): “Na ordem jurídica comunitária, é igualmente legítimo reservar em relação a estes direitos [v.g., a livre iniciativa económica] a aplicação de determinados limites justificados pelos objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade, desde que não afectem a substância destes mesmos direitos”.

estabelecimento e de serviços (de profissão, de trabalho). Contudo, acrescenta essa jurisprudência, esses regimes de autorização ou essas restrições não podem ser discriminatórias nem arbitrárias e devem respeitar os princípios da necessidade e da proporcionalidade. Portanto, a regra é sempre a da liberdade; a proibição e a restrição têm sempre a natureza da excepcionalidade.

Para além disso, acresce ainda que toda e qualquer restrição às liberdades referidas só poderá ser abrangida por uma excepção se tal restrição for conforme aos direitos fundamentais integrantes dos princípios gerais de direito inscritos na ordem jurídica da União Europeia. Mas as excepções são raras e têm de ser expressamente habilitadas/autorizadas pelo direito da União Europeia. Só nestas hipóteses é que as disposições em matéria de liberdade de prestação de serviços (e, portanto, a plena liberdade de exercício de profissão/de trabalho) encontram guarida de excepção, permitindo-se a introdução de restrições a essas liberdades, mas só nos casos em que, nos termos do direito da União Europeia, os Estados-Membros reservem uma actividade a uma profissão específica, como por exemplo, as disposições que reservam aos advogados a prestação de aconselhamento jurídico.

Por conseguinte, caso os regimes de autorização administrativa se revelem discriminatórios, não forem conformes aos direitos fundamentais e não se justifiquem objectivamente por uma razão imperiosa de interesse geral ou sejam desproporcionados, devem esses requisitos ser suprimidos ou alterados.

Mais.

Mesmo nos casos em que se justifique o regime da autorização e o número de autorizações disponíveis para uma determinada actividade seja limitado devido à escassez dos recursos naturais ou das capacidades técnicas, devem os legisladores nacionais prever procedimentos de selecção entre os vários candidatos potenciais, com o objectivo de desenvolver, através da livre concorrência, a qualidade e as condições de oferta dos serviços à disposição dos utilizadores (consumidores). Este procedimento deverá respeitar as garantias de transparência e de imparcialidade e o regime da autorização concedida deve ser fixado de maneira a ***não restringir ou limitar a livre concorrência para além do necessário*** para assegurar a amortização dos investimentos e uma remuneração equitativa dos capitais investidos.

Parte II

Aplicação da doutrina exposta à actividade económica de transporte individual de passageiros

§§ 1

Enquadramento legal: Lei Federal nº 12.468, de 26/08/2011 e Lei nº 12.857, de 3/01/2012

A – Transporte de passageiros e serviço público

A Lei n.º 12.468, de 26 de Agosto de 2011, regulamenta a profissão de taxista e a Lei n.º 12.587, de 3 de Janeiro de 2012, institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana.

Do regime da Lei nº 12.468 de 26 de Agosto de 2011 e da Lei nº 12.857 de 3 de Janeiro de 2012 resulta inequívoca a natureza privada da actividade económica de transporte individual de passageiros, mesmo que esta actividade seja legalmente qualificada como de “utilidade pública” ou o serviço de transporte comporte modalidade de “transporte público individual de passageiros”. Para confirmar esta conclusão basta atentar à evolução do regime da Lei n.º 12.587, de 3 de Janeiro de 2012. Na sua versão originária, deduzir-se expressamente do artigo 12.º a qualificação do “transporte público individual de passageiros” como uma actividade pública, isto é, como um serviço público e, portanto, de titularidade pública. E porque assim era, a exploração deste serviço por privados encontrava-se sujeita a permissão do poder público.

1.O recorte jurídico-dogmático das categorias de concessão e permissão

É entendimento unânime da doutrina jusadministrativa que, a par da concessão, a figura da permissão tem o sentido de instrumento de “delegação” de serviços públicos, podendo, tal como aquela, assumir a forma de contrato administrativo e também a forma de acto administrativo.

Eis, o que expressamente ditava o artigo 12.º, na sua versão inicial: “**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”.

Bem diferente é a actual redacção do mesmo artigo, na versão que lhe foi introduzida pela Lei n.º 12.865, de 2013. Dispõe agora o artigo 12.º da Lei n.º 12.587, de 3 de Janeiro de 2012, que “**Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal**, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas”. E, nos termos do artigo 12.º-A, também introduzido pela Lei n.º 12.865, de 2013, “**O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local**”.

Destas alterações extraem-se duas conclusões essenciais. Em primeiro lugar, a eliminação legalmente qualificativa do transporte individual de passageiros como actividade económica pública e, conseqüentemente, tratando-se de um serviço (serviço de transporte de passageiros), a concomitante eliminação da sua (ex)natureza de serviço público. Em segundo lugar, e como consequência do dito em primeiro lugar, a lógica substituição do título autorizativo do poder público: ***a revogação da anterior permissão***, que foi substituída, na modalidade de transporte individual público, pela mera outorga de um “**direito à exploração de serviços de táxi**”. Portanto, por força da alteração legislativa introduzida, a actividade de transporte individual de passageiros é uma actividade económica de (ou do) mercado; uma actividade económica privada.

2. A Lei n.º 8.987, de 13/02/1995

O que vimos dizendo é confirmado pela Lei n.º 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995, que dispõe sobre o ***regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175.º da Constituição Federal***. Resulta expressamente do artigo 2.º, IV, desta Lei, que a permissão tem por objecto um serviço constitucional ou legalmente qualificado como um serviço público, pois determina-se aí que ***a permissão de serviço público consiste na delegação***, a título precário, mediante licitação, ***da***

prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco. Portanto, a figura da permissão não pode ser confundida com a referida outorga, no transporte individual público, de um “*direito à exploração de serviços de táxi*”: a permissão tem por objecto um serviço público; a referida outorga apenas habilita que uma actividade económica privada seja exercida no modo de “serviço de táxi”. Sobre a natureza e objecto da permissão à mesma doutrina se chega a partir da Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993, que regulamenta o artigo 37.º, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

B - Natureza jurídica do regime de exploração do serviço de táxi

1. As modalidades de transporte individual de passageiros reconhecidos como modalidade de utilidade pública

Embora a redacção da Lei n.º 12.587, de 3 de Janeiro de 2012, possa permitir ambiguidades interpretativas, ao utilizar a fórmula “*direito à exploração de serviços de táxi*”, é seguro que, na sua sistemática conceitual e de regime, só um certo modo de exercício daquela actividade é que se encontra sujeita à prévia intervenção autorizativa ou licenciadora do poder público – precisamente, o transporte individual de passageiros na sua modalidade dita pública, o modo de “serviços de táxi”.

E isto é assim, na sistemática conceitual e de regime da Lei, por a actividade de transporte individual de passageiros ser legalmente qualificada como um “*serviço de utilidade pública de transporte individual de passageiros*”. Ou, dito de outro modo, por ser legalmente qualificada como uma actividade económica privada de utilidade pública, isto é, uma actividade económica privada de interesse público (e não de serviço público).

A racionalidade deste qualificativo reflete uma vez mais o regime legal, pela simples razão de artigo 4.º, VIII, se referir ao “transporte público individual”, como um “serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas”. Na sistemática do regime legal, este modo de transporte individual de passageiros goza de um estatuto e de prerrogativas que só são compreensíveis no quadro da utilidade pública que lhe é

legalmente conferida: por exemplo, regalias, prerrogativas e privilégios semelhantes aos transportes colectivos de titularidade pública, mas, em contrapartida, a sua sujeição a alguns dos ónus, deveres e obrigações próprios de um serviço de interesse público ou, à moda da terminologia do direito da União Europeia, ónus, deveres e obrigações inerentes a um serviço de interesse geral (mas não, repetimos, um serviço público). É neste contexto que se percebe o acesso privilegiado (e exclusivo) a algumas das designadas “infraestruturas de mobilidade urbana”, como os lugares ou espaços de estacionamento públicos, pontos de embarque de passageiros (artigo 4.º da Lei n.º 12.587, de 3 de Janeiro de 2012). E é no mesmo contexto que igualmente se percebe a sujeição àqueles ónus e deveres, como o de proporcionar a acessibilidade e a equidade no acesso aos serviços por parte dos passageiros (artigos 5.º e 7.º da mesma Lei). Tudo isto, também nas palavras da Lei, no quadro da regulação e gestão dos sistemas de mobilidade urbana.

2. Requisitos do “serviço de táxi”

Atento este estatuto legal do designado “transporte público individual de passageiros” no modo de “serviço de táxi”, compreender-se-á a coerência legislativa, no sentido de instituir um conjunto de requisitos – ainda que escassos – para o exercício desta actividade. Na verdade, se é concedido a um conjunto de particulares regalias próprias ou privativas dos poderes públicos, tem de aceitar-se que, em contrapartida e segundo um critério de proporcionalidade, lhes sejam exigidos certos requisitos para que possam revelar-se merecedores daqueles privilégios e que, igualmente, exibam idoneidade para o cumprimento dos referidos ónus e deveres inerentes à utilidade pública dos serviços prestados. Nisto reside a racionalidade do facto de ter sido institucionalizada a “profissão de taxista”, emergindo como uma profissão regulamentada. Foi o que sucedeu com a Lei n.º 12.468, de 26 de Agosto de 2011, que, precisamente, regulamenta a profissão de taxista.

Estabelece o artigo 1.º que “Fica reconhecida, em todo o território nacional, a profissão de taxista, observados os preceitos desta Lei”, adiantando o artigo 2.º que “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”.

Aliás, convirá salientar que apenas alguns dos requisitos enumerados na Lei se poderão considerar como específicos da legalmente qualificada como “profissão de taxista”; vários deles constituem requisitos gerais e universais por que imposto e exigidos não apenas a todos os que pretendam aceder ao exercício de uma actividade económica de transporte de pessoas ou de bens, mas também a qualquer cidadão que pretenda ser e efectivamente seja condutor de veículos. Como do regime legal resulta com suficiente clareza a ilação anterior, bastamo-nos com a respectiva citação.

O artigo 3.º, relativo à “atividade profissional de que trata o art. 1.º”, estabelece que esta actividade “somente será exercida por profissional que atenda integralmente aos requisitos e às condições abaixo estabelecidos:

I - habilitação para conduzir veículo automotor, em uma das categorias B, C, D ou E, assim definidas no art. 143 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997;

II - curso de relações humanas, direção defensiva, primeiros socorros, mecânica e elétrica básica de veículos, promovido por entidade reconhecida pelo respectivo órgão autorizatário;

III - veículo com as características exigidas pela autoridade de trânsito;

IV - certificação específica para exercer a profissão, emitida pelo órgão competente da localidade da prestação do serviço;

V - inscrição como segurado do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, ainda que exerça a profissão na condição de taxista autônomo, taxista auxiliar de condutor autônomo ou taxista locatário; e

VI - Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, para o profissional taxista empregado”.

Por sua vez, o artigo 5.º, sobre os deveres dos “profissionais taxistas”, determina que são deveres destes profissionais:

I - atender ao cliente com presteza e polidez;

II - trajar-se adequadamente para a função;

III - manter o veículo em boas condições de funcionamento e higiene;

IV – manter em dia a documentação do veículo exigida pelas autoridades competentes;

V - obedecer à Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, bem como à legislação da localidade da prestação do serviço”.

Mas, bem mais importante do que o regime transcrito é o que consta do artigo 2.º da Lei em análise.

Como referimos, prescreve-se aí que “**É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros...**”.

Ou seja, só – e apenas - o legalmente qualificado como “**transporte público individual de passageiros**”, com as características que atrás lhe assinalámos (prerrogativas e regalias públicas e ónus e deveres de interesse geral), constitui actividade privativa “**dos profissionais taxistas**”. Para a lei, só e apenas, repetimos, o “serviço de utilidade pública” em que consiste o “**transporte público individual de passageiros**” constitui actividade privativa de um conjunto de particulares que, por mediação do poder público, adquirem o direito de prestar aquele serviço de utilidade pública e que, por isso, a lei os designa como “**profissionais taxistas**”.

Só isto e nada mais do que isto!

Ou seja, o próprio regime legal, incluindo o seu modo literal, não é, nem pretende ser excluyente, no sentido de que veda o acesso à actividade económica privada de transporte individual de passageiros a todos e a qualquer cidadão que queira exercê-la.

C - Modos de transporte privados como actividade de utilidade pública nos sistemas de mobilidade urbana

1. A interpretação da Lei nº 12.587, de 3 de Janeiro de 2012

A própria Lei n.º 12.587, de 3 de Janeiro de 2012, no seu Capítulo V, relativo às “diretrizes para o planeamento e gestão dos sistemas de mobilidade urbana” salienta, ao nível dos princípios, objectivos e directrizes, a necessidade de existir uma política de “***integração dos modos de transporte público e destes com os privados e os não motorizados***” (artigo 24.º, V).

Significa isto que, para a Lei que Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, há a coexistência de “***modos de transporte público***” (transporte de titularidade pública e transportes de utilidade pública nas modalidades públicas) com “***modos de transporte... privados***”. A redacção da Lei, ao referir-se a “***modos de***

transporte... privados” é suficientemente aberta para, no seu âmbito intensivo e extensivo, abranger qualquer modo de transporte privado, não habilitando o intérprete a uma leitura restritiva, no sentido de excluir, *in limine*, a actividade económica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada, assim designada por contraposição à modalidade pública.

Mas, se alguma dúvida interpretativa restasse, é dever do intérprete, segundo a metódica jurídico-constitucional das leis, procurar no texto destas os sentidos normativos que preservem a sua conformidade com a Constituição (princípio da conservação ou preservação da constitucionalidade das leis).

Ora, no caso concreto, já vimos que *a sistemática conceitual e de regime das Leis citadas, incluindo o seu próprio modus literal, não habilitam o intérprete a leituras restritivas e excludentes, no sentido de que no âmbito da actividade económica privada de transporte individual de passageiros só seria de admitir o designado transporte público individual de passageiros*. Este, repetimos, é apenas – e só – um modo de exercício daquela actividade.

2. A inconstitucionalidade e ilegalidade da reserva monopolística do exercício da actividade económica privada de transporte individual de passageiros

Consequentemente, *ao interpretar-se o regime legal citado no sentido de que ele incorpora uma reserva monopolística de exercício da actividade económica privada de transporte individual de passageiros aos também legalmente designados por “profissionais taxistas” está não apenas a fazer uma interpretação contra legem, por imputar à lei um sentido que nem o seu espírito, nem a sua dimensão gramatical comportam, mas sobretudo a “converter” esse regime legal num regime manifestamente inconstitucional, seja por violação isolada de diversos preceitos constitucionais, seja por violação sistematicamente agregada ou conjunta e simultânea desses diversos preceitos, que, aliás, a generalidade deles constituem*, como vimos, *as bases estruturais e transversais do Pacto fundante da República do Brasil e do (seu) Estado de Direito*. Referimo-nos aos *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (artigo 1.º, IV), ao *livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer* (artigo 5.º, XIII), à *valorização do trabalho humano e na livre iniciativa* em que se funda a ordem

económica do Brasil, tendo por fim assegurar a todos existência condigna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170.º), ao primado do trabalho em que se funda a ordem social (artigo 193.º), ao *princípio da livre concorrência* (artigo 170.º, IV), à *defesa do consumidor* (artigo 170.º, V) e, naturalmente, a liberdade de acesso e o *livre exercício de qualquer actividade económica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos na lei* (§ único do artigo 170.º).

Neste contexto, a actividade concretamente em causa – o exercício da actividade económica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada – não suscita, à luz do princípio da proporcionalidade, especiais particularidades de ordem pública que habilitem o legislador ordinário a introduzirem cláusulas restritivas à liberdade de acesso e ao livre exercício desta actividade económica, incluindo a sua sujeição a autorização de órgãos públicos (§ único do artigo 170.º), *bem como não suscita especiais particularidades para que sejam consideradas ou atendidas exigências acrescidas de qualificações profissionais* (artigo 5.º, XIII). Exigências estas que, aliás, no regime legal, como vimos, são relativamente escassas mesmo para aqueles que pretendam desenvolver a mesma actividade na modalidade pública.

Para o exemplificar, retomamos o exemplo dado na Parte I do texto. Para o acesso e exercício da actividade económica privada de “transporte individual de passageiros” é naturalmente essencial que o motorista tenha perícia, capacidade técnica e idoneidade, desde logo pela razão de segurança de quem é transportado e da segurança de terceiros. **Para assegurar estas qualificações profissionais bastará a realização de um curso de formação e de testes ou de provas de aptidão, que assegurem uma habilitação credenciada/titulada para o exercício daquela actividade, ou seja, uma habilitação profissional para o exercício da actividade profissional de transporte individual de passageiros.**

E, no plano objectivo, poderão (ou deverão), por exemplo, ser consideradas as vantagens para a mobilidade urbana e interurbana, para o ambiente e para a qualidade de vida na cidade (a oferta deste tipo de transporte poderá reduzir a utilização de veículos próprios, com todas as consequências positivas inerentes), para a empregabilidade (com todas as vantagens sociais e fiscais que lhe estão associadas), para a dinamização de outras actividades económicas e, naturalmente, para o

Andrea Mendes Leal 12/11/15 21:10
Formatted: Highlight

consumidor, que poderá disfrutar de um leque mais amplo de opções em termos de qualidade de transporte e de preços.

Portanto, ponderados todos os valores e interesses em presença, não se descortina, à luz do princípio da proporcionalidade, qualquer óbice que legitime e justifique o legislador ordinário (da União ou de qualquer Estado) à utilização de cláusulas restritivas no acesso àquela actividade e, obviamente (e de forma radical), que iniba/proíba o acesso à mesma.

Naturalmente que tudo o que se vem dizendo, como já decorre da sequência do texto, é exactamente transponível para a análise de leis e projectos legislativos em curso, que visam a proibição do acesso e do exercício da actividade económica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada, que, para o efeito, utilizam – ou também utilizam – o “sistema Uber”. Entre estas leis incluem-se, em especial, as do Rio de Janeiro e de São Paulo. No entanto, no ponto seguinte retomaremos este item.

Por outro lado, tratando-se de actividades económicas privadas, uma interpretação que defendesse o monopólio do seu exercício apenas pelos particulares titulares de uma habilitação administrativa do legalmente designado “transporte público individual de passageiros” teria ainda uma outra dificuldade inultrapassável, consubstanciada no facto de esbarrar com o regime legal da concorrência, criando, numa actividade económica privada, uma reserva de mercado privado que, precisamente, é sancionada por aquele regime como uma infracção contra a ordem económica.

Efectivamente, a Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infracções contra a ordem económica e dá outras providências, determina que esta ordem é orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder económico (artigo 1.º) e que “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei” (artigo 1.º, parágrafo único).

E porque assim é o artigo 36.º caput determina que “constituem infracção da ordem económica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que

tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

E no § 3.º estabelece que as *seguintes condutas*, além de outras, na medida em que configurem a hipótese prevista no caput do artigo e seus incisos, “*caracterizam infração da ordem econômica (...)*”:

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”.

Ou seja, *mesmo do ponto da vista da disciplina legal da ordem econômica afigura-se inviável uma qualquer argumentação que defira o exclusivo ou o monopólio do exercício da actividade económica privada de transporte individual de passageiros aos titulares de uma habilitação de transporte público individual.*

Parte III

A actividade económica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada, e o “sistema Uber”

I – “Sistema Uber”

1. Breve introdução explicativa

De forma muito singela e abreviada, o “sistema Uber” consiste numa plataforma tecnológica que suporta uma aplicação móvel para *smartphones*. Com base nesta plataforma tecnológica oferece serviços ao mercado – às pessoas em geral e a “motoristas privados”.

Através do “sistema *app*” e recorrendo a um serviço de geolocalização, liga os utilizadores aos “motoristas privados”, sem ser necessário que o utilizador (consumidor) telefone ou se desloque do local em que se encontre. O simples acesso à *app* indica o número de automóveis mais próximos do local que utilizam o “sistema Uber”, bem como o tempo estimado que demoram a chegar ao local em que o utilizador se encontre. Neste passo, o utilizador escolhe o serviço que pretende: UberX ou UberBlack⁷.

Depois de escolhido o serviço, o utilizador transmite a morada de destino e solicita uma estimativa do custo da viagem. De seguida confirma, ou não, o serviço. Confirmado o serviço conhecerá o nome do motorista, bem como o carro que conduz e a classificação que obteve de outros utilizadores. O sistema proporciona ainda outras utilizações, como o contacto com o motorista, o cancelamento da viagem ou o pedido de partilha da tarifa com outros utilizadores. Finda a viagem, o utilizador tem de classificar a prestação do motorista na *app* e recebe um recibo no correio electrónico associado à respectiva conta.

Descrito do modo referido, o “serviço Uber” em nada perturba as conclusões anteriores, isto é, a existência deste serviço no mercado não pode ter o efeito ricochete (ou até sancionatório) de, a seu pretexto, legitimar e justificar qualquer restrição – e muito menos qualquer inibição – ao acesso e exercício da actividade económica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada. ***Estamos apenas perante um serviço de base tecnológica e interactivo disponível no mercado que, tal***

⁷ Mais problemático é o chamado UberPop.

como qualquer utilizador comum, pode igualmente ser usado por quem exerça a actividade de transporte individual de passageiros. Trata-se apenas de um plus de melhoria do exercício da actividade. Portanto, quanto a este aspecto entendemos que as conclusões anteriores em nada são afectadas.

2. O “sistema Uber” como serviço

Questão bem diferente reside, outrossim, em saber se o “sistema Uber”, só por si, isto é, tomado de *per se* ou isoladamente, consiste num serviço cuja prestação seja admitida e lícita à luz do regime especificamente aplicável, conforme os países concretamente em causa.

Segundo o que resulta da documentação, não é este o cerne jurídico-administrativo e jurídico-constitucional que se coloca no Brasil. O problema radica na liberdade de acesso e de exercício de uma actividade económica privada; o que acresce a este núcleo essencial é, como se disse, apenas um *plus* que faculta a melhoria do exercício da actividade e permite ao consumidor níveis qualificados de acesso e de utilização do transporte individual de passageiros. Em todo o caso, como a correlação problematizante do tema está – ou também está - geneticamente associada ao “sistema Uber”, impõe-se igualmente analisar as dimensões que este sistema introduz naquela correlação.

É o que faremos de seguida.

Da análise que, neste específico aspecto, fazemos do direito positivo do Brasil não há razões para concluir de modo diverso do que sucede no direito da União Europeia, onde, como se salientou, todas as actividades podem referir-se quer a serviços que impliquem uma proximidade entre prestador e destinatário, quer a serviços que impliquem uma deslocação do destinatário ou do prestador, ***quer a serviços que possam ser fornecidos à distância, incluindo através da Internet, de plataformas eletrónicas ou de centros tecnológicos interactivos.***

Salientámos também que a actividade de serviços de “aluguer de automóveis” é uma das que está mais propícia à permanente inovação. E, no caso, é de aluguer de automóveis que se trata, ou, de modo tecnicamente mais rigoroso, de um contrato civil (privado) de transporte celebrado entre um utilizador comum (um consumidor) e um sujeito que se dedique exercício da actividade económica privada de transporte

individual de passageiros, na sua modalidade privada. O que nesta relação surge de diferente, ou melhor, de inovador, é apenas o facto de surgir um intermediário tecnologicamente interactivo que facilita a celebração daquele contrato e a respectiva execução, auxiliando simultaneamente o utilizador (consumidor) e o transportador.

Para o transportador, o exercício da sua actividade económica privada com a intervenção mediadora de uma plataforma electrónica entre quem presta um serviço e o consumidor desse serviço constitui uma projecção da (sua) liberdade de auto-organização e auto-regulação profissional inerentes à liberdade de iniciativa económica.

Por conseguinte, jurídica e funcionalmente, o “sistema Uber” não é outra coisa senão mais um prestador de serviços que, com meios tecnológicos inovadores, surgiu no mercado económico privado e para nele exercer uma pura ou genuína actividade privada, como, aliás, têm surgido tantos outros prestadores de serviços semelhantes em outras actividades económicas privadas. Algo que, generalizada e universalmente, é, por todos, sabido. Nada tem, pois, de surpreendente.

B – Plataforma electrónica interceptiva

A única particularidade que poderá suscitar-se reside apenas no facto de aquele sistema utilizar ferramentas tecnológicas baseadas numa “plataforma electrónica interactiva” que é típica das infraestruturas comunicacionais da Internet⁸.

E quanto ao “sistema Uber” a questão jurídica reside apenas aqui: a Constituição do Brasil e a legislação que a concretize impedem a livre iniciativa e o livre exercício do trabalho, de profissão, de ofício e de serviços com base em tais meios? Ou, perguntado de outro modo, existirá alguma cláusula constitucional que habilite o legislador ordinário a restringir ou a inibir aquelas liberdades quando exercidas através ou com base em infraestruturas comunicacionais da Internet?

Considerando apenas o tipo específico de serviços concretamente em causa, que, repetimos, nada tem hoje de anómalo (ao contrário, porventura, de outro tipo de serviços que circulam nas mesmas infraestruturas comunicacionais), não descortinamos razão alguma para concluir de modo diverso relativamente à doutrina constitucional que

⁸ É óbvio que fica de fora do presente trabalho a problemática de saber em que medida o “Ubersystem” se pode transformar num “Big Data”. Cfr. Schliesky/Hoffmann/Luch/Schffz/Borchers, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet. Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter, Nomos, Baden-Baden, 2014.

se expôs para a generalidade das actividades profissionais. Pelo que, também neste âmbito, devem vigorar, por princípio, todos os preceitos constitucionais relativos ao *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (artigo 1.º, IV), ao *livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer* (artigo 5.º, XIII), à *valorização do trabalho humano e na livre iniciativa* em que se funda a ordem económica do Brasil, tendo por fim assegurar a todos existência condigna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170.º), ao primado do trabalho em que se funda a ordem social (artigo 193.º), ao *princípio da livre concorrência* (artigo 170.º, IV), à *defesa do consumidor* (artigo 170.º, V) e, consequentemente, à liberdade de acesso e o *livre exercício de qualquer actividade económica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos na lei* (§ único do artigo 170.º).

E porque assim é, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil *e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria* (artigo 1.º), estatui no seu artigo 2.º que a “disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

I - o reconhecimento da escala mundial da rede;

II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

III - a pluralidade e a diversidade;

IV - a abertura e a colaboração;

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VI - a finalidade social da rede.

(...)

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

E adianta, no artigo 4.º, que a “disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

I - do direito de acesso à internet a todos;

III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e

IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados”.

Para os efeitos da Lei (artigo 5.º), “considera-se:

I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”.

As “palavras da lei” não permitem, só por si, dúvidas, dispensando a este propósito indagações doutrinárias interpretativas, por, precisamente, serem desnecessárias: o “sistema Uber” encontra pleno acolhimento no regime legal citado.

Consequentemente, qualquer cidadão ou empresa, por princípio, seja no exercício das respectivas actividades profissionais e actividades económicas, seja como consumidor, é livre de recorrer aos serviços tecnologicamente inovadores proporcionados por aquele sistema. E, tratando-se de uma Lei da União que, ao abrigo da Constituição Federal, ***determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação ao*** uso da Internet no Brasil (artigo 1.º) tem de concluir-se pela ilegalidade e pela inconstitucionalidade das leis estaduais ou municipais que disponham em sentido diferente do estabelecido na Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. É o que sucede com a Lei complementar nº 159, de 29 de Setembro 2015, do Rio de Janeiro, que regulamenta o serviço público de transporte individual remunerado de passageiros em veículo automotor, a profissão de taxista e dá outras providências, e com a Lei n.º 16.297, de 8 de Outubro de 2015, do Município de São Paulo, que dispõe sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de São Paulo e dá outras providências.

Parte IV

A ilegalidade e a inconstitucionalidade de diplomas municipais, estaduais ou distritais

Ao longo do texto temos vindo a replicar a doutrina que, segundo o regime legal, a actividade de transporte individual de passageiros é uma actividade económica privada. Uma actividade, portanto, de direito privado (direito civil) e de direito comercial, a que se associa o direito da concorrência, também já referido.

Também insistimos que, no exercício daquela actividade, os contratos celebrados são de natureza privada (civil/comercial).

De igual modo, concluímos que o “sistema Uber” consiste numa actividade privada de prestação de serviços, com utilidade pública baseada na interconexão tecnológica de utilizadores, através da utilização de meios típicos da informática (Internet). O contrato que os utilizadores celebram com o “sistema Uber” é igualmente um contrato de direito privado (civil).

I – Inconstitucionalidade por violação das normas de competência da Constituição Federal, designadamente, o art. 22.º.

No plano jurídico-constitucional da organização competencial da função legislativa entre a União, o Distrito Federal, os Estados e os municípios, determina o artigo 22.º da Constituição Federal que “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

(...)

IV - informática, telecomunicações e radiodifusão;

(...)

IX - diretrizes da política nacional de transportes;

XI - trânsito e transporte;

(...)

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”.

E adianta, no seu parágrafo único, que a “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.

Ora, a Lei complementar nº 159, de 29 de Setembro 2015, do Rio de Janeiro, que regulamenta o serviço público de transporte individual remunerado de passageiros em veículo automotor, a profissão de taxista e dá outras providências, e a Lei n.º 16.297, de 8 de Outubro de 2015, do Município de São Paulo, que dispõe sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de São Paulo e dá outras providências, pretendem estabelecer:

a) A reserva ou o exclusivo do acesso e do exercício da actividade económica de transporte individual de passageiros aos agentes particulares/privados administrativamente habilitados sob o “modo de táxi”;

b) A proibição do transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos ou ao apenas permitirem que o uso de tais aplicativos apenas sejam permitidos aos agentes particulares/privados administrativamente habilitados sob o “modo de táxi”;

c) A inibição do acesso a todos (consumidores, “motoristas particulares/privados”, empresas) aos designados aplicativos e a inerente inibição do exercício da actividade de prestação de serviços do “sistema Uber”.

Estas reservas ou exclusivas, proibições e inibições de forma primária e inovatória, a legislar sobre matéria – diversa matéria - que é da competência legislativa privativa da União. A inconstitucionalidade orgânica de tais diplomas é, pois, directa e manifesta, por invasão das competências legislativas constitucionalmente reservadas à intervenção prévia e inovatória da União.

Mais: das diversas leis referidas da União também não se descortina qualquer autorização específica para o Distrito Federal, os Estados e os municípios legislarem sobre os domínios referidos e muito menos, uma autorização para legislarem da forma primária e inovadora que se constata nas citadas leis do Rio de Janeiro e de São Paulo. E se essa autorização existe, ela é interpretada e utilizada em desconformidade com a Constituição e com as leis federais atrás individualizadas. É o que sucede, entre outros casos, com a utilização das autorizações constantes das leis sobre transportes. E tanto

assim é que a disciplina constante das leis do Rio de Janeiro e de São Paulo, pelas razões referidas em a), b) e c), se revelam frontalmente contra o regime das também citadas leis da União, emitidas ao abrigo da competência legislativa privativa que lhe confere o artigo 22.º da Constituição Federal. O regime de tais leis, por aqueles motivos, não é apenas organicamente inconstitucional; é também substancial ou materialmente ilegal por violação do regime das leis da União.

II – Inconstitucionalidade material

E, em todo caso, sempre tais leis seriam materialmente (e manifestamente) inconstitucionais por violação directa da Constituição Federal, seja, como concluímos já em outro lugar do texto, *por violação isolada de diversos preceitos constitucionais, seja por violação sistematicamente agregada ou conjunta e simultânea desses diversos preceitos da Constituição Federal, que explicitam, a generalidade deles, as bases estruturais e transversais do Pacto fundante da República do Brasil e do (seu) Estado de Direito*. É manifesta esta inconstitucionalidade por o regime constante daquelas leis desrespeitar os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (artigo 1.º, IV), o *livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer* (artigo 5.º, XIII), a *valorização do trabalho humano e na livre iniciativa* em que se funda a ordem económica do Brasil, tendo por fim assegurar a todos existência condigna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170.º), o primado do trabalho em que se funda a ordem social (artigo 193.º), o *princípio da livre concorrência* (artigo 170.º, IV), a *defesa do consumidor* (artigo 170.º, V) e a liberdade de acesso e o *livre exercício de qualquer actividade económica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos na lei* (§ único do artigo 170.º).

III – Violação das Constituições dos Estados

E todas as conclusões anteriores sairiam seguramente reforçadas se recorrêssemos ao apoio das “constituições estaduais”.

Efectivamente, tomando como exemplo a Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 1989, pode ler-se, no seu artigo 5.º, que “O Estado do Rio de Janeiro, integrante, com seus Municípios, da República Federativa do Brasil, *proclama e se*

compromete a assegurar em seu território os valores que fundamentam a existência e a organização do Estado Brasileiro, quais sejam: além da soberania da Nação e de seu povo, a dignidade da pessoa humana, *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*, o pluralismo político, tudo *em prol* do regime democrático, *de uma sociedade livre, justa e solidária, isenta do arbítrio e de preconceitos de qualquer espécie*".

E no artigo 215.º adianta que, "Como agentes normativos e reguladores da atividade econômica, o Estado e os Municípios exercerão, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e *planejamento*, *sendo este* determinante para o setor público e *indicativo para o setor privado, cuja iniciativa é livre*, desde que não contrarie o interesse público". Por sua vez, o artigo 283.º reforça que "*A ordem social tem como base o primado do trabalho*, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais".

De modo semelhante, a Constituição do Estado de São Paulo, de 5 de Outubro de 1989, no Título dedicado aos "Fundamentos do Estado", proclama, no artigo 1º, que "*O Estado de São Paulo, integrante da República Federativa do Brasil, exerce as competências que não lhe são vedadas pela Constituição Federal*".

E a Lei Orgânica do Distrito Federal, no seu artigo 2.º, declara que *o Distrito Federal tem como valores fundamentais "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa"* (artigo 2.º, IV) e que "*A ordem social tem como base o primado do trabalho* e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais" (artigo 200.º). Para a prossecução deste desiderato proclama inclusivamente, no artigo 172.º, que "Poderão ser concedidos a empresas situadas no Distrito Federal incentivos e benefícios, na forma da lei: a) acesso às conquistas da ciência e tecnologia por quantos exerçam atividades ligadas à produção e ao consumo de bens;... c) incentivo a novas empresas que invistam em seu território com alta tecnologia e alta produtividade".

IV – Sistemas e subsistemas

Não desejaríamos terminar este trabalho sem uma advertência relativamente aos *in* (inconstitucionalidade) que acompanham as notas de desvalores jurídicos, formais, procedimentais e materiais registados ao longo da discursividade problematizadora desenvolvida nas páginas antecedentes. Aqui, como noutros países impõe-se uma inteligência adaptativa na articulação de subsistemas de mobilidade urbana. O *sistema* –

mobilidade urbana – transformou-se e tornou-se mais plural, indo desde os tradicionais serviços públicos estatais e estaduais, até à modalidade pública de “serviço de táxis” e à modalidade privada de utilidade pública assente em plataformas electrónicas interactivas. Também aqui o direito e a política não podem parar o vento com as mãos. Nada impede, porém, que as diversas entidades competentes – Federação, Estados, Distritos, Municípios – captem a moderna articularidade normativa e tecnológica do sistema e subsistemas de modalidade urbana – de modo a que, quer no plano material, quer no plano competencial, a compatibilização deste sistema e subsistema, estejam ao serviço de milhões de pessoas diariamente vinculadas ao vai e vem das suas actividades profissionais e dos seus empregos.

Conclusões gerais

1.^a A liberdade de iniciativa privada consiste na liberdade de iniciar uma actividade económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e na liberdade de gestão e actividade de empresa (liberdade de empresa, liberdade de empresário). A liberdade de iniciativa privada compreende assim dois momentos: o acesso a determinada actividade económica e o exercício dessa mesma actividade.

2.^a A Constituição da República Federativa do Brasil funda-se nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, no livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

3.^a E a ordem económica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência condigna, conforme os ditames da justiça social, segundo, entre outros, o princípio da livre concorrência e a defesa do consumidor.

4.^a Por sua vez, a ordem social tem como base o primado do trabalho.

5.^a Numa síntese sistematicamente agregadora dos princípios anteriores, determina o parágrafo único do artigo 170.º da Constituição do Brasil que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer actividade económica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos na lei.

6.^a Um sistema económico e social assim fundado e estruturado tem como corolário lógico um outro princípio-regra, que emerge como condição objectiva necessária e indispensável ao exercício daquelas liberdades: as actividades económicas devem, por definição, assumir a natureza de actividades económicas privadas; actividades de mercado e, como tais, abertas à concorrência dos diferentes operadores e agentes privados.

7.^a Pelo que os desvios que o legislador ordinário venha a introduzir a este princípio têm de configurar-se como excepcionais e basear-se em razões jurídico-constitucionais legítimas e justificadas segundo o teste da proporcionalidade, sendo este avaliado em função dos concretos interesses públicos prosseguidos em cada momento histórico.

8.^a Aquela exigência de justificativa impõe-se para a institucionalização de reservas ou monopólios públicos de intervenção (a qualificação de actividades económicas como públicas e sob reserva de intervenção/execução pública) e, por maioria de razão, na perspectiva jurídico-constitucional, a justificação da excepcionalidade de uma reserva ou de um monopólio no âmbito de actividades económicas privadas tem de ser portadora de um acrescido grau de exigência, pois, para a Constituição Federal, o princípio é o da liberdade de escolha e de acesso a “qualquer trabalho, ofício ou profissão”; a excepção é a intervenção limitadora, restritiva ou condicionadora do legislador ordinário.

9.^a Do regime da Lei nº 12.468, de 26 de Agosto de 2011 e da Lei nº 12.857, de 3 de Janeiro de 2012, resulta inequívoca a natureza privada da actividade económica de transporte individual de passageiros, mesmo que esta actividade seja legalmente qualificada como de “utilidade pública” ou o serviço de transporte comporte modalidade de “transporte público individual de passageiros”.

10.^a A Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175.º da Constituição Federal, confirma a conclusão anterior.

11.^a E, quanto aos modos de transporte privados, da própria Lei n.º 12.587, de 3 de Janeiro de 2012, que Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, resulta que há a coexistência de “modos de transporte público” (transporte de titularidade pública e transportes de utilidade pública nas modalidades públicas) com “modos de transporte... privados”.

12.^a A própria redacção da Lei, ao referir-se a “modos de transporte... privados” é suficientemente aberta para, no seu âmbito intensivo e extensivo, abranger qualquer modo de transporte privado, não habilitando o intérprete a uma leitura restritiva, no sentido de excluir, *in limine*, a actividade económica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada, assim designada por contraposição à modalidade pública.

13.^a Aquela Lei - Lei Federal 12.587/2012 -, em seu artigo 12.º, atribuiu aos municípios a competência para organizar, disciplinar e fiscalizar o transporte individual de passageiros, mas não pode o poder legislativo municipal proibir esta actividade, expressamente prevista em Lei Federal.

14.^a Consequentemente, ao interpretar-se o regime legal referido nas conclusões anteriores, no sentido que que ele incorpora uma reserva monopolística de exercício da actividade económica privada de transporte individual de passageiros aos legalmente designados por “profissionais taxistas” está não apenas a fazer uma interpretação *contra legem*, por imputar à lei um sentido que nem o seu espírito, nem a sua dimensão gramatical comportam, mas sobretudo a “converter” esse regime legal num regime manifestamente inconstitucional, seja por violação isolada de diversos preceitos constitucionais, seja por violação sistematicamente agregada ou conjunta e simultânea desses diversos preceitos, que constituem as bases estruturais e transversais da Constituição do Brasil: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; a valorização do trabalho humano e na livre iniciativa em que se funda a ordem económica do Brasil, tendo por fim assegurar a todos existência condigna, conforme os ditames da justiça social; o primado do trabalho em que se funda a ordem social; o princípio da livre concorrência; a defesa do consumidor e a liberdade de acesso e o livre exercício de qualquer actividade económica, independentemente de autorização de órgãos públicos.

15.^a Ao que acresce o facto da actividade concretamente em causa – o exercício da actividade económica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada – não suscitar, à luz do princípio da proporcionalidade, especiais

particularidades de ordem pública que habilitem o legislador ordinário a introduzir cláusulas restritivas à liberdade de acesso e ao livre exercício desta actividade económica, incluindo a sua sujeição a autorização de órgãos públicos, bem como não suscita especiais particularidades para que sejam consideradas ou atendidas exigências acrescidas de qualificações profissionais.

16.^a Mesmo do ponto de vista da disciplina legal da ordem económica, que consta da Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, afigura-se inviável uma qualquer argumentação que defira o exclusivo ou o monopólio do exercício da actividade económica privada de transporte individual de passageiros aos titulares de uma habilitação de transporte público individual.

17.^a A existência de um “serviço Uber” no mercado não pode ter o efeito ricochete (ou até mesmo sancionatório) de, a seu pretexto, o poder público pretender legitimar e justificar uma qualquer restrição – e muito menos qualquer inibição – ao acesso e exercício da actividade económica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada.

18.^a O “serviço Uber” é - apenas - um serviço de base tecnológica e interactivo disponível no mercado que, tal como qualquer utilizador comum, pode igualmente ser usado por quem exerça a actividade de transporte individual de passageiros; trata-se apenas de um *plus* de melhoria do exercício da actividade.

19.^a Para o transportador, o exercício da sua actividade económica privada com a intervenção mediadora de uma plataforma electrónica entre quem presta um serviço e o consumidor desse serviço constitui uma projecção da (sua) liberdade de auto-organização e auto-regulação profissional inerentes à liberdade de iniciativa económica.

20.^a Pelo que, também neste âmbito, devem vigorar, por princípio, todos os preceitos constitucionais relativos aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, a valorização do trabalho

humano e na livre iniciativa em que se funda a ordem económica do Brasil, o primado do trabalho em que se funda a ordem social, o princípio da livre concorrência, a defesa do consumidor e a liberdade de acesso e o livre exercício de qualquer actividade económica, independentemente de autorização de órgãos públicos.

21.^a A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios confirma e reafirma a conclusão anterior.

22.^a Em face de todas as conclusões anteriores resulta a necessária ilegalidade e a inconstitucionalidade de diplomas municipais, estaduais ou distritais que as contradigam, desde logo, por:

- A)** Inconstitucionalidade por violação das normas de competência da Constituição Federal, designadamente, o art. 22.º.

- B)** Inconstitucionalidade material, pois tais leis seriam – e são (veja-se a análise do texto sobre as leis do Rio de Janeiro e de São Paulo) - materialmente inconstitucionais por violação directa da Constituição Federal, seja por violação isolada de diversos preceitos constitucionais, seja por violação sistematicamente agregada ou conjunta e simultânea desses diversos preceitos da Constituição Federal, que explicitam as bases fundantes e estruturais do Pacto fundante da República do Brasil e do (seu) Estado de Direito.

Este é, salvo melhor opinião, o nosso parecer

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 26 de Outubro de 2015

Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho

ANEXO COM SUMÁRIO EXECUTIVO

1. O escritório de advogados Licks Advogados dirigiu-nos uma consulta acerca de leis e iniciativas legislativas municipais no Brasil – em especial a Lei Municipal de São Paulo 16.279/2015, a Lei Complementar Municipal do Rio de Janeiro 159/2015 e do Projecto de Lei 282/2015-DF –, elaborando para o efeito o seguinte roteiro:

1) Sumário Executivo

Trata-se de consulta acerca da constitucionalidade de leis e projetos de lei brasileiros como a Lei 16.279/2015, sancionada pelo Prefeito de São Paulo Fernando Haddad em 08/10/2015 [“LMSP”]; da Lei Complementar Municipal 159/2015, sancionada pelo Prefeito do Rio de Janeiro Eduardo Paes em 30/09/2015 [“LCMRJ”]; e do Projeto de Lei 282/2015, vetado pelo Governador do Distrito Federal Rodrigo Rollemberg em 06/08/2015.

O objetivo comum de tais leis e projetos de lei é proibir a atividade empresarial da nossa cliente UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA., que consiste em conectar por meio de um aplicativo para telefones móveis motoristas profissionais e pessoas interessadas em contratá-los.

Entendemos que os atos mencionados são ilegais e inconstitucionais. Assim, poderiam ser atacados por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), intentada diretamente no STF e/ou por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs), perante os tribunais locais.

Segue abaixo um breve resumo sobre as razões de inconstitucionalidade/ilegalidade das referidas leis e projetos de lei, para apreciação.

2) Principais argumentos jurídicos

2.1. Inconstitucionalidade em vista do princípio da liberdade de iniciativa

O princípio da liberdade de iniciativa é previsto no artigo 1º, inciso IV⁹, e no artigo 170¹⁰ da Constituição da República Federativa do Brasil [“CRFB”] e garante que todos têm o direito de lançarem-se ao mercado e ali se manterem por sua conta e risco.

Atos como a LMSP e a LCMRJ proíbem o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos. Nesse sentido, atentam contra a liberdade de iniciativa dos motoristas profissionais que atuam no transporte remunerado de pessoas, bem como das sociedades empresárias operadoras dos aplicativos que objetivam conectar tais motoristas a possíveis passageiros.

Assim, tais leis mostram-se inconstitucionais por violarem os referidos artigos 1º, inciso IV, e 170 da CRFB.

2.2. Inconstitucionalidade em vista do princípio da liberdade de trabalho

O livre exercício do trabalho, é direito fundamental dos cidadãos brasileiros, conforme previsto nos artigos 1º, IV, e 5º, XIII, da CRFB¹¹.

As referidas leis restringem o exercício do trabalho ao proibir que motoristas profissionais exerçam atividade de transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos. Nesse sentido, afrontam a ordem constitucional.

⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”

¹⁰ “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 (...)”

¹¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”; “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

Note-se, igualmente, que o transporte privado individual de passageiros é atividade prevista expressamente na Lei Federal 12.587/2012, sendo seu exercício restrito indevidamente.

2.3. Inconstitucionalidade em vista do princípio da liberdade de concorrência

A livre concorrência é garantida pelo artigo 170, IV, da Constituição Federal¹². Tal princípio garante que indivíduos e sociedades empresárias são livres para buscar clientes no mercado, e, assim, prosperar, sem que o estado privilegie ou desfavoreça nenhuma parte injustificadamente.

As mencionadas leis e projetos de lei prejudicam motoristas profissionais que exploram a atividade de transporte privado individual de passageiros em benefício daqueles que atuam no transporte público individual, apesar de ambas as modalidades de transporte serem igualmente legais e expressamente previstas na Lei 12.587/2012¹³.

Por essa razão, as referidas leis e projetos de lei, por violarem a liberdade de concorrência, vão de encontro ao art. 170, IV, da CRFB.

2.4. Inconstitucionalidade em face do artigo 30, II, da constituição federal

A CRFB prevê em seu artigo 30, II, que compete aos municípios “*suplementar a legislação federal e estadual no que couber*”. O Código de Trânsito Brasileiro, que é Lei Federal, por sua vez, estabelece em seu artigo 231, VIII, a pena de retenção do veículo em caso de transporte remunerado de pessoas ou sem licença para esse fim.

Já algumas das leis mencionadas estabelecem para os casos de transporte remunerado privado de pessoas a pena de apreensão do veículo, que é mais grave do que aquela prevista em Lei Federal.

Desse modo, há inconstitucionalidade por força do artigo 30, II, da Constituição Federal.

2.5. Inconstitucionalidade por invasão de competência da União

¹² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência.

¹³ O transporte motorizado individual privado de passageiros é atividade expressamente prevista na Lei 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, nos parágrafos 1º, I e 2º, incisos I, “a”, II, “b” e III “b” do artigo 3º c/c art. 4º, inciso X.

A CRFB estabelece, em seu art. 22, incisos I, IV, IX, XI e XVI, que compete privativamente à União legislar sobre direito civil, informática, diretrizes da política nacional de transportes, trânsito e transporte e condições para o exercício de profissões. Sendo as mencionadas leis e projetos de lei oriundos dos legislativos municipais, e tratando da vedação do transporte individual privado mediante o uso de aplicações de internet, avançam injustificadamente sobre competência privativa da União, sendo inconstitucionais.

4) Principais argumentos jurídicos pela ilegalidade da Lei 16.279/2015

4.1. Ilegalidade por violação ao marco civil da internet

A Lei Federal 12.965/2014, também chamada de “Marco Civil da Internet”, elenca em seu artigo 3º os princípios da disciplina do uso da Internet no Brasil, estando previsto no inciso VIII a liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet¹⁴.

Os mencionados projetos de lei e leis visam a proibir uma atividade econômica desenvolvida por meio de aplicativos, discriminando-a justamente por ser um novo modelo de negócios.

Desse modo, atentam contra o Marco Civil da Internet no Brasil, sendo ilegais.

4.2. Ilegalidade por violação à lei 12.587/2012

A atividade econômica consistente no transporte individual privado de passageiros é expressamente prevista pela Lei Federal 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, nos parágrafos 1º, I e 2º, incisos I, “a”, II, “b” e III “b” do artigo 3º c/c art. 4º, inciso X.

A Lei Federal 12.587/2012, em seu artigo 12, atribuiu aos municípios a competência para organizar, disciplinar e fiscalizar o transporte individual de passageiros, mas não pode o poder legislativo municipal proibir esta atividade, expressamente prevista em Lei Federal.

¹⁴ “Art. 3º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: (...) VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.”

As mencionadas leis e projetos de lei têm por objeto não a organização, disciplina e fiscalização do transporte individual de passageiros, mas sim a proibição da atividade de transporte individual privado em benefício do transporte individual público. Dessa forma, há violação da Lei Federal 12.587/2012.

2. Outros elementos de trabalho

Juntamente com o excelente sumário executivo foram-nos fornecidas as seguintes peças legislativas e forenses:

a) Processos electrónicos

Tratam-se de Mandados de Segurança preventivos imputados pela Uber do Brasil Tecnologia Ltda e a Uber Internacional BV. Perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e o Tribunal de Justiça de São Paulo e Representações de Inconstitucionalidade contra as Leis Municipais 159/2015 (RJ) e 16.279/2015 (SP).

b) Decisões judiciais acerca da legalidade das atividades da Uber no Brasil

Tratam-se de decisões da 9ª Vara de Fazenda Pública de São Paulo, 1ª Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro, 15ª Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro, 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

c) Projeto de Lei 01-00349/2014

Este projeto “dispõe no âmbito do município de São Paulo sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas”.

d) Lei 16.279/2015

Esta Lei é oriunda do PL 349/2014 e “dispõe sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de São Paulo, e dá outras providências”.

e) Constituição do Estado de São Paulo

f) Parecer da Comissão de Economia, Orçamento e Finanças, sobre o projeto de Lei nº 282 de 2015, que “dispõe sobre a utilização de aplicativos para a prestação de transporte individual e remunerado de passageiros”.

- g) Projeto de Lei nº 282/2015, da Câmara Legislativa do Distrito Federal (Deputado Rodrigo Del Masso)
- h) Lei Orgânica do Distrito Federal, um texto devidamente atualizado
- i) Parecer da Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional do Distrito Federal, contendo argumentos sobre a inconstitucionalidade do PL 282/2015-DF
- j) PL 122-A/2015-RJ
Este PL trata da regulamentação do serviço público de transporte individual remunerado de passageiros em veículo automotor, da profissão de taxista e dá outras providências.
- k) Lei Complementar 159/2015 do Município do Rio de Janeiro
- l) Constituição do Estado do Rio de Janeiro
- m) Representação de inconstitucionalidade contra a Lei Complementar 159/2015
- n) Parecer dos Professores Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos sobre a questão do aplicativo Uber e a tutela da liberdade de iniciativa no Marco Civil da Internet no Brasil
- o) Trabalho do Departamento de Estudos Econômicos do CADE sobre o mercado do transporte individual de passageiros
- p) Palestra proferida pela Ministra do Supremo Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrichi, no II Congresso Brasileiro da Internet (Painel Internet das Normas: gerais discussões têm sido objeto de debate jurídico no Brasil), promovido pela Abranet – Associação Brasileira de Internet.