



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

Vistos etc.

1. O Município de “X” regulamentou a utilização do *Facebook* e do *WhatsApp*. (O nome não é aqui divulgado porque lei daquela vanguardista comunidade proíbe.) Os dois instrumentos são agora definidos como serviço público.

Os representantes populares reconheceram a importância dos meios de comunicação, mas alertaram para os perigos do uso livre, sem atenção aos superiores interesses comunitários e às particularidades dos valorosos cidadãos de “X”.

Doravante, nos limites de regulamento que será editado pelo Prefeito, serão estabelecidos os critérios de uso, mas submetidos desde logo a alguns parâmetros. A municipalidade lançará edital de licitação para selecionar as empresas que poderão fornecer nos limites territoriais de “X” os aplicativos. Será criada uma agência, que velará especialmente para impedir que sejam enviadas ou recebidas mensagens advindas de outros locais, a menos que haja concordância expressa das empresas que vencerem a licitação. Até a conclusão do certame licitatório o Prefeito poderá credenciar empresas idôneas para a exploração do serviço – autorização precária que valerá por 30 anos. Esses prestadores de serviço terão a garantia de rendimento mínimo, recebendo 90% da receita que os usuários pagarão a título de ISS.

O autor do projeto (cujo nome também não pode ser aqui divulgado) afirmou que o ponto alto da nova legislação é a obrigatoriedade de 50% das informações postadas no *Facebook* terem caráter educativo, sendo vetadas quaisquer notícias ruins. O *WhatsApp* seguirá o mesmo regime, proibindo-se mensagens que ofendam os valores da tradicional família de “X”. A formação de grupos de pessoas para uso precisará de prévia autorização da concessionária, a qual cobrará R\$ 5.000,00 para tanto.

Os habitantes de “X” reconhecem que desde a Lei



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

2.332/2016 o acesso ao *Face* (como preferem chamar) e ao *Whats* (como também gostam empregar) tem sido muito difícil, exceto nas madrugadas de terça-feira, quando alguns até já conseguiram postar uma foto. Só que todos os usuários demonstram absoluto contentamento com a transformação das duas ferramentas em serviço público, recusando-se terminantemente a migrar para programas concorrentes. “*São piratas, estão à margem da lei*”, é a posição unâime.

2. Manoel de Barros dizia que noventa por cento do que escrevia era invenção; só dez por cento era mentira.

O dito no item 1 é invenção, mas não tem nenhuma mentira.

Florianópolis – sem invenção, sem mentira – não merece ser o Município de “X”.

3. Há muita dificuldade para conviver com a liberdade.

Ser livre dá trabalho. Há escolhas por fazer. Exercitase o juízo crítico. Pode-se errar e daí vêm as frustrações. Pior ainda é saber que outra pessoa poderá fazer livremente o que desejar (para ser pleonástico).

O Brasil está precisando conviver com a liberdade.

A pergunta é retórica, mas como a resposta é fácil, faço-a: por que eu não posso usar, para fins privados, de um motorista e um carro igualmente privados, firmando com ele um contrato que ambos tenham por justo? Mais ainda, por que não posso ter um serviço melhor e mais barato? Por que não posso escolher entre o serviço de táxi e o Uber? Por que se deve tutelar o usuário como se o Município estivesse gabaritado a interferir nessas escolhas cotidianas? Por que, inclusive, não posso optar entre o Uber ou as utilidades de aplicativo concorrente?



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

O sistema constitucional brasileiro, peço perdão se causo surpresa pela crueza das palavras, se fundamenta no capitalismo (arts. 3º, inc. I, 5º, inc. II e 170 da CF). Mas não adianta “*conhecer a letra, mas não aprender a melodia*”, disse Milton Friedman no sugestivamente intitulado *Livre para escolher*.

As pessoas têm direito de escolher, e o Estado não é o provedor universal, muito menos tem como papel criar reservas de mercados, garantindo lucro para alguns, ainda mais quando isso valer por prejudicar a maioria.

O Estado, aliás, não tem o direito de prejudicar as pessoas. Se eu posso e quero me servir do Uber tenho o direito de fazê-lo. Posso optar entre táxi e Uber, entre táxi e outro aplicativo, entre Uber e sistema assemelhado. Tenho o direito de não ir, de ir sozinho, mas tenho o direito de ir com o meio de transporte que, sem atingir valores sociais realmente dignos, eu considere pertinente.

4. Repito aqui uma peroração.

Repto-a porque ninguém lê mesmo o que escrevo (no que fazem muitíssimo bem), mas especialmente porque o fundamento tem que ser lembrado sempre diante dessas coisas que envolvem o sistema de trânsito (valendo para o Município, mas também para o Detran e seus regulamentos que se esmeram na reserva de mercados).

Vive-se no direito brasileiro sob o bacharelismo.

Ele se serve primeiramente de um “*discurso pronto, que combina uma terminologia arcaica com frenética verbosidade, como se saísse da pena de um escritor medieval sob efeito de crack*” – registrou o psicólogo de Harvard Steven Pinker a propósito do legalês (*Guia de escrita, Contexto*, 2016, p. 86).

A esse discurso oco se une o messianismo. Os



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

bacharéis se postam como sacerdotes, intermediários entre uma vontade sobre-humana e os homens comuns. Passou-se lamentavelmente a cuidar do direito como se fosse uma *religião*. Uma *religião secular*, é a expressão de Raymond Aron, que cuida do assunto a propósito das ideologias, notadamente o comunismo (*O ópio dos intelectuais*, Três Estrelas, 2016, p. 275). As religiões podem crer no sobrenatural ou não, mas elas têm em comum a confiança em forças sobre-humanas que governam (Yuval Noah Harari, *Sapiens*, LPM, 2013, p. 237).

A partir daí, perde-se o senso crítico que impõe interpretar as normas e também seus princípios os entrosando com um ideal de justiça. Há um inebriamento com as teses como se elas valessem em si. Chega-se por essas veredas a soluções que se chocam abertamente com a racionalidade, mas que acabam sendo justificadas porque são compreendidas para o mundo teórico. Nesse campo abstrato não existe sensibilidade à injustiça, mas à necessidade de fazer prevalecer uma teoria – o que será tão mais apropriado quanto conflitar com o senso comum, esta vulgaridade ignara.

Essas divagações etéreas são convenientes para perpetuar o serviço de táxi em regime monopolizado. Deixa-se de lado o óbvio, que é refletir sobre o melhor para a população para se teorizar sobre serviço público, regulação, fiscalização; na realidade, distorce-se o ponto essencial para desviar a solução evidente.

5. O táxi é definido em Florianópolis como um serviço público.

O discurso bacharelesco tem uma justificativa de plano: a segurança, a eficiência, a qualidade do transporte, tudo depende da intervenção do Município, garantindo serviços adequados aos cidadãos.

Não é verdade.

Trago um paralelo no campo estadual, que igualmente se esmera em avocar para o Poder Público algo que é naturalmente da alcada particular. As autoescolas (aquilo que hoje é pretensiosamente chamado de



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

centros de formações de condutores) são definidos em Santa Catarina como um serviço público. É claro, serviço público que nunca foi submetido a uma licitação para escolha de delegatários, preservando-se reserva de mercado àqueles que já detinham o credenciamento. O resultado é que se eu quiser criar uma faculdade de medicina, posso; uma autoescola, não. (Restrições equivalentes existem para despachantes, médicos e psicólogos peritos, fabricantes de placas, entre outros.)

Muitas coisas óbvias têm que ser ditas.

Definir o serviço de táxi como público traz algumas poucas centenas de beneficiários – e, no caso de Florianópolis, centenas de milhares de prejudicados. São favorecidos os taxistas. (Melhor, são beneficiados mais diretamente os empresários do ramo de transporte que colocam terceiros para pilotar para si. Em Florianópolis, vejo nos processos, há titulares de licença que não têm sequer carteira de habilitação!). Mas também são beneficiados os circunstanciais políticos que estão no poder, que têm um grupo econômico que se torna seu dependente. Como de praxe, no entorno viceja a burocracia.

As promessas que vêm associadas ao serviço público são, é o costume mesmo, vãs. Quanto ao tópico, aliás, não vou me alongar. Na realidade, se alguém se sente satisfeito com o serviço de táxi, tanto melhor: poderá usá-lo livremente. Pode-se achar que há veículos às mancheias, que a educação é destacada, que os preços são baixos. É uma grande vantagem do capitalismo e da liberdade (a propósito, *Capitalismo e liberdade* é outro ótimo livro de Milton Friedman). Ser livre implica não deixar para o outro definir o que é bom e o que é ruim. Posso achar o táxi maravilhoso e o Uber, um horror. Mas eu vou escolher o que considero mais vantajoso; não será uma imposição de um grupo econômico que ditará minha escolha.

6. Deve-se sempre manter a “*inviolabilidade daquilo que foi assim desde sempre*”, é uma citação de Max Weber que é bem conhecida – e que li por estes dias (Marcos Costa, *A História do Brasil*, Valentina, 2016, p. 10).

Ali é trazida esta passagem de Raimundo Faoro, que



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

consta igualmente de advertência no excelente *O Estado de Narciso* (Companhia das Letras, 2015) de Eugênio Bucci:

A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiá nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o **patrimonialismo**, cuja legitimidade se assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi. (*Os Donos do Poder*, <http://www.usp.br/cje/anexos/pierre/FAORORaymundoOsDonosdoPoder.pdf>)

Não existe sentido algum, estimo, preservar o monopólio do serviço de táxi para o transporte individual remunerado. Isso só atende ao patrimonialismo, à crença de que apaniguados tenham a prerrogativa de obter as mercês oficiais, tocando ao Estado lhes garantir lucros em caráter permanente.

É, enfim, o patrimonialismo.

Pouco importa que mais recentemente os serviços de táxi tenham sido objeto de licitação. O êxito nessa disputa não pode servir de empecilho para os avanços tecnológicos – a menos para a população do Município de “X”, que não se importa com a qualidade dos serviços, confiando ardenteamente nas escolhas políticas que lhes causam prejuízo.

Salvo pelo patrimonialismo (digo pela quarta vez), não há razão para apostar em um Estado paternalista, que se comprometa a dar estabilidade financeira para empresários. Enquanto aquele que abre um bar está sujeito a tudo, o taxista não pode sofrer ameaça alguma. Há até lei federal que prevê sucessão quanto às licenças. As pessoas em geral ficam submetidas a toda sorte de infortúnios, mas aqueles que se servem do Estado (não que o servem) se consideram dignitários que merecem todos os resguardados. Um mundo sem ameaças, só ganhos.

Ameaças, na realidade, ficam para os motoristas de Uber e seus passageiros. São horrorosos os episódios que aconteceram no Rio de



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

Janeiro, causando-se padecimento físico àquelas profissionais, tanto quanto ganhou destaque nas folhas locais e humilhação à qual exposto um motorista e sua cliente, que houve de deixar o veículo antes de chegar ao Aeroporto Hercílio Luz. Estava nítido ali: “*inviolabilidade daquilo que foi assim desde sempre*”; ou “*a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade se assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi*” - podendo-se escolher entre Max Weber ou Raimundo Faoro, já que se deve ser livre.

7. Faz poucas semanas tomei decisão neste mesmo juízo que favoreceu taxistas antigos, os quais tinham a iminência de perder a licença. A decisão foi modificada pelo Tribunal de Justiça, mas logo em seguida o Supremo Tribunal Federal – então analisando o único argumento do qual me servira para conceder a liminar – restabeleceu a decisão aqui havida em primeiro grau.

Para que não surja afirmação de contradição, esclareço aquele caso e pondero que ele não tem nenhuma relação com a presente situação.

Os antigos taxistas têm em seu favor uma decisão havida em ação direta de constitucionalidade que lhes garante preservar as permissões para explorar seus serviços até seis meses depois de a deliberação do TJSC passar em julgado. A causa pende de recurso extraordinário no STF. Até lá, quando menos, preservarão o direito e depois terão ainda mais seis meses. Foi isso que também viu o Min. Teori Zavascki ao restabelecer o que fora decidido aqui.

Naquela decisão, porém, lastimei que o serviço de táxi tivesse a regulamentação férrea que é exposta na Lei Complementar Municipal 085/2001, mas reconheci que enquanto não houvesse alteração do proposto pelo TJSC, os taxistas antigos deveriam continuar com os seus direitos preservados.

Na realidade, continuo entendendo que todos, novos e antigos taxistas, mantenham suas licenças. É um direito deles. É bom que haja



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

táxis pela cidade.

Coisa diversa é ratificar que apenas eles tenham direito a ganhar a vida dessa forma. Melhor, não vejo sentido que esses empresários do ramo de transporte (pois eles, salvo bem poucas exceções, não dirigem os carros) tenham o direito de impedir que outras pessoas, por meios surgidos da inventividade, não possam se servir das mercês que o capitalismo propicia.

8. A Constituição enumera alguns serviços que devem ser públicos obrigatoriamente – e, inclusive, de maneira eventualmente exclusiva – estatal.

O caso dos correios é bem ilustrativo, havendo mesmo que chegue a entendê-lo como serviço monopolizado (art. 21, inc. X). O transporte coletivo municipal é também algo privativo do Poder Público (art. 30, inc. V) – e isso é bem compreensível. É serviço que envolve imensos custos e reclamos de segurança peculiares. A Administração do serviço deve ser compatibilizada com algumas cláusulas exorbitantes, tais como a fixação compulsória de serviço mesmo em momentos deficitários e limitações tarifárias rígidas. (Isso, é claro, enquanto não houver uma solução distinta factível.) Há casos ainda que o serviço pode ser prestado pelo Estado, mas obrigatoriamente deve ser também franqueado aos particulares (e então sem os qualificativos de um serviço estatal), cujo exemplo evidente é a saúde.

O aspecto mais sensível é que a Constituição não enumera todas as hipóteses em que um serviço possa ser definido como público. O legislador ordinário terá uma boa dose de discricionariedade para definir certas atividades como serviço público, mas evidentemente deve haver limites.

Celso Antônio Bandeira de Mello, acredito, dá a exata medida dos limites desse poder discricionário:

É realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais. Agora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

ser assim qualificados contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à *ordem econômica*, as quais são *garantidoras da livre iniciativa*. É que a exploração da atividade econômica o desempenho de "serviços" pertinentes a esta esfera, assiste aos particulares e não ao Estado. Este apenas em caráter excepcional poderá desempenhar-se empresarialmente nesta órbita.

Sem embargo, o fato é que o Texto Constitucional, comprehensivelmente, não define o que sejam "atividades econômicas". Em consequência, remanesce ao legislador ordinário um certo campo para qualificar determinadas atividades como "serviços públicos", no que, indiretamente, gizará, *por exclusão*, a área configurada como das "atividades econômicas".

É lógico, entretanto, que, em despeito desta margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há de se entender que o constituinte se remeteu ao *sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na Sociedade*. Por isso mesmo não é total a liberdade do Legislativo, sob pena de ser retirado qualquer conteúdo de vontade ao dispositivo da Carta Magna, tornando-o letra morta, destituído de qualquer valia e significado. (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 2010, pp. 691-692; destaque meu)

A partir daí, é abusivo definir o serviço privado de transporte individual como um serviço público. Se o Município desejar credenciar (mero credenciamento!) motoristas que, cumpridas certas exigências razoáveis, desejem atuar nesse ramo, até é sustentável que possa fazê-lo. Que haja a frota municipal de táxis submetida a certa regulamentação! Mas é absolutamente (faço a ênfase propositadamente) fora do razoável que isso obste que pessoas jurídicas e naturais tenham a mesma iniciativa, ainda mais quando isso é uma exigência "*dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na Sociedade*" – repito as expressões de Celso Antônio, mas faço um aditamento: os padrões evoluem e devem ser analisados contemporaneamente.

Há ainda o art. 173 da CF, que apenas permite que o Estado intervenha na atividade econômica em duas hipóteses: (a) "*quando necessário aos imperativos da segurança nacional*" ou quando houver (b) "*relevante interesse coletivo*". Mesmo que a Administração delegue o serviço de transporte individual para particulares, a essência – é o que se tenta fazer em Florianópolis – é estatal. O serviço público para ser insistente. Está-se tirando da livre iniciativa esse mercado.



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

Certamente o serviço de táxi não está envolvido em “imperativo de segurança nacional”. Quanto ao “relevante interesse coletivo”, a tentativa de criar um cartel em torno da atividade se presta a prejudicar o interesse coletivo.

9. O art. 5º, inc. XIII, da CF fixa que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações estabelecidas em lei”.

A regra, portanto, é a desembaraçada atividade laboral (STF, RE 414.426, rel.^a Min.^a Ellen Gracie). Mais ainda, as limitações, quando pertinentes, devem vir por lei em seu sentido típico: não somente uma norma, até mesmo regulamentar, mas regramento editado pelo Poder Legislativo em sua missão exclusiva.

Só que não basta a lei.

A lei só se justifica quando a regra (o livre exercício profissional) tiver a efetiva razão para ser excepcionada, ou seja, que haja justificativa racionais que amparem a restrição.

Há de existir – é realmente uma compreensão de todos – uma pertinência entre as limitações impostas pela lei e um ideal de proteção da sociedade. Exigir a aprovação em exame de ordem para o exercício da advocacia é legítimo (STF, RE 603.583, rel. Min. Gilmar Mendes), mas não tem sentido que se faça o mesmo reclamo quanto ao exercício da profissão de músico (STF, RE 414.426, rel.^a Min.^a Ellen Gracie) – são exemplos que apanho, tanto quanto o outro citado neste item, de José Miguel Garcia Medina, *Constituição Federal Anotada*, RT, 2013, p. 94-95).

10. Essa polêmica já constou em outros locais. Há discussão jurisprudencial sobre o tema. Ainda que não exista, ao que saiba,



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

pronunciamento a esse respeito por parte dos tribunais superiores, há uma tendência de considerar o serviço de transporte individual prestado por intermédio de aplicativos como nítida atividade econômica em sentido estrito.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou ação direta de constitucionalidade apresentada contra lei municipal (do Município de São Paulo) que proibia o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para transporte remunerado individual de pessoas (ADI 2216901-06.2015.8.26.0000).

No voto do desembargador Francisco Casconi, faz-se preciso distinção entre o serviço de táxi, tido por de natureza pública, e aquele proveniente de motoristas particulares vinculados a aplicativos (aliás, uma ótima solução, na linha do antes defendido, que não pretende impedir o serviço de táxi; muito pelo contrário):

Nesse passo, é possível afirmar uma **primeira conclusão**: **inexiste previsão constitucional, seja na Lei Maior, seja na Carta Paulista, que qualifique o transporte individual remunerado de passageiros como serviço público ou monopólio estatal**, diversamente do que ocorre com a modalidade de transporte coletivo no âmbito municipal, expressamente definida como serviço público (artigo 30, inciso V, CR).

(...)

Nesse ponto, uma **segunda conclusão** se mostra possível em vista do §2º ora transcreto [§2º. Os serviços de transporte urbano são classificados: I - quanto ao objeto: a) de passageiros; b) de cargas; II - quanto à característica do serviço: a) coletivo; b) individual; III - quanto à natureza do serviço: a) público; b) privado.]: está-se a **debater, in casu, sobre modalidade de transporte de passageiros (quanto ao objeto) e individual (quanto à característica do serviço)**.

O próximo passo é definir a natureza do serviço objeto de proibição na lei impugnada, é dizer, se de caráter público ou privado. Vale anotar que, indiscutivelmente, o diploma em comento conforta ambas as hipóteses (inciso III, do §2º, do art. 3º, da LPNMU).

(...)

Voltando à dicotomia prevista no inciso III, do §2º, do artigo



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

3º da LPNMU, o transporte individual de passageiros pode ser classificado em público e privado. Os táxis, como explanado, enquadram-se na primeira hipótese e se amoldam ao conceito de “transporte público individual” (art. 4º, inciso VIII, da LPNMU), numa visão conjunta aos artigos 2º da Lei Federal nº 12.468/2011 e artigo 1º da Lei nº 7.329/1969 do Município de São Paulo, as quais, de maneira expressa, aludem à atividade as expressões “transporte público individual” e “serviço de interesse público”.

Conclusão similar, entretanto, parece não emergir do exame da atividade de “transporte individual remunerado de passageiros por motoristas particulares, intermediado por aplicativos”, objeto de proibição no ato normativo impugnado.

O primeiro ponto, talvez o mais marcante, que realça a diferença entre o transporte **público** individual (táxi) do transporte **privado** individual prestado por motoristas particulares diz respeito à sua abrangência.

Como decorre do próprio conceito previsto na LPNMU (art. 4º, inciso VIII), o transporte público individual remunerado de passageiros é um serviço aberto ao público, o que não ocorre com o transporte privado individual. Inerente a esta característica essencial a obrigatoriedade do serviço prestado pelo taxista, que não pode recusar viagens ainda que de curto trajeto; além disso, possibilita-se a coleta de novos passageiros nas próprias vias públicas, durante seu trânsito regular, facilidade que alcança não só os taxistas como também os próprios passageiros. Potencialmente, qualquer indivíduo em espaço público é um possível usuário do serviço.

Já a atividade econômica proibida pela lei impugnada, diferentemente, está restrita aos usuários previamente cadastrados no aplicativo e que se utilizam da plataforma virtual para contratar o transporte individual remunerado para deslocamento específico. A exigência de cadastro prévio e condições mínimas (incluindo **smartphone** com plano de dados ativo) torna a gama de consumidores usuários identificável e finita, embora possa se ampliar ou se encolher, à medida que o serviço eventualmente se expanda ou se retraia. Além do mais, as viagens dos motoristas particulares prestadores da atividade são avençadas no ambiente da plataforma virtual do aplicativo, marcadas ainda pela aceitabilidade do prestador do serviço, deduzindo-se que não coletam novos passageiros aleatoriamente pelas ruas

Não à toa que a expressão “aberto ao público”, propositalmente, não foi incorporada no conceito de “transporte motorizado privado” (art. 4º, inciso X, da LPNMU), que tal como a definição do inciso I do mesmo dispositivo, melhor se ajusta ao transporte individual remunerado de passageiros por motoristas particulares cadastrados em aplicativos.

(...)



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

Outras características, senão benefícios, podem ser destacadas como exclusivas do transporte público individual de passageiros (táxis), não extensíveis à atividade privada em comento, que mostram plena coerência e somente são justificadas pela natureza pública do serviço. Dentre elas, por exemplo, a permissão (no caso da Cidade de São Paulo) para transitar em faixas exclusivas, o abatimento e/ou isenção de impostos relacionados à manutenção e aquisição dos veículos utilizados, a existência de áreas de parada exclusivas e específicas em locais públicos e de grande circulação (“pontos de táxi”) etc.

Não bastasse, como já enaltecido, a forte intervenção estatal na disciplina e regulação do transporte público individual, inclusive na fixação e controle da política tarifária, também é marco característico do serviço táxi, inaplicável, **in ictu oculi**, no regime atual, ao transporte privado individual de passageiros.

(...)

Assim sendo, consideradas as características singulares do transporte público individual (táxis), uma **terceira conclusão** pode ser afirmada: **o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas particulares previamente cadastrados em aplicativos não se constitui, tecnicamente, em serviço público, mas se enquadra no conceito de atividade econômica em sentido estrito, é dizer, de natureza privada (art. 3º, §2º, inciso III, alínea 'b', da LPNMU)**, que, diga-se, pode e deve ser regulamentado pela Municipalidade como qualquer outra atividade.

Avançando o raciocínio, mas rememorando o já exposto, a atividade objeto de proibição pelo ato normativo impugnado pode ser decomposta na prestação de dois serviços distintos, mas que operam de forma conjunta: a) o primeiro deles consiste na disponibilização em ambiente virtual (aplicativo desenvolvido por empresa privada) de oferta, aos usuários desta plataforma, de serviço específico (no caso, de transporte individual), a ser prestado por profissionais previamente cadastrados; b) o segundo, pressupondo a contratação pelo usuário e aceitação pelo motorista, é a realização material do transporte individual, com base nos critérios (localização, destino, trajeto, modalidade etc.) escolhidos pelo usuário/contratante.

Como dito, a controvérsia gira em torno, preponderantemente, da “segunda atividade” (o transporte), mesmo porque organização e oferta de bens e serviços em ambientes virtuais seja na própria internet, seja em aplicativos especificamente desenvolvidos não são novas e os exemplos inúmeros.

Sua natureza, como visto, assume contornos próprios das atividades reservadas à livre iniciativa, sujeita à liberdade de exploração por agentes privados atuantes no mercado, com respaldo nos princípios estruturantes e regentes da ordem econômica constitucional.



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

Nesse mesmo acórdão, em processo que teve a intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na condição de *amicus curiae*, traça-se importante análise quanto aos benefícios do efeito concorrencial que essa inovação proporciona, além de esvaziar uma possível reserva de mercado prejudicial a toda coletividade:

Com efeito, documento acostado pelo **amicus curiae** a fls. 419/469, revela que a atividade em questão (transporte privado individual remunerado de passageiros) foi objeto de análise pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

Aludido estudo, intitulado “O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano”, elaborado em setembro/2015 numa abordagem econômica do tema, concluiu que “não há elementos econômicos que justifiquem a proibição de novos prestadores de serviços de transporte individual. Para além disso, elementos econômicos sugerem que, sob uma ótica concorrencial e do consumidor, a atuação de novos agentes tende a ser positiva” (fls. 466).

Da mesma forma, “Nota Técnica” da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda analisou o tema na visão anticoncorrencial (fls. 808/838), sugerindo, dentre outras recomendações, que “o Poder Público não adote medidas que inviabilizem ou dificultem a operação dos aplicativos de transporte individual de passageiros, permitindo que as inovações beneficiem o consumidor” (fls. 838).

O estímulo à concorrência no aspecto econômico mostra plena convergência à proteção que emana do princípio da livre concorrência no aspecto jurídico (artigo 170, inciso IV, CR), efluindo consequências socialmente desejáveis inerentes às naturalidades decorrentes do processo competitivo mercadológico, como melhor qualidade e eficiência do serviço, preço mais justo, ampliação do direito de escolha do consumidor etc.

Além do mais, vige no ordenamento infraconstitucional a Lei Federal nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo também sobre prevenção e repressão às infrações da ordem econômica (artigo 1º), assim consideradas, independentemente de culpa, v.g., prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado, ou ainda criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços (artigo 36, inciso I, e §3º, incisos III e IV).

Nesse contexto, a proibição do exercício do transporte



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

privado individual remunerado por motoristas particulares cadastrados em aplicativos, instituída pelo ato normativo impugnado, contraria também o sistema concorrencial incorporado na ordem econômica, criando, na prática, verdadeira reserva de mercado com exclusividade à classe do transporte público individual de passageiros, operada pelos taxistas.

(...)

Fato é que esta nova tecnologia concretizada em aplicativos seja para o transporte privado individual, seja para os taxistas tem aprimorado a forma de mobilidade urbana, principalmente daqueles que se utilizam do transporte individual com maior frequência.

Certo ainda que é diretriz da Política Nacional de Mobilidade Urbana elaboração de políticas públicas que primem pela priorização dos transportes não motorizados sobre os motorizados, e dos serviços de transporte público coletivo sobre o individual motorizado (art. 6º, inciso II, da LPNMU), substituindo o particular a utilização de seu veículo próprio. Exemplo disso nos grandes centros a criação de ciclofaixas e ciclovias como instrumento de mudanças da mobilidade.

Todavia, no contexto inerente à complexidade das metrópoles, onde se expõe a dificuldade na implantação e aceitação social dessas políticas, tal como a deficiência do transporte público coletivo, forte o argumento de que no aprimoramento do transporte individual seja pela inserção do modal privado, seja pela melhor qualificação do modal público também se vislumbra reais benefícios para mobilidade urbana, como elencou o *amicus curiae* a fls. 805/806.

(...)

Nesse quesito, a já mencionada “Nota Técnica” da Secretaria de Acompanhamento Econômico (fls. 808/838) também ressaltou a defasagem das regulamentações municipais do serviço de táxi, anotando, em decorrência disso, “a insatisfação de usuários e de motoristas taxistas não detentores de licenças”. Destacou, em seguida, que “a introdução de um novo agente no mercado (no caso, o Uber) aumenta a pressão para que os taxistas melhorem a prestação dos seus serviços, assim como requer novas abordagens regulatórias por parte do poder público” consequências que se têm observado nesta urbe, sugerindo, na sequência, medidas para melhoria do transporte público individual (fls. 835).

Entretanto, a insatisfação da categoria que parece ter sido incorporada na lei impugnada não se assenta em razões jurídicas plausíveis a aviltar o exercício de atividade econômica lícita, pautada essencialmente nos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

O transporte privado individual remunerado de passageiros por motoristas particulares cadastrados em aplicativos é, na hodierna exegese constitucional, realidade social de aspecto globalizado, conformada pelo ordenamento jurídico em vigor e incorporada na mobilidade urbana das cidades em que atua, parecendo retrógrada qualquer solução que vede seu legítimo exercício.

Os TJRJ, TJMG (em que pese à discussão quanto ao primeiro em sede de ação direta de constitucionalidade contra leis municipais proibitivas ainda penda; já referente ao segundo foi instaurado incidente de assunção de competência) e TJDF possuem decisões avalizando uso do transporte individual privado:

Mandado de Segurança Preventivo. Liminar deferida. Impetrante que exerce atividade de transporte individual privado de passageiros através do aplicativo Uber. Sentença concedendo a ordem. Inconformismo do Município. A exploração direta do domínio econômico pelo Estado é excepcional. A Constituição Federal contemplou a liberdade de iniciativa econômica como princípio. Sobre o transporte em geral, a Constituição o prevê como direito social (art. 6º da CRFB), sendo competência da União explorar diretamente, ou mediante autorização concessão ou permissão. Em relação aos Municípios, a Lei Magna lhes atribui competência para organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial (art. 30, inciso V da CRFB). A matéria relativa a transporte incide interesse local, contudo, a existência deste interesse não pode limitar-se a suprimir garantias constitucionais, vedando o exercício de uma atividade lícita, ou mesmo se sobrepor ao próprio interesse público, outorgando exclusividade na prestação do serviço a este ou aquele grupo sobre determinada atividade, ferindo, deste modo, o postulado constitucional da livre concorrência. Os motoristas parceiros do sistema Uber exercem atividade privada - transporte motorizado privado. Ilegítima é a prática de quaisquer atos que restrinjam ou impossibilitem o exercício da atividade econômica do impetrante (motorista "parceiro" prestador do serviço de transporte privado individual remunerado de passageiros mediante o uso do sistema UBER), única e tão-somente em razão do desempenho de sua atividade, caracterizando-a indevidamente como transporte irregular de passageiros, até que esta mesma atividade venha a ser efetiva e validamente regulamentada. Direito líquido e certo a ser amparado. Sentença mantida. DESPROVIMENTO DO RECURSO. CONFIRMADA A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJRJ, AC 0356702-60.2015.8.19.0001, Rel. Des. Sirley Abreu Biondi).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - MANDADOS DE SEGURANÇA - OBJETO - DETERMINAÇÃO DE QUE AS AUTORIDADES COATORAS SE ABSTENHAM DE PRATICAR, COM FULCRO NA LEI MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE Nº. 10.900/2016, QUAISQUER ATOS OU MEDIDAS REPRESSIVAS QUE COÍBAM OS IMPETRANTES DE EXERCEREM LIVREMENTE SUAS ATIVIDADES



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

ECONÔMICAS DE TRANSPORTE PRIVADO REALIZADOS ATRAVÉS DO APLICATIVO UBER - MESMO PEDIDO E CAUSA DE PEDIR - CONEXÃO - RISCO DE PROLAÇÃO DE DECISÕES CONFLITANTES OU CONTRADITÓRIAS - OCORRÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 55, DO CPC/2015 - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE - CONFLITO REJEITADO. - Nos termos do art. 55, §§ 1º e 3º do CPC/15, os processos de ações conexas e os que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididas separadamente, mesmo sem conexão entre eles, serão reunidos para julgamento conjunto. - Havendo conexão entre os mandamus que têm por objeto determinar que as autoridades coatoras se abstêm de praticar, com fulcro na Lei Municipal de Belo Horizonte nº. 10.900/2016, quaisquer atos ou medidas repressivas que coibam os impetrantes de exercerem livremente sua atividade econômica de transporte privado realizada através do aplicativo UBER, bem como risco de prolação de decisões conflitantes, devem as referidas ações serem distribuídas de maneira preventa ao Juiz que primeiro conheceu de uma das demandas. (TJ-MG, CC: 10000160259198000, Rel. Desa. Ana Paula Caixeta)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS – UBER – REGULARIDADE DO SERVIÇO PRESTADO – FALTA DE VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES DO AGRAVANTE – RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO NÃO CONFIGURADOS. 1. O serviço prestado pelo Uber configura-se como transporte de passageiros individual privado, não se confundindo com o serviço prestado pelos taxistas que se configura como um transporte de passageiros individual público, nos termos da Lei nº. 12.468/2011. 2. Não há verossimilhança nas alegações do agravante que pretende a suspensão do aplicativo Uber, tendo em vista a diferença da natureza dos serviços prestados. 3. A manutenção do serviço prestado pelo Uber não gera risco de dano irreparável ou de difícil reparação aos taxistas, tendo em vista a grande demanda de serviço de transporte individual não atendida diante da defasagem da frota de táxis. 4. Negou-se provimento ao agravo de instrumento. (TJDFT, AI 20150020202844, Rel. Rel. Sérgio Rocha).

Aliás, o modo de enfretamento do tema, assentado na dicotomia (transporte individual público versus transporte individual privado), reforça a ideia trazida de que a identificação de um serviço público não é monótona, mas verificável em um dado (e evidentemente variável) contexto social.

Nesse particular, pertinente se afigura o voto do Min. Roberto Barroso, ainda que vencido no julgamento, à época rejeitando o monopólio no serviço postal pelos Correios, por não mais se justificar a adoção desse regime nos dias atuais. Abordagem que, penso, pode ser transplantada à espécie no sentido de privilegiar um regime concorrencial, com ganhos a todos os



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

usuários, em detrimento de uma reserva de mercado sob tutela da Administração e com benefício a poucos agraciados:

Não vou explorar o argumento que já explorei no caso precedente, envolvendo o IPTU, no sentido de que considero que o serviço postal no mundo contemporâneo, no século XXI, na era da Internet e do correio eletrônico, seja uma atividade predominantemente econômica e não um serviço público. Porém, devo dizer que, ainda que considerasse um serviço público, continuo militante da crença de que o serviço público deve ser, como regra geral, prestado em regime concorrencial. Acho que é melhor para a sociedade e acho que é melhor para as empresas, salvo aquelas situações de monopólio natural: distribuição de gás, distribuição de energia elétrica. Fora isso, o regime de privilégio ou monopólio, seja no serviço público, seja na iniciativa privada, conduz, no mínimo, à ineficiência quando não à coisa bastante pior.

O regime de privilégio ou monopólio é ruim para a sociedade e é ruim para o trabalhador, que tem menos opção de emprego no setor e deixa de ter o seu salário valorizado pela competição do mercado. É só perguntar no mercado de telecomunicações se era melhor no tempo em que só tinha a Telerj ou se é melhor nos dias atuais. No meu entender, portanto, todas as atividades da Empresa de Correios e Telégrafos deveriam ser prestadas por ela, mas sem exclusão de outras empresas. (STF, RE 627051, Rel. Min. Dias Toffoli).

11. Vou ao caso concreto.

A Uber, que é uma sociedade empresária que opera no Brasil plataforma virtual homônima, suscita má conduta por parte da autoridade coatora de direito individual seu ao lhe impedir que livremente exerça seu negócio.

Descreve, aliás, fatos notórios.

O Poder Público embaraça a atividade. Apreende veículos, impõe multas. Veda, enfim, o serviço agregado a um aplicativo tirado da *internet*.

Isso é ilícito.

A autora tem o direito de atuar no mercado sem



ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

nenhum tipo de constrangimento. Com efeito, não há óbice, como já enfatizado, do ponto de vista constitucional, e mesmo legal, que a impeça de se colocar como intermediária na contratação de transporte privado de passageiros. Isso porque, a rigor, age como facilitadora na aproximação dos usuários que têm interesse na utilização do serviço e dos motoristas que lhe são filiados.

A Constituição garante a liberdade quanto à atividade econômica.

A urgência da liminar requerida (para suspender as retaliações) é evidente, visto que a livre iniciativa tem igualmente *status* constitucional.

12. Assim, defiro a liminar para "*determinar que as autoridades coatoras se abstêm de praticar, no Município de Florianópolis, quaisquer atos ou medidas com o fundamento no suposto exercício de transporte irregular, clandestino ou ilegal de passageiros ou na operação e/ou administração de aplicativos destinados à captação, disponibilização e intermediação de serviços de transporte individual de passageiros, que restrinjam ou impossibilitem o livre exercício da atividade empresarial da Uber*" (fl. 39).

Notifiquem-se e cumpra-se o art. 7º, II, da LMS.

Florianópolis, 6 de dezembro de 2016.

Hélio do Valle Pereira
Juiz de Direito

Autos 0313575-31.2016.8.24.0023