



Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Gerada em
17/02/2017
08:53:15

DECISÃO OU DESPACHO

Dados do Processo

Número 201611801493	Classe Tutela Antecipada Antecedente	Competência 18ª Vara Cível de Aracaju
Guia Inicial 201610093937	Situação ANDAMENTO	Distribuído Em: 19/12/2016

Dados da Parte

Requerente SUPERINTENDENCIA MUNICIPAL DE TRANSPORTE E TRANSITO - SMTT 1336692700191	Advogado: ANTÔNIO SOARES SILVA JÚNIOR - 3578/SE Advogado: CAIO CHRISTOFANI SANTANA - 6454/SE
Requerido UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA 17895646000187	Advogado: EDUARDO DE FARIA LOYO - 591-A/SE Advogado: FÁBIO FARIA SILVA - 5270/SE
Interessado SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TAXIS DE SERGIPE-SINTAXIS	Advogado: KLEBER RENISSON NASCIMENTO DOS SANTOS - 2473/SE

Processo nº 201611801493 (GM) - Decisão sobre tutela provisória de urgência cautelar requerida em caráter antecedente

R. hoje.

A SUPERINTENDÊNCIA MUNICIPAL DE TRANSPORTES E TRÂNSITO DE ARACAJU – SMTT/AJU move REQUERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE em face da UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, com base nos fundamentos fáticos e jurídicos abaixo delineados.

Narra a requerente que é autarquia municipal responsável pela regulamentação dos serviços de transporte público da capital sergipana (Lei Municipal nº 1.348/88), estando, suas atribuições, dentre as mais importantes a serviço do município, uma vez que visa garantir a eficiência do sistema e a concretização da garantia fundamental à mobilidade urbana, segundo critérios mínimos de previsibilidade, higiene e segurança, algo que só é possível com a estrita observância dos princípios e regras que regem a relação do prestador de serviço de transportes com a Administração Pública.

Informa que recentemente chegou ao Estado o aplicativo de celular – UBER – que oferta um serviço que está frontalmente em desacordo com a lei municipal nº 4.738/15, que veda o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos locais preestabelecidos, além de confrontar com os princípios e regras relacionados ao transporte individual de passageiros - Lei nº 12.468/2011.

Após expor sobre as questões fáticas e de direito, pleiteia a concessão da tutela provisória de urgência cautelar, liminarmente, *para o fim de determinar, nos termos do artigo 303 do CPC, a imediata suspensão do funcionamento do aplicativo UBER para usuários e motoristas da Cidade de Aracaju enquanto perdurar a presente demanda, observada sua estabilidade na hipótese de não interposição do recurso cabível, indicando que o pedido principal da demanda será a interrupção definitiva dos serviços ofertados pelo referido aplicativo (Ação de Cumprimento de Obrigação de Não Fazer).*

Com a inicial, vieram os documentos colacionados às fls. 14/29 (processo materializado).

A parte requerida, em 10/01/2017, colaciona peça nominada “memorial” e documentos (fls. 32/221).

Peça e documentos juntados pelo SINTAX juntados em 11/01/2017 (fls. 223/229) pleiteando a sua inclusão na lide na qualidade de intervenção de terceiro.

Decisão lançada em 12/01/2017 determinando a intimação da parte autora para se manifestar acerca da peça e documentação juntada pela parte ré, bem como informar acerca da vigência da lei municipal que rege a matéria em discussão nos autos.

A autora junta peça em 27/01/2017 (fls. 240/248) em atenção a determinação acima indicada, bem como afirma a vigência da citada lei.

Peça da parte requerida juntada em 30/01/2017 (fls. 250/281).

Despacho juntado em 31/01/2017 para proceder a conexão com o feito correlato – 201611801109(fl. 285).

Nova juntada de peça e documentos pela parte requerida em 06/02/2017 e 15/02/2017(fl. 293/298 e 317/520).

Nova juntada de peça e documentos pela parte requerida em 08/02/2017(fl. 300/315).

É o Relatório. Decido.

Tratam os presentes autos de **PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE** por meio da qual pretende a **SUPERINTENDÊNCIA MUNICIPAL DE TRANSPORTES E TRÂNSITO DE ARACAJU – SMTT/AJU, em desfavor**

de UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA, pleiteiar a concessão da tutela de urgência em caráter antecedente para “a imediata suspensão do funcionamento do aplicativo UBER para usuários e motoristas da Cidade de Aracaju enquanto perdurar a presente demanda”.

A concessão da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, consubstanciada na forma de cominação de preceito de *facere* ou *non facere* pressupõem a demonstração de “probabilidade do direito” e do “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, além da probabilidade de inexistência do perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, consoante prescreve o art. 300 e seus respectivos parágrafos, do CPC.

Desta feita, a tutela específica antecipatória dá a possibilidade de antecipação da providência de mérito, desde que haja, concomitantemente, os requisitos indispensáveis ao seu deferimento, com o objetivo de entregar ao autor a própria pretensão deduzida em juízo ou de seus efeitos.

Na condição de instituto que preconiza tutela de urgência, visa dar concretude ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, assegurando-se com isto, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional.

Por este jaez, da análise dos autos, em sede de cognição sumária que o caso requer, depreende-se a inexistência dos requisitos autorizadores do pleito de urgência.

No que se refere à **probabilidade do direito (ou fumaça do bom direito)**, é de bom alvitre desde logo anotar que a complexidade do direito debatido, além da gravidade à coletividade dos fatos que envolvem a demanda, impende que a fundamentação aqui seja discutida em pontos separados e de maneira exaustiva. O aplicativo demandado e o serviço que ele presta despertaram acalorado debate social (e jurídico) na opinião pública, de forma que a presente decisão deverá ter em vistas também ao papel do Poder Judiciário de pacificação social.

A presente decisão, em que pese em sede de tutela provisória, ante a complexidade da matéria em debate, deve não apenas dizer o correto direito vindicado pelas partes, mas atender aos fins sociais, em busca da paz e equilíbrio social que devem pautar as relações interpessoais, e que se encontra seriamente perturbada ante os constantes conflitos entre motoristas de Uber, taxistas e municipalidade nas cidades em que o aplicativo se instalou. Esta realidade espera-se, terá um fim com uma tempestiva resposta do Poder Judiciário, nos rincões diversos do País, acaso aqui e acolá não se proceda a um consenso entre os seguimentos sociais interessados.

As diversas matérias jornalísticas e audiência pública realizada pela promotoria de defesa do consumidor trazem um recorte do posicionamento deste órgão em relação ao aplicativo em questão, pontuando que realizaria serviço irregular de táxi.

As últimas informações que chegam aos autos ou que sejam de fato público e notório são as de que a classe de taxistas acusa os motoristas de exercerem sua profissão de maneira irregular, em desacordo com a legislação federal Lei 12.468/11. O Ministério Público mostra-se favorável à argumentação dos taxistas, adicionando que o consumidor teria conhecimento acerca dos preços de maneira virtual e a municipalidade reconhece insegurança em virtude de regulamentação.

Por outro lado, um projeto de regulamentação do aplicativo, através de lei de iniciativa popular fora protocolado na Câmara de Vereadores do Município de Aracaju. O projeto, capitaneado pela própria requerida, fora anexado a um projeto já existente.

O Poder Legislativo Municipal, por sua vez, emite sinais confusos, deixando entender que apenas legislará sobre a matéria após o Congresso Nacional se manifestar, mesmo tendo indicado que iria se pronunciar e está em debates com representantes de todos os lados da discussão ora tratada.

Ainda conforme matérias jornalísticas sobre o tema, o Ministério Público e vereadores, em que pese a pendência desta decisão, insistem que o serviço continuará proibido em Aracaju/SE. Enquanto isso, em virtude, da Lei Municipal 4.738/15, as autuações e apreensões seguem realizadas pela autora, o que vem prejudicando a atividade da requerida.

Antes de adentrar o tema, os fatos acima delineados merecem algumas considerações. De início, é reprovável a atitude da requerida de iniciar suas atividades em uma urbe com uma lei proibindo tal serviço, sem antes reverter sua situação jurídica. Muito por conta de tal prática é que os conflitos entre motoristas e taxistas (muitas vezes chegando às vias de fato, como é público e notório) vem ocorrendo.

Ainda, o próprio aplicativo, segundo notícia juntada pelo mesmo aos autos, conferiu descontos de R\$ 25,00 em até duas viagens para os subscritores do abaixo-assinado que resultou no projeto de lei. Apesar de ser legítimo que o requerido promova a união de sua base de consumidores naturalmente dispersa, o desconto é uma prática que, em que pese não deslegitimar a manifestação de seus usuários e o projeto em questão, é duvidosa do ponto de vista da boa-fé.

O ponto mencionado possui relevância maior quando discutidos os mecanismos de “captura” de agências reguladoras e os dispositivos legais que visam afastar esta prática. Contudo, é inegável o poder de influência da classe de taxistas sobre as municipalidades onde o Uber se instalou, funcionando de forma a pressionar a Administração Pública a coibir o serviço. Assim, o Uber, ao unir sua base de consumidores, age de maneira contrária a este processo (que nem sempre reflete o interesse público).

Sobre o tema, interessante a lição de Eduardo Ferreira Jordão[1]:

“Em primeiro lugar, interesses compactos e organizados tendem a prevalecer sobre interesses difusos, tendo em vista o menor custo da sua mobilização. Isto importa uma tendência a que os interesses das empresas reguladas prevaleçam sobre aqueles dos consumidores na ‘competição pela regulação’. Em segundo lugar, tomada a regulação como um bem adquirível no mercado político, há uma tendência a que ela seja obtida pelo grupo que a valorar mais intensamente – e este é o caso das empresas reguladas, afetadas de modo geralmente mais intenso e concentrado pelas políticas regulatórias do que a massa dos consumidores”

De outro ponto, a situação como está é prejudicial para todos: a municipalidade não consegue exercer plenamente seu poder de polícia para fiscalizar serviços desta urbe e, não o fazendo, a população não possui garantias que o serviço será prestado dentro de determinado padrão de confiabilidade (quem dirige, que veículos exercem estas atividades etc).

Sob este cenário está posta a questão.

O primeiro argumento a ser enfrentado é que este juízo prolatou um precedente sobre o tema, nos autos 201611801109, em relação ao aplicativo do feito em conexão. Naquela oportunidade, como base única para fundamentar a decisão, utilizou-se a Lei Municipal 4.738/15, apenas aplicando-a ao caso concreto e coibindo as atividades do T81.

Aquela época não se discutiu ou se decidiu acerca da inconstitucionalidade de tal ato normativo municipal, bem como o cenário fático acima delineado não ocorria, até porque inexistente informações de que a T81 havia iniciado suas atividades. Em relação a estes autos, a decisão não poderá ser a mesma pois, revendo meu posicionamento anterior, filio-me aos julgados de diversos tribunais do país que decidiram inconstitucional tal tipo lei. Explico.

A prática comercial exercida pelo Uber deve ser compreendida dentro de duas questões juridicamente distintas: É lícito o transporte remunerado privado individual de pessoas feito por motorista não-empregado e particular? Em sendo afirmativa a resposta, é lícita atividade empresarial da requerida no ambiente virtual que conecte o motorista e o pretense usuário?

A primeira pergunta é a de fundamental importância, pois se relaciona à atividade de fiscalização da parte autora, ou seja: em sendo ilícito, o poder de polícia há de ser exercido com o fim de ser coibida a prática; ao passo em que, sendo lícito, o poder de polícia deve ser exercido para garantir a qualidade do serviço.

Traz o art. 3º da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei 12.587/12) que:

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

§ 1º São modos de transporte urbano:

I – motorizados; e

II – não motorizados.

§ 2º Os serviços de transporte urbano são classificados:

I – quanto ao objeto:

a) de passageiros;

b) de cargas;

II – quanto à característica do serviço:

a) coletivo;

b) individual;

III – quanto à natureza do serviço:

a) público;

b) privado.

§ 3º São infraestruturas de mobilidade urbana:

I – vias e demais logradouros públicos, inclusive metroferrovias, hidrovias e ciclovias;

II – estacionamentos;

III – terminais, estações e demais conexões;

IV – pontos para embarque e desembarque de passageiros e cargas;

V – sinalização viária e de trânsito;

VI – equipamentos e instalações; e

VII – instrumentos de controle, fiscalização, arrecadação de taxas e tarifas e difusão de informações.

Adotando a técnica legislativa classificatória, o artigo transcrito traz em seu trecho em destaque modalidades de característica e de natureza, informando que o transporte coletivo poderá ser público ou privado e que o transporte individual, de igual forma, será público ou privado.

O transporte público individual de passageiros, não se tem dúvidas, é exercido pelos profissionais taxistas, conforme art. 2º da Lei Federal 12.468/11, que regula sua profissão. Neste sentido, cito:

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

A expressão “público”, não a toa, além de reforçar o caráter de serviço público (ou de utilidade pública, em melhor expressão) do táxi, os limita a sua classificação de transporte individual público. O transporte individual privado, por sua vez, continua regulado pelo art. 730 do Código Civil e seção II de seu capítulo, a dizer:

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

A atividade dos motoristas encontra sua regulação tanto no código de defesa do consumidor quanto no próprio código civil, daí advindo uma série normativa que incide sob a matéria e que possuem natureza de direito privado. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, em seu parecer sobre o Uber, elencam normas que incidem sobre o caso, o que demonstra que há um arcabouço legal que embasa a questão:

“Afirmava Carvalho de Mendonça que: “enunciar a expressão contrato de transporte é quase defini-lo”.¹⁰ A rigor, ao assumir a obrigação de transportar pessoa ou coisa de certa origem a um destino, o transportador responde na hipótese de não atingir este fim. Presta-se a deslocação de um lugar a outro. Daí distinguir-se corretamente entre o contrato de transporte, em que se presta o serviço da locação de veículo, mesmo quando com o motorista, onde o que há é transmissão onerosa da posse do automóvel por certo tempo, mas não transporte.” A obrigação principal do contrato de transporte de passageiro ou coisa é obrigação de resultado.

Dizer-se que o contrato de transporte é obrigação de resultado, neste sentido, implica em reconhecer que não se admite a execução da prestação apenas de parte do trecho entre origem e destino definidos, ou sem a segurança necessária, de modo que não chegue ao destino a coisa íntegra, mas avariada ou destruída. Assume o transportador obrigação de incolumidade da pessoa ou coisa transportada, caracterizada pela obrigação de assegurar sua integridade e, da mesma forma, de transportá-la até o seu destino. Certa doutrina observa seu fundamento no risco profissional. O dever de custódia do transportador tem por fundamento o regime legal explícito do Código Civil (art. 749), regras gerais sobre a posse justa da coisa que se dá ao transportador, assim como os deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva. Nestes termos é que o regime de responsabilidade do transportador considera-se como de responsabilidade objetiva, independente de culpa, em vista do inadimplemento da obrigação de resultado.

(...)

A responsabilidade do transportador é objetiva (independente de culpa), pelo descumprimento das obrigações legais e contratuais que lhe cabem, quais sejam: (a) obrigação de pontualidade; (b) obrigação de segurança; (c) obrigação de respeito ao itinerário previamente estabelecido (no caso do contrato de transporte de pessoas); (d) obrigação de conforto. E, embora não seja exclusivo do contrato de transporte, diga-se igualmente, o dever de urbanidade que se exigem nos serviços em geral, em relação aos prepostos do prestador, caso que no transporte, há de se exigir de todos aqueles envolvidos na execução da prestação.

Eis que, nos termos que menciona Pontes de Miranda, pretende o contratante o “ciclo elaborativo do resultado”. Isso leva ao reconhecimento, no contrato de transporte, de uma obrigação de incolumidade, em relação ao passageiro ou à coisa transportada, significando não apenas a necessidade de que se transporte ao destino preestabelecido, como, igualmente, que assegure sua integridade, protegendo o que se transporta de danos ou avarias. É da natureza do contrato. A obrigação de incolumidade inerente ao contrato de transporte é satisfeita não apenas com a manutenção da integridade da pessoa ou coisa, mas também no transporte de pessoas, com o dever de realizar o transporte com conforto. Há obrigação de conforto, igualmente, no caso de atraso ou cancelamento da viagem, independentemente se há ou não responsabilidade do transportador pelo fato. Não se chegando ao destino, ou não se atendendo à obrigação de incolumidade, ou à pontualidade, há inadimplemento. Neste sentido, se orienta também a jurisprudência reconhecendo a obrigação de resultado”

Em palestra proferida pela Ministra Nancy Andrigui sobre o tema^[2], um trecho bem define a diferença (e a confusão de termos que dela pode advir), quando levanta que o motorista privado,

diferentemente do taxista, pode recusar passageiro:

Da mesma forma, a Lei Federal no 12.587/2012, ao estabelecer a “Política Nacional de Mobilidade Urbana”, não derroga o art. 730 do Código Civil, pois apenas define o que é “transporte motorizado privado”, como sendo o “meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares”, mas não restringe a prestação desse serviço a taxista, que tem, como acabei de dizer ao citar o art. 2º da Lei Federal no 12.468/2011, exclusividade apenas para prestar o serviço de “transporte público individual”, que, por sua vez, é definido pelo inciso VIII do art. 4º da Lei Federal no 12.587/2012 como sendo o “serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas”. Como se vê, o “transporte público individual” difere do “transporte privado individual”, porque o primeiro é “aberto ao público”, isto é, no “transporte público individual” há obrigatoriedade de atendimento universal, razão pela qual o taxista não pode recusar o passageiro ou o trajeto por ele solicitado; ao passo que no “transporte privado individual” impera a autonomia da vontade do motorista, que tem o direito de aceitar firmar o contrato de transporte com o consumidor, de acordo com a sua conveniência

A outro giro, segundo Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, em parecer sobre o tema:

“O exame da Lei 12.587/2012, que dispõe sobre o Plano Nacional de Mobilidade Urbana, e prevê a convivência dentre os meios de transporte do transporte público individual e do transporte motorizado privado, e da Lei 12.468/2011, que é anterior, e regula a profissão de taxista, permite concluir da coexistência entre ambas as modalidades de serviços de transporte urbano individual, sendo um de natureza pública, de execução privativa por profissional taxista, e outro de natureza privada, tal qual já ocorria mesmo antes da existência do aplicativo UBER, como aqueles oferecidos tradicionalmente por empresas especializadas ou agências de turismo, por exemplo.”

A competência legislativa, como se pode imaginar pelo caráter federal dos dispositivos acima tratados, é federal. Isto porque o art. 22, inciso XI, da CF confere à União a competência para trânsito e transporte e, em relação à possibilidade de contratar e às normas gerais do contrato de transporte, a matéria é de direito civil e, portanto, de competência também da União. Neste sentido, na mesma palestra citada, a Ministra Nancy Andrigui sintetiza o raciocínio da seguinte forma:

Assim, à exceção do que prevê o art. 173 da Constituição, deve ser “*assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*” (parágrafo único do art. 170 da Constituição).

Essa “lei”, a qual faz referência o parágrafo único do art. 170, deve ser aquela derivada do sistema de competências legislativas que a própria Constituição estabelece.

Nesse sentido, e ao que aqui compete discutir, o art. 22 da Constituição dispõe que “*Compete privativamente à União legislar sobre: ‘XI — trânsito e transporte’*”. Por outro lado, o art. 30 da Constituição prevê que “*Compete aos Municípios: ‘V — 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’*”.

Como se percebe, em matéria de “transporte”, aos Municípios e ao Distrito Federal (por força do §1º do art. 32 da Constituição) competem apenas legislar sobre “*transporte coletivo*” (art. 30, V, da Constituição), pois em matéria de “*transporte individual*” compete privativamente à União legislar

(art. 22, XI, da Constituição), já que aos Estados ainda não há autorização para tanto, em razão da inexistência da Lei Complementar prevista no parágrafo único do art. 22 da Constituição.

Também quanto à questão da competência legislativa, lembro ainda que, a teor do que prevê o inciso I do art. 22 da Constituição, a União tem competência privativa para legislar sobre “direito civil” e assim foi aprovada a Lei Federal no 10.406/2002, isto é, o Código Civil, que prevê em seu art. 730 o “*contrato de transporte*”, pelo qual “*alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas*”. E é a própria lei federal, isto é o Código Civil, quem faz a distinção entre “*transporte privado individual*”, ou “*serviço privado de transporte*”, regulado pelo art. 730, e o “*transporte público coletivo*”, ou “*transporte coletivo*”, que vem previsto no art. 731, como aquele “*exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão*”, que será regido primariamente “*pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos*” e apenas subsidiariamente pelo Código Civil.

O diploma legislativo municipal que embasa a proibição na municipalidade é, portanto, formalmente inconstitucional por violar competência privativa da União, na medida em que legisla sobre trânsito e transporte e direito civil.

Não se deslembra que os municípios detêm competência legislativa para matérias de caráter local, nos termos do art. 30, inciso I, da CF/88; contudo, a matéria aqui debatida não possui abrangência meramente local, na medida em que a lei municipal que o autor funda seu pedido cinge-se meramente a vedar um tipo de atividade econômica e um tipo de contrato civil previsto em lei federal.

O método para se apurar acerca da competência deve ser o da predominância do interesse, a dizer, se a matéria possui interesse nacional, afasta a competência do ente munícipe sobre a matéria. Neste sentido, Alexandre de Moraes, em “Direito Constitucional”, 27ª edição, Ed Atlas, pgs 328/329:

“Apesar de difícil conceituação, interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois, como afirmado por Fernanda Dias Menezes, 'é inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional'. Dessa forma, salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante (*princípio da predominância do interesse*)”.

Assente a licitude do contrato de transporte entre o usuário e o motorista, a segunda pergunta a ser enfrentada é a análise da prática comercial da ré, ou seja, se albergada pelo princípio da livre-iniciativa e pelo ordenamento pátrio.

Neste ponto, cabe a ponderação sobre o regime econômico e o princípio constitucional que tutela a liberdade empresarial de exercer determinada atividade econômica. A Constituição Federal preleciona que o modelo econômico brasileiro (dentre vários princípios que tutelam o trabalho e seu caráter social) é o da livre iniciativa, típico de países com a economia capitalista de livre mercado.

O mercado, como bem informa Eros Grau e Paula Forgioni, deve ser compreendido como uma ordem e uma legalidade racional, a fim de que aos agentes econômicos seja dada previsibilidade e confiança nas regras que pautarão suas atividades[3]; afinal, destaco, de incertezas ao empreendedor, bastam as de caráter econômico.

Em prosseguimento, a regulação do mercado não é vedada pelo ordenamento, visto que o próprio mercado interno é um patrimônio nacional, nos termos do art. 219 da CF/88, e sua proteção impinge a participação da Administração Pública para garantir tanto sua saúde quanto a destinação dos fins sociais. Sobre o tema, interessante é o comentário de Cláudia Lima Marques:

“Como afirma Natalino Irti, regular o mercado é sempre um ato decisório político, mesmo que seu instrumento seja uma norma constitucional ou infraconstitucional. O mercado, como afirma o Supremo Tribunal Federal, 'é uma instituição jurídica', 'não é espontânea', é um 'locus artificialis' (ADI 3512) de trocas e agentes a ser regulado.”[4]

Em que pese o poder de regulação, reforço, a regra é a livre iniciativa dos agentes econômicos para empreender. Uma das facetas deste princípio é dirigida às empresas e é a liberdade econômica. No dizer de Eros Roberto Grau, a liberdade econômica é consagrada há séculos. Aduz o citado autor:

“Uma das faces da livre iniciativa se expõe como liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa. O princípio da liberdade de iniciativa econômica — originariamente postulado no édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776 — inscreve-se plenamente no decreto d'Allarde, de 2-17 de março de 1791, cujo art. 7º determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma 'patente' (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis. Meses após, na chamada Lei Le Chapelier — decreto de 14-17 de junho de 1791 — que proíbe todas as espécies de corporações, o princípio é reiterado. [5]

Sobre as decorrências do conceito, prossegue o autor:

“Em sua raiz, o princípio era expressão de uma garantia de legalidade, o que torna bem explícita a correção da observação de Galgano, nos termos da qual o conceito de Estado de Direito exprime, em relação ao burguês singelamente, aquela mesma exigência — de um limite à ação pública, para salvaguarda da iniciativa privada — que o conceito de Estado liberal exprime em relação à burguesia no seu todo. Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplado-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: **a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado — liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei — liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal — liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência — liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado**

diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes — liberdade pública.”[6]

O próprio Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a força normativa do princípio, em sua dimensão da livre concorrência, editou a Súmula Vinculante 49:

“Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.”

O poder regulatório que o Estado exerce sobre a economia e o mercado possui suas restrições, como se pode depreender do enunciado sumular acima transcrito. Corroborando este mesmo entendimento, cito Celso Antônio Bandeira de Mello[7]:

“(…) a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o quantum a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente o Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados.

No passado ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: 'Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Em suma: a dicção categórica do artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada.

É óbvio, então, que o planejamento econômico menos ainda poderá compatibilizar-se com o anacrônico sistema cartorial que se fez vigorar em certos setores, nos quais o empreendimento da produção ou a comercialização no mercado interno ficava pendendo de 'outorgas governamentais' e ainda assim dentro do limite das 'cotas' 'deferidas' pelo Poder Público aos grupos empresariais que as recebessem. De resto, tal sistema seria, literalmente, a negação da livre concorrência, além de constituir-se em manifesta supressão da liberdade de iniciativa, convertida, por tal meio, em autêntico privilégio desfrutável por alguns.” (Celso Antônio Bandeira de Mello in “Curso de Direito Administrativo”, 14ª ed. Malheiros, 2002, p. 619-621).

Daniel Sarmiento, em parecer sobre a licitude do Uber, fez importantes considerações sobre o princípio debatido e suas decorrências, analisando a aplicação da norma e sua importância para o desenvolvimento do mercado, e conseqüente valorização social através do trabalho e empreendimento. Segundo o citado autor, ainda, a intervenção do Estado deve se dar a fim de

favorecer e proteger o consumidor, e não privilegiando empresas ou grupos específicos que alegadamente se prejudiquem. Cito suas anotações:

“A importância do princípio da livre iniciativa em nossa ordem jurídica foi propositadamente realçada pelo constituinte originário, quando o consagrou, logo no artigo 1º, inciso IV, da Lei Fundamental, como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e pluralismo político. A livre iniciativa, que mantém íntima correlação com a liberdade profissional, garantida no art. 5º, inciso XIII, da Constituição, figura também, junto com a valorização do trabalho humano, como fundamento da ordem econômica nacional, no art. 170, *caput*, da Lei Maior.

(...) Ademais, o funcionamento regular de um mercado competitivo tende a ser instrumento mais eficiente para a captação e satisfação das necessidades e preferências de um universo amplo e plural de pessoas do que a atuação de qualquer autoridade pública. Por isso, o bem-estar coletivo é promovido quando as instituições asseguram a livre iniciativa e preservam as “regras do jogo” em que ela se desenvolve de modo saudável – o que não exclui, é claro, a intervenção estatal na economia voltada à promoção de outros objetivos legítimos que o mercado não atende bem, como a distribuição de riqueza.

(...) Profundamente ligado à livre iniciativa, o princípio da liberdade de concorrência, previsto no art. 170, inciso IV, da Constituição, é outro pilar essencial da ordem econômica brasileira. Tal princípio se volta, essencialmente, à proteção da livre competição entre os agentes econômicos no mercado, em prol do consumidor, da eficiência econômica e de outros objetivos socialmente importantes. Nas palavras de Paula Forgioni, a livre concorrência consiste, basicamente, na “*garantia da disputa*” no campo econômico

(...) O princípio da livre concorrência tem uma dupla face. Por um lado, ele *limita* o Estado, que não pode instituir restrições excessivas que impeçam os agentes econômicos de ingressar, atuar e competir livremente no mercado. Por outro, o princípio *impõe* que o Poder Público *atue* sobre o mercado, para proteger a sua higidez, prevenindo e coibindo abusos do poder econômico e práticas anticoncorrenciais, como a formação de monopólios, oligopólios, cartéis etc.

(...) Recorde-se, nesse ponto, que, conquanto a liberdade de concorrência proteja os agentes econômicos diante de regulações estatais restritivas, o seu foco principal *não* é a proteção desses agentes, mas sim a tutela dos interesses dos consumidores, que são prejudicados pela imposição de limites injustificados à sua liberdade de escolha. Portanto, a criação de embaraços estatais à competição, com a instituição de reservas e privilégios a empresas ou grupos específicos, viola não apenas os direitos dos potenciais concorrentes prejudicados. Mais que isso, ela ofende os interesses dos consumidores e da própria sociedade.

(...) Evidentemente, a intervenção indireta do Estado sobre a atividade econômica em sentido estrito não está livre de amarras constitucionais. Pelo contrário, além das normas constitucionais que regem a atividade econômica – dentre os quais figuram os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência³⁷ – o desempenho dessa função estatal tem de observar várias outras limitações importantes, como o respeito aos princípios da proporcionalidade, da legalidade e da igualdade. Nessa área, a regra geral, que tem substrato constitucional – como já se viu nos itens anteriores –, é *a liberdade do particular para atuar no mercado*, que é nota essencial dos regimes capitalistas, como o consagrado pela Constituição de 88. ”

A outro giro, Miguel Reale^[8] e Luis Roberto Barroso^[9], citados no parecer de Daniel Sarmento, trazem a importância da livre iniciativa no desenvolvimento social. São os trechos, respectivamente, citados:

“(…) não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170.”

“Nele [o princípio da livre concorrência] se contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo”

Não bastasse os mandamentos constitucionais que resguardam a liberdade de empreender o modelo de negócio elegido pela ré, o fato deste se desenvolver em um ambiente online, através da internet, traz a incidência do Marco Civil da Internet, Lei Federal 12.965/14. Além de reforçar a livre iniciativa em seu art. 2, inciso V, o diploma legal cita como um dos princípios da lei a “*liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.*” (art. 3, inciso VIII, da Lei 12.965/14).

O dispositivo expressamente menciona uma proteção especial ao tipo de modelo praticado na internet, como o da requerida, e isto advém do caráter inovador deste tipo de serviço. Não raro modelos novos de negócio e empreendedorismo nascem no ambiente virtual. Estas práticas, quando inovadoras, quase sempre encontram um vazio regulatório total ou parcial em sua área, fruto da inovação da idéia.

O Marco Civil da Internet, atento a esta realidade, trouxe em seu art. 4, inciso III, o seguinte teor:

Art. 4º_A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

(…)

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

A proteção, assim, não é dirigida apenas à empresa que aventura-se no cenário virtual, mas é um incentivo à inovação e evolução dos serviços, sendo constantemente reinventados ou criados por aplicativos, sites e demais plataformas que convivem na internet. Neste sentido, segue a lição de Tim WU[10]:

“A história mostra uma progressão característica das tecnologias da informação: de um simples passatempo à formação de uma indústria; de engenhocas improvisadas a produtos maravilhosos; de canal de acesso livre a meio controlado por um só cartel ou corporação – do sistema aberto para o fechado. Trata-se de uma progressão comum e inevitável, embora essa tendência mal estivesse sugerida na alvorada de qualquer das tecnologias transformadoras do século passado, fosse ela telefonia, rádio, televisão ou cinema. A história mostra também que qualquer sistema fechado por um longo período torna-se maduro para um surto de criatividade: com o tempo, uma indústria fechada pode se abrir e se renovar, fazendo com que novas possibilidades técnicas e formas de expressão se integrem ao meio antes que o empenho para fechar o sistema também comece a atuar.”

Novas empresas virtuais, dado o caráter inovador de seu serviço costumam deter um *market share* que, no ambiente físico, seria considerado abusivo; contudo, a higidez dos sistemas continua sendo a regra no ambiente virtual e a concorrência ocorre em nível global. Exemplo destas empresas seriam o Google em relação a buscas online, o Facebook em relação às redes sociais e a própria Uber em relação a serviços de transporte individual privado.

O serviço prestado pelo requerido é, antes de tudo, um serviço de conexão. Como tantos outros aplicativos em tantas áreas diferentes do setor, a requerida busca unir prestadores de serviço com potenciais clientes. Vende, assim, facilidades para um serviço que não prestará. Tal qual o Facebook não escreve nenhum conteúdo próprio, mas é a principal fonte de informação para mais da metade dos jovens entre 18 e 24 anos em 26 países, o Uber também não possui veículo em sua frota e desponta como um forte motriz aplicativo de transporte no mundo.

O modelo novo de negócio possuiu um retorno muito grande, sendo uma empresa multinacional consolidada e com valor de mercado superior à 15 bilhões de dólares em apenas 05 anos. O Marco Civil da Internet, ao proteger de forma especial a liberdade dos negócios no ambiente virtual busca incentivar exatamente este tipo de trajetória, reconhecendo que o modelo online de negócios precisa de maior garantia de liberdade econômica para prosperar. Corroborando este entendimento, Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos:

“Como a internet é, por sua própria natureza, aberta, colaborativa e participativa – realidade que, mais uma vez, é reconhecida e tutelada pelo Marco Civil da Internet é necessário o estabelecimento de proteções especiais aos empresários que desenvolvem suas atividades *online*. Caso não fosse assim. Tamanha seriam a insegurança e o risco decorrentes da exploração de atividades econômicas na internet que não haveria espaço ou interesse para Inovar. Basta imaginar que as empresas que exploram essas atividades estariam permanentemente sob o risco iminente de se verem responsabilizadas por ilícitos de terceiros. Ainda pior: estariam sob a iminência de terem seus serviços descontinuados por força de decisão judicial ou administrativa.”

Como se não bastassem os argumentos suso referenciados, a dificuldade em implementar algumas medidas restritivas no ambiente virtual é fator que enseja querelas infundáveis nos tribunais, inclusive acerca das calorosas discussões quanto a viabilidade dos provedores bloquearem ou obstarem o fornecimento dos serviços prestados pelos aplicativos, como se subsume da medida suspensiva em sede de agravo de instrumento concedida em face da tutela de urgência no feito 201611801109 em anexo, que obstou qualquer determinação a ser cumprida pela **GOOGLE, APPLE, MICROSOFT e SAMSUNG para suspensão do fornecimento dos serviços do aplicativo de celular T81**, ficando aqui ressaltado, inclusive, que existia determinação deste juízo quanto a informação para que, na impossibilidade de suspensão, fossem ofertadas as informações técnicas sobre a eventual impossibilidade de proceder com a suspensão dos serviços, minudentemente, sob as penas legais cabíveis.

Sobre as condutas da municipalidade de embaraçar o desenvolvimento econômico no ambiente digital:

“A própria intervenção do legislador, a montante, sem aquele apetrechamento, além de poder assentar em bases erradas ou imperfeitas, pode tornar-se indesejável, retardando de maneira porventura injustificada a cadência do progresso técnico e científico, social e econômico, por imposição de normas inadequadas.”[11]

Assente a licitude do modelo de negócios adotado pela ré (amparado na livre iniciativa e especial proteção aos modelos de negócios desenvolvidos no ambiente virtual) e também do contrato privado de transporte, e da modalidade deste, entre usuário e motorista (ante a previsão no Código Civil e Política Nacional de Mobilidade Urbana), a liminar vindicada já não pode prosperar.

Contudo, outros dois temas merecem ser tratados na presente decisão, correlatos aos argumentos já declinados, mas que provocam intenso debate jurídico na Administração Pública e tribunais: a não equivalência entre Uber e Táxi e o não prejuízo à atividade deste último.

O Uber, como é sabido, vende um serviço de informação. A conexão entre dois agentes econômicos (consumidor e motorista) é própria de um setor econômico denominado “mercado de duas pontas”. Este tipo de atividade utiliza elementos da economia de compartilhamento e é um ator que unicamente direciona os recursos sociais, diferentemente do serviço de táxi. Sobre o tema, inclusive realizando interessante analogia com o serviço de shopping centers, Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos anotam em parecer sobre o Uber:

“Os chamados mercados de duas pontas são uma esfera privilegiada para a inovação na economia da internet. Esses mercados são povoados por plataformas que atuam na integração de interesses de dois grupos contrapostos de usuários, que por sua vez desempenham papéis consistentemente distintos em transações comerciais entre si e com a plataforma.

Esse modelo possui aplicações também fora da economia digital. Assim, uma empresa que administra *shopping---centers* integra, com seus serviços, lojistas a consumidores. E esses três grupos de agentes podem estabelecer relacionamentos econômicos variados entre si, criando modelos variados para sua remuneração – por vezes, isentando um dos lados de quaisquer ônus diretos, ao menos em relação a uma de suas contrapartes. Também é assim com uma variedade crescente de serviços online, como é o caso do Uber, de plataformas de leilões eletrônicos, de serviços de entregas, etc.”

Seguindo a explicação acima delineada, convém citar trecho elucidativo de Thomas R. Eisenmann, Geoffrey G. Parker, Marshall W. Van Alstyne[12], *que informam a complexidade que ocorre por trás dos mercados de duas pontas, caracterizando a especialidade do serviço que prestam e fazendo analogia com plataformas de jogos eletrônicos. Neste sentido:*

“Platform-mediated networks can be categorized according to the number of distinct user groups they encompass. In some networks, users are homogenous. For example, although a given stock trade has a buyer and seller, these roles are transient; almost all traders play both roles at different times. Networks with homogenous users are called one-sided to distinguish them from two-sided networks, which have two distinct user groups whose respective members consistently play a single role in transactions (Rochet & Tirole, 2003; Parker & Van Alstyne, 2000, 2005; Armstrong, 2006).

Examples of two-sided networks include credit cards (comprised of cardholders and merchants), HMOs (patients and doctors), and video games (consumers and game developers). In traditional industries, bilateral exchanges follow a linear path as vendors purchase inputs, transform them, and sell output. By contrast, exchanges in platform-mediated networks have a triangular structure (Eisenmann, Parker & Van Alstyne, 2006). Users transact with each other and simultaneously affiliate with platform providers. For example, with Sony's two-sided Playstation platform, developers on the platform's supply side offer games to consumers on the demand side—the first set of bilateral exchanges. Developers must also contract with the platform's provider, Sony, for permission to publish games and for production support: the second set of exchanges. Finally, consumers must procure a console from Sony: the third set of exchanges. In a two-sided network, from the perspective of demand-side users, supply-side users like game developers offer complements to the platform. However, such complements are not part of the platform itself: a platform encompasses components used in most user transactions, and only a fraction of platform use involves any given game. Hence, although games and consoles must be consumed as a system, in the context of the Playstation platform, the developer is a platform user rather than a platform provider.”.

Como o shopping center presta um serviço único, por fornecer uma plataforma organizada e compacta sobre a qual lojistas fornecerão produtos a consumidores, possuindo intermediando relações e tendo, o próprio shopping, relação especial com os agentes unidos, a empresa requerida faz o mesmo em relação aos motoristas e usuários, não podendo se dizer o mesmo em relação aos táxis e os agentes envolvidos neste serviço.

Saindo das diferenças em função do modelo de negócios, a diferença vem também quando da análise da relação motorista-passageiro, como bem apontam Claudia Lima Marques e Bruno Miragem:

“Deste modo, ao prever a legislação duas espécies de transporte urbano individual, o transporte público individual de passageiros e o transporte motorizado privado, parece claro que não se pode cogitar de exclusividade de qualquer dos meios, ou, reportando-se especificamente ao argumento invocado para afirmar a ilegalidade dos serviços de transporte contratados por intermédio do aplicativo UBER, não subsiste o argumento que sustenta a exclusividade dos serviços de táxi na área urbana dos municípios brasileiros.

Dessa forma, pode-se ver que os motoristas profissionais credenciados pelo UBER não prestam espécie de serviço de transporte público terrestre individual. De fato, a atividade exercida pelos motoristas credenciados pelo UBER é a de transporte individual privado de passageiros, ou nos termos da lei, transporte motorizado privado, cuja distinção legal é expressa.

Deste modo, em uma ordem constitucional fundada na livre iniciativa, como no caso do Brasil, a inexistência de vedação específica - mas, ao contrário, de distinção legal expressa entre serviços que não se confundem - de táxis e o transporte motorizado privado - não é possível reconhecer a priori a ilegalidade dos serviços prestados pelo UBER e os motoristas profissionais por ela credenciados.

Por outro lado, não há distinções substantivas entre as exigências para credenciamento de motoristas profissionais pelo UBER, e aquelas exigências impostas por lei para o exercício da profissão de taxista, no tocante à segurança dos consumidores. Ocorre que, enquanto os requisitos relativos à profissão de taxista são estabelecidos em lei, as dos motoristas privados profissionais credenciados pelo UBER decorrem de critérios estabelecidos por este para assegurar a segurança e confiabilidade dos serviços de transporte que intermedia aos consumidores.

(...)

Os serviços oferecidos pelo UBER caracterizam-se como intermediação do contrato de transporte. É o UBER, neste sentido, espécie de *gatekeeper*, característico dos aplicativos de smartphones e sites de internet, que facilitam e promovem a promoção de diversos negócios, viabilizando o acesso e conectando consumidores e fornecedores de produtos e serviços em geral, mediante prévio cadastro destes, organizado pelo detentor da plataforma tecnológica.”

Diferenciados os serviços, não pode o administrador público, de maneira infundada, estabelecer qualquer tipo de privilegio de uma modalidade sobre a outra, sob pena de ofensa à livre concorrência (art. 170, inciso IV, da CF/88), mesmo que a modalidade sofra prejuízo em função da concorrência. Neste ponto, em seu parecer sobre o Uber, Daniel Sarmiento trouxe as seguintes ponderações:

“(…) não se concedeu aos taxistas o monopólio no exercício de *toda* a atividade de transporte individual de passageiros – que compreende as modalidades pública e privada. O transporte individual *privado* de passageiros, previsto na Lei nº 12.587 – atividade desempenhada pelos motoristas parceiros da UBER – não foi, nem poderia ter sido, retirado pelo legislador do âmbito da livre iniciativa e livre concorrência.

(…) No aspecto material, é evidente que o transporte individual de passageiros – seja o público, seja o privado – não tem a nota da essencialidade, que o STF reputou essencial na decisão proferida no RE 220.999-7. É fundamental assegurar a todos o acesso ao transporte, mas a universalização almejada é do transporte *coletivo*, e não do *individual*. Este último consiste em atividade que, pelo seu custo, tem como público-alvo a parcela mais bem aquinhoadada da população. Como observou ironicamente Floriano de Azevedo Marques Neto, '*seria risível um programa 'taxi para todos' ou o subsídio nas tarifas do transporte individual*'.

(…) Não há dúvida de que as atividades em questão podem causar impactos econômicos negativos sobre os prestadores de serviço de táxi, que, por força da legítima competição pelo mercado consumidor, podem vir a perder parte da sua clientela. Ocorre que, como já ressaltado, a ampliação da concorrência tende a ser benéfica ao consumidor e a tentativa de criação de reserva de mercado para os taxistas – que lembra a lógica pré-moderna das corporações de ofício, abolidas com a Revolução Francesa – não se afigura fundamento legítimo para a restrição à concorrência e à livre iniciativa.

É importante ressaltar este ponto, pelo elevado risco de “captura” do legislador e das autoridades públicas pelos interesses dos donos de frotas de táxis e taxistas, que têm grande poder de mobilização e de pressão política, e têm conseguido empregá-los contra o interesse de toda a sociedade, que milita em favor da existência de maior concorrência no setor de transporte individual de passageiros.

Registre-se que o STF já assentou que interesses meramente corporativos não justificam a imposição de restrições à liberdade profissional – também em jogo no presente caso, no que concerne aos motoristas parceiros da UBER – em raciocínio que é igualmente aplicável à liberdade de iniciativa econômica. Em decisão proferida ainda em 1970, o STF invalidou a regulamentação do exercício da profissão de corretor de imóveis, sob o fundamento de que o seu objetivo não era

proteger o interesse público, mas tão somente beneficiar os corretores já registrados, o que chegou a ser comparado a uma tentativa de ressurreição das corporações de ofício pré-revolucionárias: *'Não se justifica, assim que, com fundamento em que a atividade se acha regulamentada em lei (...), possa o art. 7º referido permitir que, realizado o serviço lícito, comum, o beneficiário desse serviço esteja livre de pagar remuneração, porque esta se reserva aos membros de um determinado grupo de pessoas. Admitir a legitimidade dessas regulamentações seria destruir a liberdade profissional no Brasil. Toda e qualquer profissão, por vulgar que fosse, poderia ser regulamentada, para que a exercessem somente os que obtivessem atestação de órgãos da mesma classe. E ressuscitadas, à sombra dessas regulamentações, estariam as corporações de ofício, nulificando inteiramente o princípio da liberdade profissional.'*"

O Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, pôde reafirmar sua jurisprudência de que a Administração Pública não pode trabalhar em favor de reserva de mercado (como não poderia reservar o transporte individual de passageiros apenas aos taxistas). Neste sentido, trecho do RE 414.426, relatora Min. Ellen Gracie, citado por Daniel Sarmiento:

“É que as exigências de cunho formal não podem servir a um grupo, não podem se prestar à reserva de mercado, só se justificando a imposição de inscrição em conselho de fiscalização profissional, mediante a comprovação da realização de formação específica e especializada, nos casos em que a atividade, por suas características, demande conhecimentos aprofundados de caráter técnico ou científico, envolvendo algum risco social.”

Aqui, a fim de concluir o item dedicado à diferenciação entre Táxi e Uber, é de bom tom mencionar que o argumento esposado pelo Ministério Público em sua audiência pública sobre o tema, trazido a lume pela parte autora, não merece prosperar, diante dos fundamentos jurídicos acima delineados. Aduz o *parquet* que o serviço traz insegurança para o consumidor, pois o serviço é tratado exclusivamente no ambiente virtual, consoante informações veiculadas nos autos.

Ocorre que, justamente por ser tratado no ambiente virtual, o serviço prestado pela ré traz elementos de segurança que o táxi não possui. Por exemplo, antes de confirmar a viagem, o consumidor tem acesso à margem do preço final (coisa que o consumidor do táxi sequer possui), além de ter acesso a dados como a foto do motorista e percurso seguido, estando o veículo localizado por GPS e a rota traçada no celular do consumidor.

Sobre o tema, Daniel Sarmiento traz interessantes conclusões acerca da segurança do serviço:

“As licenças concedidas a motoristas de taxi, historicamente, serviram também a esse fim: os passageiros não conheciam os motoristas, mas supunha-se que poderiam confiar nos que detivessem a autorização estatal, pois estes, hipoteticamente, reuniriam os requisitos para prestação do serviço a contento. Porém, a inovação tecnológica trazida pela UBER propiciou a criação de mecanismo muito mais eficaz para a superação da assimetria de informações do que os mecanismos vigentes da burocracia estatal, que vêm se revelando cada vez mais falhos. No modelo UBER, o passageiro tem acesso de antemão ao nome e à foto do motorista, sabe o modelo e a placa do carro que o transportará, e pode visualizar as avaliações do condutor realizadas pelos passageiros anteriores, que são disponibilizadas no aplicativo. Tem conhecimento também da rota que será seguida, além de estimativas do preço do serviço, do tempo de espera para a chegada do veículo e da duração da viagem. Portanto, o consumidor tem acesso a uma gama muito mais completa e confiável de informações do que a propiciada pelos mecanismos regulatórios hoje vigentes para o serviço de táxi.

A Comisión Federal de Competência Económica do México, sobre a segurança do serviço e os elementos que o UBER fornece para a informação do consumidor, informa que:

“El uso de esta tecnologia se há constituído como una herramienta efectiva para resolver de una forma eficaz los problemas de información assimétrica (...) entre conductores y pasajeros (...)

Estas nuevas plataformas construyen un nuevo producto en el mercado, ya que ofrecen al pasajero, además de movilidad, atributos nuevos y diferenciados en cuanto a: (i) confiabilidade y seguridad personal, (ii) certidumbre en cuanto al cobro que se va a realizar y el método de pago (iii) confort y conveniência, (iv) búsqueda y tempos de espera e (v) información sole el traslado.”

Ao contrário do que a nobre instituição Ministério Público por sua Promotoria dos Direitos do Consumidor assinalou em sua audiência pública, o UBER reitera a credibilidade do motorista (e portanto, reforça a segurança do consumidor) ao fornecer um sistema de avaliação, onde o usuário tem acesso a uma “nota” do condutor; o que, decerto, reflete a sua confiabilidade. Sobre a confiança nas relações contratuais no ambiente virtual e sua tutela, remeto para os ensinamentos de Claudia Lima Marques^[13] em obra específica sobre a crise contratual:

“o uso de um meio virtual ou a entrada em uma cultura visual leva a uma perda de significado ou de eficiência do princípio da boa-fé, que guiou o direito privado e, em especial o consumidor no século XX. Para alcançar a mesma eficácia em tempos virtuais pós-modernos, pareceu-me necessário evoluir para o uso de um paradigma mais visual (de aparência), de menos fidelidade e personalização (fides), de menos eticidade (valoração – bona) e sim de mais socialidade (qualquer forma de declaração vincula o profissional organizador da cadeia de fornecimento) e de coletiva repersonalização (realizar as expectativas legítimas de todo um grupo difuso de consumidores virtuais), a *confiança*, o modelo-mãe da boa-fé! Esta tese pode ser defendida em matéria de contratos civis, comerciais e de consumo, hoje, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e suas noções basilares de função social dos contratos, boa-fé objetiva, bons costumes e combate ao abuso nos contratos paritários. Parece-me, pois, que o direito privado do século XXI como um todo deve evoluir para redescobrir o princípio da confiança (Vertrauensprinzip)!”

Ainda, é importante ressaltar que, acaso a postura da municipalidade mude da fiscalização como meio de coibir o serviço para uma fiscalização com o fim de se garantir a qualidade do serviço, a própria população e a Administração Pública tem a ganhar com o acervo de informações que o requerido detém. Quem bem apontou este aspecto fora Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos, em parecer contratado pela ré:

“Um último fator que estimula a adoção de aplicativos como o desenvolvido pela Consulente é a utilização de tecnologia para o melhoramento da vida nos grandes centros urbanos. Ao usar dados de geolocalização para monitorar os automóveis que prestam atividades de transporte a partir do aplicativo, a Consulente passa a deter não apenas uma base de dados de grande relevo sobre o deslocamento na cidade, como ainda pode influenciar a forma pela qual as pessoas se deslocam pela mesma.

Em tempos em que o chamado *big data*, ou seja, o tratamento de grande volume de dados tem revolucionado a forma pela qual se planeja o funcionamento das ditas cidades inteligentes, a Consulente através do seu aplicativo não apenas pode se valer dessa base de dados para uma série de outras aplicações (desde que sempre preservando os dados pessoais dos envolvidos), até oferecer ao cliente o motorista---parceiro que sempre se encontrará mais próximo do seu local de partida, reduzindo o tempo de espera e aumentando o aproveitamento do veículo pela cidade.”

Adentrando no ponto da concorrência porventura exercida entre o táxi e o UBER convém destacar, de início, a analogia descrita pelo Professor Daniel Sarmento:

“A submissão às mesmas regras impostas aos táxis desnaturaria a inovação proporcionada pelo novo serviço e frustraria o direito de escolha dos consumidores. Com efeito, a homogeneização regulatória retiraria dos passageiros a possibilidade de optar entre os táxis e outra alternativa de transporte individual, pois a suposta alternativa tornar-se-ia idêntica à opção original. Em outras palavras, para combater uma suposta concorrência desleal, frustrar-se-ia exatamente o objetivo principal da proteção à concorrência: a garantia da liberdade de escolha do cidadão.

De resto, é comum a disputa por mercado travada por agentes de natureza diversa, submetidos a regimes jurídicos distintos. A TV por assinatura compete com a TV aberta e elas estão sujeitas a regramentos jurídicos diferentes. O ônibus disputa com o metrô, o transporte aéreo com o rodoviário, a venda de CDs compete com os serviços de *streaming* de músicas. A diversidade é favorável e não prejudicial à concorrência, na medida que amplia o leque de opções do consumidor, e com isso o empodera no mercado e na sociedade. Todas estas considerações não infirmam a legitimidade da regulação estatal do serviço prestado pela UBER e pelos motoristas que credencia. Mas demonstram que não há razão substantiva plausível para eliminar essa alternativa de transporte do cardápio dos consumidores brasileiros, pela sua explícita proibição ou por regulação tão limitativa que impeça, na prática, o funcionamento da atividade.”(<http://www.conjur.com.br/2015-jul-15/aplicativo-uber-nao-fere-leis-brasileiras>)

Ocorre que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em dezembro de 2015, realizou o estudo “Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta”^[14]. Nesse estudo, ao contrário do que narrado pela SMTT em sua inicial, o Uber não teve impacto sobre o número de corridas de táxi nas cidades em estudo. Destaco os seguintes parágrafos da conclusão do estudo, que bem explica o tema:

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

Em outras palavras, a análise do período examinado, que constitui a fase de entrada e sedimentação do Uber em algumas capitais, demonstrou que o aplicativo, ao contrário de absorver uma parcela relevante das corridas feitas por taxis, na verdade conquistou majoritariamente novos clientes, que não utilizavam serviços de taxi. Significa, em suma, que até o momento o Uber não “usurpou” parte considerável dos clientes dos taxis nem comprometeu significativamente o negócio dos taxistas, mas sim gerou uma nova demanda.

Cabe destacar que os resultados aqui obtidos devem ser interpretados com a devida cautela, pelos motivos já amplamente discutidos na introdução e ao longo do texto. Por outro lado, o estudo trouxe uma contribuição empírica relevante para a análise do mercado de transporte individual de passageiros e para a própria discussão sobre políticas de mobilidade e de planejamento urbano, à saber: um contingente elevado de famílias utiliza diariamente carros particulares, não somente pelas limitações impostas pela baixa substitutibilidade provida pela rede de transporte coletivo de passageiros, mas também pela baixa substitutibilidade fornecida pelos serviços de táxis a um segmento não negligenciável de consumidores.

As evidências preliminares aqui reportadas sugerem que estejamos lidando com a criação de um mercado novo. A considerar a experiência registrada em outros mercados geográficos, onde os serviços de caronas pagas já estão fortemente consolidados, a tendência é que a rivalidade entre os serviços de caronas pagas e de corridas de táxis cresça ao longo do tempo, gerando diferentes graus de substitutibilidade em diferentes nichos de consumidores, ou seja, uma situação competitiva vivida diariamente pela ampla maioria dos agentes econômicos.”

O próprio estudo não destaca que essa concorrência possa ocorrer (como a doutrina sobre o tema presume), mas que ela não é verificada de imediato. O que ocorre, segundo o estudo, é uma atenção por parte do Uber de uma demanda até então reprimida, não competindo ou prejudicando o serviço local de táxi.

Em outro estudo do CADE, datado de setembro de 2015 e nome “O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano”^[15], Luiz Alberto Esteves, economista-chefe do órgão, toma posições ainda mais incisivas na conclusão do estudo. Destaco os trechos pertinentes ao aqui tratado:

“(…) A autorregulação imposta aos motoristas de caronas pagas pelas empresas de tecnologia tem garantido credibilidade de bons serviços prestados, de modo que tem criado rivalidade aos mercados de táxis, motivando reações controversas por parte das autoridades e dos legisladores locais, além dos próprios taxistas. Tal fato tem despertado na sociedade a reflexão sobre a real necessidade de mantermos uma regulação para tal mercado.

(…) Os consumidores toleram a regulação por considerarem que o mercado apresenta falhas, principalmente decorrentes de assimetria de informação. Contudo, quando tais falhas são solucionadas, a regulação perde sentido e o movimento refratário dos reguladores seria basicamente motivado pela captura regulatória.

(...) Deixando de lado as análises econômicas de equilíbrios parcial e geral, a história sugere que a trajetória dos transportes urbanos foi marcada por “public takeovers”, ou seja, tais serviços nasceram privados e se tornaram públicos por conta de suas imperfeições de mercado (assimetria de informação, externalidades, etc.). A própria regulação de táxis, como visto, foi instituída na cidade de Nova Iorque em resposta ao grande número de motoristas que passaram a circular por longas horas nas ruas em busca de clientes, gerando vários problemas. Por outro lado, a história mostra que a captura regulatória também esteve presente neste processo.

Por outro lado, como visto ao longo do texto, a experiência de desregulamentação dos mercados de táxis providencia exemplos para todos os gostos e preferências, desde o fato que os mercados de táxis serem historicamente marcados por processos cíclicos de regulação e desregulamentação, até o bem-sucedido caso holandês – considerado um caso benchmark na literatura especializada.

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

Concluo a análise da matéria de direito pertinente reafirmando e declarando, de maneira incidental, a inconstitucionalidade da Lei Municipal 4.738/15, por violar o princípio da livre concorrência e por invadir competência privativa da União.

Daniel Sarmiento aponta sobre este último ponto o seguinte:

“De acordo com o art. 22, inciso XI, da Constituição, “*compete privativamente à União Federal legislar sobre trânsito e transporte*”. A competência legislativa privativa da União é também prevista nos incisos IV e IX do mesmo artigo, para tratar respectivamente, de “*informática*” e de “*diretrizes da política nacional de transportes*”.

A atividade da Consulente, descrita no item 1 do Parecer, se liga à informática e a de seus motoristas parceiros ao transporte: como já destacado, a UBER criou e mantém uma plataforma digital que viabiliza uma eficiente conexão entre consumidores e motoristas profissionais. A atividade dos referidos motoristas é a prestação de um serviço privado de transporte individual de passageiros. Portanto, são matérias que se inserem indiscutivelmente no âmbito da competência legislativa *privativa* da União. Afinal, chega a ser acariana a afirmação de que a disciplina do *transporte* individual de passageiros é matéria atinente a *transportes*.”

Convém citar, como lembrou o supracitado professor, que em diversas oportunidades o Supremo se manifestou sobre a matéria, declarando a inconstitucionalidade de norma estadual que previa a obrigatoriedade de cinco de segurança em veículo de transporte coletivo (Adin 874, DJe 28/02/2011) e também lei estadual que torna obrigatório o uso de faróis acesos em rodovias (Adin 3.055, DJe 03/02/2006). De igual forma, também declarou a inconstitucionalidade de leis que proibiram a circulação de mototaxistas (Adin 2606, DJe 21/11/2002) e (Adin 3121, DJe 17/03/2011)

Em seu parecer pela legalidade do aplicativo demandado, José Joaquim Gomes Canotilho, além de sustentar a opinião esposada, faz interessante provocação acadêmica de que, no caso debatido, não pode o Direito e a Política, ignorando a realidade que a inovação tecnológica traz, “parar o vento com as mãos”. É o trecho citado:

“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 a 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, esteja ao serviço de milhões de pessoas diariamente vinculadas ao vai e vem das suas actividades profissionais e dos seus empregos.” (<http://www.conjur.com.br/2015-nov-06/parecer-canotilho-defende-legalidade-servicos-uber>)

Da mesma forma, Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos, citando Carlos Maximiliano, fazem interessante crítica à postura de combate à realidade consubstanciada na frase “*Fiat Justicia, Pereat Mundus*”. É o trecho:

“*Fiat Justitia, Pereat Mundus*. O brocardo latino atingido pelo uso pouco cuidadoso na jurisprudência, bem poderia servir como guia para a conduta daqueles que buscam restringir uma atividade econômica amparada por lei, que rapidamente ganhou a adesão de inúmeros clientes e motoristas profissionais. De acordo com a visão precisa de Carlos Maximiliano sobre a aplicação do brocardo, '[o] Direito suscita de modo indireto e diretamente ampara a atividade produtiva, tutela a vida, facilita e assegura o progresso; não embaraça o esforço honesto, o labor benéfico, a evolução geral. Nasce na sociedade e para a sociedade; não pode deixar de ser um fator de desenvolvimento da mesma. Para ele não é indiferente a ruína ou a prosperidade, a saúde ou a moléstia, o bem-estar ou a desgraça. (...) O Direito um meio para atingir os fins colimados pelo homem em atividade; a sua função é eminentemente social, construtora; logo não mais prevalece o seu papel antigo de entidade cega, indiferente às ruínas que inconscientemente ou conscientemente possa espalhar.” Ao invés então do brocardo latino, que comanda que se faça Justiça mesmo que o mundo pereça, arremeta o autor que, frente às novas demandas do Direito em uma sociedade em constante evolução, “faça-se justiça; porém salve-se o mundo, e o homem de bem que no mesmo se agita, labora e produz. ”

Esses são, pois, os pontos reflexivos que empreenderam a mudança paradigmática de posição deste juízo acerca do tema, agora trazido a decisão diante de efetivo exercício da atividade nesta urbe, como acima discorrido, cujas consequências se encontram diariamente pautadas nos segmentos que lhe são afetos, como também em toda a comunidade local, ante a disseminação do serviço.

Em linhas escuras, planificadas diante dos vários institutos jurídicos que convergem e dialogam com o polêmico tema, cotejando direitos constitucionais de importância crucial como a livre concorrência, o direito a mobilidade urbana, o direito do consumidor, a resposta judicial mais

condizente com os preceitos jurídicos e de justiça sobre o tema direcionam-se pela negativa da tutela de urgência pleiteada com a consequente declaração incidente tantum da inconstitucionalidade da lei municipal 4.738/15, por violar o princípio da livre concorrência e por invadir competência privativa da União.

Desse modo, visa-se a pacificação das relações sociais que se encontram conflitivas acerca da modalidade de transporte tratada, tudo a fim de conferir segurança jurídica para a atividade da ré e para a municipalidade, além do bem maior, que é a prestação de serviço seguro á comunidade.

Ante o acima exposto, tenho que os argumentos trazidos pelo autor carecem do requisito de **verossimilhança do direito alegado**.

No tocante ao risco de perecimento do direito, o argumento também não merece prosperar. Conforme estudos do CADE acima citados, o Uber não representa, considerando os elementos até aqui trazidos, ameaça à economicidade do sistema de táxis na capital deste Estado, razão pela qual o requisito encontra-se ausente.

Por outro lado, o periculum in mora inverso está presente na demanda a desautorizar a concessão da liminar, na medida em que, conforme opinião de Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos, *“Uma das peculiaridades do mercado de serviços de internet – no qual se insere a Uber – é a relevância da manutenção de uma base de usuários ativa para a obtenção de receitas. A atração de público é um dos aspectos fundamentais dos modelos de negócio na internet, e essa base de usuários passa a constituir verdadeiro capital imaterial dos desenvolvedores de aplicativos. Eventual decisão de retirada do ar do aplicativo, portanto, traz consequências da maior gravidade, podendo ser equiparada à hipótese de interdição de estabelecimento sem fundamento legal que a autorize.”*

De mais a mais, como dito alhures, a possível ineficácia da medida já se fez patente em sede de decisão ativa em liminar concedida em agravo de instrumento decorrente do feito 201611801109

Ante o exposto, INDEFIRO a tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente, mantendo a atividade do requerido UBER nesta cidade e declaro, de maneira incidental, a inconstitucionalidade da Lei Municipal 4.738/15, por violar o princípio da livre concorrência e por invadir competência privativa da União.

-

Outrossim, determino ainda as seguintes providências:

-

1) INTIME-SE a parte autora para, no prazo de 15 (quinze) dias, tendo em vista a complexidade da matéria em debate, aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, sob pena de extinção do feito (NCPC, art. 303, §6º c/c 139,VI);

2) Fale a parte autora, em igual prazo, sobre o pleito de intervenção de terceiro do SINTAX juntados em 11/01/2017 (fls. 223/229) pleiteando a sua inclusão na lide na qualidade de intervenção de terceiro e, quando do retorno, apreciarei.

3)INTIMEM-SE as partes e patronos dessa decisão de indeferimento da tutela de urgência;

4)NOTIFIQUEM-SE a Câmara Municipal de Vereadores de Aracaju/SE e o Ministério Público do Estado de Sergipe.

Cumpra-se.

Aracaju (SE), 16 de fevereiro de 2017.

CHRISTINA MACHADO DE SALES E SILVA

Juíza de Direito

[1] Eduardo Ferreira Jordão. *Restrições Regulatórias à Concorrência*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 84-85.

[2] <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150925-01.pdf>

[3] GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 50.

[4] MARQUES, Claudia Lima. Comentário ao artigo 219, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2023

[5] GRAU, Eros Roberto. Comentário ao artigo 170, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1792

[6] GRAU, Eros Roberto. *Ob. Citada*. p. 1792.

[7] Celso Antônio Bandeira de Mello in “Curso de Direito Administrativo”, 14ª ed. Malheiros, 2002, p. 619-621

[8] Miguel Reale. “O Plano Collor II e a intervenção do Estado na ordem econômica”. In: *Temas de Direito Positivo*. São Paulo: RT, 1992, p. 249.

[9] A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 58

[10] WU, Tim. *Impérios da Comunicação: do telefone à internet, da AT&T ao Google*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012; p. 13.

[11] MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Almedina, 2006; p. 80.

[12] EISENMANN, T.; PARKER, G. e VAN ALSTYNE, M. *Opening Platforms: How, When and Why?*. In: Gawer, Annabelle (ed.), *Platforms, Markets and Innovation*, Edward Elgar: Cheltenham, UK, 2008

Tradução livre: "Plataforma mediada por redes podem ser categorizados de acordo com o número de grupos de usuários distintos que abrangem. Em algumas redes, os usuários são homogêneos. Por exemplo, embora um determinado mercado de ações tenha um comprador e vendedor, esses papéis são passageiros; Quase todos os comerciantes desempenham ambos os papéis em momentos diferentes. As redes com usuários homogêneos são chamadas unilaterais para distingui-las de redes bidirecionais, que têm dois grupos de usuários distintos cujos membros respectivos desempenham consistentemente um único papel nas transações (Rochet & Tirole, 2003; Parker & Van Alstyne, 2000, 2005; Armstrong, 2006). Exemplos de redes de dois lados incluem cartões de crédito (composto por portadores e comerciantes), HMOs (pacientes e médicos) e jogos de vídeo (consumidores e desenvolvedores de jogos). Nas indústrias tradicionais, as trocas bilaterais seguem um caminho linear à medida que os fornecedores adquirem insumos, os transformam e vendem a produção. Em contraste, as trocas em redes mediadas por plataformas têm uma estrutura triangular (Eisenmann, Parker & Van Alstyne, 2006). Os usuários transacionam uns com os outros e, simultaneamente, afiliam-se aos provedores de plataforma. Por exemplo, com a plataforma Playstation de dois lados da Sony, os desenvolvedores do lado da oferta da plataforma oferecem jogos aos consumidores do lado da demanda - o primeiro conjunto de trocas bilaterais. Os desenvolvedores também devem contratar com o provedor da plataforma, a Sony, para permissão para publicar jogos e para suporte de produção: o segundo conjunto de trocas. Finalmente, os consumidores devem adquirir um console da Sony: o terceiro conjunto de trocas. Em uma rede de dois lados, da perspectiva dos usuários do lado da demanda, os usuários do lado da oferta, como desenvolvedores de jogos, oferecem complementos para a plataforma. No entanto, esses complementos não fazem parte da própria plataforma: uma plataforma engloba os componentes usados na maioria das transações de usuários e apenas uma fração do uso da plataforma envolve qualquer jogo. Assim, embora jogos e consoles devam ser consumidos como um sistema, no contexto da plataforma Playstation, o desenvolvedor é um usuário de plataforma e não um provedor de plataforma."

[13] A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?”, in MARQUES, Claudia Lima (coord) *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; p. 21

[14] Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativo-uber-sobre-as-corridas-de-taxi.pdf>

[15] Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/o-mercado-de-transporte-individual-de-passageiros.pdf>

Christina Machado de S. e Silva

Juiz(a) de Direito