

**EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MINISTROS E MINISTRAS QUE
INTEGRAM O PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Processo:	Recurso Extraordinário nº 1.054.110, Tema 967 da repercussão geral
Recorrente:	Câmara Municipal de São Paulo
Recorrida:	Confederação Nacional de Serviços - CNS

MEMORIAL DA RECORRIDA
CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SERVIÇOS – CNS

SUMÁRIO

1. Da origem no TJSP à repercussão geral na Suprema Corte.....	2
2. Inconstitucionalidade formal: a incompetência legislativa dos Municípios.....	5
3. A promulgação da Lei nº 13.640/2018: A competência da União.....	8
4. A livre iniciativa e as demais liberdades violadas: o transporte privado individual de passageiros enquanto atividade econômica por desígnio constitucional e expressa classificação legal.....	12
5. Violação à regra ou postulado da proporcionalidade.....	17
6. Direito à cidade e inovação: por uma mobilidade urbana inclusiva.....	18
7. Capacidade Institucional e as posições das autoridades da concorrência.....	20
8. Conclusão.....	22
9. Pedidos da Recorrida.....	23

1. Da origem no TJSP à repercussão geral na Suprema Corte

1.1. A matéria-prima do Tema 967 (“Proibição do uso de carros particulares para o transporte remunerado individual de pessoas”) nasce com o oferecimento de serviços de transporte individual particular por meio da plataforma digital para smartphones Uber, nos Estados Unidos, em 2010, em operação no Brasil desde 2014. Depois, muitas outras empresas passaram a oferecer e intermediar esse serviço. Cabify, 99, Easy, LadyDriver, são aplicativos que conectam motoristas e consumidores de transporte individual privado.

1.2. A tecnologia lida com a economia do compartilhamento (“sharing economy”). O racional se volta ao uso comum de bens (no caso, automóveis) e serviços, baixando os custos da atividade e reduzindo externalidades negativas como poluição, trânsito, etc. Os motoristas se utilizam da plataforma escolhida e repassam aos aplicativos um percentual do valor recebido nas viagens realizadas. Liberdade e igualdade juntas.

1.3. Eles **não são táxis**. Não há taxímetro, nem bandeira 2, nem disputas por “troco”. A Lei não dá isenções fiscais. Eles não usam corredores. O carro pertence a qualquer um de nós. As pessoas conferem a uma propriedade – o automóvel – uma função social (art. 5º, XXIII, da CF). É inovação¹. Como anotou o Tribunal de Justiça de São Paulo no acórdão *a quo*, uma “inovação disruptiva”².

1.4. Os fatos deste RE nascem com a Lei do Município de São Paulo nº 16.279 (LMSP 16.279/2015), de 8/10/2015, **PROIBINDO** o “uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas”. O **art. 1º PROIBIU** “o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos”. O **art. 2º VEDOU** a associação entre empresas

¹ Em 1942, o economista Joseph Schumpeter publicou “Capitalismo, socialismo e democracia”, sobre o desenvolvimento do sistema capitalista e seu futuro, onde ele apresenta o conceito de “destruição criativa”. O autor identificou, como elemento do capitalismo, uma estrutura econômica revolucionária que destrói, a partir dela mesma, antigas estruturas e cria novas lógicas econômicas. A destruição criativa seria a primeira de uma série de fatores que contribuiriam para a transformação definitiva de um modo de produção.

² O estudo do DEE/CADE conceitua “Inovações disruptivas” como aquelas “caracterizadas, entre muitos fatores, por gerarem mudanças abruptas em modelos de negócio, além de atuarem como uma plataforma em um mercado de dois lados, ligando diversos fornecedores e consumidores. Portanto, garantem ao consumidor a oportunidade de desfrutar de substitutos imperfeitos para hotéis e táxis, por exemplo. A plataforma on-line tende a reduzir os custos de procura dos consumidores, ao mesmo tempo que permite que mais fornecedores possam entrar no mercado, ao reduzir barreiras à entrada. Portanto, pode-se concluir que tais plataformas melhoram a correspondência eficiente entre compradores e vendedores. Ao fazê-lo, tais plataformas entram em concorrência com segmentos onde incumbentes históricos oferecem serviços semelhantes”.

administradoras desses aplicativos e estabelecimentos comerciais para o transporte remunerado de passageiros em veículos que não atendam as exigências da Lei nº 7.329/1969 (que regula os táxis na cidade de SP). Por fim, o **art. 3º** estipulou, em caso de infração à Lei, **multa** de R\$ 1.700,00 ao condutor e aos estabelecimentos, além da apreensão de veículo e demais sanções cabíveis.

1.6. Questionando a LMSP 16.279/2015 no TJSP, a CNS, ora recorrida, sustentou, numa ação direta de inconstitucionalidade, que a Lei viola os arts. 144³ e 275⁴ da Constituição Estadual (CE), pois: **a)** trata sobre transporte e informática, cuja competência legislativa privativa é da União; **b)** afronta os princípios da liberdade de iniciativa e de trabalho; **c)** restringe a liberdade de escolha do consumidor.

1.7. O TJSP entendeu ter, o Município, competência para regular a atividade de acordo com o fundamento do **interesse local**. “A lei não traça ou institui regra de caráter geral ou regional envolvendo o transporte urbano de pessoas, tampouco cria novas normas de trânsito, mas apenas pretende dispor sobre o ‘transporte remunerado individual de pessoas’ à luz de interesse local, modalidade esta indubitavelmente albergada na Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana”, consta do acórdão.

1.8. No mérito, o TJSP assentou a **inconstitucionalidade da Lei**. “Inexiste previsão constitucional que qualifique o transporte individual remunerado de passageiros como serviço público ou monopólio estatal”, registrou. Concluiu que o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas particulares previamente cadastrados em aplicativos não se constitui em serviço público, mas uma atividade econômica em sentido estrito, privada (art. 3º, §2º, III, ‘b’, da LPNMU), reservada à livre iniciativa, elemento da ordem econômica nacional (arts. 1º, IV, e art. 170, CF). A proibição contraria o livre exercício de qualquer atividade econômica, a livre concorrência e o direito de escolha do consumidor, corolários da livre iniciativa, além de ser desproporcional.

³ CE, art. 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na CF e nesta Constituição.

⁴ CE, art. 275 - O Estado promoverá a defesa do consumidor mediante adoção de política governamental própria e de medidas de orientação e fiscalização, definidas em lei. Parágrafo único - A lei definirá também os direitos básicos dos consumidores e os mecanismos de estímulo à auto-organização da defesa do consumidor, de assistência judiciária e policial especializada e de controle de qualidade dos serviços públicos.

1.9. A Câmara Municipal de São Paulo interpôs o extraordinário. Teriam sido violados os seguintes comandos da Constituição Federal: arts. 5º, XIII, XXXII e LIV; 30, I, II e V; 125, § 2º, 170, V e parágrafo único e 175. **Argumenta a Câmara:** a) houve usurpação da competência do STF, pois o TJSP teria utilizado a Constituição Federal como parâmetro de controle; b) o serviço de transporte individual remunerado de passageiros por meio de aplicativo de internet seria serviço de interesse público, tal qual o táxi, sujeito a restrições na livre iniciativa e concorrência; c) essa modalidade de transporte consiste em interesse local, a respeito do qual o Município tem competência para legislar.

1.10. No STF, o caso teve a sua repercussão geral reconhecida como Tema 967.⁵

1.11. A **Procuradoria-Geral da República** opinou que embora o TJSP tenha afastado a perspectiva de inconstitucionalidade formal do diploma, prevalece no STF o **ARE 639.496**, com repercussão geral, segundo a qual “compete privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte, impossibilitados os Estados-membros e municípios a legislar sobre a matéria enquanto não autorizados por Lei Complementar” (Min. Cesar Peluso, DJe 31/8/11). Pontuou ainda: “A competência dos Municípios para legislar sobre temas afetos ao interesse local (art. 30, I) ou para suplementar a legislação federal e estadual de regência (art. 30, II), não pode sobrepor-se à competência para legislar sobre assunto contido no domínio privativo da União – art. 22, IX, da CF”.

1.12. No mérito, opina: “A lei municipal, que proíbe de modo absoluto toda a forma de transporte individual de passageiros distinta do serviço de táxi, não se contém nos lindes atualmente traçados pelo legislador federal”.⁶

⁵ Requereram ingresso como *amici curiae*: UBER do Brasil Tecnologia Ltda; Federação dos Taxistas Autônomos do Estado de São Paulo, Marçal Justen Filho, BRASSCOM – Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação, Sindicato dos Transportadores Autônomos Rodoviários de Pessoas, Bens e de Cargas de Rio Claro/SP – SINTRARC, Associação Brasileira de O2O - ABO2O, CABIFY Agência de Serviços de Transporte de Passageiro Ltda, SEAE do Ministério da Fazenda, Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários de Florianópolis – SCAVR, Associação Paulista de Direito Administrativo – APDA e 99 Tecnologia LTDA. Há, neste *leading case*, pareceres dos seguintes juristas: Daniel Sarmento, André Ramos Tavares, Comissão de Assuntos Constitucionais da OAB/DF, Carlos Affonso de Souza, Ronaldo Lemos e José Joaquim Gomes Canotilho.

⁶ Foi editado o Decreto Municipal nº 56.489/2015 que instituiu a categoria de “Táxi Preto” no município de São Paulo. Posteriormente, o Decreto nº 56.981/2016, sobre o “uso intensivo do viário urbano municipal para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública, o serviço de carona solidária e o compartilhamento de veículos sem condutor”.

2. Inconstitucionalidade formal: a incompetência legislativa dos Municípios

2.1. A LMSP 16.279/15 trata de Direito Civil, transporte e informática, violando o art. 22, I, IV e XI da CF, que estabelece competências legislativas privativas da União. **Ela bane a atividade**, violando o art. 730 do Código Civil⁷, os parágrafos 1º, I e 2º, I, “a”, II, “b” e III, “b” do art. 3º c/c art. 4º, X da Lei Federal nº 12.587/2012 (PNMU) e o art. 3º, VIII da Lei Federal nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

2.2. Com efeito, a **Lei Federal nº 12.587/2012**, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana - PNMU, trouxe **dois modelos** para o transporte urbano motorizado de passageiros individual: o público e o privado. Eis os comandos:

“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.”

2.3. No **art. 4º**, a Lei define dois modos de transporte urbano. No **inciso VIII**, o **transporte público individual**: “serviço remunerado de transporte de passageiros aberto

⁷ O Código Civil prevê, no art. 730, o “contrato de transporte”, pelo qual “alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”. O Código distingue “transporte privado individual”, ou “serviço privado de transporte” (art. 730) do “transporte público coletivo”, ou “transporte coletivo”, disposto no art. 731: “exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão”, que será regido primariamente “pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos”.

ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas”. No **inciso X, o transporte motorizado privado**: “meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares”.⁸

2.4. Tanto que a **Advocacia-Geral da União**, requerendo à Suprema Corte o seu ingresso como *amica curiae*, anotou: “In casu, a relevância da matéria transcende os limites subjetivos da demanda recurso, na medida em que afeta direta e objetivamente a competência constitucional privativa da União para legislar sobre as diretrizes da política nacional de transportes (art. 22, IX) e também sobre trânsito e transporte (art. 22, XI). Além disso, nos termos do art. 21, XX, da Lei Maior, cabe ao ente central instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, o qual compreende os transportes urbanos”. A **AGU** anotou ainda: “Ademais, a lei impugnada invade competência privativa da União para legislar sobre direito civil (art. 22, I, da CF), precisamente ao vetar a prestação de serviço lícito através de contrato típico com previsão expressa no Código Civil (art. 730)”.

2.5. O **STF** tem derrubado leis estaduais e municipais sobre trânsito e transporte, a exemplo das seguintes matérias: **a)** licenciamento de motocicletas para transporte de passageiros (Mototáxi)⁹; **b)** obrigação do uso de cinto de segurança proibindo transporte de menores de 10 anos no banco dianteiro dos veículos com o estabelecimento de multa em favor do município¹⁰; **c)** inspeção das condições de segurança veicular¹¹; **d)** proibição de instalação de barreiras eletrônicas e obrigação de desativar as já existentes¹²; **e)** obrigatoriedade de notificação pessoal dos motoristas em casos de utilização de celular com o veículo em movimento e da não-utilização do cinto de segurança¹³; **f)** bloqueio do licenciamento de veículos de proprietários¹⁴; **g)** penalidades a quem seja flagrado em estado

⁸ O art. 2º do referido diploma regulamenta a profissão de taxista, definida como: “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”.

⁹ ADI 3136, Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJ 10/11/2006; ADI 3135, Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 8/9/2006; ADI 2606, Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 7/2/03; ADI 3679, Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJe 3/8/2007; ADI 3610, Min. Cezar Peluso, Pleno, DJE 22/9/2011.

¹⁰ RE 227.384, Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 9/8/2002.

¹¹ ADI 1972, Min. Teori Zavascki, Pleno, DJe 10/10/2014; *Ratio decidendi* que se repete em: ADI 2328, Min. Maurício Corrêa, Pleno, 17/3/2004, DJ 16/4/2004; ADI 3444, Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ 3/2/2006.

¹² ADI 2064, Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 17/8/2001. *Ratio decidendi* que se repete em: ADI 2718, Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJ 24/6/2005; ADI 3897, Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJE 24/4/2009.

¹³ ADI 2101, Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 5/10/2001.

¹⁴ ADI 2407, Min. Cármel Lúcia, Pleno, DJe 29/6/2007.

de embriaguez na condução de veículo automotor¹⁵; **h)** inspeção técnica de veículos para avaliação de condições de segurança e controle de emissões de poluentes e ruídos¹⁶; **i)** obrigatoriedade, a qualquer veículo automotor, de transitar permanentemente com os faróis acesos nas rodovias estaduais, impondo a pena de multa aos que descumprirem o preceito legal¹⁷; **j)** limites de velocidade nas rodovias do Estado-membro ou sob sua administração¹⁸; **k)** autorização do uso de película de filme solar nos vidros dos veículos¹⁹; **l)** idade mínima para habilitação a conduzir veículo automotor²⁰; e **m)** vedação da saída, dos limites do Estado-membro, de madeiras em toras em veículos.²¹

2.6. Mesmo que se cogite da competência dos municípios para legislarem sobre assuntos de **interesse local, ainda assim haveria inconstitucionalidade**, pois as competências privativas da União afastam as competências não enumeradas atribuídas aos municípios e Distrito Federal para legislar sobre assuntos “de interesse local” (art. 30, I), e para suplementar a legislação federal e estadual, no que couber (art. 30, II). Não há qualquer Lei Complementar que autorize os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no respectivo artigo (art. 22, parágrafo único).²²

2.7. Ademais, os municípios foram taxativamente excluídos, pelo **art. 24, IX**, da competência para legislarem sobre os temas de **tecnologia e inovação**.²³ Daí porque sobreveio, como lei de alcance nacional, o Marco Civil da Internet (Lei Federal nº

¹⁵ ADI 3269, Min. Cezar Peluso, P, DJE 22/9/2011.

¹⁶ ADI 3049, Min. Cezar Peluso, P, DJ 24/8/2007.

¹⁷ ADI 3055, Min. Carlos Velloso, P, DJ 3/2/2006.

¹⁸ ADI 2582, Min. Sepúlveda Pertence, P, DJ 6/6/2003.

¹⁹ ADI 1704, Min. Carlos Velloso, P, DJ 20/9/2002.

²⁰ ADI 476, Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 9/4/1999.

²¹ ADI 280, Min. Francisco Rezek, Pleno, DJ 17/6/1994; ADI 1592, Min. Moreira Alves, DJ 03/02/2003; ADI 2802, Min. Ellen Gracie, DJ 31/10/2003. No ARE 639.496, com repercussão geral, anotou: “compete privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte, impossibilitados os Estados-membros e municípios legislar sobre a matéria enquanto não autorizados por Lei Complementar” (Dje 31/8/2011).

²² Nesse particular, anotou a AGU: “Assim, preestabelecidas as competências exclusivas e privativas da União (arts. 21 e 22, da CF/88, respectivamente), não é permitido o seu exercício concomitante com as competências legislativas (art. 30, I) e administrativas (art. 30, incisos In ao IX) atribuídas aos municípios e, muito menos, aquela para ‘suplementar a legislação federal e estadual, no que couber’ (art. 30, li). A mencionada suplementação dos Municípios ocorre nos casos de competência concorrente, situação completamente distinta desta em análise, como já frisado”. Página 7 da peça nº 74 dos autos.

²³ A LMSp 16.279/15 desafia direitos revestidos de fundamentalidade pela própria Constituição, na medida em que: a) assegura-se a inviolabilidade do direito à liberdade, à igualdade e à propriedade (art. 5º, *caput*), numa perspectiva individual ou mesmo coletiva; b) faz-se do trabalho e do transporte direitos de substrato social (art. 6º). Sendo certo que é da essência dos direitos sociais elevar o primado da igualdade por meio de um disciplinamento nacional. Não podendo os municípios, por isso mesmo, invocar interesse de caráter meramente local para disciplinar esses encarecidos direitos de modo substancialmente distinto, em flagrante desrespeito à isonomia.

12.695/2014). Dele se extrai, com direta pertinência à hipótese, o papel de centralidade normativa que a liberdade assume enquanto princípio fundamental dos modelos de negócios promovidos na Internet (art. 3º, VIII). Ao que se agrega, no art. 6º, a disposição de que o Marco Civil da Internet e as atividades por ele reguladas devem ser compreendidos em consideração à importância da internet para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.²⁴

2.8. Vê-se que é vedada a atuação legiferante dos municípios quanto à realidade normativa que circunda os aplicativos de intermediação de transporte individual privado. Indo além, independentemente da origem político-federativa da norma, a Constituição não autoriza um tipo de regulação que esvazie ou desnature ou subverta o conteúdo dos direitos que subjazem à atividade em discussão no presente RE.

3. A recente promulgação da Lei nº 13.640/2018: a) a reafirmação da competência da União quanto à disciplina e à categorização jurídica do transporte individual de passageiros (e das atividades de intermediação tecnológica do serviço); b) a predefinição, em lei nacional, de uma estreitíssima pauta regulamentar e fiscalizatória a cargo dos Municípios

3.1. Fato novo a este RE é a Lei nº 13.640/2018, que “Altera a Lei nº 12.587/2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros”.

3.2. Em robusta demonstração da competência privativa da União quanto à deliberação democrática e ao disciplinamento legislativo da matéria discutida neste RE, a **Lei nº 13.640/2018: a)** conceituou, normativamente, o “transporte remunerado privado individual de passageiros”; **b)** remarcou a distinção entre as modalidades de caráter público e privado de transporte individual de passageiros, submetendo-as a diferentes regimes jurídicos; **c)**

²⁴ Nesse sentido, ao dispor sobre o “desenvolvimento nacional”, a Constituição pretende dar uniformidade ao progresso do país, conciliando os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa. Tanto que o art. 174, § 1º, dispõe que “a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado”. Lei, no caso, de caráter necessariamente nacional ou panfederativo, pois somente assim é que se compatibilizarão “os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”. O que já pré-exclui um quadro de pulverização e assintonia regulatória sobre a mesma atividade de transporte individual privado - que é o que fatalmente resultaria de uma decisão que investisse os municípios na posição jurídico-política de legisladores da matéria. Matéria que, já se antevê, é dotada de múltiplas angulações constitucionais, perpassando direitos como o da livre iniciativa empresarial, com seu consectário lógico da livre concorrência; o direito ao exercício do trabalho; o direito à inovação tecnológica; e, entre outros, o direito ao transporte, notadamente sob a ótica da cidade e da mais desembaraçada e efetiva locomoção daqueles que nela habitam.

delimitou, muito estreitamente, o âmbito de atuação regulamentar conferido aos Municípios no tocante à atividade em causa.

3.3. Isso não prejudica a grave situação submetida à apreciação desta Suprema Corte, qual seja, o banimento municipal, a partir da legislação da **cidade de São Paulo**, da atividade de transporte individual privado de passageiros intermediado por aplicativos.²⁵ A Lei nº 13.640/2018 não está submetida ao STF neste RE. Aliás, os comandos nela contidos podem ser questionados futuramente, em ação própria, especialmente caso se constate algum tipo de delegação indevida aos Municípios. De modo que remanescem em jogo, neste RE, a referida **LMSP 16.279/2015** e sua iniciativa proibitiva da modalidade privada de transporte individual de passageiros, assim mediada por aplicações de internet.

3.4. Por outro lado, longe de tornar prejudicada a grave situação submetida à apreciação desta Suprema Corte, a superveniência da Lei nº 13.640/2018 evidencia o quadro de ilicitude retratado, a partir do exemplo da cidade de São Paulo, nos diversos regramentos municipais sobre o tema, que ou decretam o banimento sumário da atividade de transporte individual privado de passageiros intermediado por aplicações de internet ou a submetem um tipo de contingência regulatória própria dos táxis (entendidos como a modalidade pública do transporte individual de passageiros, nos termos do art. 12-A da Lei nº 12.587/2012 e da Lei nº 12.468/2011). E quais são os contributos que a Lei nº 13.640/2018 aporta para o deslinde da presente questão? Ei-los nos parágrafos seguintes.

3.5. O **primeiro** é o de reafirmar que apenas a União está constitucionalmente habilitada para legislar sobre a atividade. À União compete – como assim o fez – conceituar o serviço privado de transporte individual de passageiros, tendo-o conformado enquanto “serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários

²⁵ Vale trazer trecho da manifestação da AGU a respeito: “Frise-se, ainda, a existência do Projeto de Lei da Câmara nº 28, de 2017, em trâmite no Congresso Nacional, que propõe alterar a LPNMU para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. Destaca-se que, após discussão do referido projeto no âmbito do Senado Federal, restou o entendimento de que as prefeituras não terão o papel de autorizar o exercício da atividade como estava previsto no texto original da Câmara. Com essa alteração, não vingou um dos pontos mais polêmicos do PLC 28/2017, o qual estabelecia que empresas como o ‘Uber’ são prestadoras de serviço público, dependentes de regulamentação, e que os motoristas precisariam de permissão para trabalhar. Assim, mostra-se clara a competência exclusiva e privativa da União para regulamentar a questão em análise”. Página 10 da peça 74 dos autos eletrônicos deste *leading case*.

previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede” (nova redação atribuída ao inc. X do art. 4º da Lei nº 12.587/2012).

3.6. Também é da lei nacional que provêm os marcos jurídicos essenciais da prestação do serviço, a saber: **a)** o recolhimento dos tributos municipais pertinentes; **b)** a necessária contratação, pelo motorista, de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP), além do próprio DPVAT; **c)** a inscrição, mandatória, dos motoristas como contribuintes individuais do INSS; **d)** o porte de Carteira Nacional de Habilitação na categoria B, ou superior, mas sempre com a anotação do exercício remunerado da direção; **e)** a manutenção do Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo (CRLV); **f)** a apresentação, pelo motorista, de certidão negativa de antecedentes criminais. Esses são os pontos componentes do que se pode chamar de regime jurídico-legal do transporte remunerado, privado e individual de passageiros. Um regime de incidência **bem delimitada**, portanto, não confundível com a disciplina da modalidade pública, contida nos arts. 12, 12-A e 12-B da mesma lei nacional.

3.7. Sobre o papel municipal na matéria, a **Lei nº 13.640/2018** alude a uma competência **regulamentar e fiscalizatória**. Isso, porém, **nos limites do regime jurídico acima resumido**, e atendidos os vetores da eficiência, eficácia, segurança e efetividade da prestação do serviço (parágrafo único do art. 11-A). Sobre a habilitação profissional do motorista²⁶, a lei nacional chega a ser praticamente **exauriente**, pois, além de referir aos pontos acima mencionados – todos eles autoaplicáveis e já exigidos por leis federais –, somente reserva aos Municípios e ao Distrito Federal um espaço regulamentar para fixar idade máxima e características do veículo. Essa, portanto, a restritíssima pauta regulamentar

²⁶ **Art. 11-A.** Compete exclusivamente aos Municípios e ao DF regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei no âmbito dos seus territórios. Parágrafo único. Na regulamentação e fiscalização do serviço de transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o DF deverão observar as seguintes diretrizes, tendo em vista a eficiência, a eficácia, a segurança e a efetividade na prestação do serviço: I – efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço; II - exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro DPVAT; III - exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do INSS, nos termos da alínea h do inciso V do art. 11 da Lei nº 8.213/1991. **Art. 11-B.** O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, nos Municípios que optarem pela sua regulamentação, somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições: I - possuir CNH na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada; II - conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do DF; III - emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV); IV – apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

e fiscalizatória deferida aos Municípios, de modo que outras investidas normativas pelos entes municipais já se mostram nitidamente atentatórias à Constituição. Não sem razão, o processo legislativo democrático ao qual a Lei nº 13.640 foi submetida derrubou exigências que sufocavam a atividade, tais como: **a)** obrigatoriedade do uso de placas vermelhas; **b)** imposição de que apenas o dono do veículo poderia dirigí-lo; **c)** restrição de circulação apenas na cidade onde o carro é registrado; **d)** obrigação de que o motorista solicite autorização específica das prefeituras para trabalhar. Não cabe aos Municípios reintroduzirem, ao argumento de estarem regulamentando a Lei, aquilo o que o único ente competente para tal, a União, expressamente optou por não fazê-lo.

3.8. Por fim, a tramitação da Lei nº 13.640/2018 revela o reconhecimento, pelo legislador nacional, de que a modalidade privada de transporte individual de passageiros, por sua natureza, não se amolda ao método de controle regulatório incidente sobre os táxis. Sobre o ponto, vale trazer trecho da manifestação da AGU neste RE. Ainda em referência ao projeto de lei, mas debruçando-se sobre o mesmo conteúdo da lei promulgada, a União observou: *Frise-se, ainda, a existência do Projeto de Lei da Câmara nº 28, de 2017, em trâmite no Congresso Nacional, que propõe alterar a LPNMU para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. Destaca-se que, após discussão do referido projeto no âmbito do Senado Federal, restou o entendimento de que as prefeituras não terão o papel de autorizar o exercício da atividade como estava previsto no texto original da Câmara. Com essa alteração, não vingou um dos pontos mais polêmicos do PLC 28/2017, o qual estabelecia que empresas como o 'Uber' são prestadoras de serviço público, dependentes de regulamentação, e que os motoristas precisariam de permissão para trabalhar. Assim, mostra-se clara a competência exclusiva e privativa da União para regulamentar a questão em análise.*²⁷ Nessa linha, cumpre registrar que também foram retirados do texto legal a necessidade de emplacamento especial e o enquadramento dos veículos na categoria de aluguel, demonstrando a intenção do legislador de deixar um espaço de liberdade para a atividade, espaço este que não pode ser indevidamente obstruído pelos Municípios.

3.9. A promulgação da Lei nº 13.640/2018 também atesta a invalidade de normas municipais que banem a modalidade privada dos serviços de transporte individual de passageiros – seja de maneira frontal, seja mediatamente, pela submissão a exigências regulatórias típicas de serviços de natureza pública que acabem por inviabilizar o exercício

²⁷ Página 10 da peça 74 dos autos eletrônicos do *leading case* do Tema 967/RG.

da atividade privada. Logo, não altera o fato de que a **LMSP 16.279/2015**, ao **banir** a atividade de transporte individual privado por meio dos aplicativos, ingressou na esfera de competência privativa da União, devendo, portanto, ser declarada **inconstitucional**.

3.10. Vale anotar, por fim, que o Departamento de Estudos Econômicos do CADE divulgou, nesse mês de abril, o Documento de Trabalho nº 001/2018, de autoria do Economista-Chefe do CADE Guilherme Mendes Resende e do Analista Pericial em Economia do Ministério Público Federal Ricardo Carvalho de Andrade Lima. Intitulado “Efeitos concorrenciais da economia do compartilhamento no Brasil: A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?”, o estudo traz conclusões favoráveis à desregulamentação, apontando que a Lei nº 13.640/2018 não impôs uma regulação excessiva, e que os municípios devem ser parcimoniosos na regulamentação, para que não restrinjam a oferta de carros disponíveis e nem aumentem os preços, pois isso traria efeitos negativos ao bem estar dos consumidores²⁸.

4. A livre iniciativa e as demais liberdades violadas: o transporte privado individual de passageiros enquanto atividade econômica por desígnio constitucional e expressa classificação legal

4.1. Esvaziar, desnaturar ou subverter a ordem constitucional das coisas é tudo o que faz a **LMSP 16.279/2015**. Ela confere aos taxistas a exclusividade sobre qualquer tipo de transporte individual e remunerado de passageiros.²⁹ Assim estabelecendo uma reserva de Estado em matéria não identificada na Constituição como serviço público, nos termos conceituais do art. 175 – e menos ainda listada no rol de monopólio econômico-estatal inscrito no art. 177. Daí porque o art. 30 atribui aos Municípios aptidão apenas 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**”. De modo que, à luz da Constituição, e quanto à atividade de transporte, a característica pública está diretamente imbricada com o alcance coletivo do serviço.

²⁸ Íntegra disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/de-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf>

²⁹ O STF, apreciando o RE 220.999, discutiu se haveria responsabilidade civil da União em razão da não prestação do serviço de transporte fluvial de carga em determinado rio. Entendeu-se que o transporte fluvial de cargas não era serviço público, por não atender a qualquer necessidade coletiva essencial (Rel. p/acórdão Min. Nelson Jobim, 2^a T, DJ 24/11/2000).

4.2. A União exerceu a competência que tem para instituir “diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. E o fez por meio da já citada Lei nº 12.587/2012, que distingue serviços de transporte individual de passageiros quanto à sua natureza: serviços de utilidade pública ou, então, de caráter privado³⁰. É dizer: a lei federal delineou os contornos e os limites de regulação estatal na matéria, ampliando-os apenas na hipótese dos serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros.

4.3. É a esse tipo de atividade que se dirigem os comandos dos **arts. 12, 12-A, 12-B e 13 da lei federal em comento**, notadamente a incidência de institutos como o da outorga para exploração da atividade e da fixação tarifária prévia, além de minudências regulatórias como requisitos de conforto, segurança, higiene e qualidade.

4.4. Quanto ao transporte motorizado individual privado, contudo, a lei não o submete a esse grau de intensidade regulatória. Bem diferentemente, reconhece que, no amplo e multitudinário espaço das relações jurídicas individuais (e não coletivas) de transporte, há um campo em que o Estado presta deferência à iniciativa econômica. Daí que, desprovidos de matriz legal, as imposições e os condicionamentos regulatórios padecem de validade jurídico-constitucional e legitimação democrática, por direta violação ao inc. II do art. 5º e ao parágrafo único do art. 170.

4.5. Isso não significa um quadro de anomia sobre o setor, até porque toda e qualquer atividade econômica sujeita-se à plena incidência dos valores fundantes, dos princípios de funcionamento e dos princípios-fins da ordem econômica³¹. E também porque, como visto, o Código Civil dá conta da relação contratual privada de transporte (arts. 730 e ss). Relação que, massificada pela intermediação de aplicações de internet, ganhou o adendo normativo do inc. X do art. 4º e dos arts. 11-A e 11-B, todos da Lei nº 12.587/2012. Mas sem que pudesse perder a sua raiz privada, diretamente conformada pelos princípios

³⁰ Art. 4º. Para os fins da Lei, considera-se: (...) VIII - transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas; (...) X - transporte motorizado privado: meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares.

³¹ Barroso, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 226: 187-212, out./dez. 2001.

constitucionais regentes da ordem econômica (art. 170) e apenas complementada por normas legais que densifiquem um ou outro desses princípios.

4.6. Portanto, mesmo no plano das leis editadas pelo ente federativo competente, a validade da prescrição incidente sobre a atividade privada exige pertinência e proporcionalidade com algum dos princípios que integram a ordem econômica, sob pena de possibilitar ao legislador infraconstitucional o esvaziamento de sentido da livre iniciativa, base e pressuposto constitucional da ordem econômica³². A regulação econômica (e é disso que trata este RE) se legitima apenas na medida de sua aptidão para tutelar o equilíbrio do sistema econômico, à luz dos art. 170 da Constituição³³. Nunca para desnaturá-lo³⁴.

4.7. Nesse sentido, não bastasse esse tipo de validação apriorística que a Constituição, o Código Civil e a Lei nº 12.587/2012 conferem à atividade privada de transporte individual de passageiros, os elementos empíricos atestam que a sua ampliação (a partir das aplicações de internet) efetivamente vitaliza princípios centrais, como o da livre concorrência e o da defesa do consumidor. Daí o vício material em que incorre uma lei proibitiva do engajamento de pessoas naturais e empresas privadas, respectivamente, na prestação de serviços de transporte e no desenvolvimento e operação de plataformas tecnológicas que aproximam motoristas particulares de consumidores.³⁵ Um comando radical quanto à livre

³² Evidenciando a perplexidade que tal entendimento suscitaria, **Celso Antônio Bandeira de Mello** é incisivo: *Seria um verdadeiro absurdo, um contra-senso cabal, extrair do parágrafo de um artigo a outorga de poder para nulificar o que se contém em sua cabeça e em um de seus incisos; o disparete interpretativo seria particularmente inadmissível quando se sabe que o artigo e o inciso em questão (170 e seu inciso IV) apresentam-se, e de modo declarado, como sendo respectivamente, um dos 'fundamentos da ordem econômica' e um dos 'princípios' retores dela. Um fundamento constitucional que pudesse ser arredado por obra de legislação ordinária ou um princípio que esta pudesse menoscabar, a toda evidência, nada valeriam e o constituinte seria um rematado tolo se houvesse pretendido construí-los com tal fragilidade* (*Curso de direito administrativo*. 11^a ed., 1999, p. 490-491).

³³ Em parecer dedicado à “Atividade de transporte privado individual de passageiros”, **Floriano de Azevedo Marques Neto** enfatiza o caráter subsidiário da normatização estatal sobre as atividades econômicas: *O vetor da subsidiariedade impõe que a atuação estatal sobre o domínio econômico seja meramente residual, justificável apenas quando existirem valores ou interesses públicos cuja proteção ou promoção não possa prescindir da regulação estatal* (nos autos, p. 42).

³⁴ Atente-se bem: o que se mostra afrontoso à Constituição é que a regulação desnature a ordem econômica em seu conteúdo jurídico-constitucional, como um sistema equilibrado – e não que o surgimento de novas tecnologias provoque a revisão desse ou daquele modelo regulatório, assim apontando para a necessidade de uma nova calibração da intervenção estatal. Conforme será referido no item 7, abaixo, a inovação e o desenvolvimento tecnológico são bens constitucionais, de modo que é o Estado que lhes deve respeito, consideração e até mesmo o compromisso de promovê-los. Demonstrando-se, então, a impropriedade de se tomar um ou outro modelo regulatório estatal como imperativos categóricos, postos à frente dos movimentos de criação tecnológica, para inibi-los ou condicioná-los. Tal postura, além de contraproducente, é atentatória à própria ideia de constitucionalismo enquanto limitação e necessário arejamento do poder estatal.

³⁵ Anotou o Juiz Bruno Bodart, da 1^a Vara de Fazenda Pública do RJ (Proc.: 0373699-21.2015.8.19.0001), quanto à legalidade do transporte individual privado utilizando o aplicativo Uber: “o legislador ou o administrador não podem editar norma jurídica que restrinja arbitrariamente ou proíba a atividade de

iniciativa requestaria, no mínimo, um suporte normativo de tônus igualmente constitucional, como, aliás, reconhece a doutrina³⁶ e a jurisprudência do STF³⁷. Não é do que se cuida no presente caso, já sabido que o transporte individual de passageiros não é tema que foi deixado aos cuidados imediatos da Constituição, além de já ter sido disciplinado por lei federal em harmonia com a sua vocação privada.

4.8. É nessa ambiência que se desenvolve a atividade privada de transporte individual de passageiros. Uma ambiência jurisdicional que encontra nos comandos de liberdade e conformação da atividade econômica o seu fio-condutor³⁸. Comandos principiológicos que são reputados, pelo **Prof. Carlos Ayres Britto**, como tendo “uma parte de si como *janelas abertas para o porvir*, dotando a Constituição de plasticidade para se adaptar à evolução do modo social de conceber e experimentar a vida”.³⁹

4.9. Essa contínua evolução social tem se mostrado, na hipótese, benfazeja e compatível com uma ideia de permanente contextualização da regulação econômica, assim resumida por **Gustavo Binenbojm** em comentário sobre a matéria das aplicações de transporte privado: “Analisadas as circunstâncias do caso UBER, percebe-se claramente o efeito impressionante que o desenvolvimento de aplicativos (apps) contendo sistemas de ‘economia compartilhada’ (sharing economy) causou em uma estrutura regulatória rígida e relativamente estável até aquele momento, provocando um choque que põe em xeque a eficiência da estrutura regulatória até então adotada”⁴⁰.

transporte privado de passageiros, sob pena de frontal ofensa ao postulado da liberdade de iniciativa albergado como elemento fundante da nossa ordem jurídica pela Constituição (artigos 1º, IV, e 170).”

³⁶ “As exceções ao princípio da livre iniciativa, portanto, haverão de estar autorizadas pelo próprio texto da Constituição de 1988 que o consagra. Não se admite que o legislador ordinário possa livremente excluí-la, salvo se agir fundamentado em outra norma constitucional específica”. Barroso, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 226: 187-212, out./dez. 2001.

³⁷ Exemplificativamente, o caso da vedação de importação de pneus usados (ADPF 101, Min. Cármén Lúcia, Pleno, DJe 4/6/2012) e da suspensão da regulamentação da venda de fosfoetanolamina (pílula do câncer) (ADI 5501 MC, Min. Marco Aurélio, Pleno, 19/5/2016). A restrição se deveu à preservação do meio ambiente e da saúde pública. São causas e bens jurídicos de relevância diretamente constitucional, o que não ocorre com a LMSP 16.279/2015 e o transporte individual de passageiros.

³⁸ “I – soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego”.

³⁹ *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 171.

⁴⁰ *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 221.

4.10. Logo, o surgimento das aplicações de transporte individual gerou ganhos de funcionalidade a princípios até então esquecidos na regulação do setor, notadamente a livre concorrência e os benefícios que ela implica em termos de preço, qualidade e inovação tecnológica⁴¹. Não por acaso, apreciando o tema (e julgando-o pela validade do modelo privado dos aplicativos), o **Justice Sean F. Dunphy**, integrante da **Superior Court of Justice da província de Ontario, no Canadá**, deu o tom do debate, asseverando que o caso envolve: “milhares de consumidores que não querem ver o gênio da concorrência ser empurrado de volta para a lâmpada, agora que puderam sentir o gosto da coisa”.⁴²

4.11. Nessa mesmíssima toada, vem à baila o direito que têm os motoristas à **liberdade de ofício ou profissão**, pois, para o **STF**: “nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade” (RE 414.426, DJe 7.10.2011). Isso pelo que consta do **art. 5º, XIII**: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”⁴³. Adensado, na perspectiva do consumidor, pelo **inciso XV**, que diz ser “livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

4.12. A jurisprudência recente do **STF** definiu que a “fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor” corresponde a “empecilho ao **livre exercício da atividade econômica**, com desrespeito ao princípio da **livre iniciativa**” (art. 1º, IV; art. 170, da CF).⁴⁴ Estabelece, a **Súmula Vinculante 49**, que “ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.⁴⁵

⁴¹ “Nel [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” (Barroso, Luís Roberto. *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).

⁴² Tradução livre de: *thousands of consumer/voters who do not wish to see the competition genie forced back to the bottle now that they have acquired a taste for it* (City of Toronto v. Uber Canada Inc. et al., 2015 ONSC 3572).

⁴³ **José Gomes Canotilho**, no parecer já referido: *Para o transportador, o exercício de sua atividade econômica privada como intervenção mediadora de uma plataforma electrónica entre quem presta um serviço e o consumidor desse serviço constitui uma projecção da (sua) liberdade de auto-organização e autorregulação profissional* (parecer nos autos, p. 26).

⁴⁴ RE 422.941, Min. Carlos Velloso, 2^a T, DJ 24/3/2006. AI 754.769, 2^a T, DJE 4/10/2012.

⁴⁵ “1. A CF assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do Poder Público, salvo nos casos previstos em lei. 2. Observância de distância mínima da farmácia ou drogaria existente para a instalação de novo estabelecimento no perímetro. Lei Municipal 10.991/91. Limitação geográfica que induz à concentração capitalista, em detrimento do consumidor, e implica cerceamento do

4.13. Mais recentemente, a **Corte** fixou: “Lei estadual que torna obrigatória a prestação de serviços de empacotamento nos supermercados é inconstitucional por **afrontar o princípio constitucional da livre iniciativa**”.⁴⁶ Depois, na **ADI 4008**, declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 4.067/2007, que regulamenta as formas de cobrança e gratuidade nos estabelecimentos do DF. Cabendo à União legislar sobre Direito Civil que trate da regulação sobre concorrência e livre iniciativa, o Ministro Luiz Fux registrou que haveria, ali, “**violação à livre iniciativa**”.

4.14. Portanto, sob o prisma da livre iniciativa e do regime jurídico das atividades econômicas, a Constituição Federal, e a jurisprudência do STF, amparam o acórdão *a quo*.

5. Violação à regra ou postulado da proporcionalidade: o banimento ou a equiparação regulatória do transporte individual privado à modalidade pública (táxis) enquanto ato público inadequado, desnecessário e desmedido

5.1. A **LMSP 16.279/15** promove uma regulação prematura e hostil, cujo efeito prático inviabiliza atividades econômicas legítimas (transporte individual privado e sua intermediação por meio de aplicativos). É desproporcional, como decidiu o TJSP no acórdão recorrido. Uma hostilidade prejudicial.

5.2. De fato, a Lei municipal promove uma intervenção estatal desproporcional.⁴⁷ **Em momento algum são expostas razões de necessidade e adequação** à submissão da atividade ao mesmo padrão normativo que disciplina os táxis. Aliás, nem mesmo são apresentadas as finalidades teoricamente buscadas com a medida, que parece resultar de um renitente vício oficialista que historicamente grassa no País⁴⁸.

exercício do princípio constitucional da livre concorrência, que é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada”. RE 193.749, Pleno, red. p/ac Min. Maurício Corrêa, DJ 4/5/2001.

⁴⁶ ADI 907, red. p/ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 1º/8/2017.

⁴⁷ Para **Carlos Ayres Britto**, princípios como a livre iniciativa se traduzem numa materialidade ou estrutura conceitual que em parte é atual e em parte é prospectiva. “A parte atual é de pronto formada com os dados-de-compreensão que afloram da própria tecnicidade constitucional, sem necessidade de o intérprete recorrer a elementos de compreensão que se situem no plano do sistema social genérico (sistema político, econômico, militar, moral, religioso, familiar etc). A parte futura é aquela que vai buscar o seu conceito no modo como o povo passa a sentir e praticar o discurso normativo-constitucional ao longo do tempo. Logo, é uma parte vocacionada para a mutabilidade, enquanto a outra, para a imutabilidade”. *Op. Cit.*, p. 171.

⁴⁸ “Três disfunções atávicas marcam a trajetória do Estado brasileiro: o patrimonialismo, o oficialismo e a cultura da desigualdade. (...) A segunda disfunção que vem de longe é o oficialismo. Esta é a característica que faz depender do Estado – isto é, da sua bênção, apoio e financiamento – todos os projetos pessoais, sociais

5.3. A regulação da atividade econômica, já se disse, pressupõe um exercício analítico minudente, pautado por juízos de adequação das medidas em relação às finalidades públicas pretendidas, bem como de proporcionalidade em relação à intensidade das prescrições. Sempre com o fito de que os benefícios ao menos equivalham aos prejuízos impostos ao desenvolvimento da atividade econômica. Considerado o modelo de negócios vigente nas aplicações de transporte individual⁴⁹, nenhuma razão pública foi oferecida à sociedade com o intuito de demonstrar a sua insuficiência⁵⁰ ou mesmo a necessidade de complementá-lo com algum tipo de controle estatal mais eficiente. O que já é um passo largo para a concretização de um processo de captura regulatória.

5.4. Robert Alexy lembra que “o contraponto à competência do cidadão é a competência do Estado ou de seus órgãos”. Isso porque “as normas de direitos fundamentais entram em jogo como normas negativas de competência”. Ele explica que “uma norma negativa de competência é uma norma que restringe uma norma positiva de competência”. A **LMSp 16.279/2015** é obstada por uma norma negativa de competência, *in casu*, a livre iniciativa (art. 1º, IV c/c art. 170, *caput*). Para Alexy, “normas negativas de competência introduzem cláusulas de exceção nas normas positivas de competência. Dessa forma, elas colocam o Estado em uma posição de não-competência, e o cidadão em uma posição de não-sujeição”. Aos entes-federados é imposta uma “não-competência” quanto a ingressar no espaço das liberdades. Os aplicativos ocupam a posição de “não-sujeição”.⁵¹

ou empresariais” Barroso, Luís Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro: Por que a gente é assim?* Em: <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>. Acesso em 21/3/2018.

⁴⁹ Como se sabe, as aplicações de transporte individual produziram um modelo de negócios em que, entre outros pontos: a) é checado o histórico criminal dos motoristas-parceiros; b) há um mecanismo de mútua e instantânea avaliação entre usuários e motoristas, com a possibilidade de observações adicionais e reclamações formais, chegando-se até ao ponto do cancelamento do acesso de uma parte a outra; c) há inspeções periódicas sobre as condições dos veículos, que já são divididos em categorias; d) os usuários podem consultar o seu histórico de *corridas*, com todas as informações pertinentes; e) é possível conferir todas as informações relevantes sobre o motorista, desde a placa e o modelo do carro, até a data de ingresso na aplicação e a quantidade de corridas efetuadas.

⁵⁰ “Daí porque concordamos com Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, para quem ‘é de vital importância regular apenas as variáveis estritamente necessárias, a fim de evitar efeitos perversos para a sociedade em benefício de poucos’” (Marques Neto, Floriano de Azevedo. Véras de Freitas, Rafael. Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 103-104, out./dez. 2016. 6.4.

⁵¹ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 248.

5.6. Logo, a LMSP 16.279/15 esvazia o núcleo essencial da livre iniciativa e de outras liberdades, violando o primado da proporcionalidade.⁵²

6. Direito à cidade e inovação: por uma mobilidade urbana inclusiva

6.1. O delineamento constitucional do espaço urbano também converge para a formatação das mais diversas, inventivas e eficientes estruturas de transporte individual de passageiros. O art. 182 da Constituição dispõe que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das **funções sociais da cidade** e garantir o **bem-estar** de seus habitantes. É o **direito à cidade**.

6.2. As pessoas reivindicam o direito de transitarem nas cidades sem se submeterem a monopólios ou privilégios desfrutados pelo transporte público individual de passageiros. Querem, com seus smartphones e aplicativos, ter à disposição alternativas que lhes permitam exercer seu direito de escolha para mobilidade. Precisam de um ambiente aberto às mudanças, e não de uma instância centralizada e de um sistema cartorial. **Daron Acemoglu e James Robinson** explicam a resistência das elites locais à mudança: “é o receio, quase sempre justificado, de que ela desloque o eixo do poder político, transferindo-o dos que dominam hoje para as mãos de novos indivíduos e grupos”⁵³.

6.3. Para o juiz do Tribunal Constitucional alemão, **Wolfgang Hoffmann-Riem**, “o direito constitucional também deve estar aberto à inovação”. O magistrado pondera: “quem quer promover a inovação deve criar um espaço de oportunidades que a permita”⁵⁴.

6.4. No Brasil, a inovação já bateu às portas da Suprema Corte.⁵⁵ Já para o **Min. Gilmar Mendes**, “o Tribunal não pode se furtar a abarcar situações novas, consequências concretas do mundo real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente

⁵² O Preambulo da Constituição Federal diz que os “representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléa Nacional Constituinte”, ali estavam para “instituir um Estado Democrático” tendo a “justiça” como valor supremo de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

⁵³ *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 189.

⁵⁴ *Direito, tecnologia e inovação*. Coord. Gilmar Mendes, Ingo Wolfgang e Alexandre Zavaglia. SP: Saraiva, 2015, p. 29.

⁵⁵ A Lei 10.973/2004 traz, no art. 2º, IV, o conceito de inovação: “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho”.

corretas”, pois, “o apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional, pois não permite que a abertura dos dispositivos da Constituição possa se adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis”.⁵⁶

6.5. É o mesmo pensar do **Min. Ricardo Lewandowski**: “Na sociedade moderna, a internet é, sem dúvida, o mais popular e abrangente dos meios de comunicação, objeto de diversos estudos acadêmicos pela importância que tem como instrumento democrático de acesso à informação e difusão de dados de toda a natureza” (ADPF 403, MC, 19/7/2016).

6.6. É que a **Constituição de 1988** deu à ciência e à tecnologia capítulo próprio. A ele, diversos dispositivos foram inseridos pela Emenda nº 85/2015, resultando no **Capítulo IV: “Da Ciência, Tecnologia e Inovação”**. O *caput* do art. 218 diz que a **inovação é ação de Estado**, não de governo. O § 1º, além de reiterar ser a pesquisa científica básica e tecnológica política de Estado, reclama “tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e **inovação**”.⁵⁷

6.7. Este *leading case* reclama à Suprema Corte uma interpretação do direito à inovação associando-o ao direito à cidade enquanto elemento impulsionador de uma mobilidade urbana inclusiva. Para tal, se tira dos Municípios qualquer poder autoritário de banir a atividade ou de sufocá-la, com verdadeiras proibições travestidas de regulações. Materialmente, a improcedência do RE, mantendo o acórdão *a quo* e aperfeiçoando-o quanto a incompetência do Município de São Paulo para banir ou restringir a essencialidade da atividade, asseguraria o direito constitucional à inovação às futuras gerações.

7. Capacidade Institucional e as posições das autoridades da concorrência

7.1. Por fim, convém destacar manifestações de autoridades que integram o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). São posicionamentos que retratam, com muita vivacidade, o modo com que a aplicação concreta de ideias inovadoras no segmento

⁵⁶ ADI 1945 MC, Pleno, 26/5/2011.

⁵⁷ A Suíça dispõe, no art 64, 1, que “a Confederação promoverá a pesquisa científica e a inovação”. Já o art. 127, 1, da Constituição da Coréia do Sul reza que “o Estado deve esforçar-se para desenvolver a economia nacional através do desenvolvimento de ciência e tecnologia, informação e recursos humanos e incentivo à inovação”. O Brasil ocupa a 68ª posição no Índice de Inovação Global. Ucrânia, Mongólia, África do Sul, México, Chile, Índia, Panamá, Colômbia, Uruguai, entre outros países, foram considerados ambientes mais inventivos e amigáveis à inovação do que nós. Em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/gii-full-report-2017.pdf>

de transporte individual contribui para o fortalecimento da ordem econômica constitucional e para a ampliação do espaço de movimentação jurídica de todos aqueles que giram em seu redor: empresários, trabalhadores e, notadamente, os consumidores.

7.2. Há nos autos estudo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE).⁵⁸ Esta, anotou o seguinte:

“10. Recomendação

- (i) 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;
- (ii) eventual regulamentação que venha a ser promovida seja endereçada aos aplicativos e não diretamente aos motoristas do serviço de AVP, devendo ser bastante restrita e focada em aspectos de segurança;
- (iii) os entes municipais considerem promover de forma gradual medidas de desregulamentação do serviço tradicional de táxi, conforme sugerido na seção 8, de forma a remover as barreiras à entrada e permitir a liberdade de preços; e
- (iv) os entes municipais assegurem competição no serviço de táxi, não somente entre os segmentos de taxistas, mas também em relação aos serviços de AVP.”

7.3. Da manifestação citada, extrai-se uma verdadeira exortação ao reconhecimento da “capacidade institucional” dos órgãos de defesa da concorrência em sua postura voltada aos consumidores. Uma declaração de que a realidade de mercado propiciada pelos aplicativos em causa não só não desborda da conformação constitucional da ordem econômica como, antes, a vitaliza. Densifica os seus princípios atestando que, no ambiente econômico do transporte individual de passageiros, é pelo exercício da livre iniciativa e da livre concorrência que se tutela, do modo mais eficiente, os demais princípios de funcionamento e de finalidade da ordem econômica (art. 170 da CF), notadamente a defesa do consumidor e a busca do pleno emprego. Sem que se possa cogitar, portanto, daquele

⁵⁸ O estudo foi elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE (DEE/CADE), em razão do processo 08700.008971/2015-15. Conclusões: “... 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”.

tipo de quadro disfuncional que autoriza, com excepcionalidade, a intervenção do Estado nos aspectos nucleares e estruturais da economia de mercado.

7.4. Na Rcl 11.243 (Pleno, DJe 5/10/2011), o **Min. Luiz Fux** anotou: “O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; **aplicável, in casu, a noção de capacidades institucionais**, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (*Interpretation and Institutions. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, N° 156, 2002; U Chicago Public Law Research Paper nº 28*)”.⁵⁹”

7.5. Vale citar, mais uma vez, o estudo do Departamento de Estudos Econômicos do CADE divulgado nesse mês de abril, o Documento de Trabalho nº 001/2018, de autoria do Economista-Chefe do CADE Guilherme Mendes Resende e do Analista Pericial em Economia do Ministério Público Federal Ricardo Carvalho de Andrade Lima. Intitulado “Efeitos concorrenceis da economia do compartilhamento no Brasil: A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?”, ele conclui que os aplicativos eliminam diversas das falhas de mercado causadas por táxis convencionais e carros particulares, e por isso requerem **regulação menos intensa ou até desregulamentação**. Também faz referências a estudos estrangeiros que indicam que o aumento de competição provocado pela entrada de aplicativos como o Uber em mercados locais incentiva o aumento de qualidade do serviço incumbente, beneficiando os consumidores.

7.6. Eis **trecho da conclusão** do estudo: “Por fim, é importante observar que, além de gerar benefícios aos consumidores e incentivar a entrada de novos ofertantes no mercado de transporte remunerado individual, tais inovações solucionaram algumas falhas de mercado presentes no referido setor, tornando defasada a regulação atual dos serviços de

⁵⁹ O destaque é nosso. Realçando a relevância tanto do BACEN como da CVM, e enaltecendo a capacidade institucional de ambas em suas esferas de competência, o STF, sob a relatoria do Min. Luiz Fux, anotou: “o direito ao sigilo bancário e empresarial, mercê de seu caráter fundamental, comporta uma proporcional limitação destinada a permitir o controle financeiro da Administração Pública por órgão constitucionalmente previsto e dotado de capacidade institucional para tanto” (MS 33.340, 1^a Turma, DJe 3/8/2015). A ideia de consideração da capacidade institucional nas deliberações da jurisdição constitucional voltou à tona no julgamento da ADI 5468 (Pleno, DJe 2/8/2017), também de relatoria do Min. Luiz Fux, quando se anotou: “A Jurisdição Constitucional, em face da tessitura aberta de conformação legislativa prevista pelo inciso I do § 3º do art. 166 da CRFB/1988, não detém capacidade institucional automática ou pressuposta e não pode empreender, no âmbito do controle abstrato, a tarefa de coordenação entre o Plano Plurianual (PPA) e as respectivas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO’s) e Leis Orçamentárias Anuais (LOA’s)”.

táxi. Nesse sentido, a Lei Federal nº 13.640/2018, recentemente promulgada, que regulamenta os serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros, foi parcimoniosa ao incluir normas de segurança e não impor grandes barreiras regulatórias à entrada e nem restrições à liberdade tarifária. No mesmo sentido, os entes municipais devem evitar medidas que dificultem a operação de tais serviços via aplicativos⁶⁰.⁶⁰”

7.7. A LMSP trouxe uma regulação prematura e hostil. Na etapa embrionária das atividades desenvolvidas pelos aplicativos de mobilidade e seus motoristas parceiros, ainda sem informações suficientes sobre externalidades negativas, regula-se para sufocar. O conceito de capacidade institucional não desautoriza o STF a deliberar sobre o presente tema. Todavia, persuade a Corte a considerar a elevada dimensão desses estudos técnicos em benefício do consumidor e da sociedade em geral.

8. Conclusão

8.1. A LMSP 16.279/2015 é formalmente inconstitucional, por violação à competência privativa da União para legislar sobre informática (art. 22, IV); diretrizes da política nacional de transportes (art. 22, IX); trânsito e transporte (art. 22, XI); por violação ao parágrafo único do art. 22 (delegação apenas aos Estados) e ao art. 24, IX, que exclui os municípios da competência de legislarem sobre os temas de tecnologia e inovação.

8.2. Materialmente, a Lei viola, pelo menos: a) art. 1º, IV (valores sociais do trabalho e da livre iniciativa); b) art. 3º, I e II (objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária e garantir o desenvolvimento nacional); c) art. 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade, à igualdade e à propriedade); d) art. 5º, IX (livre expressão da atividade científica, independentemente de censura ou licença); e) art. 6º (direito ao trabalho e transporte); f) art. 170 (princípios da ordem econômica); g) art. 170, parágrafo único (livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei); h) art. 182 (direito à cidade e ao bem-estar urbano); i) *caput* do art. 218 e seu § 1º (direito à inovação).

⁶⁰ Íntegra disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/de-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf>

9. Pedidos da Recorrida

9.1. A CNS, recorrida, requer ao duto relator, Min. Luís Roberto Barroso, a juntada do presente memorial, endereçado aos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 1.054.110, que versa sobre o Tema 967 da repercussão geral.

9.2. Requer ainda a produção da sustentação oral, se disponibilizando, pelo dever de cooperação reclamado pelo **art. 6º do CPC⁶¹**, a responder às perguntas que possam ser do interesse dos Ministros, conforme o **art. 124, parágrafo único, do RISTF⁶²**.

9.3. Por fim, pede à Excelentíssima Senhora Presidente do STF, Min. Cármen Lúcia, uma vez liberado apreciação, **preferência para inclusão em pauta e julgamento**, nos termos do **§ 2º do art. 128** igualmente do Regimento⁶³, bem como que proceda ao julgamento deste RE conjuntamente à ADPF 449, de relatoria do Min. Luiz Fux, que trata rigorosamente da mesma discussão jurídica.

Brasília, 23 de abril de 2018.



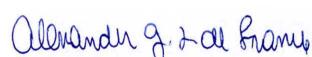
Saul Tourinho Leal
OAB/DF 22.941



Orlando Magalhães Maia Neto
OAB/DF 46.096



Ricardo Oliveira Godoi
OAB/SP 143.250



Alexander Gustavo Lopes
OAB/SP nº 246.222

⁶¹ CPC, art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁶² RISTF, art. 124, parágrafo único: “Os advogados ocuparão a tribuna para formularem requerimento, produzirem sustentação oral, ou responderem às perguntas que lhes forem feitas pelos Ministros”.

⁶³ RISTF, art. 128, § 2º: “O Presidente poderá dar preferência aos julgamentos nos quais os advogados devam produzir sustentação oral”.