

# Regulação do transporte individual de passageiros por aplicativo

*Supremo Tribunal Federal (STF)*

06/12/2018 PLENÁRIO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 449  
DISTRITO FEDERAL

## Voto

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, ilustre representante do Ministério Público.

## I. Preliminares

### Admissibilidade da ADPF

Preliminarmente, assento a admissibilidade da ADPF ora em julgamento.

Afasto a preliminar suscitada pela Prefeitura de Fortaleza no sentido de não cabimento da ação constitucional por objetivar *“um único desiderato: impedir o Poder Executivo do Município de Fortaleza de exercer as suas atribuições e competências constitucionais acerca dos contratos ou negócios, [sic] de transporte individual privado individual”*; outro argumento correlato seria o de que o requerente da ADPF estaria defendendo *“interesses subjetivos, particulares”*.

Com efeito, a Arguição em apreço possui objeto de controle determinado, qual seja, a Lei Municipal de Fortaleza nº 10.553/2016. Não há controvérsia, na jurisprudência desta Corte, quanto ao cabimento de ADPF em face de lei municipal, adotando-se como parâmetro de controle preceito fundamental contido na Carta da República. Por isso mesmo, contrariamente ao afirmado pela Prefeitura, resta atendido o teste da subsidiariedade quanto ao cabimento da presente Arguição, ainda que em tese também fosse cabível o controle à luz da Constituição Estadual perante o Tribunal de Justiça competente. Neste sentido, colaciono os seguintes arestos do Plenário deste Pretório Excelso:

*“O princípio da subsidiariedade é aferido no momento da propositura da ADPF, de modo que não se depreende qualquer outra ação constitucional com aptidão para evitar a lesividade ao pacto federativo em questão. (...) A ocorrência de coexistência de jurisdições constitucionais estadual e nacional configura a hipótese de suspensão prejudicial do processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Tribunal de Justiça local. Precedentes.”*

(ADPF 190, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2016)

*“Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional). (...) Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. (...) A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação.”*

(ADPF 33, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005)

Também admitindo o ajuizamento de ADPF em face de lei municipal: ADPF 316 MC-Ref, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 25/09/2014.

Igualmente não merece acolhimento o requerimento de extinção do processo por suposta irregularidade de representação decorrente de procuração sem poderes específicos para ajuizar a Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental. Em petição registrada sob o número 26541/2017, restou acostada aos autos procuração outorgada pelo DIRETÓRIO NACIONAL DO PARTIDO SOCIAL LIBERAL aos advogados que atuam no feito, com os poderes específicos para o ajuizamento da ADPF. Em casos análogos, a Corte entendeu que o defeito é plenamente sanável, ainda que em fase posterior ao julgamento. *Verbi gratia*, confira-se: “O Tribunal concedeu o prazo de 5 (cinco) dias para que seja apresentada procuração com poderes específicos para o ajuizamento da ADPF e deliberou prosseguir no exame do referendo da cautelar” (ADPF 167 MC-REF, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2009); “O Tribunal (...) rejeitou a preliminar de precedência da questão de regularização da procuração” (ADPF 4 MC, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2006). Trata-se da orientação que melhor se coaduna com o espírito instrumentalista do novo Código de Processo Civil, devendo ocorrer o melhor aproveitamento possível dos atos processuais, evitando-se que formalidades estéreis embarquem a marcha do feito.

Consoante exposto no relatório, a Lei municipal impugnada na presente Arguição foi revogada expressamente pela Lei nº 10.751/2018 do Município de Fortaleza. Esse fato, contudo, não retira o interesse de agir no presente feito. Isso porque persiste a utilidade da prestação jurisdicional com o intuito de estabelecer, com caráter *erga omnes* e vinculante, o regime aplicável às relações jurídicas estabelecidas durante a vigência da lei, bem como no que diz respeito a leis de idêntico teor aprovadas em outros Municípios. Trata-se da solução mais consentânea com o princípio da eficiência processual e o imperativo de aproveitamento dos atos já praticados de maneira socialmente proveitosa. A esse respeito, há diversos precedentes da Corte admitindo o prosseguimento de ações de controle abstrato de constitucionalidade após a revogação da norma objeto de controle: ADI 3306, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2011; ADI 2418, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2016; ADI 951 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016; ADI 4426, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2011; ADI 5287, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016.

Ante o exposto, reputo cabível a Arguição ora examinada.

## II. Mérito

Passando à análise das questões de mérito apresentadas à Corte pela presente ADPF, constata-se tema de enorme repercussão social e econômica, referente ao estatuto constitucional das liberdades fundamentais. Questiona-se, por meio da Arguição em análise, se é possível ao Estado proibir ou restringir arbitrariamente o exercício de atividade econômica por particulares, à luz dos princípios constitucionais da livre-iniciativa e do valor social do trabalho (art. 1º, IV), da liberdade profissional (art. 5º, XIII) e da livre concorrência (art. 170, *caput*). Especificamente quanto ao transporte individual urbano de passageiros por intermédio de plataformas digitais, aponta-se, ainda, ofensa aos princípios da defesa do consumidor (art. 170, V) e da busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII). Eis o teor da Lei Municipal impugnada:

LEI Nº 10.553, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2016.

Dispõe sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de Fortaleza, e dá outras providências.

FAÇO SABER QUE A CÂMARA MUNICIPAL DE FORTALEZA APROVOU E EU SANCIONO A SEGUINTE LEI:

Art. 1º — É vedado no município de Fortaleza o transporte público individual de passageiro sem a devida permissão legal.

Art. 2º — A infração ao disposto nesta Lei acarretará ao condutor a multa de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais), aplicada até o limite de 4 (quatro) vezes o valor da multa, em caso de reincidência no período de 12 (doze) meses.

Art. 3º — As despesas com a execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 4º — Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Relativamente ao aspecto formal, é necessário decidir a respeito da competência dos Municípios para regular a atividade de transporte particular individual de passageiros. É de se registrar que diversos Municípios editaram leis semelhantes, como Aracaju/SE (Lei nº 4.738/2015), Salvador/BA (Lei nº 9.107/2017), Campinas/SP (Lei nº 13.775/10), dentre outros.

Sabe-se que o artigo 22, incisos IX e XI, da Constituição estabelece a competência privativa da União para legislar, respectivamente, sobre “diretrizes da política nacional de transportes” e sobre “trânsito e transporte”. A *ratio* dessa norma reside na necessidade de se estabelecer uniformidade nacional aos modais de mobilidade, impedindo, assim, que a fragmentação da competência regulatória pelos entes federados menores inviabilize a implementação de um sistema de transporte eficiente, integrado e harmônico. Nesse contexto, afigura-se incompatível com a distribuição constitucional de competências a edição de lei municipal que restrinja o exercício de atividade de transporte de natureza estritamente privada, sob pena de transformar-se o modelo federativo em óbice ao pleno desenvolvimento do país, considerada a profusão desordenada de legislações conflitantes.

Acrescente-se, ainda, que o artigo 22, XVI, também atribui à União competência privativa para definir “condições para o exercício de profissões”, sendo certo que o exercício da atividade de motorista particular é protegido como liberdade fundamental pelo art. 5º, XIII, da Carta Magna, submetendo-se apenas à regulação definida em lei federal, a qual deve abster-se de criar restrições proporcionais, consoante será melhor explicado adiante. Lei Municipal que proíba o transporte privado individual de passageiros, por consequência lógica, também veda o exercício da profissão de motorista particular em uma parcela relevantíssima do mercado, invadindo competência que seria da União.

Nesse contexto, o art. 3º, VIII, da Lei Federal nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) já garante a liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, como é o caso das redes de transporte particular de passageiros por aplicativos. Na mesma linha, a Política Nacional de Mobilidade Urbana, estabelecida pela Lei nº 12.587/2012 e recentemente alterada pela Lei nº 13.640 de 26 de março de 2018, já regulamenta o transporte remunerado privado individual de passageiros, definindo-o como o “serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede”. A referida lei passou a estabelecer requisitos para o exercício dessa atividade, como as exigências de contratação de seguro de acidentes pessoais a passageiros e DPVAT, recolhimento de tributos municipais e contribuições previdenciárias, apresentação de certidão negativa de antecedentes criminais, registro e licenciamento do veículo *etc.*

Ainda a respeito da Lei nº 13.640/2018, deve-se anotar que a delegação da regulação do serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros aos Municípios e Distrito Federal, consoante a nova redação dos artigos 11-A e 11-B da Lei nº 12.587/2012, igualmente afronta a Constituição, por delegar indevidamente competência privativa da União, nos termos do já mencionado artigo 22, incisos IX, XI e XVI, da Lei Maior.

É conveniente recordar precedentes desta Corte que julgaram formalmente inconstitucionais leis estaduais e distrital regulamentadoras do licenciamento de motocicletas para transporte de passageiro (“Mototáxi”), precisamente por usurpação da competência da União para legislar sobre a matéria, consoante se colhe do seguinte aresto:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DE MINAS GERAIS. LICENCIAMENTO DE MOTOCICLETAS PARA TRANSPORTE DE PASSAGEIROS (“MOTOTÁXI”). COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. I — Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art. 22, XI). II — Exercício de atribuição pelo Estado que demanda autorização em lei complementar. III — Inexistência de autorização expressa quanto ao transporte remunerado de passageiros por motocicletas. IV — Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei mineira 12.618/97.”*

(ADI 3136, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2006, DJ 10/11/2006)

No mesmo sentido: ADI 2.606, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 07/02/2003; ADI 3.135, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ de 08/09/2006; e ADI 3.679, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 03/08/2007.

No ARE nº 639.496, julgado em Repercussão Geral, anotou o Relator, Min. Cezar Peluso, que esta “Corte possui ainda jurisprudência firmada no sentido de que 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” (ARE 639496 RG, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, julgado em 16/06/2011). Também já decidiu o plenário ser inconstitucional, por ofensa ao art. 22, XI, da Constituição, “lei estadual que, sob pretexto de autorizar concessão de serviços, dispõe sobre

inspeção técnica de veículos para avaliação de condições de segurança e controle de emissões de poluentes e ruídos” (ADI 3049, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2007).

Conclui-se, assim, pela inconstitucionalidade formal da Lei Municipal de Fortaleza 10.553/2016, por afronta ao artigo 22, incisos IX, XI e XVI, da Constituição.

No que tange ao plano da constitucionalidade material, cuida-se de oportuna ocasião para que esta Corte defina os limites do poder regulador em relação ao ambiente concorrencial e ao exercício das profissões, provendo segurança jurídica não apenas para as inovações disruptivas decorrentes da novíssima “economia compartilhada”, mas também para a iniciativa privada nos mais diversos setores de mercado.

A definição dos lindes governamentais em relação à ordem econômica tem particular importância considerada uma especial característica da Constituição brasileira. De acordo com a base de dados “*Comparative Constitutions Project*”, um dos maiores acervos de informações sobre textos constitucionais de diferentes países, organizado pelos Professores Tom Ginsburg (*University of Chicago*) e Zachary Elkins (*University of Texas*), apenas 21% (vinte e um por cento) das Constituições hoje em vigor ao redor do mundo preveem expressamente algum tipo de direito a um ambiente de mercado competitivo (disponível em: <<http://www.comparativeconstitutionsproject.org>>). Nem mesmo a Constituição norte-americana de 1789, precursora do modelo de constitucionalismo liberal, consagra um mandamento equivalente à liberdade de iniciativa garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira. Por esse motivo, não se pode reduzir essa cláusula fundamental, insculpida na Carta de 1988 com o destaque de fundamento da República e sem paralelo na ampla maioria dos textos constitucionais de outras nações, a mero capricho retórico do constituinte, para afastar ou restringir injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas.

Demais disso, a necessidade de restrição do poder estatal sobre o funcionamento da economia de mercado é precisamente o que conduziu ao surgimento do constitucionalismo moderno. Em um contexto histórico, a concentração do poder de decisão sobre as atividades produtivas nas mãos do monarca e da elite que lhe era servil sempre representou efetivo meio de controle dos súditos, conquanto conduzisse, concomitantemente, ao empobrecimento da sociedade. Na Europa, desde a Idade Média, profissões eram estritamente reguladas pelas chamadas guildas, sendo vedado o seu exercício

sem a autorização dos dirigentes destas. É curioso notar como ainda há traços desse período no mundo moderno: vejam-se os sobrenomes europeus que remetem a profissões, derivados da época em que todos os descendentes de uma família eram obrigados a seguir o ofício de seus ascendentes. A rigidez regulatória concentrava em uma elite de mestres artesãos, no topo da hierarquia imposta, a prerrogativa de monopólio dos meios de produção, assim como o de estabelecer salários, preços e padrões de qualidade. Nesse ambiente hostil à competição e à inovação, tornava-se mais fácil controlar as massas e assegurar a manutenção no poder da nobreza dirigente. Apesar do notório óbice ao progresso e à distribuição das riquezas, o sistema era justificado paradoxalmente na proteção ao trabalhador.

A esse respeito, os professores Daron Acemoglu (MIT) e James Robinson (Harvard) apontam que a inexistência de limites ao poder do soberano para a regência da economia e das profissões conduz a um círculo vicioso de totalitarismo político e acentuação da miséria, responsável pelo fracasso de diversas sociedades ao longo da história, desde o império romano, passando por Veneza, até os dias atuais. Colhe-se de sua obra o seguinte excerto:

“Em 1583, William Lee voltou de seus estudos na Universidade de Cambridge para tornar-se o pároco local em Calverton, Inglaterra. Elisabeth I (1558-1603) havia recentemente determinado que seus súditos sempre usassem um barrete de tricô. Lee notou que ‘as tricotadas eram o único meio de produzir essas peças de vestuário, mas a demora para terminar cada item era demasiado longa. Pus-me a refletir. Observei minha mãe e minhas irmãs sentadas no lusco-fusco do entardecer, às voltas com suas agulhas. Se cada peça era confeccionada por duas agulhas e uma linha de fio, por que não várias agulhas para conduzir o fio?’.

Esse lampejo marcou o início da mecanização da produção têxtil. Lee ficou obcecado pela construção de uma máquina que libertasse as pessoas daquele infundável tricotar manual. Segundo ele, ‘comecei a negligenciar meus deveres para com a Igreja e a família. A ideia de minha máquina e sua criação tomaram-me por completo o coração e o cérebro’.

Por fim, em 1589, sua máquina de tricotar meias ficou pronta. Entusiasmado, ele se dirigiu a Londres, na esperança de conseguir uma

audiência com Elisabeth I para mostrar-lhe o quanto a máquina podia ser útil e solicitar uma patente, a fim de impedir a cópia da ideia por terceiros. Alugou um prédio para montar a máquina e, com o auxílio de seu representante local no Parlamento, Richard Parkins, foi apresentado a Henry Carey, Lorde Hundson, membro do Conselho Privado da rainha. Carey conseguiu que a Rainha Elisabeth fosse conhecer a máquina, mas sua reação foi devastadora; não só se recusou a conceder a patente de Lee, como o admoestou: 'Quanto atrevimento, Senhor Lee. Considera o que tal invenção me poderia causar aos pobres súditos. Decerto lhes traria a ruína ao privá-los de emprego, convertendo-os assim em mendigos'. Arrasado, Lee mudou-se para a França, a fim de lá tentar sua sorte; tendo também ali fracassado, retornou à Inglaterra, onde requisitou a patente a Jaime I (1603-1625), sucessor de Elisabeth. Jaime I também recusou, com a mesma justificativa de Elisabeth.

(...)

A reação à brilhante invenção de Lee ilustra a tese central deste livro. O medo da destruição criativa é o principal motivo por que não houve uma melhoria sustentada dos padrões de vida entre as revoluções neolítica e industrial. **A inovação** tecnológica contribui para a prosperidade das sociedades humanas, mas também **implica** a substituição do antigo pelo novo, bem como **a destruição dos privilégios econômicos e do poder político de alguns**. Para que haja crescimento econômico sustentado, são necessárias novas tecnologias e novas maneiras de fazer as coisas (...). Em última instância, **não foi a preocupação com o destino dos possíveis desempregados devido à invenção de Lee que levou Elisabeth I e Jaime I a lhe negarem a patente; foi seu medo de saírem perdendo politicamente — isto é, seu receio de que os prejudicados pela máquina viessem a gerar instabilidade política e pôr em risco o seu poder.**"

(ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam — As origens do poder, das prosperidade e da pobreza*. Trad. Cristiana Serra. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 143-144 — sem grifos no original)

O grande salto de progresso da humanidade, que nos permitiu gozar de padrões de vida nunca antes experimentados, somente foi possível com o advento do constitucionalismo — no caso inglês, ante a derrocada da dinastia absolutista dos Stuart e a imposição, pela revolução gloriosa, de uma

monarquia constitucional, foram criadas as instituições que conduziram à revolução industrial. Nesse sentido, o enriquecimento dos mais pobres é resultado direto de uma economia mais produtiva, ao passo que são condições fundamentais para tanto a ausência de intervenções arbitrárias por parte dos governantes e a garantia da liberdade de organização econômica. Foi pela falta desses componentes, concluem Acemoglu e Robinson, que não houve qualquer melhoria significativa de padrões de vida da humanidade entre as revoluções neolítica, ainda na pré-história, e industrial, no fim do Século XVIII.

A explicação para essa correlação entre inexistência de limites institucionais ao poder regulatório e fracasso econômico é farta na literatura econômica. O ganhador do prêmio Nobel de economia George Stigler já ensinava, em seu clássico *"The theory of economic regulation"*, que, *in verbis*: "com seu poder de proibir ou compelir, de retirar ou conceder dinheiro, o Estado, de forma seletiva, pode e efetivamente ajuda ou prejudica um vasto número de indústrias" (*in: The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), pp. 3-21. No original: *"With its power to prohibit or compel, the state can and does selectively help or hurt a vast number of industries."*). Observou o aclamado economista que o processo político por meio do qual regulações são editadas é frequentemente capturado por grupos de poder interessados em obter, por essa via, proveitos superiores ao que seria possível em um ambiente de livre competição. Segundo ele, um recurso político comumente desejado por esses grupos é o poder estatal de controle de entrada de novos competidores em um dado mercado. Nessa hipótese, os benefícios da medida restritiva costumam se concentrar em um pequeno grupo, ao passo que os custos são dispersos por toda a sociedade, diminuindo a resistência política. Nas palavras de Stigler, com expressa referência à regulação de ocupações, lê-se que:

*"A indústria que busca a regulação deve estar preparada para fornecer as duas coisas de que um partido necessita: votos e recursos. Os recursos podem ser providos por contribuições de campanhas, contribuições em serviços (o empresário que capitaneia um comitê de arrecadação de fundos), e métodos mais indiretos como empregar trabalhadores do partido. Os votos em favor da regulação são concentrados, enquanto os votos em contrário são dispersos (...).*

*O licenciamento de profissões é um possível uso do processo político para melhorar as circunstâncias econômicas de um grupo. A licença é uma barreira efetiva de entrada porque o exercício da ocupação sem a licença configura crime."*

(No original: “The industry which seeks regulation must be prepared to pay with the two things a party needs: votes and resources. The re- sources may be provided by campaign contributions, contributed services (the businessman heads a fund-raising committee), and more indirect methods such as the employment of party workers. The votes in support of the measure are rallied, and the votes in opposition are disperse (...).

The licensing of occupations is a possible use of the political process to improve the economic circumstances of a group. The license is an effective barrier to entry because occupational practice without the license is a criminal offense.”)

Estabelecido que o exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado, cumpre definir a quem compete, em última instância, a fiscalização da observância dos limites do poder regulador. Limites definidos e implementados pelo próprio ente limitado desafiam a ideia de estado de direito, dando azo ao surgimento de instância hegemônica de poder. Consoante a clássica formulação de Friedrich Hayek, “o *Rule of Law* exige que a discricionariedade administrativa na ação coercitiva (*i.e.*, interferindo na pessoa e na propriedade do cidadão privado) seja sempre sujeita a escrutínio por uma Corte independente” (HAYEK, Friedrich August. *The Political Ideal of the Rule of Law*. In: National Bank of Egypt fiftieth anniversary commemoration lectures. National Bank of Egypt, 1955. p. 45. No original: “*the Rule of Law requires that administrative discretion in coercive action (i.e. in interfering with the person and property of the private citizen) must always be subject to review by an independent court*”). À luz do sistema de freios e contrapesos estabelecidos na Constituição brasileira, compete ao Poder Judiciário invalidar atos normativos que estabeleçam restrições desproporcionais à livre-iniciativa e à liberdade profissional.

Nesse sentido já decidiu este Supremo Tribunal Federal em mais de uma oportunidade, afastando limitações arbitrárias ao exercício de atividades profissionais. Assim, no julgamento do RE nº 414426 (Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011), este Plenário definiu expressamente que, *in verbis*: “*Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser*

*exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional*". Por sua vez, ao apreciar a constitucionalidade do controle estatal da profissão de jornalista, assim se manifestou a Corte, em ementa da lavra do Min. Gilmar Mendes:

*"ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das 'condições de capacidade' como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação nº 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial."*

(RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009)

Os precedentes ora citados ressaltam característica essencial do sistema constitucional de proteção de liberdades, é dizer, a sua prevalência *prima facie*, reservando-se apenas para situações excepcionalíssimas e justificadas a restrição governamental. Cuida-se de consectário da dignidade da pessoa humana, pois esta, como afirma o Tribunal Constitucional Federal alemão, compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade (*"Dem liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten"*) (BVerfGE 45, 187).

Na qualidade de regra mestra do sistema normativo, como afirma o jurista alemão Robert Alexy, o *"princípio da liberdade jurídica exige uma situação de disciplina jurídica na qual se ordena e se proíbe o mínimo possível"* (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo:

Malheiros, 2008. p. 177). E prossegue o jusfilósofo, sobre as consequências lógico-jurídicas do direito geral de liberdade (*das Allgemeine Freiheitsrecht*):

*“A liberdade geral de ação é uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. (...) De um lado, a cada um é prima facie — ou seja, caso nenhuma restrição ocorra — permitido fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva). De outro, cada um tem prima facie — ou seja, caso nenhuma restrição ocorra — o direito, em face do Estado, a que este não embarace a sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos).*

(...)

*Em razão do fato de o direito geral de liberdade estar relacionado não apenas a ações, mas também a situações e a posições, a esse princípio devem ser adicionados dois outros: um que exige a maior medida possível de não afetação de situações e outro que exige a maior medida possível de não eliminação de posições jurídicas do titular do direito fundamental. Esses três princípios podem ser agrupados em um princípio superior, o princípio da liberdade negativa. No que se segue, será tratado apenas o mais simples dos subprincípios, o princípio da liberdade jurídica, que exige que as alternativas de ação sejam afetadas o mínimo possível por deveres e proibições.” (Op. cit. p. 343 e 352)*

Sendo a liberdade um *topoi*, extraído da dignidade humana e da própria configuração do sistema jurídico, é imperioso inferir, sob pena de torná-la estéril, que eventuais restrições devem: (i) ser informadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo; e (ii) adequar-se ao teste da proporcionalidade. Adotando semelhante raciocínio, o Tribunal Constitucional Federal alemão assentou que *“o indivíduo deve admitir restrições à sua liberdade de ação, estabelecidos pelo legislador para proteção e fomento do convívio social nos limites do razoável de acordo com a situação fática; mas deve a autonomia da pessoa restar mantida”* (*“Der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht; doch muß die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleiben”*) (BVerfGE 30, 1 [20]). Examinando a orientação pretoriana transcrita, Alexy vaticina: *“Essa fórmula, na qual claramente se vislumbra a máxima da proporcionalidade, não apenas diz que a liberdade é restringível, mas também que ela é restringível somente diante da presença de razões suficientes”* (Op. cit. p. 357-358).

Outra não é a conclusão de Volker Epping (professor da Universidade de Hannover) e Christian Hillgruber (professor da Universidade de Bonn), os quais, analisando o artigo 2 da Constituição alemã (*das Grundgesetz*), defendem que a garantia de liberdade de ação humana “*expressa-se antes de tudo em uma estrita aplicação do princípio da proporcionalidade, com aumentado ônus de justificação por parte do Estado para intervenções*” (“*menschlicher Handlungsfreiheit sich zuvörderst in einer strikteren Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit erhöhter Rechtfertigungslast seitens des Staates bei Eingriffen ausdrückt*”) (EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian. *Grundgesetz — Kommentar*. 2ª ed. München: C. H. Beck, 2013. p. 29).

Esse ônus de justificação elevado, por óbvio, não é atendido com o recurso a argumentos de cariz meramente retórico. É dizer: a restrição à liberdade deve encontrar suporte em elementos empíricos que indiquem a sua necessidade e adequação para o atingimento do objetivo constitucionalmente legítimo. Consubstancia ônus do proponente da medida embasá-la com informações — pesquisas de campo, estatísticas, levantamentos históricos *etc.* — que a justifiquem e demonstrem a sua eficácia.

Visto que constatações empíricas dependem de análises, mais ou menos controversas, sobre dados cuja abrangência e confiabilidade podem variar, põe-se a questão: qual o grau exigido de segurança dos argumentos de justificação para legitimar uma dada intervenção na liberdade? Com efeito, cuida-se de uma exigência de caráter dinâmico, não estático, pois seu rigor será variável, de acordo com a gravidade da restrição proposta à liberdade. É o que Alexy denomina “lei epistêmica do sopesamento”: “*Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia*” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 617).

À luz dessas premissas, cumpre averiguar se a norma impugnada na presente ADPF, que proíbe o “*uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas*”, configura limitação proporcional às liberdades de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170 da CRFB) e de profissão (art. 5º, XIII, da CRFB). Note-se que o escrutínio ora realizado não abrange todos os tipos de regulações possíveis do mercado de transporte de passageiros, como padrões mínimos de segurança, deveres de informação, requisitos objetivos de qualificação para motoristas *etc.* O âmbito estrito de análise na presente arguição diz respeito à possibilidade de restrição oligopolística desse mercado, é dizer, da limitação do número de prestadores

de serviço a um grupo autorizado pelo governo, vedando-se o exercício da profissão a todos os demais particulares.

Na realidade, como é de sabença comum, o licenciamento de táxis no Brasil funciona como a delegação de um privilégio a certos particulares, os quais detêm a exclusividade de exploração do serviço de transporte de passageiros. Os detentores de licenças, por sua vez, podem “ceder” a sua licença para exploração de terceiros (os verdadeiros motoristas), mediante remuneração (denominadas “diárias”). A restrição artificial do mercado, assim, cria uma renda extraordinária para os detentores de licenças, cujo valor deriva precisamente da possibilidade de transacionar esse “título”. Trata-se de ativo, assim, que não corresponde a qualquer benefício gerado à sociedade, mas tão somente ao cenário antinatural de escassez decorrente da limitação governamental.

Esse mecanismo tem como única consequência a transferência involuntária de recursos de consumidores e trabalhadores para um grupo específico, formado por aqueles agraciados com o número restrito de licenças. Por esse motivo, há enorme resistência de grupos organizados à abertura do mercado para novos entrantes — é dizer, novos trabalhadores, migrando de setores em crise em direção a oportunidades de gerar valor para a sociedade. Considerando que o desemprego no Brasil atingiu recentemente o patamar recorde de 13,7%, afetando 14,2 milhões de pessoas (cf. dados do IBGE noticiados em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-137-no-1-trimestre-de-2017.ghtml>>), é de se louvar a abertura de mercado que represente absorção de mão de obra e considerar qualquer medida em contrário afrontosa ao princípio da busca pelo pleno emprego, insculpido no art. 170, VIII, da Constituição. Os verdadeiros “prejudicados”, então, são os que têm a perder com a queda de valor das “permissões” de táxi, os mesmos que sempre se opuseram à ampliação do número dessas licenças, conforme esclarece importante estudo do Insper:

*“Quem foi mais afetado por esse novo modelo de negócio foram os detentores de licenças, motoristas ou não, cujo valor decorria justamente do direito de impedir a entrada de novos motoristas e, assim, assegurar rendas supracompetitivas. Por exemplo, anteriormente à entrada da Uber, o mercado possuía um número definido de licenças de táxi, que não variava conforme as flutuações de oferta e de demanda, mas por meio da decisão de cada prefeitura. Estas, por sua vez, poderiam se sujeitar ao*

*interesse daqueles que já tinham licenças e que não gostariam de ver aumentar a concorrência.*

(...)

*Em tese, estas licenças não poderiam ser transacionadas no mercado (ainda que por vezes o fossem (...)), mas poderiam ser alugadas e assim conferiam a seu detentor rendas pela concessão do direito de uso. (...) Por exemplo, **no Rio de Janeiro**, primeira cidade onde a Uber começou a operar, **o valor estimado para uma licença é de aproximadamente R\$ 900 mil**. Esse montante é obtido tomando-se o valor médio das diárias, referentes ao aluguel da licença e do automóvel, o custo médio de um veículo, no valor de R\$ 50.000,00, renovado a cada cinco anos, abatendo-se as isenções tributárias na aquisição de veículos por taxistas; um custo anual de manutenção e seguro da ordem de R\$ 4 mil por ano, o que gera um fluxo de caixa, o qual é descontado ao valor presente líquido por meio da taxa selic real de 4,22% a.a. (taxa livre de risco descontada a inflação dos últimos doze meses). **Já no caso de São Paulo este montante, considerando o valor médio da diária nesse município, seria de aproximadamente R\$ 680 mil**. Isto significa que a entrada da Uber no mercado tem potencial de ampliar a oferta de serviços até o ponto em que não há mais valor no direito de limitar a participação de terceiros, podendo, potencialmente, reduzir a zero o valor das licenças. **Se multiplicarmos o valor presente líquido de cada licença pelo número de licenças existentes em cada um desses quatro municípios, tem-se um valor aproximado de 58 bilhões de reais decorrente do poder de impedir a entrada de concorrentes**. Esse é o tamanho da resistência à expansão da Uber.”*

(AZEVEDO, PF; PONGELUPPE, LS; MORGULIS, MC; ITO, NC (2016). *Uber: O dilema de crescer com uma inovação disruptiva*. Insper: Série Estudos de Caso. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/casos/colecao-ae/uber-o-dilema-de-crescer-com-uma-inovacao-disruptiva/>>)

O cenário ora delineado representa a existência de evidente captura regulatória dos órgãos públicos para proibir o esvaziamento do valor das licenças de táxi em razão da abertura de mercado, ainda que isso represente dano aos consumidores e demais trabalhadores que pretendem ingressar no setor. A norma restritiva da atividade de transporte individual consiste em odiosa forma de transferência de recursos dos consumidores para os detentores de licenças, diminuindo as opções de escolha daqueles para favorecer estes últimos.

Mesmo os detentores de licença que não delegam o exercício da atividade de táxis a terceiros não fazem jus a qualquer proteção legal ou administrativa em face da concorrência. Os motoristas que operam tradicionalmente no mercado podem, em um primeiro momento, experimentar um decréscimo de renda obtida na atividade a partir do ingresso de novos agentes, por efeito natural da lei da oferta e da demanda — muito embora existam, como será esclarecido posteriormente, evidências empíricas no sentido de que esse decréscimo de renda não ocorreu de fato nas principais cidades brasileiras. Trata-se do mesmo que ocorre, por exemplo, com o padeiro que atuava sozinho no bairro, depois da abertura de uma nova padaria no bloco vizinho. Os antigos agentes, então, devem prestar um serviço melhor, mais barato ou, em último caso, migrar para outra atividade, na qual podem produzir maior valor para a sociedade. Essa sistemática é benéfica para os consumidores, para a coletividade e também para os trabalhadores, na medida em que a competição, sempre saudável, os torna mais produtivos. Por isso mesmo, é a sistemática protegida por diversas normas constitucionais protetivas de liberdades básicas e da concorrência (arts. 1º, IV; 5º, *caput* e XIII; 170, *caput* e IV; 173, §4º).

Sobre os benefícios sociais e ao consumidor, analisarei de forma mais detida adiante. O que se deve frisar no presente momento é que *não pode o Estado impedir a entrada de novos agentes no mercado para preservar a renda de agentes tradicionais*, sob pena de insanável violação aos princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*) e da livre-iniciativa (artigos 1º, IV, e 170). Esta é a *ratio* que informou a edição da Súmula Vinculante nº 49 por esta Corte, segundo a qual, *in verbis*: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”. Afinal, o propósito do Direito antitruste, de caráter constitucional, é precisamente proteger os novos entrantes em face de ações concertadas dos *players* tradicionais, não o inverso. Conforme dispõe o art. 173, §4º, da Constituição, a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Quando a lei restringe mercados de forma artificial, está, na realidade, favorecendo a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Este último fator ocorre pela fixação de tarifas manifestamente superiores ao preço de mercado, o que se verifica pelo fato de que novos concorrentes têm conseguido se estabelecer no mercado de transporte individual com serviços de qualidade e por preços inferiores ou semelhantes. Tudo isso em razão da

atividade de grupos de pressão perante os Poderes Legislativo e Executivo, nas mais variadas esferas da Federação.

À luz dos já referidos ensinamentos de George Stigler, o ambiente por excelência do denominado *rent-seeking*, consubstanciado na captura do poder político pelos detentores de poder econômico, tem lugar quando os ganhos de determinada medida são concentrados em uma classe, ao passo que os custos são dispersos pela coletividade, reduzindo os incentivos para a resistência pelas vias tradicionais de participação. Nesses casos de disfuncionalidade das instituições democráticas, é dever do Judiciário intervir para garantir a plena efetividade das liberdades constitucionalmente asseguradas.

No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.062 e 5.065, de minha relatoria, formulei profundas considerações sobre os parâmetros que devem nortear a análise da proporcionalidade de atos regulatórios em cenários de evidente captura, sendo de rigor a transcrição para lançar luzes ao caso ora em análise:

“O mito da benevolência dos governantes vem sendo desmistificado desde a segunda metade do século XX com os estudos da Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*). Trata-se de área do conhecimento que emprega a metodologia econômica para lidar com questões tradicionais de ciência política (cf., dentre outros, DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Democracy*. New York: Harper, 1957; BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962). Esse aporte teórico ajuda a identificar a estrutura de incentivos a que estão sujeitos legisladores e burocratas, nem sempre pautados pelo interesse público.

Dentre os problemas diagnosticados, destaca-se, pela sua especial relevância, a chamada captura regulatória, assim compreendida a manipulação do processo de decisão coletiva em favor de determinados grupos de interesse, geralmente mais organizados, e em detrimento de toda a sociedade (cf. BÓ, Ernesto Dal. *Regulatory capture: a review*. *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, nº 2, 2006, pp. 203-225). A captura regulatória acaba muitas vezes por ocasionar vício há muito conhecido na doutrina juspublicista nacional: o desvio de poder, seja legislativo, seja administrativo (cf. TÁCITO, Caio. *Desvio de poder legislativo*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, nº 1, 1993,

pp. 62-68; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 172, 1988, pp. 1-19).

Pois bem. A segunda diretriz acima pretende exatamente evitar que o processo de decisão política seja forjado para favorecer interesses específicos em detrimento de toda a coletividade. A transparência exigida cria um ambiente propício à consistência regulatória, na medida em que constringe os agentes decisórios a explicitar, com maior rigor analítico, os motivos causadores e fins perseguidos pela intervenção estatal. A falta de transparência, a seu turno, torna a medida suspeita, autorizando postura mais particularista do Poder Judiciário no exame da sua validade jurídica. Acredito que o insulamento de juízes e tribunais na estrutura do Estado, assegurado por um regime de independência e imparcialidade, permite que essa análise seja feita com mais neutralidade.

(...)

Na dogmática jurídica, o dever de proporcionalidade constitui autêntica pauta de moderação e prudência a orientar toda a atuação do Poder Público. Sua função é permitir a harmonia axiológica do sistema normativo. Seu fundamento é a própria noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização em face de restrições fáticas e jurídicas, na esteira do magistério de Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116). Sua operacionalização é metodologicamente desdobrada em três etapas ou fases: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Na primeira etapa, a análise de adequação, investiga-se a aptidão da medida estatal para atingir a finalidade almejada. Trata-se, aqui, de um cotejo entre meio e fim, a exigir que a medida eleita seja idônea à promoção do objetivo visado. Na segunda etapa, a análise da necessidade do ato estatal procede a um contraste entre meios alternativos de promover o fim buscado. O objetivo é perquirir a existência (ou não) de meios substitutos àquele originalmente escolhido pelo Estado e, em seguida, compará-los tanto em relação ao grau de adequação à finalidade pública, quanto ao impacto sobre bens jurídicos contrapostos. Por fim, na última etapa do itinerário metodológico, a proporcionalidade em sentido estrito impõe a comparação dos custos e dos benefícios da medida restritiva. Consoante a lição de Robert Alexy: quanto mais

alto é o grau de não cumprimento ou restrição de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro (ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, vol. 16, nº 14, Oxford, dezembro-2003, p. 436 — tradução livre do original).”

Sendo assim, uma vez evidenciada a captura regulatória, legitima-se o Judiciário a rever a medida suspeita, como instituição estruturada para decidir com independência em relação a pressões políticas, a fim de evitar que a democracia se torne um regime serviente a privilégios de grupos organizados. Vale notar que, no caso concreto, a própria Câmara Municipal de Fortaleza/CE justificou a norma impugnada com base na “*necessidade de proteção quanto ao sistema e aos profissionais do setor*”, tornando cristalina a finalidade da lei, qual seja: preservar a renda e a restrição de mercado em favor de determinados agentes profissionais.

Nem se alegue que a revisão judicial, nessa hipótese, compromete a separação dos Poderes. A visão romantizada de reguladores e juizes vem sendo absolutamente abandonada pelos especialistas na matéria. A afirmação de que a expertise dos órgãos reguladores, em contraposição à formação generalista de magistrados, garantiria àqueles um amplo campo de atuação infenso ao controle jurisdicional já não resiste à análise mais atenta das nuances que envolvem essa especial aplicação dos *checks and balances*. Nesse sentido se inclina a recentíssima teoria regulatória do *enforcement*, que considera o critério da eficiência como norte para a distribuição de métodos para efetivação de padrões socialmente desejáveis de conduta entre atores privados, o Judiciário e o governo, conforme esclarece o professor de economia da universidade de Harvard Andrei Shleifer:

“A premissa básica da teoria regulatória do *enforcement* é que todas essas estratégias de controle social dos negócios são imperfeitas, e que o desenho institucional ótimo envolve uma escolha entre alternativas imperfeitas. A teoria do *enforcement* reconhece especificamente um *trade-off* básico entre dois custos sociais de cada instituição: desordem e ditadura. Desordem se refere à habilidade de agentes privados causarem danos a outros — roubar, praticar cobranças abusivas, machucar, enganar, impor custos externos *etc.* Ditadura se refere à habilidade do governo e de seus agentes de impor esses custos em agentes privados. À medida em que nos movemos de ordenamentos

puramente privados, para a litigância privada, para a regulação, para o domínio público, os poderes do governo aumentam e aqueles dos agentes privados diminuem. Os custos sociais da desordem diminuem enquanto aqueles da ditadura aumentam. (...) Quando a disciplina de mercado pode controlar com sucesso a desordem e evitar a anarquia Hobbesiana, ela é a melhor abordagem porque produz os menores custos sociais em relação à ditadura. Qualquer argumento para a intervenção pública deve se basear crucialmente no presuntivo fracasso da disciplina de mercado para controlar a desordem.”

(SHLEIFER, Andrei. *Understanding Regulation*. In: *European Financial Management*, Vol. 11, Nº 4, 2005. p. 443-444. No original: “The basic premise of the enforcement theory of regulation is that all of these strategies for social control of business are imperfect, and that optimal institutional design involves a choice among these imperfect alternatives. The enforcement theory specifically recognises a basic trade-off between two social costs of each institution: disorder and dictatorship. Disorder refers to the ability of private agents to harm others — to steal, overcharge, injure, cheat, impose external costs, etc. Dictatorship refers to the ability of the government and its officials to impose such costs on private agents. As we move from private orderings to private litigation to regulation to public ownership, the powers of the government rise, and those of private agents fall. The social losses from disorder decline as those from dictatorship increase. (...) When market discipline can successfully control disorder and avoid Hobbesian anarchy, it is the best approach because it has the lowest social costs of dictatorship. Any case for public intervention relies crucially on the presumptive failure of market discipline to control disorder”)

Para o que interessa de forma mais específica ao caso concreto, a teoria em comento assevera inexistir justificativa para a regulação quando esta implicar restrição de entrada para novos agentes por meio de licenciamento estatal. Nesse sentido, cumpre a referência às seguintes lições de Shleifer:

“Em muitos casos, este argumento pela efetividade da disciplina de Mercado é poderoso. Considere-se a regulação de entrada: a restrição na entrada de novos empreendedores por meio de licenciamento e permissões. Na medida em que empresas entrantes são pequenas, e dado que qualquer falha em fornecer produtos de qualidade seria

quase imediatamente detectada e penalizada pelos consumidores, **não resta claro o motivo pelo qual a qualidade dos empreendedores ou de suas empresas deveria ser regulada na fase de entrada.**"

(SHLEIFER, Andrei. Understanding Regulation. *In: European Financial Management*, Vol. 11, Nº 4, 2005. p. 444. No original: "In many instances, this case for the effectiveness of market discipline is powerful. Consider the regulation of entry: the restriction on entry by new entrepreneurs through licensing and permits. Since entering firms are small, and since any failure to deliver quality products would be almost immediately recognised and penalised by customers, it is not clear why the quality of entrepreneurs or of their firms should be regulated at the entry level.")

"Há uma forma particularmente importante pela qual a regulação pode ser substancialmente inferior à atividade jurisdicional. Especificamente, **reguladores possuem muito mais oportunidades para criar regras que são não apenas politicamente motivadas, mas servem na verdade para principalmente beneficiar a si mesmos por meio da criação de oportunidades para a corrupção. Licenciamento e permissões são os exemplos mais claros desse tipo de regulação.**"

(SHLEIFER, Andrei. The Enforcement Theory of Regulation. *In: The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Cambridge: The MIT Press, 2012. p. 18. No original: "There is one particularly important way in which regulation might be substantially inferior to litigation. Specifically, regulators have far greater opportunity to create rules that are not only politically motivated, but actually serve principally to benefit themselves by creating opportunities for bribe taking. Licenses and permits are the clearest examples of such regulations.")

Na mesma linha, Richard Posner assevera que "enquanto há razões teóricas para acreditar-se que a concentração em mercados desregulados está associada a economias de escala e outras eficiências, não há teoria ou conjunto de evidências aceitos que atribuam benefícios sociais à regulação que limite a entrada e a competição de preços" (no original: "*while there are theoretical reasons for believing that concentration in unregulated markets is associated with economies of scale and other efficiencies (Demsetz 1973), there is no accepted theory or body of evidence that ascribes social benefits to regulation limiting entry and price competition*"). POSNER, Richard A. "The Social Costs of Monopoly and Regulation". *In: The Journal of Political Economy*, Vol. 83, Nº 4 (Aug., 1975), pp. 807-

828). Também o falecido professor da Universidade de Columbia Walter Gellhorn já alertava que a limitação do exercício profissional no âmbito da entrada não se justifica sob o prisma da garantia de qualidade no mercado de consumo. Segundo ele, “apenas são necessárias medidas que oferecerão proteção contra aqueles comprovadamente deficientes em sua capacidade ou integridade, sem criar nesse processo limitações artificiais sobre as escolhas de carreiras, oportunidades de trabalho e estímulos para prestar serviços superiores a custos menores” (No original: “*What are needed are measures that will provide protection against those demonstrably deficient in capability or integrity without in the process creating artificial limitations upon career choices, work opportunities, and stimuli to provide superior service at lesser cost.*” GELLHORN, Walter. “The Abuse of Occupational Licensing”. In: 44 *U. Chi. L. Rev.* 6 1976-1977).

O descrédito na capacidade do regulador produzir benefícios sociais pela limitação de ingresso no mercado não se restringe à teoria. A hipótese segundo a qual a regulação de entrada seria realizada no interesse dos consumidores também não resiste à análise empírica. Em estudo realizado a partir de dados de 85 (oitenta e cinco) países, os pesquisadores concluíram que a limitação de entrada, além de não gerar benefícios aos consumidores, promove a corrupção. Eis as conclusões dos professores Simeon Djankov (Universidade de Michigan), Rafael La Porta (PhD em economia pela Universidade de Harvard) e Florencio Lopez-de-Silanes (PhD em economia pela Universidade de Harvard):

“Em uma análise de corte transversal de países, nós não encontramos correlação entre regulação mais estrita de entrada e maior qualidade de produtos, melhores índices de poluição ou resultados de saúde, ou competição mais intensa. Porém, **regulação mais estrita de entrada está associada a níveis extremamente mais altos de corrupção** e um maior tamanho relativo da economia informal. Essa prova favorece a teoria da *public choice* em detrimento da teoria regulatória do interesse público.

(...)

Nós concluímos que os países com acesso mais aberto ao poder político, maiores restrições ao Executivo e mais direitos políticos apresentam regulação de entrada menos onerosa — ainda que controlando pela renda *per capita* — do que os países com governos menos representativos, menos limitados e menos livres. (...) O fato de que governos melhores regulam menos a entrada, ao lado da interpretação inequívoca da

prova sobre a corrupção e a economia informal, aponta para a **“teoria da praça de pedágio”: a entrada é regulada porque isso favorece os reguladores.**”

(DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio. *The Regulation of Entry. In: The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Cambridge: The MIT Press, 2012. p. 270. No original: “In a cross-section of countries, we do not find that stricter regulation of entry is associated with higher quality products, better pollution records or health outcomes, or keener competition. But stricter regulation of entry is associated with sharply higher levels of corruption, and a greater relative size of the unofficial economy. This evidence favors public choice over the public interest theories of regulation.

(...)

We find that the countries with more open access to political power, greater constraints on the executive, and greater political rights have less burdensome regulation of entry — even controlling for per capita income — than do the countries with less representative, less limited, and less free governments. (...) The fact that better governments regulate entry less, along with the straightforward interpretation of the evidence on corruption and the unofficial economy, point to the tollbooth theory: entry is regulated because doing so benefits the regulators.”)

Resta patente, assim, que o objetivo perseguido pelo regulador, *in casu*, é inconstitucional, porquanto os princípios constitucionais da livre-iniciativa (artigos 1º, IV, e 170), da liberdade profissional (art. 5º, XIII), da igualdade (art. 5º, *caput*) e da ampla concorrência (art. 173, §4º) impedem ações legislativas e administrativas que preservem os interesses de agentes tradicionais do mercado em detrimento de novos entrantes e dos consumidores. Nada obstante, deve-se ressaltar, adicionalmente, a existência de evidências empíricas no sentido de que os serviços de transporte privado por meio de aplicativos não diminuíram o mercado de atuação dos táxis. Estudo realizado pelo Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com dados de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Distrito Federal, demonstrou que o surgimento da plataforma Uber para a prestação de serviços de transporte individual promoveu, na realidade, um alargamento do mercado, conquistando consumidores que anteriormente não utilizavam táxis para deslocamento. Passo a transcrever as conclusões do referido estudo:

“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 anti-truste, isso significa que **não podemos sequer assumir** (ao menos nos períodos aqui analisados) **a hipótese de que os serviços prestados pelo aplicativo Uber estivessem** (até maio de 2015) **no mesmo mercado relevante dos serviços prestados pelos aplicativos de corridas de táxis 99taxis e Easy Taxi**. Adicionalmente, **não é possível descartar a possibilidade de que o ingresso do aplicativo Uber no mercado brasileiro de transporte individual de passageiros tenha sido patrocinado, quase que exclusivamente, pela expansão e diversificação deste mercado, ou seja, por meio do atendimento de uma demanda reprimida, até então não atendida pelos serviços prestados pelos táxis**.

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 táxis, na verdade conquistou majoritariamente novos clientes, que não utilizavam serviços de táxi**. Significa, em suma, que até o momento **o Uber não “usurpou” parte considerável dos clientes dos táxis nem comprometeu significativamente o negócio dos taxistas, mas sim gerou uma nova demanda**.”

(Departamento de Estudos Econômicos — DEE, CADE. “Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta”. Disponível em <[www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)>)

À luz do exposto até aqui, conclui-se, em primeiro lugar, que a medida proibitiva do exercício privado da atividade de transporte por meio de aplicativos não pode se fundamentar na tutela dos interesses de agentes tradicionais do mercado — sejam detentores de licença, sejam taxistas em geral —, sob pena de evidente inconstitucionalidade. A captura regulatória torna suspeito o critério para a limitação de entrantes no mercado de prestadores de serviço de transporte de passageiros, violando os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade profissional (art. 5º, XIII) e da livre-iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, *caput*).

Uma vez definida a inconstitucionalidade dessa primeira justificativa para a norma impugnada, passa-se a analisar a possibilidade da sua fundamentação em uma pretensa proteção do consumidor. Dito de outro modo, insta examinar se a proibição de aplicativos que oferecem serviços de transporte serve para a correção de falhas de mercado deletérias aos consumidores.

O correto entendimento sobre o papel das inovações tecnológicas no desenvolvimento da chamada “economia compartilhada” permite concluir que a explicação tradicional para a regulação de entrada no mercado de táxis não se sustenta nos dias atuais, se é que essa limitação já foi razoável em algum momento histórico. De acordo com a teoria regulatória do interesse público, que tem como maior expoente o economista inglês Arthur Pigou, a regulação de entrada seria justificada pela necessidade de filtragem dos novos entrantes, por parte do governo, a fim de assegurar que consumidores adquirissem produtos e serviços de qualidade. No mercado de táxis, o governo forneceria, com as licenças, uma pretensa confiança na qualidade dos veículos e motoristas, na previsibilidade do preço e na punição do prestador de serviço em caso de acidentes. Entretanto, como assevera a teoria regulatória do *enforcement*, esta proposição foi superada pela experiência prática.

A tecnologia permitiu a redução de assimetrias de informação entre consumidores e fornecedores em patamar jamais alcançado pelos reguladores. Esses avanços propiciaram o surgimento da denominada “economia compartilhada”, disruptiva em diversos segmentos de mercado, cujas características são assim elencadas pelo professor Arun Sundararajan, da *New York University's Stern School of Business*:

“1. Amplamente baseada no Mercado: a economia compartilhada cria mercados que permitem a troca de bens e o surgimento de novos serviços, resultando em níveis potencialmente mais altos de atividade econômica.

Capital de alto impacto: a economia compartilhada abre novas oportunidades para que tudo, desde bens e habilidades até tempo e dinheiro, seja utilizado a níveis próximos de sua capacidade máxima.

2. ‘Redes’ baseadas em multidões em vez de instituições centralizadas ou ‘hierarquias’: a oferta de capital e mão de obra deriva de multidões descentralizadas de indivíduos em vez de agregados de empresas ou Estados; trocas futuras podem ser mediadas por ambientes de mercado distribuídos baseados em multidões em vez de terceiros centralizados.

3. Linhas tênues entre o pessoal e o profissional: a oferta de mão de obra e serviços frequentemente comercializa e dimensiona atividades *peer-to-peer* como dar uma carona a alguém ou emprestar dinheiro a alguém, atividades essas que costumavam ser consideradas ‘pessoais.’

4. Linhas tênues entre o trabalho com vínculo de emprego e o casual, entre o emprego independente e o dependente, entre o trabalho e o lazer: muitos trabalhos tradicionalmente de tempo integral são suplantados por trabalhos contratados que apresentam diversos níveis de comprometimento de tempo, granularidade, dependência econômica e empreendedorismo.”

(SUNDARARAJAN, Arun. *The Sharing Economy*. Cambridge: The MIT Press, 2016. p. 27. No original: “1. Largely market-based: the sharing economy creates markets that enable the exchange of goods and the emergence of new services, resulting in potentially higher levels of economic activity.

2. High-impact capital: the sharing economy opens new opportunities for everything, from assets and skills to time and money, to be used at levels closer to their full capacity.

3. Crowd-based ‘networks’ rather than centralized institutions or ‘hierarchies’: the supply of capital and labor comes from decentralized crowds of individuals rather than corporate or state aggregates; future exchange may be mediated by distributed crowd-based marketplaces rather than by centralized third parties.

Blurring lines between the personal and the professional: the supply of labor and services often commercializes and scales peer-to-peer activities like giving someone a ride or lending someone money, activities which used to be considered ‘personal.’

4. Blurring lines between fully employed and casual labor, between independent and dependent employment, between work and leisure: many traditionally full-time jobs are supplanted by contract work that features a continuum of levels of time commitment, granularity, economic dependence, and entrepreneurship.”)

Desafiando a clássica explicação para o licenciamento de táxis, aplicativos de transporte de passageiros conseguem não apenas fornecer tudo o que a regulação tradicional sempre prometeu aos consumidores, mas vai ainda além: (i) permite ao usuário acompanhar o trajeto para impedir que

o motorista adote caminho mais longo desnecessariamente; (ii) impede a adulteração de taxímetros; (iii) permite a avaliação de usuários, em benefício dos motoristas; (iv) compartilha com os consumidores avaliações de outros usuários; (v) presta seguro aos passageiros; e (vi) permite o compartilhamento de corridas entre usuários distintos, barateando o serviço e tornando mais eficiente o sistema de transportes como um todo.

A tecnologia, portanto, tratou de solucionar, em definitivo, problemas classicamente entendidos como “falhas de mercado” antes justificadoras da intervenção regulatória, de modo que essas inovações espontâneas da sociedade, além de proporcionarem novas comodidades à coletividade, afastaram os inconvenientes que os custos de transação e as assimetrias de informação poderiam causar em um mercado sem barreiras de entrada. Sobre a compreensão dinâmica e evolutiva das falhas de mercado, colho a lição do Professor da Universidade de Toronto Ejan Mackaay, *verbis*:

“Os custos de transação podem evoluir ao longo do tempo. Avanços na tecnologia do transporte e da comunicação podem modificá-los. Uma regra que pode ter feito sentido como modo de correção para custos de transação substanciais em épocas anteriores pode deixar de ter justificativa quando esses custos mudam. Regulações de esgoto, água, eletricidade, telecomunicações, que pareciam justificadas enquanto essas indústrias pareciam monopólios naturais, deixaram de ser apropriadas quando avanços técnicos nos fizeram perceber que esses serviços podem muito bem ser oferecidos em caráter competitivo.”

(No original: “Transaction costs may evolve over time. Advances in transportation and communication technologies may change them. A rule that might have made sense as a correction for substantial transaction costs in earlier times may cease to be justified when these costs change. Regulation of sewage disposal, water, electricity, telecommunications that appeared justified so long as these industries looked like natural monopolies cease to be apposite when technical advances make us realise that these services can very well be offered on a competitive basis.” MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. p. 11).

Os benefícios aos consumidores, além de evidenciados pela crescente utilização dos serviços dessas novas plataformas, também são registrados por importantes pesquisadores da área. Um estudo elaborado por economistas das

Universidades de Chicago e de Oxford estimou o excedente do consumidor (*consumer surplus*) gerado por plataforma de serviços de transporte individual no mercado dos Estados Unidos. O excedente do consumidor consiste na diferença entre o benefício marginal na aquisição de um bem ou serviço e o valor efetivamente pago por ele, observado pela interação entre a curva de demanda e o preço de mercado. Trata-se do bem-estar econômico experimentado pelos consumidores ao adquirir algo por valor inferior ao máximo que estariam dispostos a pagar. Calculando a elasticidade da demanda à vista da variação de preços com o recurso a técnicas de econometria e *big data*, o estudo estima que apenas o serviço UberX gerou um excedente aos consumidores no total de US\$ 6,8 bilhões nos Estados Unidos apenas no ano de 2015. É relevante a menção aos seguintes trechos do estudo, *in verbis*:

“Nós obtemos amplas estimativas do excedente do consumidor gerado pelo UberX. Computamos o valor em dólar do excedente do consumidor por corridas de UberX ocorridas nos quatro maiores mercados da Uber nos Estados Unidos em 2015 (Chicago, Los Angeles, New York e San Francisco) em cerca de US\$ 2,88 bilhões anualmente. Isso equivale a mais de seis vezes a arrecadação do Uber por corridas de UberX naquelas cidades. Em 2015, essas cidades representaram aproximadamente 42,6% da arrecadação de UberX nos Estados Unidos. Se assumirmos que o excedente do consumidor é proporcional a essa arrecadação, podemos estimar um valor superior a US\$ 6,76 bilhões em excedente de consumidor do UberX nos Estados Unidos. O excedente do consumidor estimado é aproximadamente 1.57 vez superior aos gastos do consumidor efetivamente realizados. Isso significa que, para cada dólar gasto em uma corrida de UberX, estimamos que o consumidor economiza US\$ 1,57 como excedente. Essas estimativas de excedente do consumidor são elevadas em relação aos prováveis ganhos e perdas sofridas por motoristas de táxi como consequência do ingresso do Uber no mercado (...)”

(No original: “We obtain large estimates of the consumer surplus generated by UberX. We compute the dollar value of consumer surplus from UberX rides taken in Uber’s four biggest U.S. markets in 2015 (Chicago, Los Angeles, New York, and San Francisco) to be roughly \$2.88 billion (SE=\$122 million) annually. This is more than six times Uber’s revenues from UberX in those cities. In 2015, these cities accounted for around 42.6% of UberX US gross bookings. If we assume that consumer

surplus is proportional to gross bookings, we can extrapolate to an estimate of \$6.76 billion in consumer surplus from UberX in the U.S. The estimated consumer surplus is approximately 1.57 times as large as consumer expenditures on rides taken at base pricing. That is, for each \$1 spent on an UberX ride at 1.0x, we estimate the consumer receives \$1.57 in extra surplus. These estimates of consumer surplus are large relative to the likely gains or losses experienced by taxi drivers as a consequence of Uber's entrance into the market (...)." LEVITT, Steven *et alii*. "Using Big Data to Estimate Consumer Surplus: The Case of Uber". NBER Working Paper No. 22627, sep. 2016. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w22627>>

É relevante colocar em destaque a conclusão dos renomados autores desse estudo: "O valor de excedente do consumidor em um dia, pelas nossas estimativas, é de cerca de US\$ 18 milhões. Se a Uber desaparecesse inesperadamente por um dia, isso é o quanto os consumidores perderiam" ("*One day's worth of consumers surplus, by our estimates, is about \$18 million. If Uber were to unexpectedly disappear for a day, that is how much consumers would lose in surplus*". *op. cit.*, p. 21). Nesses termos, impedir, por ato governamental, o funcionamento da mencionada plataforma, equivaleria a um dano anual bilionário aos consumidores norte-americanos. Considerando a franca aceitação entre os consumidores brasileiros de serviços de transporte da espécie, não há motivos para duvidar de que também no nosso país a economia compartilhada tenha proporcionado um desejável excedente do consumidor no mercado de transporte individual. Proibir a operação desses serviços, por consequência, gera efeito inverso ao objetivo de defesa do consumidor imposto pelos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição, consubstanciando desvirtuamento patente do poder regulatório do Estado em prejuízo dos cidadãos.

Sob o prisma da análise de proporcionalidade, a norma que veda o "*uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas*" não é necessária e nem adequada para reduzir custos de transação ou assimetrias de informação no mercado de consumo. Pelo contrário, a referida proibição impõe um alto custo social, em termos de preço e qualidade de serviços ao consumidor, oportunidades de trabalho, dinamismo da economia *etc.*, sem qualquer benefício coletivo em contrapartida.

Outra possível justificativa para a medida diz respeito a preocupações urbanísticas e de ordenamento do tráfico. Argumenta-se que reguladores teriam interesse em restringir o mercado de transporte individual para ajustar a

oferta e o preço do serviço com o intuito de diminuir a quantidade de carros em circulação, priorizando o transporte público, e também de favorecer a compactação das cidades, gerando incentivos para que as pessoas residam o mais próximo possível de seus destinos cotidianos e, assim, reduzindo o *sprawl* urbano.

Ainda que seja necessário aumentar o preço do deslocamento urbano em transportes individuais por variados objetivos urbanísticos, revela-se um *non sequitur* que isso necessariamente deva ocorrer pela restrição de entrada no mercado. Insta rememorar que a Constituição impõe ao regulador, mesmo na tarefa de ordenação das cidades, a opção pela medida que não exerça restrições injustificáveis às liberdades fundamentais de iniciativa e de exercício profissional (arts. 1º, IV, e 170; art. 5º, XIII, CRFB), respeitado sempre o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CRFB). A necessidade de aperfeiçoar o uso das vias públicas não autoriza a criação de um oligopólio prejudicial a consumidores e potenciais prestadores de serviço no setor, notadamente quando há alternativas notoriamente conhecidas e praticadas ao redor do mundo para o enfrentamento do problema.

Causa especial perplexidade que se invoque o objetivo de melhora do tráfego para proibir precisamente serviços que criam alternativas inovadoras na redução do número de veículos em circulação, como sistemáticas de compartilhamento de corridas entre pessoas desconhecidas, por meio de algoritmos (por exemplo, o denominado “Uber pool”). A opção proibitiva também desconsidera a hipótese de que usuários do serviço dele se valham para evitar a utilização de seus veículos particulares, o que reduz a necessidade de vagas de estacionamento em áreas de grande fluxo, influenciando no *sprawl* urbano, além de diminuir o tráfego de motoristas à procura dessas vagas, desafogando o trânsito.

Um estudo elaborado por pesquisadores averiguou a correlação entre a entrada do aplicativo Uber no mercado e o congestionamento do trânsito em áreas urbanas dos Estados Unidos, aplicando a técnica de econometria denominada “diferenças em diferenças”, que considera os cenários anteriores e posteriores ao ingresso do fator analisado nos grupos de teste e de controle. Os autores definiram suas conclusões nos seguintes termos: “Nossos resultados fornecem evidências empíricas de que serviços de compartilhamento de corridas como o Uber diminuem significativamente o congestionamento de trânsito após entrar em funcionamento em uma área urbana” (“*Our findings provide empirical evidence that ride-sharing services such as Uber significantly decrease the traffic congestion after entering an urban area.*” LI,

Ziru; HONG, Yili; ZHANG, Zhongju. *“Do Ride-Sharing Services Affect Traffic Congestion? An Empirical Study of Uber Entry”*. (2016). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2838043>>).

A própria prefeitura de Nova York opinou contrariamente a uma proposta de limitação do número de motoristas em circulação operando por aplicativos de transporte, afirmando, em estudo elaborado sobre o tema, expressamente que: (i) “aplicativos de transporte não parecem causar o congestionamento adicional experimentado no centro comercial da cidade”; e (ii) por força de padrões de emissão de poluentes impostos a toda a indústria automotiva, “mudanças no setor de veículos sob demanda provavelmente não afetarão a qualidade do ar na cidade de Nova York de maneira significativa” (“*e-dispatch does not appear to be driving the additional congestion experienced in the CBD*”; “*changes in the FHV sector are not likely to affect New York City air quality in a significant manner*”). City of New York, Office of the Mayor. “*For-Hire Vehicle Transportation Study*”. Jan., 2016. p. 5-6. Disponível em: <<http://www1.nyc.gov>>).

Ainda em relação à gestão do trânsito, outro estudo empírico, que também empregou a técnica estatística “diferenças em diferenças”, correlaciona o ingresso do aplicativo Uber em mercados da Califórnia a uma significativa e rápida redução no número de homicídios ocorridos com veículos automotores sob a influência de álcool (GREENWOOD, Brad N.; WATTAL, Sunil. “*Show Me the Way to Go Home: An Empirical Investigation of Ride Sharing and Alcohol Related Motor Vehicle Homicide*” (2015). Fox School of Business Research Paper Nº 15-054. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2557612>>). Os pesquisadores responsáveis pelo estudo apontam que “a insuficiência do número de táxis pode resultar em cidadãos dirigindo veículos automotores sob a influência de álcool” (“*the absence of a sufficient number of taxis may result in citizens operating motor vehicles under the influence of alcohol*”). Esse efeito positivo do funcionamento de aplicativos de compartilhamento de corridas abrange não apenas o número de vidas salvas, mas também os custos poupados na persecução e encarceramento de indivíduos envolvidos em acidentes. Além disso, congestionamentos resultam de fatores recorrentes e não recorrentes, sendo que fração substancial destes últimos é composta por acidentes de trânsito. Se as plataformas de economia compartilhada reduzem a embriaguez ao volante, contribuem, também por essa perspectiva, para a melhor fluidez do trânsito.

Mesmo que os serviços de compartilhamento de corridas gerassem impacto negativo no trânsito e na expansão das cidades, e ainda que não

apresentassem outros efeitos sociais positivos relacionados à mobilidade urbana, não haveria espaço para a medida proibitiva do exercício de liberdades constitucionalmente asseguradas, ante a existência de alternativas notórias para o enfrentamento das mesmas questões e que não geram restrição de entrada em mercado profissional.

Os denominados pedágios urbanos permitem a gestão do tráfego de forma isonômica, conforme classicamente proposto pelo economista inglês Arthur Pigou já na década de 1920 e posteriormente refinado pelo ganhador do prêmio Nobel de economia William Spencer Vickrey (“Congestion Theory and Transport Investment”. In: *The American Economic Review*, Vol. 59, Nº 2, Papers and Proceedings of the Eighty-first Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1969), pp. 251-260). O objetivo é adequar a demanda ao custo marginal social de utilização das vias públicas, por meio da alteração do custo individual de cada viagem. O modelo permite levar em consideração a heterogeneidade de usuários, as características de cada modal, as diferenças por regiões *etc.* Iniciativas do gênero foram adotadas em Cingapura (*Electronic Road Pricing*), Suécia (*Trängselskatt i Stockholm*) e Inglaterra (*London Congestion Charge*), dentre outros países. Outra alternativa é a instituição de rodízio para a circulação de automóveis em determinados horários e regiões, como já ocorre na cidade de São Paulo/SP desde a Lei municipal nº 12.490/1997. A literatura da teoria econômica da mobilidade urbana oferece ainda inúmeros exemplos de políticas públicas que contribuem para a melhoria do trânsito, como a alteração do zoneamento urbano — o estabelecimento de controles de densidade mínima e a diversificação de usos do solo para favorecer a caminhada e o ciclismo em deslocamentos cotidianos são apontados como ferramentas úteis de gestão do trânsito (BERNICK, Michael; CERVERO, Robert. *Transit Villages in the 21st Century*. New York: McGraw-Hill, 1997).

A repressão legislativa às iniciativas modernas de ordenamento espontâneo do transporte nega “ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente”, contrariando o mandamento contido no art. 144, §10, I, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 82/2014. Desconsidera o potencial impacto positivo das novas tecnologias no trânsito, na demanda por vagas de estacionamento em grandes centros e no número de acidentes automobilísticos por uso de álcool, sem contar os inúmeros e já detalhados benefícios aos consumidores. Ignora, igualmente, medidas alternativas e recorrentemente apontadas por especialistas para o enfrentamento de problemas de mobilidade e urbanísticos, as quais, por serem isonômicas, não

resultam em restrição arbitrária às liberdades constitucionais de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170) e profissional (art. 5º, XIII). Por isso mesmo, a norma proibitiva ora impugnada carece de fundamentação racional.

Idêntica conclusão foi retratada em outro estudo do Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), segundo o qual não há nenhuma justificativa econômica para a proibição de ingresso de novos agentes no mercado de transporte individual de passageiros.

“(...) conclui-se 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.

(...)

Partindo desta ótica, não faria sentido restringir a entrada de caronas pagas mediadas pelos aplicativos, uma vez que tais serviços de fato providenciam um mecanismo de autorregulação bastante satisfatório, além de atender um mercado até então não abrangido (ou abrangido de forma insatisfatória) pelos táxis, e também providenciando rivalidade adicional ao mercado de transporte individual de passageiros. Em suma, as inovações poderiam endereçar amplamente os problemas regulatórios dos mercados de táxis, desde que os segmentos de rua fossem perdendo participação para o segmento porta a porta.

O argumento acima é novamente sintetizado em decisão de Mandado de Segurança impetrado por um motorista usuário do aplicativo UBER contra autoridade coatora (Presidente do Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro/RJ), proferida pelo juiz Bruno Vinícius da Rós Bodart nos autos do processo 0346273-34.2015.8.19.0001 da 1ª Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro:

‘(...) há indícios significativos de que a iniciativa estatal é fruto de captura regulatória e não está voltada à promoção do melhor interesse público. A rigor, a consistência jurídica da escolha proibitiva é frágil. De um lado, existe um serviço bem qualificado e cada vez mais utilizado pela sociedade. De outro, há a oposição ferrenha de governantes à atividade; oposição essa fomentada, é bom que se frise, por grupos de interesse que, afortunados pelas escassas permissões outorgadas, logram rendas extraordinárias na exploração do serviço’.

(...) mesmo reconhecendo o fato de que planejadores urbanos, economistas urbanos e legisladores locais persigam políticas anti-sprawl, o fato é que a proibição dos serviços de caronas pagas continua sendo economicamente injustificada, por dois motivos básicos:

Como será visto adiante, a ciência econômica fornece um conjunto de elementos analíticos para a mensuração e a simulação de potenciais efeitos decorrentes de externalidades de consumo, bem como um rol de proposições de políticas públicas mitigadoras de tais efeitos, de modo que a proibição ou banimento de qualquer solução que traga aumento de bem-estar a um grupo de consumidores seria desnecessária e contraproducente;

Não é possível descartar a hipótese de que os planejadores e economistas urbanos possam criar os incentivos necessários para que os mercados de caronas pagas operem de forma neutra-sprawl ou até mesmo em consonância com uma agenda anti-sprawl.

(...) o mercado de caronas pagas é operacionalizado por meio de aplicativos de smartphones, logo tende a operar exclusivamente no segmento de transporte individual porta a porta (prebooking), ou seja, não concorre com os espaços dedicados aos pontos de táxi (rank hiring) e nem circula pelas vias públicas em busca de passageiros (hailing). Caso o mercado de caronas pagas substitua uma fração significativa de carros particulares, que até então eram utilizados com o objetivo de transportar pessoas até seus locais de trabalho (geralmente nos centros), a demanda por estacionamentos nos centros das cidades tenderia a ser reduzida, abrindo assim espaço para um maior grau de adensamento nos centros urbanos, além de maior compactação das cidades.”

(Departamento de Estudos Econômicos — DEE, CADE. “O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano”. p. 6, 8-9, 14-15. Disponível em: <[www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)>)

À guisa de conclusão, assento que as liberdades fundamentais consagram limites substanciais ao poder do Estado, legitimando-se o controle jurisdicional sempre que forem objeto de intervenções regulatórias arbitrárias. Considera-se arbitrária, em primeiro lugar, a medida que possua objetivo vedado pela Constituição, como nos casos em que se destinam a favorecer indevidamente grupos de pressão, resultando de evidente captura regulatória. Além disso, é

arbitrária a medida que limite liberdades fundamentais, como as de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170 da Constituição) e de exercício profissional (art. 5º, XIII, da Constituição), sem evidências razoáveis de que seja *adequada* a produzir benefícios sociais cuja consecução igualmente seja constitucionalmente ordenada. Da mesma forma, deve ser reconhecida como arbitrária a medida quando o regulador ignora alternativas evidentes para a produção do mesmo benefício social e que não produzem os mesmos prejuízos às liberdades fundamentais, falhando no teste de *necessidade*, reconhecido por esta Corte ao menos desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9 (Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2001). Finalmente, a medida merece a qualificação de arbitrária quando apresentar desproporção manifesta e injustificada entre, de um lado, seus potenciais benefícios e, de outro, seus potenciais prejuízos a valores constitucionalmente protegidos.

Sobre este último critério de controle judicial, é pertinente a menção a recentíssimo caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, qual seja, *Michigan v. Environmental Protection Agency (EPA)* [576 U. S. \_ (2015)]. No voto acompanhado pela maioria, afirmou-se categoricamente que, *verbis*: “Não se pode dizer que é racional, muito menos ‘apropriado’, impor bilhões de dólares em custos econômicos em troca de poucos dólares em termos de saúde ou benefícios ambientais (...). A consideração dos custos reflete o entendimento de que a razoabilidade da regulação normalmente requer atenção às vantagens e desvantagens das decisões do regulador.” (No original: “*One would not say that it is even rational, never mind ‘appropriate’, to impose billions of dollars in economic costs in return for a few dollars in health or environmental benefits (...). Consideration of cost reflects the understanding that reasonable regulation ordinarily requires paying attention to the advantages and the disadvantages of agency decisions*”).

Igualmente importante para a definição dessas balizas do controle judicial de regulações à luz de liberdades constitucionalmente asseguradas é a conclusão de que o ônus de justificação da medida restritiva compete ao poder público. Este ônus é atendido quando presentes razões de primeira ordem, assim entendidas as que demonstram, com evidências minimamente sustentáveis, os potenciais benefícios legítimos da medida, a razoabilidade da sua escolha à vista das alternativas manifestas, bem como que a relação de intensidade entre benefícios e restrições a liberdades fundamentais atende ao ordenamento constitucional. Há também atendimento ao ônus de justificação quando existentes razões de segunda ordem, ou seja, em hipóteses

nas quais não for possível a apresentação de razões de primeira ordem por demonstradas incertezas e limitações inerentes ao processo de tomada de decisão no caso concreto.

No campo das razões de segunda ordem, a incerteza pode decorrer da própria indefinição científica sobre os fatores envolvidos na análise, quando os *experts* falham em definir de forma suficiente os efeitos que determinada solução para um problema de política pública pode gerar, ou se não fornecem elementos suficientes para permitir uma clara comparação entre a medida e suas alternativas. O regulador pode, também, deparar-se com limites de ordem temporal, de modo que a urgência para o atendimento de um interesse relevante impede a detida análise sobre as consequências da medida adotada. A limitação pode, ainda, ser de recursos, quando o investimento necessário ao esclarecimento das premissas empíricas referentes à decisão regulatória não seria compensado pelos benefícios de realizar-se a escolha no cenário menos incerto possível. A respeito da vedação a regulações “arbitrárias” ou por “mero capricho” constante do *Administrative Procedure Act* (APA, *Section 706(2)(A)*), o Professor da Universidade de Harvard Adrian Vermeule tece as seguintes considerações:

“Há um papel adequado para os Tribunais, que é assegurar que as agências investiram adequadamente recursos na reunião de informações, o que pode resolver a incerteza, possivelmente transformando-a em risco ou até mesmo certeza. (...) a existência de um problema de incerteza implica, por vezes, em que a própria questão sobre se a reunião de mais informações estará justificada à luz dos seus custos é, em si, incerta. Em casos como esses, as Cortes devem deixar espaço para que as agências adotem decisões racionalmente arbitrárias sobre quando interromper o processo de reunião de informações. (...) Por razão de primeira ordem, refiro-me à razão que justifica a escolha relativamente a outras escolhas dentro do conjunto possível à agência. Uma razão de segunda ordem é uma razão para fazer uma escolha ou outra dentro do conjunto das que são possíveis, mesmo se nenhuma razão de primeira ordem puder ser apresentada. Em situações de incerteza, agências frequentemente terão razões de segunda ordem perfeitamente válidas mesmo quando não é possível fornecer uma razão de primeira ordem. Em outras palavras, há um domínio de decisões das agências que são necessariamente e inevitavelmente arbitrárias, em um sentido de primeira

ordem. As Cortes de controle devem se abster de ampliar suas demandas por razões e por racionalidade do processo decisório além do ponto a partir do qual a possibilidade de razão se esgota.”

(No original: “*There is a proper role for courts in ensuring that agencies have adequately invested resources in information-gathering, which may resolve uncertainty, perhaps by transforming it into risk or even certainty. (...) the existence of an uncertain problem implies that, sometimes, the very question whether collecting further information will be cost-justified is itself uncertain. In cases like that, courts must leave room for agencies to make rationally arbitrary decisions about when to cut off the process of information-gathering. (...) By a first-order reason, I mean a reason that justifies the choice relative to other choices within the agency’s feasible set. A second-order reason is a reason to make some choice or other within the feasible set, even if no first-order reason can be given. In situations of uncertainty, agencies will often have perfectly valid second-order reasons even when no first-order reason is possible. In other words, there is a domain of agency decisions that are necessarily and unavoidably arbitrary, in a first-order sense. Reviewing courts must not press their demands for reasons and reasoned decision-making beyond the point at which the possibility of reason is exhausted.*” VERMEULE, Adrian. *Law’s Abnegation*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 130, 134-135)

Conforme restou amplamente demonstrado no presente voto, a providência gravíssima de proibição das atividades de plataformas de economia compartilhada no setor de transporte urbano não se sustenta por razão legítima alguma. A Constituição brasileira não admite, sob pena de franca violação a direitos fundamentais, medidas restritivas de liberdade desprovidas de bases racionais, seja de primeira ou de segunda ordem, a exemplo do ocorrido no caso concreto.

Considerando-se como finalidade da norma impugnada a proteção de agentes tradicionais do mercado de transporte de passageiros em face de novos concorrentes, há ofensa à garantia de um ambiente de mercado competitivo, expressa pela Carta Magna em seus artigos 1º, IV; 5º, *caput* e XIII; e 170, *caput* e IV; e 173, §4º. Nos termos da jurisprudência desta Corte, cuida-se de critério imprestável para justificar restrição ao livre exercício das profissões, o que somente pode ocorrer de forma excepcional (RE nº 414426, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011; RE 511961, Relator(a):

Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009). Consoante amplamente demonstrado, à vista de evidências de captura regulatória deve intervir o Judiciário para impedir a utilização do poder político como mecanismo de concentração de riquezas à custa do desenvolvimento da sociedade (cf. ADIs nº 5.062 e 5.065, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016). A extensa literatura especializada referida ao longo do voto aponta a inexistência de benefícios sociais pela limitação de entrada em mercados econômicos, bem como conclui, tanto em teoria quanto por análise empírica, que regulações da espécie favorecem a corrupção, evidenciando o nocivo cenário de captura. Sem prejuízo, ainda que vencida essa etapa de escrutínio quanto à legitimidade da intervenção regulatória, não se justificaria a medida sob o prisma da *adequação*, ante a existência de dados apontando que os novos entrantes não provocaram impacto significativo na renda dos agentes tradicionais do setor econômico em apreço.

A possível justificação da regra proibitiva sob o ângulo da proteção ao consumidor também não se sustenta. Tendo em vista que as novas tecnologias, independentemente de intervenção regulatória, lograram solucionar problemas relativos a assimetrias de informação e custos de transação no setor de transportes sem a indesejada restrição de mercado promovida pela legislação tradicional, é imperioso concluir que a vedação da prestação do serviço por plataformas digitais não é medida *necessária* e nem *adequada*. A proibição impõe enormes custos aos usuários do sistema de transportes, considerado o já mencionado “excedente do consumidor” proporcionado pelos modernos serviços de economia compartilhada, sem resultar em qualquer benefício social, de modo que resultam ofendidos os artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição, os quais impõem a legisladores e administradores o dever de proteção dos interesses dos consumidores.

Finalmente, preocupações de trânsito e urbanísticas não conferem racionalidade à norma objeto da presente Arguição. Mesmo perseguindo esse objetivo, a medida é desproporcional sob o prisma da *adequação*, mercê de penalizar serviços que contribuem para a melhoria do tráfego e redução de congestionamentos, oferecendo compartilhamento de corridas, permitindo a não utilização ou não aquisição de veículos próprios por particulares, reduzindo a incidência de acidentes por direção sob influência de álcool *etc.* Trata-se, ainda, de medida *desnecessária*, considerando alternativas manifestas e menos gravosas a liberdades fundamentais, elencadas em momento anterior deste voto.

À míngua de razões de segunda ordem capazes de sustentar a norma proibitiva, concludo pela sua inconstitucionalidade, por ofensa aos artigos 1º, IV; 5º, *caput*, XIII e XXXII; 22, incisos IX, XI e XVI; 144, §10, I; 170, *caput*, IV, V e VIII; e 173, §4º, todos da Carta Magna.

Demais disso, observo que a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da lei hostilizada é prejudicial à vigência dos artigos 3º e 4º da mesma norma, o que impõe a uso da técnica de declaração *por arrastamento* para estes artigos.

*Ex positis*, julgo procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para declarar inconstitucional, *in totum*, a Lei Municipal de Fortaleza nº 10.553/2016.

É como voto.