

DIREITO DE CONCORRÊNCIA E UBER

COMPETITION LAW AND UBER

Catharina Martinez Heinrich Ferrer

Mestranda em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR, São Paulo (Brasil).

E-mail: catharinamartinez@hotmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6181735670193399>.

Rogério Mollica

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo - USP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR. Coordenador e Professor da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual do Instituto de Direito Público de São Paulo - IDP/SP. Advogado. Membro fundador e Presidente do Ceapro - Centro de Estudos Avançados de Processo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), São Paulo (Brasil).

E-mail: rogerio.mollica@mrlaw.com.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7180068805238367>.

Submissão: 30.09.2017.

Aprovação: 02.12.2017.

RESUMO

O presente trabalho objetiva abordar o Direito de Concorrência, com previsão legal e distinção com o princípio da livre iniciativa, demonstrando a sua importância no mercado de consumo e traçando um paralelo entre a problemática dos serviços de transporte individual de pessoas, realizado atualmente pelos motoristas de táxis e motoristas de caronas pagas, sendo que o segundo o faz através das plataformas digitais – Aplicativo Uber – que intermedia a contratação de serviços pelo usuário, que seria o consumidor, e os motoristas. Também há a abordagem dos custos e serviços desses motoristas, a rivalidade existente, o trabalho fomentador do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica - e os projetos de leis que visam regulamentar a atividade desenvolvida pelo Uber, tudo no sentido de se demonstrar a importância da concorrência e que a efetiva entrada desses motoristas no transporte de pessoas não caracteriza ato desleal e tampouco ilegal, mas sim benefícios para os consumidores e a população em geral. Por fim, para obtenção dos resultados almejados, utiliza-se a pesquisa bibliográfica, abrangendo obras escritas por renomados autores, bem como artigos científicos. O método utilizado foi o dialético, com o confronto entre teoria e fato.

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência; Transporte; Benefício.

ABSTRACT

The present work aims to address competition law, with legal provision and distinction with the principle of free enterprise, demonstrating your importance in the consumer market and drawing a parallel between the problems of individual transportation of people, held currently by taxi drivers and drivers of carpools paid, being the second makes through the digital platforms – Uber Application – intermedia to user services that would be the consumer, and the drivers. There is also the cost approach and services of these drivers, the rivalry exists, the job developer CADE-Administrative Council for economic defense-and the Bills aimed at regulating the activity developed by the Uber, all in order to demonstrate the importance of competition and that the effective entry of these drivers in the transportation of people not unfair or illegal act characterized, but rather benefits to consumers and the population in General. Finally, to obtain the desired results, bibliographical research is used, covering works written by renowned authors as well as scientific articles. The method used was the dialectic, with the confrontation between theory and fact.

KEYWORDS: *Competition; Transport; Benefit.*

INTRODUÇÃO

O Uber é um aplicativo que pode ser baixado nos smartphones através de download e consiste em uma plataforma digital que possibilita a contratação de serviços de transporte individual de pessoas pelos usuários – consumidores – diretamente com os prestadores, que seriam os motoristas. O próprio site responsável pela atividade no Brasil informa que se trata de uma intermediação, não havendo qualquer vínculo empregatício ou de outra espécie entre o aplicativo e os motoristas que queiram se cadastrar, o que demonstra, claramente, uma tentativa de eximir-se de qualquer responsabilidade decorrente do serviço.

Para o cadastro o motorista deve apresentar apenas cópia de sua CNH (Certidão Nacional de Habilitação) e certidão negativa criminal, para comprovar seus bons antecedentes, sem necessidade de curso ou cadastramento local.

Assim, essa suposta facilidade não significa concorrência desleal, pelo contrário, estimula o mercado e a competitividade entre os motoristas, o que acaba ocasionando uma série de benefícios para a população, como, por exemplo, a diminuição das tarifas e o aumento da frota disponível. Essa afirmação baseia-se nas noções básicas de Direito de Concorrência e os princípios da livre concorrência e livre iniciativa, constitucionalmente previstos e estimulados por lei própria – Lei nº 12.259/2011 (que visa a proteção da ordem econômica e o incentivo à livre iniciativa).

O Órgão responsável por fiscalizar e coibir práticas que contrariem a livre concorrência é o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – podendo, até mesmo, aplicar sanções de cunho pecuniário para as pessoas que interferirem de forma negativa no mercado.

A regulamentação apenas reconhece uma prática já existente no mercado, evitando conflitos e protegendo os usuários, com norma específica e sanções aplicáveis aos casos em concreto. Também não há qualquer concorrência desleal com os motoristas de táxis, pelo contrário, pois apenas movimentaria a economia e garantiria aos consumidores uma melhor prestação de serviços, tanto no que diz respeito à qualidade quanto ao valor das tarifas.

1 DIREITO DE CONCORRÊNCIA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Ernane Galvêas, ex-ministro da Fazenda e atual Consultor Econômico da Confederação Nacional do Comércio, refere que a essência do Estado, que estaria pautada nos ideais de liberdade e igualdade, é contraditória. Isso porque:

[...] a liberdade total, sem limites, leva ao regime da força, em que o mais forte domina, submete e explora o mais fraco. A razão de ser do Estado, com mediador, através do ordenamento jurídico, há de impor limites à liberdade, para que possam sobreviver os ideais da igualdade. Cabe ao Estado assegurar a justiça social (GÁLVEAS, 2002. p. 43).

O ideal do sistema econômico, segundo sua visão, seria, portanto, o mercado, onde prevalece a competição perfeita, aquela em que os produtores e consumidores não manipulam preços em detrimento do consumidor final (GÁLVEAS, 2002. p. 43). E é justamente em defesa do consumidor que o Estado deve atuar, conforme dito anteriormente, protegendo o mais fraco contra o mais forte e assegurando, assim, a competição no mercado.

Para Calixto Salomão Filho faz-se necessário um maior aprofundamento no conceito de concorrência, já que objeto principal de proteção da disciplina Direito de Concorrência. Afirma, ainda, que atualmente a distinção entre a proteção da concorrência e a proteção do concorrente está reconhecida, diferentemente do que ocorreu no Brasil até meados de 1980, através da jurisprudência do CADE (SALMOÃO FILHO, 2007, p. 53).

Assim, podemos identificar três interesses protegidos pelas normas de concorrência: “[...] o dos consumidores, o dos participantes do mercado (concorrentes) e o interesse institucional da ordem concorrencial.” (SALMOÃO FILHO, 2007, p. 61).

O Direito de Concorrência visa evitar justamente os casos de abuso de poder, especificados pelo artigo 173, parágrafo 4º da Constituição Federal: dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1998).

Esses seriam, inclusive, os limites da atuação do Estado na ordem concorrencial e sua intervenção na economia, ao passo que, conforme o dispositivo constitucional, somente poderia intervir para garantir a livre concorrência,

O abuso do poder econômico, de acordo com o autor, passa a ter duas características principais:

Em um primeiro lugar, tratando-se de uma garantia institucional, e não de um direito subjetivo individual ou de grupo, o que importa é garantir aquela determinada instituição contra quaisquer potenciais efeitos lesivos. Portanto, é preciso que a punição a abusos do poder econômico possam ferir a ordem concorrencial se faça a partir de critérios objetivos, em especial a partir da análise dos possíveis efeitos das condutas sobre o objeto jurídico (a instituição) protegido. É isso que a Constituição procurou deixar claro ao enumerar as consequências do abuso de poder econômico. Os efeitos das condutas são, no texto constitucional, os objetivos visados pelo ato abusivo. O ilícito configura-se na presença do objetivo de atingir aquelas consequências econômicas [...] (SALMOÃO FILHO, 2007, p. 110).

A segunda principal característica é trazer à tona toda a discussão sobre a função dos agentes econômicos no mercado, que seria uma verdadeira obrigação de fornecimento das empresas.

2 LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA

A livre concorrência possui encontra respaldo constitucional, especificamente na parte que trata da ordem econômica e financeira, e é um dos princípios norteadores do Direito Constitucional:

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

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- [...] (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1998)

A livre iniciativa também é assegurada pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º e incisos, tida como fundamento do Estado Democrático de Direito, juntamente com *Revista Argumentum – RA*, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 779-797, Set.-Dez. 2017. 782

a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e o pluralismo jurídico (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1998).

Ultrapassadas as previsões legais, faz-se necessária a conceituação e diferenciação acerca desses institutos, nas palavras de Fernando Facury Scaff:

Uma primeira questão a ser enfrentada é a da distinção entre o conceito de liberdade de iniciativa econômica, constante do caput do art. 170 da Constituição, e o de livre-concorrência, inscrito no inciso IV daquele mesmo artigo.

Liberdade de iniciativa econômica decorre de um primado de liberdade, que permite a todo agente econômico, público ou privado, pessoa física ou jurídica, exercer livremente, nos termos das leis, atividade econômica em sentido amplo. Parte de um conceito de liberdade de exercício da profissão, para trabalhadores, e da liberdade do exercício de uma atividade econômica, para empresas.

Já a livre-concorrência funda-se primordialmente na isonomia, e não na liberdade (a qual, embora não esteja afastada, não é primordial). Busca-se criar as condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos propostos pela Constituição da República em seu art. 3º, e respeitando os princípios da ordem econômica. Para que possa existir livre concorrência é imperioso que haja isonomia entre os contendores na arena do mercado. A livre-concorrência repudia os monopólios, pois eles são sua antítese, sua negação. Cabe ao Estado criar condições para que haja livre concorrência, não apenas com sua inação (exercício da liberdade), mas com ações concretas, reprimindo o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (SCAFF, 2006, p. 110-111).

Assim, caberia ao Estado regular a concorrência, ou o mercado, como preferem alguns autores, quando houver qualquer inconformidade das normas constitucionais, bem como se os princípios da livre concorrência e livre iniciativa não estiverem sendo respeitados. Um exemplo citado por Aldo de Aranha Castro e Simone Genovez é a ocorrência de cartéis ou monopólios, tidos como abusos de poder. (CASTRO; GENOVEZ).

A livre concorrência também podia ser encontrada no artigo 1º, caput; 20; 21, inciso VIII; 27, inciso V e 54, caput da Lei 8.884/94, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências; cujos dispositivos foram revogados pela Lei 12.529 de novembro de 2011 (LEI Nº 12.529, 2011).

Referida lei essencialmente estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência (SBDC), dispondo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função

social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, nos termos de seu artigo 1º.

Ainda, conforme artigos 3º e 4º, o SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional - e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. As pessoas, físicas ou jurídicas, que praticarem qualquer ato caracterizado como infrações da ordem econômica, estão sujeitas as penas previstas no Capítulo III da Lei 12.529/11, normalmente pecuniárias.

Andrighi traz uma abordagem sobre a livre iniciativa, destacando, principalmente, a vontade do particular:

Por fim, de tudo o que tenho acompanhado a respeito da proibição de aplicativos de intermediação de contrato de transporte, não vi até o momento qualquer notícia do que os maiores interessados têm a dizer sobre a questão. De fato, a discussão sobre a proibição ou não de aplicativos de intermediação de contrato de transporte não pode ser pautada exclusivamente pela pressão política de certas categorias profissionais, como vem sendo feito, mas deve ser feita precipuamente no interesse dos consumidores do serviço de “transporte privado individual”, afinal é do interesse do consumidor – e deveria ser também do Estado, por força do art. 170, inciso IV da Constituição – que a livre concorrência seja fomentada e não restringida. São os consumidores que devem ser os primeiros a serem ouvidos quando o Estado pretende proibir qualquer atividade econômica lícita (ANDRIGHI, 2016, p. 415-416).

Com relação à regulação do Uber e seu impacto sobre os princípios constitucionais, Dourado e Motta afirmam que:

[...] A regulação é, sim, necessária e não raro pode fundamentar a prestação exclusiva de determinada atividade pelo Estado ou seu delegatário. Porém, a concorrência também tende a ser benéfica ao produzir externalidades positivas, como diminuição de preços e aumento na qualidade dos produtos e serviços ofertados (DOURADO; MOTTA, 2017, p. 49).

Ainda, “[...] O objetivo é o equacionamento entre o direito dos cidadãos em receber serviços essenciais e o direito à exploração de atividades econômicas” (DOURADO; MOTTA, 2017, p. 49). Não se fala, portanto, em proibição, já que o reconhecimento de uma situação fática, que é o uso do aplicativo *Uber*, traria benefícios para a população de um modo geral, através da diminuição de preços e aumento na qualidade dos serviços prestados, e não restringiria a exploração da atividade por pessoas diversas dos motoristas de táxi.

Reforçando esse entendimento, LIBERALINO e LEITE expõem que:

[...] a atividade exercida pelo *Uber* não possui restrição legal – ao menos em nível federal –, sendo, portanto, legitimamente explorável pelos indivíduos, o art. 16 da Lei 8.987/1995, dispõe que a outorga de concessão ou permissão de serviço público não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato de publicação – prévia ao edital de licitação – realizada pelo poder concedente. Isto é, a legislação federal determina a coexistência entre os permissionários de serviços públicos e os agentes privados economicamente atuantes no mesmo setor (LIBERALINO; LEITE, 2017, p. 125)

A livre iniciativa, entendida como garantia de exploração de uma atividade econômica pelos indivíduos deve ser assegurada, sob pena de ocorrer inconstitucionalidade material e formal. De tal forma a livre concorrência, que protege os consumidores de abusos de poder econômico e dos lucros arbitrários.

Esse é o entendimento de TEIXEIRA e MALDONADO:

[...] Assim, a inconstitucionalidade formal decorre da criação de um ato legislativo em desconformidade com as normas de competência e os procedimentos estabelecidos para o seu devido ingresso no ordenamento jurídico. Já a inconstitucionalidade material refere-se ao conteúdo do ato infraconstitucional, ou seja, quando este contrariar norma substantiva da Constituição, seja uma regra ou princípio (TEIXEIRA; MALDONADO, 2017. p. 196).

Os autores também concluem ser de competência da União legislar sobre o Uber, por se tratar de matéria de interesse predominantemente nacional ou geral, qual seja, transporte e trânsito (TEIXEIRA, MALDONADO, 2017, p. 200). Assim, qualquer decisão em nível inferior deve ser declarada inconstitucional.

O argumento seria de que “[...] o transporte individual de passageiros não configura serviço público, mas atividade econômica em sentido estrito.” (SARMENTO, 2015, p. 38). E mesmo se considerássemos que o transporte individual de passageiros se enquadra como serviço público, tal não se aplica ao serviço prestado pelos motoristas do *Uber*.

3 CADE

O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal e que exerce em todo território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011:

O Cade tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência. (O CADE, INSTITUCIONAL).

Visando disseminar a cultura da livre concorrência, Luiz Alberto Esteves, Economista-Chefe do CADE, e abordando o tema Uber, refere que:

[...] 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 (ESTEVES, 2015, p. 325-361).

Segundo o DEE/CADE (Departamento de Estudos Econômicos do Cade), mostra-se de suma importância a melhor compreensão dos mercados de transporte individual de passageiros, mais especificamente os de táxis e caronas pagas (Uber), para percepção de que os benefícios ao interesse público seriam inegáveis, pois:

[...] aumentariam o bem-estar da sociedade por diversos mecanismos: (i) o novo mercado proveria um substituto superior aos carros particulares para um determinado grupo de consumidores; (ii) o novo mercado proveria um substituto superior aos táxis para um segundo grupo de consumidores; (iii) o novo mercado rivalizaria com os táxis e com os carros particulares, o que poderia trazer reduções de preços nas corridas de táxis, no aluguel de carros de passeio e até mesmo nos preços dos carros novos e usados. Nem mesmo os profissionais do mercado de táxis (não proprietários das licenças) seriam prejudicados, pois poderiam inclusive (ex post) utilizar os serviços do aplicativo, ou (ex ante) arbitrar entre entrar no mercado de táxis ou no mercado de caronas pagas. Portanto, o movimento refratário das autoridades seria justificado pela captura regulatória, motivada pela manipulação do ambiente político por grupos lobistas em busca de rendas econômicas, ou seja, por conta de rent seeking (ESTEVES, 2015, p. 325-361).

Luiz Alberto Esteves ainda conclui seu estudo, no sentido de que:

[...] é necessário discutir a regulação do mercado de transporte individual de passageiros, visto que não há elementos econômicos que justifiquem a proibição de novos prestadores de serviços de transporte individual. Para além disso, elementos econômicos sugerem que, sob uma ótica concorrencial e do consumidor, a atuação de novos agentes tende a ser positiva (ESTEVES, 2015, p. 325-361).

Não há, portanto, o que se falar no tocante à concorrência desleal, já que os motoristas de caronas pagas estariam nas mesmas condições dos motoristas de táxis, sujeitos à uma legislação específica, incidência de impostos, penalidades em caso de infrações criminais ou até mesmo questões trabalhistas. A sua efetiva entrada no mercado iria fomentar a

economia, incentivar a livre concorrência e beneficiar os usuários dessa categoria de transporte, que são, na realidade, os consumidores e a população.

4 UBER

O Uber é um dispositivo de smartphone, que possibilita a contratação de transporte individual de passageiros através de uma plataforma digital, fazendo a intermediação entre os usuários de serviço e os prestadores, que seriam os motoristas.

4.1. Uber *Versus* Táxi

Podemos dizer que tanto o Uber quanto o Táxi são motoristas responsáveis pelo transporte individual de pessoas, entretanto, há algumas diferenciações que devem ser ressaltadas. Inicialmente, com relação aos serviços, sendo que a categoria especial do Uber, chamada “UberBlack” exige que os carros atendam à algumas especificações, tais como, ser sedan preto, fabricado a partir de 2010, com bancos de couro, ar-condicionado, e o motorista deve usar terno e gravata ou calça e camisa social; a bandeira dessa categoria chega a R\$ 5,00 (cinco reais) e do “UberX” R\$ 3,00 (três reais); a tarifa é calculada pelo aplicativo, levando-se em consideração a quilometragem e o tempo gasto; não há cobrança de taxa de retorno (quando a corrida por em outro município); e o pagamento será através do cartão de crédito, permitindo que o usuário divida o valor com outra pessoa, quando se tratar de utilização compartilhada (MELLO; DANTAS, 2015).

Já o Táxi não exige um padrão de conforto; a bandeira em São Paulo chega a R\$ 4,50 (quatro reais e cinquenta centavos) e no Rio de Janeiro R\$ 5,20 (cinco reais e vinte centavos); a tarifa é fixada por tabela e calculada pelo taxímetro; a taxa de retorno é cobrada em São Paulo na proporção de 50% (cinquenta por cento) da corrida; a oferta de extras fica a critério do motorista; e aceita as opções de pagamento em dinheiro, cartão de crédito ou débito (MELLO; DANTAS, 2015).

Com relação aos custos, o motorista do Uber arcar com a totalidade do veículo, inclusive quando este for de luxo; não tem isenção de impostos e paga ISS (Imposto sobre Serviços) como MEI (Microempreendedor Individual) ou simples, a cada nota fiscal emitida; não paga taxas aos Órgãos Públicos; não precisa de licença da prefeitura para trabalhar, bastando a apresentação da carteira de motorista e certidão negativa de antecedentes criminais no momento de cadastramento na plataforma digital do aplicativo; não há exigência também de curso específico e na categoria “UberBlack” 20% (vinte por cento) do valor da corrida fica

para o aplicativo, e no “UberX”, 25% (vinte e cinco por cento) fica para o aplicativo. O motorista de Táxi, por sua vez, tem isenção de alguns impostos na compra do automóvel, bem como descontos nas concessionárias; precisam pagar algumas taxas, bem como a cada 05 (cinco) anos se submeterem a exames médico e psicotécnico no Detran; há a exigência de licença da prefeitura e, em algumas cidades, cadastros internos; é exigido curso específico para que o motorista possa atuar como taxista e o autônomo fica com a integralidade dos ganhos. (MELLO; DANTAS, 2015).

4.2. Os serviços oferecidos pelo Uber e a Rivalidade no Transporte Individual de Pessoas

A própria UBER, em seus “Termos e Condições” (UBER, TERMOS E CONDIÇÕES), refere ser uma plataforma que possibilita aos usuários de aplicativos móveis “providenciar” e “programar” serviços de transporte com “terceiros provedores independentes”. Significa que a contratação desse serviço ocorreria diretamente entre os usuários e os motoristas das caronas pagas, através da plataforma digital disponibilizada em forma de aplicativo nos smartphones. Ainda, ao se inscrever nessa plataforma e concordar com os termos:

[...] VOCÊ RECONHECE QUE A UBER NÃO É FORNECEDORA DE BENS, NÃO PRESTA SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA, NEM FUNCIONA COMO TRANSPORTADORA, E QUE TODOS ESSES SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA SÃO PRESTADOS POR PRESTADORES TERCEIROS INDEPENDENTES QUE NÃO SÃO EMPREGADOS(AS) E NEM REPRESENTANTES DA UBER, NEM DE QUALQUER DE SUAS AFILIADAS (UBER, TERMOS E CONDIÇÕES).

Assim, se eximiria de qualquer responsabilidade, seja no âmbito civil, criminal ou até mesmo trabalhista. Esse é justamente um dos motivos que fomenta a rivalidade no transporte individual de passageiros, entre os serviços de caronas pagas (Uber) e as prestadoras de serviços de táxi.

Nesse sentido, o CADE já se posicionou:

A rivalidade exercida pelos serviços de caronas pagas tem sido interpretada pelos prestadores de serviços de táxi e por algumas autoridades locais e legislativas como ilegal e desleal, trazendo como implicação decisões de proibição e banimento dos aplicativos e do próprio serviço de caronas pagas. Por outro lado, os prestadores de serviços de caronas pagas e grupos de consumidores tem alegado que a entrada no mercado de transporte individual de passageiros vem sendo bloqueada por meio de atividade lobista dos taxistas, viabilizada pela captura de autoridades reguladoras e legislativas (CADE, O MERCADO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS).

O argumento das prestadoras de serviços de táxi seria que essa forma de transporte é ilegal e desleal, devendo ser proibida e até mesmo banida. Em meio a toda essa discussão, os motoristas de Uber alegam que a sua entrada no mercado ainda está sendo dificultada.

4.3. A Constitucionalidade do Serviço Uber no Brasil

Para melhor abordagem do assunto, DUQUE faz perguntas e respostas, dentre as quais destaca-se a que diz respeito a constitucionalidade desse serviço:

5. Segundo a Constituição, é possível dizer se há um lado certo nesse conflito?

Sim. A interpretação do bloco de constitucionalidade aponta que não há argumentos aptos a fundamentar uma proibição geral do serviço Uber no Brasil. Isso porque a Constituição, ao estipular os princípios que devem reger a ordem econômica (art. 170), apoia-se, dentre outros pilares, na valorização do trabalho humano e da livre-iniciativa, na existência digna, na defesa da livre-concorrência e na proteção do consumidor. A proteção da dignidade humana, a valorização do trabalho humano e da livre-iniciativa receberam tal destaque na Constituição, a ponto de também serem consideradas fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III e IV). Nesse sentido, o Uber, enquanto atividade privada remunerada, de interesse público, realiza os princípios constitucionais da valorização do trabalho humano e da livre-iniciativa, livre-concorrência e a defesa do consumidor, além da própria questão ligada à dignidade dos trabalhadores (DUQUE, 2016, p. 521)

Resta claro que o serviço desempenhado por esses motoristas não significa concorrência desleal e tampouco possuem irregularidades. O que se busca, na realidade, é a concretização de um mercado mais justo, que atenda às necessidades da população, mas, ao mesmo tempo, possibilite aos profissionais o livre exercício de transportar passageiros, garantindo a valoração do trabalho humano e condições dignas de vida.

Ademais, a Lei nº 12.587/2012, que trata da Política Nacional de Mobilidade urbana não contém uma proibição para o sistema Uber, pois é omissa com relação à definição do transporte privado individual de passageiros, sem especificá-lo ou regulamentá-lo, o que, conforme Duque, denotaria o interesse do legislador em regulamentar tal modalidade (DUQUE, 2016, p. 507).

O Uber também não pode se enquadrar na categoria de motoristas de aluguel, pois necessita de uma plataforma para realizar a contratação do serviço pelo usuário, fugindo dos limites traçados pela lei que instituiu tais diretrizes. Portanto, valendo-se da omissão ou incompletude da lei, não há nenhum argumento previsto para que a atividade seja proibida no país e, conforme dito anteriormente, está baseada nos preceitos constitucionais da livre-

iniciativa e livre-concorrência, daí a necessidade de ser regulamentada, assegurando tanto aos usuários quanto aos motoristas maior segurança jurídica.

4.4. Uber e a Justiça Europeia

Na Espanha o *Uber* é denominado *UberPop*, e o aplicativo funciona da mesma forma como no Brasil, sendo necessária a instalação da plataforma digital no aparelho celular, e em seguida a contratação ocorre diretamente entre o motorista de transporte individual e o usuário, com a inserção de seu destino e a estimativa de preço. Também há a possibilidade de o pagamento ser realizado “[...] por dedução de cartão de crédito do usuário ou por sistema de pagamento *online*” (GRAU-KUNTZ, 2017, p. 68), e do usuário avaliar o serviço prestado, servindo, inclusive, de parâmetro para a contratação pelas demais pessoas que fizerem uso do aplicativo.

A problemática que envolve o *UberPop* baseia-se no fato de que os serviços são prestados por “não profissionais” (GRAU-KUNTZ, 2017. P. 68), isso porque, para os motoristas de Uber, não seriam exigidos o licenciamento prévio pelo Poder Público e a obrigação de determinadas exigências.

Diante da repercussão do caso e alegação de concorrência desleal proferida pela associação de taxistas, o Tribunal Espanhol solicitou ao Tribunal Europeu que situasse os serviços prestados pela empresa Uber, através da seguinte indagativa: “[...] os serviços oferecidos pela empresa Uber seriam de intermediação de serviços oferecidos por terceiros, como ocorre com as plataformas que intermediam hotéis ou passagens de avião, ou seriam serviços de transporte urbano?” (GRAU-KUNTZ, 2017, p. 68).

O advogado-geral Maciej Szpunar, em discussão na justiça europeia, observou que o serviço é prestado, em um primeiro momento, de forma digital, e em um segundo momento, de forma física, através do transporte de pessoas, dependente ao aplicativo, sendo que sem este não seria possível a sua realização, bem como que:

[...] a Uber controla – mesmo que de maneira indireta – todos os aspectos pertinentes a um serviço de transporte de passageiros, quais sejam o preço, a acessibilidade a oferta de transporte, ao iniciar os motoristas a exercerem sua atividade em momentos e lugares de maior procura por corridas e, ademais, comportamento dos motoristas por meio do sistema de valoração. Isto indica no sentido de que a empresa oferece serviços de transporte e não de mera intermediação de serviços de terceiros. Ponto alto neste sentido é o fato dos serviços serem prestados em nome da própria Uber, o que não ocorre no caso de plataformas que simplesmente intermediam serviços de terceiros. (GRAU-KUNTZ, 2017, p. 69).

Apesar de a opinião do advogado-geral não ser a mesma, publicamente, do Tribunal Europeu, é possível que determine a resolução do caso, já que se tem entendido que o Uber não é um mero intermediário da prestação de serviços, e sim o efetivo prestador, e se tratando de transporte de passageiros, estaria desrespeitando as leis vigentes no país, notoriamente a de concorrência desleal.

Já na Alemanha, a discussão gira em torno do *UberBlack*, sendo objeto, inclusive, de requerimento em Juízo da proibição do aplicativo. Em sede de revisão, o Tribunal de Justiça Europeu se posicionou:

[...] o Tribunal passou, então, a considerar a forma de funcionamento do aplicativo móvel “UberBlack” que, no seu entender, possibilita o contato direto entre passageiro e motorista de aluguel. Ocorre, porém, que tal contato direto, como afirmado, é prerrogativa das empresas de táxi, de modo que estaria caracterizando concorrência desleal por parte da empresa Uber e das de aluguel de veículos que com ela cooperam (GRAU-KUNTZ, 2017, p. 70).

O contato direto com o passageiro é tido pela justiça europeia como uma característica essencial do serviço de táxi. Assim, os motoristas de Uber e os motoristas de aluguel estariam desrespeitando a legislação, pois esse contato deveria ocorrer por meio da intermediação da sede de sua empresa, e não concomitantemente, como o aplicativo possibilita.

O Tribunal Alemão destacou que a eventual proibição do modelo de negócio atualmente exercido não significa a impossibilidade de que o Uber atue no mercado alemão, bastando que “[...] as encomendas de serviços sejam dirigidas primeiramente à sede das empresas de aluguel e que estas, bem como os seus motoristas, respeitem as normas que regulam suas atividades como, por exemplo, a obrigação de retornar à sede.” (GRAU-KUNTZ, 2017, p. 71).

Assim, temos como incontroverso que para a Justiça Europeia os motoristas de transporte individual de pessoas devem se submeter às mesmas exigências que os motoristas de táxi para que possam gozar dos benefícios trazidos pelo serviço, garantindo uma perspectiva concorrencial.

4.5. Projetos de Lei que visam regulamentar o Uber no Brasil

O primeiro projeto de lei que merece ser citado é o nº 2.632/2015, sendo que a justificativa utilizada é que a única medida proporcional e razoável é o reconhecimento expresso desse tipo de prestação de serviço – caronas pagas – bem como distingui-la da atividade exercida pelos taxistas e estabelecer que haja fiscalização por parte do Poder Público (PROJETO DE LEI Nº 2.632, 2015).

O artigo 2º de referido ditame prevê que fica reconhecido, em todo o território nacional, o serviço de transporte privado individual de passageiros, que deverá ser exercido de forma autônoma, na qualidade de prestação de serviços. A última ação legislativa desse projeto foi em 04 de novembro de 2016, quando o mesmo foi retirado pelo autor.

Em seguida surgiu o segundo projeto, de nº 5.587/2016, com a seguinte ementa: “altera a lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros.” (PROJETO DE LEI Nº 5.587, 2016).

Dentre os dispositivos contidos destacam-se o artigo 4º, inciso VIII, que define transporte público individual como sendo aquele aberto ao público, inclusive por meio de cadastramento prévio de usuários em plataformas digitais, que seria justamente o caso do aplicativo Uber e o artigo 12, que estabelece a organização e fiscalização desses serviços, inclusive quando intermediados por plataformas digitais, devendo atender aos requisitos mínimos de segurança, conforto, higiene, qualidade e fixação prévia dos valores mínimo e máximos das tarifas a serem cobradas por meio de taxímetro físico, “[...] e a utilização de caixa luminosa externa no veículo, com a palavra Táxi.” (PROJETO DE LEI Nº 5.587, 2016).

Esse último trecho do texto chama bastante a atenção, já que pretende obrigar os motoristas de transporte individual de pessoas a cobrar as tarifas de acordo com o aparelho taxímetro e utilizar uma caixa luminosa com a palavra “Táxi”, ou seja, os motoristas de Uber seriam equiparados aos motoristas de Táxi.

O artigo 12-C ainda refere que o transporte individual de passageiros somente poderá ser realizado por veículos de aluguel conduzidos por profissionais taxistas, sendo que além das penalidades impostas ao condutor e ao proprietário do veículo, as pessoas físicas ou jurídicas que concorrerem para a prática vedada por meio de qualquer meio digital, estarão sujeitas à pena de proibição de exercício da atividade de motorista. E por fim, o artigo 3º, parágrafo 2º, afirma que a exploração do transporte remunerado de passageiros aberto ao público é atividade privativa do profissional taxista, inclusive quando a conexão entre usuários e motoristas ocorrer por meio de plataformas digitais ou qualquer outro instrumento.

As justificativas utilizadas para criação do projeto consistem basicamente no fato de que o crescimento de transporte clandestino, inclusive por meios tecnológicos, estaria prejudicando a gestão pública e causando insegurança aos consumidores, assim há a necessidade de compatibilizar essas novas tecnologias que surgiram, como as plataformas digitais, às atividades privativas empreendidas pelos taxistas.

Os artigos acima mencionados demonstram que o que esse segundo projeto pretende é implementar o uso das plataformas digitais pelos motoristas de táxi e que qualquer outra pessoa que tenha o interesse de utilizá-las deve se enquadrar nas exigências para esse grupo específico, utilizando, inclusive, as tarifas do taxímetro e seu logotipo. É incontroverso o fato de que o texto legal refere ser a atividade de transporte individual de pessoas atividade privativa dos taxistas. Frise-se que a última ação legislativa foi em 04 de abril de 2017, quando o projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados e remetido ao Senado Federal.

Já no Senado Federal, o Projeto de Lei da Câmara nº 28 de 2017, de autoria do Deputado Federal Carlos Zarattini, altera a Lei nº 12.587/2012 (institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana e dá outros provimentos), para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros.

A explicação da ementa, disponibilizada pelo próprio Senado nos traz uma ideia de seu objeto:

Determina que na regulamentação do serviço de transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal deverão observar: I - efetiva cobrança dos tributos municipais; II — exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e DPVAT; III — exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do INSS; ainda dispõe que os motoristas deste tipo de transporte devem: I - possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada; II — conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal; III — possuir e portar autorização específica emitida pelo poder público municipal ou do Distrito Federal do local da prestação do serviço autorizado; IV — emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV) no Município da prestação do serviço, obrigatoriamente em seu nome, como proprietário, fiduciante ou arrendatário, com registro e emplacamento do veículo na categoria aluguel. (PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 28, 2017).

A situação atual do projeto é “tramitação encerrada”, com a decisão “aprovada pelo Plenário” (PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 28, 2017). A votação ocorreu em 31 de outubro de 2017, regulamentando, assim o transporte remunerado privado individual de passageiros. Foram 46 (quarenta e seis) votos favoráveis e 10 (dez) votos contra.

O projeto foi aprovado com revisão e emendas, sendo que das 20 (vinte) apresentadas, somente 03 (três) foram aprovadas, conforme consulta da tramitação no Senado Federal: 13, 14 e 16.

A emenda nº 13 dá a seguinte redação para o artigo 3º do Projeto:

Art. 3º [...]

Art. 11-B. O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, somente será permitido ao motorista que cumprir as seguintes condições.

[...]

IV - emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV);

V- apresentar certidão negativa de antecedentes criminais (PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 28, 2017).

A emenda 14, por sua vez, trata da competência para fiscalizar os serviços prestados por essa modalidade de motoristas:

Art. 3º

[...]

Art. 11-A Compete aos Municípios e ao Distrito Federal fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei no âmbito dos seus territórios.

A emenda 16 apenas suprime o inciso III do artigo 11-B do projeto, pois este trazia limitações ao serviço de transporte individual privado, notadamente a obrigação de autorização expressa do poder público para prestar serviço de natureza privada. Assim, de acordo com o autor da emenda, tal significa um ultraje às garantias da Constituição Federal, por se tratar de uma atividade privada, e ser livre o seu exercício, iniciativa e concorrência (PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 28, 2017).

Com as alterações e emendas realizadas no projeto, verifica-se a criação de uma série de exigências para que os motoristas possam desenvolver sua atividade, o que atingiria os princípios constitucionais, notadamente o da livre concorrência e da livre iniciativa.

Na realidade, o projeto deveria regulamentar sem restringir a atividade a um determinado grupo de pessoas, fazendo com que haja competitividade no mercado, possibilitando melhores condições na prestação do serviço para o consumidor, que passa a escolher o que atende às suas necessidades.

Verifica-se que a versão final do projeto considerou os motoristas de Uber e demais aplicativos como autônomos, desenvolvendo sua atividade concomitantemente com a dos motoristas de táxi, sujeitos à uma legislação específica e penalidades, caso alguma infração seja cometida.

O CADE já se manifestou após a votação:

De acordo com o DEE, a economia de compartilhamento traz benefícios tanto para os consumidores quanto para os ofertantes. Os primeiros são beneficiados porque conseguem usufruir de determinados bens de maneira temporária – sem a necessidade de adquirir o veículo, mas apenas utilizando-o de maneira transitória –, com maior variedade de opções de consumo e

com preços geralmente mais baixos. Já os ofertantes conseguem ter um acesso mais fácil e eficiente ao mercado consumidor e, ainda, reduzir significativamente a ociosidade de seus bens.

O desenvolvimento de novas tecnologias propicia a redução de falhas de mercado, por exemplo das informações assimétricas, visto que os consumidores passarão a ter acesso às informações relacionadas a corrida, tais como: a previsão do preço, o percurso sugerido, o tempo de corrida, a avaliação do motorista e o tipo e modelo do veículo.

[...]

Além dos benefícios citados, a expansão da economia de compartilhamento pode gerar aumento da competição, podendo provocar redução de receita para os tradicionais setores da economia. A Uber por exemplo, teria criado um novo mercado, atingindo consumidores que sequer usavam táxis, ao conseguir prestar um serviço mais eficiente a preços mais baixos. (CADE, NOTÍCIAS).

DEE é o Departamento de Estudos Econômicos do CADE, e tem como principal objeto contribuir com a pesquisa de práticas comerciais, bem como incentivar o seu desenvolvimento. Através de seus estudos, é possível incontroverso o fato de que a regulamentação desses dispositivos de caronas pagas trará diversos benefícios, não somente para os motoristas, mas extensivos aos usuários.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade de transporte individual de pessoas desenvolvida pelos motoristas do Uber, através de plataformas digitais, não significa risco ou deslealdade à concorrência já que, na realidade, proporciona melhores condições na prestação dos serviços, notadamente vinculados à qualidade dos automóveis, segurança e preços, sem contar o maior acesso por parte da população, não acostumada a se transportar dessa forma, e sim através de coletivos.

Esse foi o objeto de vários estudos por parte do CADE – Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico – visando informar e fomentar a economia, demonstrando claros benefícios dos transportes individuais de pessoas através das caronas pagas (Uber).

Não se pode, de forma alguma assemelhar a atividade desenvolvida pelos motoristas de caronas pagas aos motoristas de táxi, obrigando-os a utilizar as mesmas tarifas, definidas pelo taxímetro, e mais absurdo ainda, inserir o logotipo “táxi” no automóvel. Isso porque não se trata de atividade privativa dos taxistas, pois inexistente qualquer norma ou lei nesse sentido, ademais, tal fato constituiria uma verdadeira afronta aos princípios contidos na Constituição Federal, tais como o da livre concorrência e da livre iniciativa, além de atingir, por consequência, os princípios da dignidade humana da pessoa e proteção aos consumidores.

O que se pretende com a regulamentação é o reconhecimento de uma situação de fato vivenciada, proporcionando maior segurança tanto para os motoristas de caronas pagas, que estão submetidos à violência e preconceito dos motoristas de táxis e parcela de legisladores e individuais, e aos usuários do serviço, através de uma efetiva fiscalização e punição em caso de eventuais infrações cometidas, tanto no âmbito cível, quanto penal ou até mesmo trabalhista.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Uber: a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte*. In: RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 271, p. 409/416, jan./abr.2016.

CADE. *DEE elabora nota técnica sobre impacto do Uber*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/dee-elabora-nota-tecnica-sobre-impacto-do-uber>>. Acesso em: 17 de novembro de 2017.

CADE. *O mercado de transporte individual de passageiros*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/o-mercado-de-transporte-individual-de-passageiros.pdf>>. Acesso em: maio de 2017.

CASTRO, Aldo Aranha de; GENOVEZ, Simone. *A Aplicabilidade dos Princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência com Vistas ao Desenvolvimento Econômico*. In: Revista Publica Direito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=48af87b587036693>>. Acesso em: maio de 2017.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Artigos 1º e incisos; e 170 e incisos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: maio de 2017.

DOURADO, Thaís Amaral; MOTTA, Fabrício. Uber e serviços de táxi no Brasil sob a ótica do direito administrativo. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, v.17, n.196, p. 49-65, jun. 2017.

DUQUE, Marcelo Schenk. A constitucionalidade do serviço uber no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.25, n.105, p. 501-522, maio/jun. 2016.

ESTEVES, Luiz Alberto. *Uber: o mercado de transporte individual de passageiros – regulação, externalidades e equilíbrio urbano*. In: RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.270, p. 325-361, set./dez.2015.

FILHO, Calixto Salmoão. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo, Malheiros Editores, 2007, 1ª ed., 2ª tiragem, p. 53.

GALVÊAS, Ernane. *O Direito de Concorrência*. In: *Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Comentários à Lei nº 8.884/94 e Estudos Doutrinários*. Coordenadores: Marcos da Costa; Paulo Lucena de Menezes; Rogério Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002. p. 43.

GRAU-KUNTZ, Karin. 'UberPop' e 'UberBlack' e a justiça europeia. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n.149, p. 68-71, jul./ago. 2017.

Lei nº 12.529/11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: junho de 2017.

LIBERALINO, Ana Paula da Silva; LEITE, Marcelo Lauar. A livre-iniciativa e o Uber: restrição estatal legítima ou violação de direito fundamental. *Revista Fórum de Direito Civil : RFDC*, Belo Horizonte, v.6, n.14, p. 107-133, jan./abr. 2017.

MELLO, Kathia; DANTAS, Carolina. *Uber X Táxi: Entenda as diferenças de custos e serviços entre o táxi e o aplicativo*. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2015/uber-x-taxi/>>. Acesso em: maio de 2017.

O CADE: Institucional. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: junho de 2017.

Projeto de Lei da Câmara nº 28/2017. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>>. Acesso em: 17 de novembro de 2017.

Projeto de Lei nº 2.632/2015. Disponível em: <<http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1633181>>. Acesso em: maio de 2017.

Projeto de Lei nº 5.587/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088280>>. Acesso em: maio de 2017.

SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o 'caso Uber'. *Revista Brasileira de Direito Público : RBDP*, Belo Horizonte, v.13, n.50, p. 9-39, jul./set. 2015.

SCAFF, Fernando Facury. *Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-concorrência*. in: *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; e Fortaleza: ICET, 2006, p. 110-111.

TEIXEIRA, Tarcisio; MALDONADO, Gregory Tonin. Uber: a livre iniciativa e a inconstitucionalidade das leis municipais que proíbem atividades semelhantes. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.106, n.983, p. 191-204, set. 2017.

UBER. *Termos e Condições*. Disponível em: <<https://www.uber.com/legal/terms/br/>>. Acesso em: maio de 2017.