

06/12/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.054.110 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Obrigado, Presidente. Boa tarde a todos!

A questão constitucional discutida tanto na ADPF nº 449 quanto no recurso extraordinário que mereceu repercussão geral consiste em saber se o uso de carros particulares para o transporte individual remunerado de passageiros e a proibição desse serviço viola mandamentos constitucionais. Em ambos os casos, estão em discussão leis municipais: no meu caso, uma lei municipal de São Paulo e, no caso do Ministro Luiz Fux, uma lei municipal de Fortaleza, que proíbem a atividade de transporte individual remunerado de passageiros.

No caso específico da lei paulistana, entende-se que este é um serviço público ou um serviço de utilidade pública que somente pode ser prestado mediante autorização do Poder Público, e, portanto, a sua prestação, como uma atividade privada, constituiria um serviço de táxi clandestino, tese sustentada pela Câmara Municipal.

De modo que, originariamente, essa era a discussão: saber se era um serviço público de utilidade pública sujeito à autorização ou saber se é uma atividade econômica regida pelos princípios da ordem econômica e que poderia ser eventualmente restringida, mas não interdita.

Eu digo originariamente, Ministra Rosa, porque posteriormente ao ajuizamento de ambas essas demandas, houve a superveniência de uma lei federal, a Lei nº 13.640, de 26 de março de 2018, que alterou a Lei de Mobilidade Urbana e resolveu essa controvérsia, porque a nova lei passou a prever a existência de duas situações distintas e de maneira expressa: o transporte público individual, a ser oferecido pelo sistema tradicional de táxi e o transporte remunerado individual privado, que mereceu um inciso específico e que pode ser prestado por plataformas como Uber, Cabify e 99 Táxi.

A nova lei federal cuidou também de instituir as normas que

RE 1054110 / SP

deveriam reger a prestação desse transporte individual privado e estabelece algumas regras que, em seguida, vou anunciar. Além disso, a lei federal atribuiu expressamente - resolvendo uma disputa - aos municípios e ao Distrito Federal competência para a fiscalização e a regulamentação desse serviço. Ou seja, a lei federal estabeleceu os parâmetros para o serviço privado e atribuiu aos municípios e ao Distrito Federal a competência para regulamentar e fiscalizar esse serviço.

Portanto, uma vez reconhecida a natureza privada desse serviço, a discussão se transferiu para os princípios da ordem econômica privada aplicáveis a essa matéria. De um lado, tem-se, como já mencionado da tribuna - aliás, cumprimento todos os ilustres advogados, que contribuíram vivamente para a discussão, e os eminentes pareceristas, professores eminentes, Professor Carlos Ari Sundfeld, Professor Daniel Sarmento, Professor Marçal Justen Filho, dentre outros, que contribuíram com aportes doutrinários relevantes. Assim, reconhecida a natureza privada, a discussão se transfere para os princípios da ordem econômica. E aqui são, de certa forma, balanceados ou entram em jogo tanto o princípio da livre iniciativa quanto o princípio da livre concorrência.

O meu voto, Presidente, está dividido em três partes não muito longas. Na primeira, até para não repetir o que o Ministro Luiz Fux já fez no seu denso voto, eu faço uma exploração do impacto social das inovações na vida de um país. Na segunda parte, eu discuto brevemente o conteúdo da livre iniciativa e as soluções para esse problema compatíveis com a livre iniciativa. E, na terceira e última parte, eu discuto os limites da competência municipal e distrital nessa matéria.

Começo, Presidente, pela inovação e impactos sociais à inevitabilidade da mudança. Num livro que se tornou clássico, o historiador israelense Yuval Noah Harari identifica a ocorrência de três grandes revoluções que pautaram a história da humanidade: a revolução cognitiva, a revolução agrícola e a revolução científica. A revolução científica, que começa na virada do século 15 para o 16, tem - estou tornando uma longa história curta - uma das suas manifestações mais importantes na Revolução Industrial.

RE 1054110 / SP

Eu cheguei à Revolução Industrial porque esta nossa discussão é impactada por uma Revolução Industrial que está em curso, a quarta Revolução Industrial, que é a revolução tecnológica, a revolução digital. As revoluções anteriores foram a do vapor, na virada do século 19 para o século 20, a da eletricidade, aí na primeira metade do século 20, e a do motor e da automação, que nos trouxeram o automóvel e o avião. E agora nós vivemos esta quarta revolução digital, em que a tecnologia mecânica e analógica é substituída pela tecnologia digital, que permitiu - e aí chegando ao nosso tema específico - a massificação do uso do computador, a massificação do uso do telefone celular e a conexão mundial das pessoas pela rede mundial de computadores, a *internet*. A maneira como nós realizamos uma pesquisa, fazemos compras, chamamos um meio de transporte, reservamos um voo ou ouvimos música, hoje em dia, está inteiramente revolucionada. Portanto, nós vivemos sob a égide de um novo vocabulário, uma nova gramática e uma nova semântica, em que nós incorporamos uma quantidade de palavras novas às nossas vidas e, sem as quais, nós já não saberíamos viver. Vejam a minha lista breve: Google, WhatsApp, Waze, Spotify, YouTube, Windows, Dropbox, Skype, iTunes, iPhone, FaceTime, Facebook, Twitter, Instagram, Amazon, Google Maps, Google Translator e Netflix. Para citar apenas os que eu conheço de conhecimento próprio. Os mais jovens e solteiros usam um tal de Tinder também, mas, felizmente, eu estou fora desse mercado, porque sou bem casado, graças a Deus.

A maior parte dos processos hoje, no Supremo Tribunal Federal, são processos eletrônicos. E nós bem sabemos disso - para quem viaja -, nós trabalhamos em qualquer lugar do mundo, com acesso ao sistema e com condições de assinar documentos, seja se estivermos em Brasília, em Londres ou em Vassouras.

Eu faço essa introdução para contextualizar um mundo que é completamente transformado nas últimas décadas. Até pouco tempo atrás, as grandes empresas eram ou de petróleo ou empresas que produziam bens duráveis: automóveis; utilidades relevantes, como geladeiras. Hoje em dia, as cinco empresas mais valiosas do mundo são:

RE 1054110 / SP

Apple, Amazon, Microsoft, Google e Facebook.

A tecnologia, conhecimento e propriedade intelectual substituíram os bens materiais que faziam a riqueza de outra época. E, desse modo, não há como a velha economia não ser afetada, e é por isso mesmo que está todo mundo em busca de novos modelos de negócios. Diversas funções, ofícios e equipamentos, que eram mandatórios, já são obsoletos. As cadeiras vazias das taquígrafas, aqui no centro deste Plenário, indicam essa realidade em transformação. O que vem acontecendo é o que, em teoria econômica, num clássico de Schumpeter, se chama de destruição criativa.

Nós temos um ciclo próprio do desenvolvimento capitalista, em que há a substituição de velhas tecnologias, de velhos modos de produção, por novas formas de produção, numa terminologia nova muitas vezes chamada de *inovação disruptiva*, por designar ideias capazes de enfraquecer ou substituir indústrias, empresas ou produtos estabelecidos no mercado. E, nesse cenário, é muito fácil perceber o tipo de conflito que está ocorrendo aqui entre os detentores dessas novas tecnologias disruptivas e os agentes tradicionais do mercado: *players* que eram estabelecidos em seus mercados, por vezes monopolistas, e que são ameaçados por atores que se aproveitam das lacunas de regulamentação de novas atividades para obterem vantagens competitivas, sejam elas regulatórias ou tributárias.

Essa não é a única disputa que está ocorrendo entre novas tecnologias e mercados tradicionais: (i) o WhatsApp e as concessionárias de telefonia têm um contencioso próprio; (ii) o Netflix e as empresas de televisão a cabo; (iii) o Airbnb e as redes de hotéis; e, como retratado nesse recurso extraordinário, (iv) entre o serviço de transporte individual por aplicativo e os táxis.

Presidente, penso que nós temos de aceitar como uma inexorabilidade do progresso social o fato de que há novas tecnologias disputando mercado com as formas de tradicionais de oferecimento de determinados serviços.

Acho que é inócuo tentar proibir a inovação ou preservar o *status*

RE 1054110 / SP

quo, assim como, com a destruição das máquinas de tear, no início do século XIX, por trabalhadores ingleses ou, pouco depois, na França, quando se começaram a vender roupas *prêt-à-porter*, em que os alfaiates também invadiram as grandes lojas, não foi possível frear a revolução industrial. O desafio do Estado está em como acomodar a inovação com os mercados pré-existentes, e penso que a proibição da atividade na tentativa de contenção do processo de mudança, evidentemente, não é o caminho, até porque acho que seria como tentar aparar vento com as mãos.

Encerrando a primeira parte do meu voto, digo que há um conjunto de novas tecnologias que se impõem e merecem uma demanda relevante da sociedade. Evidentemente, a melhor forma de o Estado lidar com essas inovações e, eventualmente, com a destruição criativa da velha ordem não é impedir o progresso, mas, sim, tentar produzir as vias conciliatórias possíveis.

Passo, Presidente, para o segundo capítulo do meu voto, que diz respeito à livre iniciativa na Constituição.

Penso que nós estamos vivendo também, no Brasil, um processo importante de redução de uma das grandes discussões nacionais, que é o oficialismo - essa crença de que tudo que é relevante depende do Estado, das suas bençãos e/ou do seu financiamento. No Brasil, da telefonia às fantasias de Carnaval, tudo depende de dinheiro do BNDES, da Caixa Econômica, dos fundos de pensão, dos cofres estaduais ou municipais, ou dos favores do Presidente, do Governador ou do Prefeito, ou, no mínimo, uma permissãozinha ou uma autorizaçãozinha, que, frequentemente, vêm condicionadas a interesses políticos. Desse modo, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa no Brasil, tal como eu percebo, muitas vezes são vencidos por um capitalismo de Estado, com o capitalismo de compadrio, com a sua distribuição de favores e de benesses.

A minha crença profunda hoje, analisando o Brasil, é de que nós precisamos é de mais sociedade civil, mais livre iniciativa, mais movimento social, e menos Estado; um capitalismo com risco privado, concorrência, empresários honestos, regras claras e estáveis,

RE 1054110 / SP

propiciadoras de um bom ambiente de negócios. Nesse contexto que eu acabo de retratar é que se situa, em primeiro lugar, a ideia de livre iniciativa, que é, como nós sabemos, um dos fundamentos do Estado brasileiro. Logo na abertura da Constituição, lá está a livre iniciativa, ao lado do valor social do trabalho.

Livre iniciativa não tem apenas uma dimensão econômica, tem uma dimensão de uma liberdade individual, de exercício dos direitos da personalidade. Ela transcende, portanto, o domínio puramente econômico, para significar as escolhas existenciais das pessoas, seja no plano profissional, seja no plano pessoal, seja no plano filantrópico.

Além disso, a livre iniciativa também é um princípio específico da ordem econômica brasileira, e isso significa uma opção pela economia de mercado, que significa uma economia que gravita em torno da lei da oferta e da procura, com pontuais intervenções do Estado para corrigir falhas do mercado. Essa é a opção constitucional no Brasil. Portanto, nesse ambiente, eu penso ser incompatível com a livre iniciativa normas que proíbam explicitamente uma atividade econômica, como, no caso, é o transporte individual remunerado de passageiros cadastrados em aplicativos.

Eu destaco três fundamentos pelos quais considero inconstitucional esta vedação materializada na Lei paulistana e materializada na Lei de Fortaleza.

Em primeiro lugar, a Constituição estabelece, como princípio, a livre iniciativa. A lei não pode arbitrariamente retirar uma determinada atividade econômica da liberdade de empreender das pessoas, salvo se houver um fundamento constitucional que autorize aquela restrição. E eu constato que não há regra nem princípio constitucional que prescreva a manutenção de um modelo específico de transporte individual de passageiros. Não há uma linha na Constituição sobre esse assunto. Portanto, a edição de leis ou atos normativos proibitivos pautada em uma inexistente exclusividade do modelo de exploração por táxis não se conforma ao regime constitucional da livre iniciativa. Penso que este é o primeiro fundamento e por si só seria suficiente.

RE 1054110 / SP

Em segundo lugar, livre iniciativa significa também livre concorrência, e nessa ideia se contém uma opção pela economia de mercado assentada na crença de que é a competição entre os agentes econômicos de um lado e a liberdade de escolha dos consumidores do outro que produzirão os melhores resultados sociais, que são a qualidade dos bens e serviços a um preço justo.

Pois bem, e aqui a terceira conclusão nessa área. É contrário a esse regime de livre competição a criação de reservas de mercado em favor de atores econômicos já estabelecidos, no caso, os táxis, com o propósito simples de afastar o impacto gerado pela inovação no setor, a chegada, entre outros, do Uber, Cabify e 99.

É verdade que, como nenhum princípio é absoluto, também a livre iniciativa pode ser mitigada em favor de outros valores, no caso específico, a pretensão legítima de sanar falhas de mercado para impedir dominação de mercado, por exemplo, e para a proteção do consumidor. Portanto, a chegada de novos atores em um mercado preestabelecido não pode, por sua vez, eliminar a concorrência igualmente existente. Portanto, o Estado pode incentivar ou desincentivar comportamentos onde o livre mercado não realiza adequadamente os valores constitucionais. Porém, a regulação estatal não pode afetar o núcleo essencial da livre iniciativa, privando os agentes econômicos do direito de empreender, inovar, competir. E, portanto, a restrição desproporcional ao transporte individual de passageiros por motoristas e clientes cadastrados em aplicativos, também, por essa razão, contraria a Constituição.

Portanto, aqui estabelecidos os contornos da livre iniciativa, Presidente, eu chego à terceira e última parte. O meu voto diz respeito aos limites à regulação da atividade e da competência municipal e distrital. Eu assentei, portanto, que considero legítima a intervenção do Estado, mesmo em um regime de livre iniciativa, para coibir falhas de mercado e/ou para proteger o consumidor.

E aqui eu observo que, antes da chegada desses aplicativos que se valem das novas tecnologias - Uber, Cabify e 99 -, o serviço de táxi desfrutava de um monopólio de fato no transporte individual de

RE 1054110 / SP

passageiros. E essa circunstância gerou persistentes falhas de mercado por falta de competição. Monopólios, de uma maneira geral, em qualquer área, produzem ineficiência e, muito frequentemente, corrupção. E, portanto, preço fixo alto, má qualidade dos veículos e, por vezes, má atitude dos motoristas, por exceção - usei táxi a minha vida inteira, sou muito grato e admirador, é um trabalho espinhoso e de extrema utilidade -, mas a verdade é que havia falhas de mercado e deficiências no serviço de táxi e, com a chegada da concorrência dos motoristas cadastrados em aplicativo, a verdade é que o serviço de táxi sofreu significativas modificações para melhor. Procurei listar algumas: aplicativos para chamada de táxi, portanto, o serviço tradicional de táxi também passou a se beneficiar da tecnologia que permitiu o ingresso de novos atores econômicos; descontos especiais começaram a ser oferecidos, porque os concorrentes passaram a oferecer preços melhores; as frotas foram modernizadas e os motoristas incorporaram novos padrões de atendimento. Portanto, a convivência de regimes de regulação distintos no mercado de transporte individual de passageiros teve um impacto positivo na qualidade dos serviços, inclusive os serviços do mercado pré-existente. E este foi, como já mencionado da tribuna pelos ilustres advogados que fizeram sustentações de grande qualidade, o entendimento avalizado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda em nota técnica que me abstenho de ler, porque ela já foi objeto de menção específica.

O regime de autorização a que estão submetidos os táxis impunha barreiras ao ingresso de novos operadores no mercado. Isso, portanto, significava uma limitação à quantidade de carros em circulação e um obstáculo à competição, agravado pelo fato de que havia um controle de preço e um preço único praticado por todos os agentes econômicos.

A admissão de diferentes regimes de regulação para a mesma atividade, que caracteriza a denominada assimetria regulatória, não viola a isonomia, mas, na verdade, é um caminho para o aumento da competitividade com a proporcional melhoria de bem-estar do usuário dos serviços, que se beneficia da competição entre os modelos

RE 1054110 / SP

tradicionais e os modelos inovadores.

Outros aspectos positivos do ingresso dos novos *players* nesse mercado: 1 - a ampliação do direito de escolha do consumidor, o que atende ao mandamento constitucional de proteção do consumidor; 2 - impacto positivo sobre a mobilidade urbana. A verdade é que curiosamente a oferta de Uber e assemelhados no mercado de transporte urbano diminuiu o número de carros nas ruas, porque menos gente passou a sair com o seu próprio automóvel. E, aqui, um dado interessante: pesquisa do Instituto Datafolha, de 2017, revelou que 59% das pessoas usam esses serviços para chegar ou sair de uma estação de metrô, trem ou ponto de ônibus. Portanto, esses dados revelam que a modalidade privada de transporte individual atende a uma demanda reprimida para modais de integração às linhas de transporte público. E o terceiro benefício importante e muito interessante é o impacto positivo sobre o meio ambiente: pesquisa do *Massachusetts Institute of Technology* - MIT, divulgada em 16 de janeiro de 2018, atesta que o transporte compartilhado por meio de aplicativos contribui para a diminuição da quantidade de veículos em circulação, melhoria do trânsito nas cidades e na redução da emissão de poluentes.

Portanto, Presidente, em suma, a admissão de uma modalidade de transporte individual, submetida a uma regulação de menor intensidade, mas complementar ao serviço de táxi, afirma-se como uma estratégia constitucionalmente adequada para a acomodação da nova atividade econômica no setor e trata-se de uma opção que: 1. Privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência; 2. Incentiva a inovação (coisa de que estamos precisando bastante); 3. Tem impacto positivo sobre a mobilidade urbana e o meio ambiente; 4. Protege o consumidor; 5. É apta a corrigir as ineficiências de um setor submetido historicamente a um monopólio de fato.

Passando, Presidente, à solução do problema tal como a vejo, a partir dessas premissas, é possível extrair três conclusões para a solução do problema:

Primeira, a inconstitucionalidade da proibição da atividade de

RE 1054110 / SP

transporte remunerado individual por motoristas cadastrados em aplicativos. Portanto, à luz dessa premissa, a Lei paulistana nº 16.279/2015, que proíbe esta atividade econômica, é inconstitucional por violar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Segunda, a de que é igualmente inconstitucional a edição de regulamento e exercício de fiscalização que, na prática, inviabilize a atividade. Portanto, a competência que os municípios receberam da lei para regulamentar e fiscalizar essa atividade não pode ser uma competência exercitada para, de maneira sub-reptícia ou implícita, interditar, na prática, a prestação desse serviço. Por isso mesmo, impõe-se o estabelecimento de limites às competências regulamentares nessa matéria. Vejam, e aqui é muito importante, a Lei federal nº 13.640/2018, que modificou a lei da mobilidade urbana, estabeleceu os parâmetros para a prestação deste serviço privado de transporte de pessoas ao estabelecer: 1. O dever de cobrança de tributos pela prestação de serviços; 2. A contratação de seguro de acidentes pessoais e passageiros e do seguro obrigatório - DPVAT; 3. A inscrição do motorista como contribuinte individual do INSS; 4. A exigência de habilitação para dirigir; 5. O atendimento pelo veículo dos requisitos de idade e característica da autoridade de trânsito e do Poder Público; 6. Manutenção do Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo; 7. Apresentação de certidão negativa de antecedentes criminais.

Como se vê, os comandos cuidam exclusivamente de regulação da qualidade e da informação. Por esta razão, Presidente, considero que desta opção regulatória para o setor se extrai a impossibilidade de se criarem barreiras de entrada e controle de preço para o transporte individual privado por aplicativo.

O objetivo da lei federal é precisamente não reproduzir o cenário de violação à concorrência e à livre iniciativa que até então marcava este mercado. A regulamentação e fiscalização confiadas aos municípios e ao Distrito Federal não podem, portanto, contrariar este padrão regulatório estabelecido pelo legislador federal. Cabe lembrar que a competência legislativa para cuidar de matéria associada a trânsito e transporte é

RE 1054110 / SP

privativa da União, nos termos do art. 22, XI.

Terceira e última conclusão, Presidente, para a solução do problema é a de que, em tese, pode ser legítima uma atuação para preservar o mercado concorrencial, de modo a que não se substitua um monopólio de fato por outro, em prejuízo do usuário-consumidor. Portanto, deve-se considerar o risco de atuação predatória do transporte privado de passageiros em relação ao serviço de táxi. É certo que, em contextos em que uma mesma atividade está submetida a graus diversos de intervenção, é necessário que o Poder Público atue para assegurar a concorrência, corrigindo os efeitos de uma competição imperfeita. Na prática, contudo, a atuação de motoristas por aplicativo e de táxi sequer permite afirmar a coincidência exata de mercado.

Veja-se que motoristas cadastrados em aplicativos: (i) não podem buscar passageiros por circulação e ruas, que é o sistema de bandeirada, esse continua sendo um mercado exclusivo da modalidade pública do transporte individual; (ii) da mesma forma, o poder público concede aos táxis, mas não aos operadores de transporte individual privado de passageiros, pontos específicos em locais de embarque privilegiado, como aeroportos e rodoviárias, assim como locais reservados de estacionamento público e, além disso, o transporte privado individual tampouco possui, como possui o serviço público de táxi, isenção tributária para a aquisição de veículo nem conta com acesso a faixas seletivas de trânsito. Esse cenário afasta, a meu ver, como regra geral, a alegação de uma concorrência injusta.

A inexistência de concorrência desleal a esse propósito foi atestada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o próprio CADE, que em estudo que avaliou especificamente a entrada no mercado do Uber, entre 2014 e 2016, indicou a ausência de danos à concorrência em relação ao serviço de táxi chamado por aplicativo.

Portanto, Presidente, o que se percebe é que a entrada deste novo serviço e dessas novas tecnologias, na verdade, o que fez foi aprimorar o mercado existente e aprimorar a qualidade dos serviços prestados pelos serviços públicos de táxi que convivem, penso, em relativa harmonia com

RE 1054110 / SP

o serviço de transporte privado prestado pelos novos autores do mercado.

Por essas razões, Presidente, eu estou acolhendo - o meu voto já foi em conjunto - no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental relatada pelo Ministro Luiz Fux, que fez uma síntese apertada de um voto primoroso que eu tive o privilégio de passar os olhos, portanto estou julgando procedente o pedido na ADPF; e, no recurso extraordinário, estou negando provimento.

E embora, sem submeter evidentemente a tese para aprovação, mas apenas em conclusão do meu voto, porque gosto sempre de concluir assim, as minhas conclusões essenciais são as seguintes, Presidente: (i) a proibição ou restrição desproporcional da atividade de transporte remunerado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e (ii) no exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os municípios e o Distrito Federal não podem estabelecer medidas anticoncorrenciais, como restrições de entrada ou controle de preço, uma vez que tal competência não pode contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal, que tem atribuição privativa na matéria.

E aos motoristas de táxi que prestam, como disse, um serviço valioso, eu sou convencido de que esta linha de entendimento que o Ministro Luiz Fux e eu estamos professando aqui irá, na verdade, incrementar o mercado pela concorrência, com melhoria das condições para o consumidor e para os próprios trabalhadores deste mercado.

É como voto, Presidente.