

P A R E C E R

Nº 2545/2015

- PG – Processo Legislativo. Plataforma UBER. Diferença entre "transporte público individual de passageiros" (art. 4º, VIII, da Lei nº. 12.587/2012) e "transporte individual privado de passageiros" (art. 3º, § 2º, I, "a", c/c II, "b" e III, "b", da Lei nº. 12.587/2012). Serviço público próprio e impróprio. Livre iniciativa. Livre concorrência. Inadmissibilidade de criação de reserva de mercado local. Comentários.

CONSULTA:

A Consulente, Câmara, faz uma série de indagações sobre o serviço chamado UBER.

As perguntas serão transcritas e respondidas pontualmente por questões didáticas.

A Consulta segue acompanhada de documentos.

RESPOSTA:

De acordo com o art. 22, XI, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre trânsito e transportes. Isso significa que as normas que regem o trânsito e o transporte em todo o país devem ser objeto de lei federal, ou seja, Estados e Municípios não são competentes para regular o tema.

Dessa forma, os Municípios estão de todo vinculados às disposições da legislação federal em matéria de trânsito e transporte. Não é possível, em âmbito local, dispor de forma inovadora sobre o tema. Também não é possível, em sede municipal, editar leis ou praticar atos administrativos contrários às normas federais.

Cumpra esclarecer que o serviço oferecido pela plataforma UBER não se enquadram no conceito de "transporte público individual de passageiros", previsto no art. 4º, VIII, da Lei nº. 12.587/2012, já que constitui hipótese de "transporte individual privado de passageiros", contemplado no art. 3º, § 2º, I, "a", c/c II, "b" e III, "b", da referida lei.

O diploma base de regência de transportes urbanos no país é a Lei nº. 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Vejamos:

"Art. 3º. (omissis)
§ 2º. Os serviços de transporte urbano são classificados:
I- quanto ao objeto:
a) de passageiros;
b) de cargas;
II- quanto à característica do serviço:
a) coletivo
b) individual;
III- quanto à natureza do serviço:
a) público
b) privado."

Daí, conclui-se que a mencionada lei, além de remeter ao serviço de transporte individual de passageiros de natureza pública (art. 3º, § 2º, I, "a", c/c II, "b", e, "a") também contém referência expressa ao serviço de transporte individual de passageiros de natureza privada (art. 3º, § 2º, I, "a", c/c II, "b", e III, "b").

Apesar de o inciso VIII do art. 4º da Lei nº. 12.587/2012 referente ao transporte público individual de passageiros não conter referência à

modalidade privada, isso não significa que o legislador tenha deixado de reconhecer essa outra modalidade, até mesmo porque o conceito não pode ser alargado para abranger serviço prestado pelos motoristas credenciados pela UBER, pois não pode ser considerado "aberto ao público" um transporte que só possa ser realizado para consumidores previamente cadastrados junto a uma empresa privada.

Entretanto, o transporte público individual de passageiros permanece como atividade privativa dos taxistas, nos termos do art. 2º da Lei nº. 12.468/2012, que regulamentou a profissão de taxista. Confira-se:

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

É digno de nota que a Comisión Federal de Competencia Económica do México entendeu o UBER como sendo um avanço tecnológico necessário na mobilidade urbana:

"El uso de esta tecnología se há constituído como una herramienta efectiva para resolver de una forma eficaz los problemas de información assimétrica (...) entre conductores y pasajeros (...) Estas nuevas plataformas construyen un nuevo producto en el mercado, ya que ofrecen al pasajero, además de movilidad, atributos nuevos y diferenciados en cuanto a: (i) confiabilidade y seguridad personal, (ii) certidumbre en cuanto al cobro que se va a realizar y el método de pago (iii) confort y conveniência, (iv) búsqueda y tempos de espera e (v) información sole el traslado" (Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica. Opinión OPN-008-2015. J. 04/06/2015).

Pela ordem constitucional em vigor, ao Estado incumbe a prestação de serviços públicos, podendo a execução dos serviços impróprios e individuais se dar de forma direta ou indireta. Esta, por sua vez, pode decorrer de processos organizacionais de descentralização, o

que se dá pela instituição de pessoas jurídicas de direito público (autarquias ou fundações) ou privado (sociedades de economia mista, serviços autônomos, empresas públicas) criadas com essa finalidade, ou ainda, por meio de delegação à iniciativa privada, sob a forma de concessão, permissão ou autorização.

Os serviços públicos podem ser classificados como próprios e gerais ou impróprios e individuais. São próprios e gerais, quando não houver possibilidade de identificação de seus destinatários finais. Nesse caso, seu financiamento se dá pela via tributária e sua prestação é direta pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde e prestação jurisdicional. De outra parte, podem ser impróprios e individuais os serviços, se seus destinatários forem determinados ou determináveis, hipótese em que têm uso específico e mensurável, como são o abastecimento de água, a coleta de esgotamento sanitário, o fornecimento de energia elétrica, etc. Vejamos o que leciona o professor Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o serviço de utilidade pública prestado pelos táxis:

"(...) os serviços prestados pelos táxis — e quanto a isto nada importa que o sejam por autônomos ou por empresas — possuem especial relevo para toda a coletividade, tal como se passa, aliás, com inúmeras outras atividades privadas, devendo por isso ser objeto de regulamentação pelo Poder Público, como de fato ocorre, mas obviamente isto não significa que sejam categorizáveis como serviços públicos.(...) Nem a Constituição, nem a Lei Orgânica dos Municípios, nem a lei municipal regente da matéria qualificam os serviços de táxi como serviços públicos. Contudo, a Constituição foi expressa em qualificar como serviço público o serviço municipal de transporte coletivo local de passageiros (art. 30, V), não se podendo, como é óbvio, considerar casual a explícita menção a 'coletivo'. Nisso, a toda evidência, ficou implícito, mas transparente, o propósito de excluir o transporte individual de passageiros da categorização de serviço público". (Celso Antônio Bandeira de Mello. "Serviços Públicos e Serviço de Utilidade Pública – Caracterização dos Serviços de Táxi

– Ausência de Precariedade na Titulação para prestá-los – Desvio de Poder Legislativo". *In* Pareceres de Direito Administrativo. São Paulo. Malheiro, 2011, pp. 216-217).

Qualquer que seja o ângulo em que se analise a questão, obviamente a competência municipal não inclui os serviços prestados pelo UBER, que se enquadram como serviço de transporte individual de passageiros de natureza privada (art. 3º, § 2º, I, "a", c/c II, "b", e III, "b", da Lei nº. 12.587/2012).

Em suma, o UBER não é um serviço público próprio ou impróprio, razão pela qual descabe falar em regulamento do mesmo, a exemplo do que ocorre com o serviço de táxi. Pode-se entender por serviço público "as atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público" (*In* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 126).

Como é sabido, a Constituição Federal de 1988 elegeu o sistema federado como forma de organização política, em seus arts. 1º e 18, ao contrário do Estado Unitário, em que o poder está centrado nas mãos de um Poder central que, a seu critério, delega, ou não, competências às demais unidades governamentais. Na Federação, a descentralização política se funda nos postulados da própria Constituição. Como decorrência primeira do princípio federativo, a Constituição cuidou de fixar competências administrativas e normativas para a União, Estados e Municípios, com vistas a repartir as funções da alçada de cada unidade federada. Logo, por esse princípio basilar da organização do Estado brasileiro, uma unidade federativa está impedida de interferir na esfera de competência constitucional da outra.

À União compete a formulação de planos de desenvolvimento econômico e social, assim como legislar sobre condições para o exercício da profissão, segundo o que se extrai dos arts. 21, IX; e 22, XVI, da

Constituição. No entanto, a teor de seu art. 30, VIII, inserem-se no âmbito de competência municipal temas que visem à promoção do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Mais ainda, o art. 182 do texto constitucional endereça ao Poder Público municipal o dever de executar a política de desenvolvimento urbano, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

A Constituição deixou aos Municípios, em decorrência de sua autonomia político-administrativa, a prerrogativa de fixar as condicionantes de atividades, bens e serviços que sejam nocivos ou inconvenientes ao bem-estar da população local, dado que lhe incumbe o exercício do poder-dever de polícia administrativa sobre a segurança das construções, a preservação da saúde pública, do meio-ambiente e do sossego público e a ordenação do espaço urbano.

Assim é que se encontra sob a responsabilidade do Município zelar pela manutenção dos bons costumes, da segurança e da ordem pública nos seus limites territoriais, em ação complementar à do Estado, a quem compete a repressão ao crime e às contravenções.

Nessa esteira, o Município possui inteira competência para instituir regras que digam respeito à higiene e ao sossego público; ao trânsito e tráfego; à ocupação das vias públicas; à fiscalização de anúncios e cartazes; à adoção de medidas referentes aos animais e ao combate às plantas e insetos nocivos; ao horário de funcionamento do comércio e da indústria etc. A essas normas é o que se convencionou chamar de posturas municipais, que disciplinam o exercício do poder-dever de polícia administrativa do Poder Público sobre os estabelecimentos locais, bem como sobre seus munícipes.

Logo, a fixação de normas para o funcionamento do comércio local, assim como a fiscalização de seu cumprimento, incluem-se entre as competências legislativas municipais, consoante o que reza o art. 30, I da CRFB/1988, eis que se trata de assunto de interesse local. Para tanto,

cabe ao Poder Público local estabelecer normas e padrões para o licenciamento de atividades, bem como ditar regras sobre zoneamento urbano. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

"(...) compete ao Município a polícia administrativa das atividades urbanas em geral, para a ordenação da vida da cidade.

Esse policiamento se estende a todas as atividades e estabelecimentos urbanos, desde a sua localização até a instalação e funcionamento, não para o controle do exercício profissional e do rendimento econômico, alheios à alçada municipal, mas para a verificação da segurança e da higiene do recinto, bem como da própria localização do empreendimento (escritório, consultório, banco, casa comercial, indústria etc.) em relação aos usos permitidos nas normas de ordenamento da cidade (...)

Para esse policiamento deve o Município indicar o proceder do administrado, regulamentar a fiscalização e cobrar as taxas estabelecidas por lei. Nessa regulamentação se inclui a fixação de horário do comércio em geral e das diversificações para certas atividades ou estabelecimentos, bem como o modo de apresentação de certas mercadorias, utilidades e serviços oferecidos ao público. Tal poder é inerente ao Município para a ordenação da vida urbana, nas suas exigências de segurança, higiene, sossego e bem-estar da coletividade (...)" *(In MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 10ª ed. São Paulo. Malheiros. 1998. p. 382-383)*

Vê-se, então, ser da exclusiva competência dos Municípios formular e exigir os requisitos administrativos para a concessão de alvarás de licença, de localização ou de funcionamento. Releva considerar, entretanto, que a Constituição, a teor de seu art. 5º, XIII, assegura a todos a liberdade do exercício profissional, fazendo a ressalva quanto a qualificações específicas que a lei estabelecer. A limitação ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é admitida, apenas e tão-só, na hipótese de normatização sobre aspectos relativos à habilitação para seu exercício. É o que se convencionou chamar de profissões

regulamentadas, que implicam, inclusive, a instituição do conselho da classe respectiva, a quem incumbem as atividades de fiscalização e controle. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"o estabelecimento de horário de funcionamento do comércio local é inerente à autonomia municipal conferida pela Constituição ao município para tratar de assunto de seu peculiar interesse (art. 30, I). Inocorrência de afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da livre concorrência e iniciativa e da defesa do consumidor". (STF - 1ª Turma. Rextr. nº 191.031-3/SP. DJ de 19/09/1997. Rel. Min. ILMAR GALVÃO)

A Constituição Federal, ao dispor sobre a exploração de atividades econômicas, vale dizer, sobre a produção dos bens e serviços necessários à vida das pessoas em sociedade, atribuiu à iniciativa privada, aos particulares, o papel primordial, reservando ao Estado apenas uma função supletiva (art. 170). A exploração direta de atividade econômica pelo Estado só é possível em hipóteses excepcionais, quando, por exemplo, for necessária à segurança nacional ou se presente um relevante interesse coletivo (art. 173). Ao atribuir à iniciativa privada papel de tal monta, a Constituição torna possível, sob o ponto de vista jurídico, a previsão de um regime específico pertinente às obrigações do empreendedor privado. Não poderia, em outros termos, a ordem jurídica conferir uma obrigação a alguém sem, concomitantemente, prover os meios necessários para integral e satisfatório cumprimento dessa obrigação.

Em cotejo, a ordem econômica constitucional está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos expressamente previstos em lei, e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios previstos nos arts. 170 a 181 da CRFB/1988. Conforme salienta Raul Machado Horta:

"no enunciado constitucional, há princípios – valores:

Soberania nacional, propriedade privada, livre concorrência. Há princípios que se confundem com intenções: reduções das desigualdades regionais, busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (alterado pela EC n.º 6/95); função social da propriedade. Há princípios de ação política: defesa do consumidor, defesa do meio ambiente" (*In* HORTA, Raul Machado, citado por MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo. Atlas. 2003, p. 655).

Não pode a lei, a pretexto de regulamentar determinada atividade, criar reserva de mercado local. Há de se tomar muito cuidado com qualquer propositura nesse sentido, porque qualquer lei que tenha a finalidade de coibir e/ou dificultar a utilização do UBER no Município será de todo inconstitucional.

Respondendo objetivamente aos questionamentos:

a. Pode o município proibir a utilização do aplicativo UBER e similares? Baseado em qual fundamento constitucional?

Não. Apenas a União Federal pode disciplinar a atividade de transporte individual de passageiros, em razão da sua competência privativa para legislar sobre transportes (art. 22, XI, da CRFB/88). Ademais, o transporte individual de passageiros, que, pela sua própria natureza, não apresenta vocação para a universalização, ao contrário do transporte coletivo, é de índole privada.

b. Entende-se que o serviço prestado pelo UBER e aplicativos similares é público ou privado?

Entende-se como serviço privado, conforme exposto.

c. Pode a Lei Municipal simplesmente afirmar que a contratação de motoristas por aplicativos é um serviço público e, como tal, prestados nos padrões editados pela municipalidade?

Não. O legislador não tem liberdade irrestrita para instituir serviços públicos, sob pena de ferir os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Ademais, seguindo a jurisprudência do STF, a criação de serviços públicos além daqueles já previstos na Constituição só é legítima se eles se voltarem ao atendimento de necessidades essenciais da população.

d. Caso não possa proibir, pode o município impor critérios legais (alvarás, testes, taxas) e técnicos (preço fixo, sistema por bandeiras, idade do veículo etc.) para os motoristas contratados pelo UBER?

É possível ao Município impor alguma regulação estatal dessa atividade, mas as restrições devem ser proporcionais, visando sempre ao interesse público e não a uma reserva de mercado para uma corporação. O preço, fixo ou por bandeiras, por se tratar de serviço privado, não pode ser objeto de regulação.

e. No caso de município que conceda o serviço de táxi por prazo determinado (05 anos) e tais permissões estejam vencidas e não renovadas, há fundamento jurídico para, ao mesmo tempo em que se proíba o UBER, admitir-se que os titulares de tais permissões vencidas continuem a prestar o serviço?

Não. Trata-se de atividades distintas, conforme exposto.

f. Mera proibição de utilização do UBER no município é matéria de iniciativa legislativa privativa do Executivo?

Prejudicado ante a inconstitucionalidade da proibição. Contudo, no que se refere à regulação municipal do serviço de transporte individual de passageiros de natureza privada, tem-se que, em regra, a competência para deflagrar o processo legislativo quanto aos serviços públicos municipais é concorrente dos Poderes Legislativo e Executivo por não constar no rol das matérias de competência privativa de nenhum dos dois poderes. A regra somente será excepcionada se o Projeto de Lei de iniciativa edilícia impuser obrigações aos órgãos subordinados do Chefe

do Executivo, porque nesse caso estará ocorrendo violação ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º da CRFB/88).

g. Há outras informações que esta instituição entenda relevantes acerca do tema?

Foram tecidas ao longo do Parecer.

É o parecer, s.m.j.

Jaber Lopes Mendonça Monteiro
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2015.