



APLICATIVOS DE TRANSPORTE INDIVIDUAL: PREÇO PÚBLICO E DIREITO DE EMPREENDER DIANTE DAS LEGISLAÇÕES MUNICIPAIS

Ride Hailing Services Apps: Public Price and Free Market According to Municipal Laws

Joao Marcelo Rego Magalhaes

Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Fortaleza, CE, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6879522227700296> ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7385-9906>

E-mail: joaomarcelo9118@gmail.com

Trabalho enviado em 19 de agosto de 2020 e aceito em 16 de novembro de 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Dir. Cid., Rio de Janeiro, Vol. 14, N.02., 2022, p. 1358-1382.

Joao Marcelo Rego Magalhaes

DOI: [10.12957/rdc.2022.53861](https://doi.org/10.12957/rdc.2022.53861) | ISSN 2317-7721

RESUMO

A atual tecnologia dos dispositivos móveis permitiu reconfigurar a forma como serviços de caráter público podem ser prestados. Aplicativos de transporte individual se tornaram um fenômeno ao simplificar a regulação estatal própria do serviço de táxis. A norma brasileira que disciplinou os aplicativos de transporte entendeu o espírito da inovação e tratou o assunto como atividade privada a exigir apenas ordenação. Legislações municipais regulamentadoras não conseguiram compreender a inovação, o que gerou algumas imposições incabíveis, como a cobrança de preço público em face do uso intensivo do viário urbano, o que cria obstáculo ao direito de empreender na economia digital. Este estudo visa ofertar aos legisladores e gestores municipais um arcabouço jurisprudencial e doutrinário para uma melhor tomada de decisão quanto à ordenação do viário local em relação aos aplicativos de transporte individual. O método adotado foi o exame crítico de decisões judiciais e doutrinas aplicáveis ao tema.

Palavras-chave: Tecnologia. Transporte. Regulação. Taxação. Ordenação.

ABSTRACT

The modern technology of mobile devices has allowed reconfiguring how to provide public services. Individual transportation applications have become a phenomenon by simplifying the state regulation of the taxis service. The Brazilian law that disciplined transport applications understood the spirit of innovation and treated the subject as a private activity requiring only ordination. Municipal regulatory legislations failed to understand innovation, which led to some unfinished taxes, such as charging the public price for the intensive use of the urban road, which creates obstacles to the right to take on the digital economy. This study aims to offer legislators and municipal administrators a jurisprudential and doctrinal framework for better decision making regarding the ordering of the local road in relation to individual transport applications. The method adopted was the critical examination of judicial decisions and doctrines applicable to the topic.

Keywords: Technology. Transport. Regulation. Taxation. Ordering.



INTRODUÇÃO

A tecnologia atual de dispositivos móveis de uso pessoal, baseada em aplicativos de telefonia destinados ao uso em *smartphones e tablets*, permitiu a pessoas de todo mundo realizar de forma mais rápida suas negociações de produtos ou serviços, em um novo modelo apoiado na colaboração e na confiança entre contratantes. A modernidade trazida pela nova economia digital também abriu espaço para uma rediscussão sobre como alguns serviços de caráter público são prestados, com espaço a críticas um tanto pertinentes sobre a eficiência e o acesso à informação.

Os aplicativos de transporte individual remunerado (ou de “caronas pagas”), por exemplo, se tornaram um fenômeno mundial ao simplificar sobremaneira a regulação estatal que permeava o serviço público de táxis. Tal revolução não foi bem compreendida a princípio, o que gerou embates jurídicos em diversas partes do mundo, com ferrenha resistência dos motoristas permissionários do Estado.

Após uma fase de regulamentações municipais esdrúxulas e inconstitucionais, uma lei nacional foi aprovada no Brasil para tratar do tema dos aplicativos de transporte individual. A Lei nº 13.640, de 26 de março de 2018, que incluiu o transporte remunerado privado individual de passageiros por aplicativos dentre os modais de transporte descritos na Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012 (Política Nacional de Mobilidade Urbana), demonstra que o legislador nacional entendeu o espírito da inovação e tratou o transporte individual por aplicativos como atividade privada, que necessita apenas de alguma ordenação local, e não como serviço público passível da mesma forma regulação aplicável aos táxis.

Também de forma acertada, o legislador nacional incumbiu os Municípios de regulamentar e fiscalizar o serviço a partir de cada realidade, ou seja, acometeu-lhes um papel de ordenador em sentido amplo.

Ainda assim, as legislações municipais regulamentadoras da norma nacional não conseguiram compreender totalmente a inovação surgida, o que gerou uma série de imposições incabíveis, sob os mais variados aspectos. Notadamente inadequada se mostra a cobrança de um “preço público compulsório” em face do uso intensivo da malha viária urbano, um bem de uso comum. Tal figura jurídica viola tanto a Constituição Federal quanto conceitos essenciais de direito administrativo e tributário. Em última medida, a cobrança de um preço público pelo uso de bem comum cria obstáculo ao direito de empreender a nova atividade surgida no âmbito da nova economia digital, o que é flagrantemente contrário ao novo regime jurídico do empreendedorismo, estabelecido na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, a Lei de Liberdade Econômica (LLE).

O presente artigo visa tecer considerações críticas ao preço público instituído sobre os serviços prestados por motoristas de aplicativos de transporte individual, conforme a seguinte estrutura: no primeiro capítulo são apresentados conceitos relacionados aos ciclos de inovações no mercado, com destaque para a recente fase da economia compartilhada; em seguida será realizado um breve exame sobre o regime jurídico instituído pelo legislador nacional para os aplicativos de transporte; no terceiro capítulo são apresentadas as principais exigências e determinações contidas em regulamentações municipais de diversas capitais, com destaque para os equívocos quanto ao tratamento da economia digital; no capítulo final se examina com mais detalhes o regime do preço público instituído por Municípios brasileiros e como tal conduta viola o direito de empreender que foi oferecido a motoristas vinculados a plataformas digitais responsáveis pela oferta dos aplicativos de transporte individual privado de passageiros.

Como objeto de estudo, este artigo se desenvolve a partir de um exame crítico da legislação nacional e de algumas legislações reguladoras locais acerca do transporte individual de passageiros cadastrados em aplicativos oferecidos por plataformas digitais, e como certos equívocos têm impactado no empreendedorismo na economia digital.

1. INOVAÇÕES DISRUPTIVAS E ECONOMIA COMPARTILHADA

Joseph Schumpeter denominou de “destruição criadora” o processo de mutação industrial que revoluciona continuamente a estrutura econômica a partir de seu interior, destruindo elementos formadores antigos e criando novos. Sua idealização no começo do século XX bem representava (e bem representaria) as várias transformações do capitalismo, marcadas pelo surgimento de uma ou mais tecnologias inovadoras que simplesmente “destruíam” os mercados até então consolidados para criar novos mercados e, conseqüentemente, novas formas de consumo e novos tipos de postos de trabalho (1961, p. 108-110).

As chamadas ondas de destruição criadora se mostraram cada vez mais frequentes¹, sempre causando uma ruptura marcante na estrutura do capitalismo de então, com algum reflexo na forma como o Estado passou a lidar com a Economia. A última onda de inovação pode ser considerada como o surgimento das redes e mídias digitais na década de 1990 (com previsão de ser superada na década que se inicia em 2020) e impactou sobremaneira o papel do Estado como regulador da economia.

¹ A energia hidráulica na década de 1780, a indústria do aço nos anos 1840, a eletricidade no início do século XX (por volta de 1900), os eletrônicos em 1950 as redes digitais nos anos 1990.

Em paralelo à última onda de destruição criadora, surgiu também o conceito de inovação disruptiva, ou simplesmente disrupção. O termo é creditado a Clayton Christensen², podendo ser entendido como a superação de uma ideia antiga por uma nova, mais eficiente e relativamente simples, que permite a entrada e o crescimento de novos agentes no mercado (CHRISTENSEN e RAYNOR, 2003, p. 32).

São exemplos de inovações disruptivas tanto aplicativos para dispositivos pessoais como Cabify e iFood como tecnologias como o bluetooth, o wi-fi e as impressoras do tipo 3D.

O fato de a última onda de destruição criadora ter sido uma revolução digital representada pelo desenvolvimento de redes de comunicação em alta velocidade, proporcionou a aproximação de pessoas de uma forma antes nunca vista. E a aproximação das pessoas pela tecnologia aliada às inovações disruptivas certas permitiu o surgimento da economia compartilhada (ou economia colaborativa).

A economia compartilhada pode ser definida sob diversos matizes. Gustavo Binbenbim, por exemplo, entende que o conceito se refere às inovações tecnológicas que permitem o compartilhamento de informações e o desenvolvimento de novos modelos de negócios entre pessoas (2016, p. 215).

Na visão dos empreendedores e economistas desse novo tempo, a expressão mais usual para designar a economia compartilhada é consumo colaborativo. Nesse sentido, Rachel Botsman e Roo Rogers destacam que o consumo colaborativo é aquele baseado no uso de tecnologias e nos comportamentos de redes sociais online. Constitui-se em uma cadeia de interações digitais que valoriza a colaboração em detrimento do individualismo (2011, p. xviii).

Por sua vez, Arun Sundararajan usa indistintamente os termos economia compartilhada e “capitalismo de multidão” para descrever um sistema econômico apoiado em cinco características: a) amplamente voltado ao mercado; b) capital de alto impacto; c) redes de multidão; d) fronteiras pouco definidas entre o profissional e o pessoal; e) fronteiras pouco definidas entre emprego pleno e casual, entre relação de trabalho com ou sem dependência, entre trabalho e lazer (2018, p. 54-55).

Na economia compartilhada, a colaboração acaba retornando como ganho para cada indivíduo, em maior ou menor escala. Sejam os carros compartilhados que reduzem os engarrafamentos urbanos, as vendas colaborativas de artesanato que reduzem custos ou o compartilhamento de pesquisas entre pesquisadores que melhoram a qualidade de seus escritos.

² A ideia de inovação disruptiva é exemplificada em vários trechos da obra *“The innovator’s solution: creating and sustaining successful growth”*, com destaque para os casos apresentados no capítulo 7.

Nesse novo cenário econômico, indivíduos de todas as partes puderam se relacionar com mais liberdade e facilidade em transações de produtos e serviços, sem necessidade de intermediação, bastando para tal revolução a combinação de três elementos: a) um dispositivo pessoal dotado de tecnologia apropriada; b) informação adequada, que visa basicamente evitar a assimetria entre as partes e a consequente perda do poder de negociação; c) confiança em se relacionar com um parceiro não conhecido, mas aproximado pela tecnologia online.

Quando se coloca na mesma “receita” as múltiplas possibilidades da economia compartilhada, a funcionalidade dos aplicativos dos modernos telefones celulares, um comportamento mais pragmático da nova geração – que aceita muito bem a “confiança transformadora” em busca de menos custos e burocracias – não fica difícil entender o sucesso de algumas inovações disruptivas que souberam tratar todas essas variáveis, como são exemplos o Uber e o AirBnb,

Nesse ponto, cabe dizer que não serão tratadas neste estudo as inovações disruptivas que não sejam também inseridas no âmbito da economia compartilhada. Uma tecnologia como as impressoras 3D causa impacto decisivo no mercado, mas não reúne os elementos da economia compartilhada.

Um excelente exemplo de inovação disruptiva que também é um produto da economia compartilhada são os aplicativos como Uber e Cabify. De um lado tem-se uma ideia relativamente simples que permite florescer e se desenvolver um novo mercado (inovação disruptiva), de outro tem-se uma ferramenta tecnológica que fornece informações simplificadas e suficientes a partes que se relacionam em mútua confiança (economia compartilhada).

Portanto, as inovações disruptivas inseridas no âmbito da economia compartilhada permitiram a pessoas novas experiências facilitadas pela virtualidade e pelas redes de alta velocidade, onde se acessa informação estritamente necessária em cada transação, pagando menos por produtos e serviços pela ausência de intermediação.

O grande mérito dos aplicativos que atuam em setores de economia compartilhada se deve ao fato de que conseguiram captar o espírito inovador da geração atual, que deseja serviços práticos e de baixo custo, colocando em segundo plano questões relativas ao conforto, por exemplo. Também não é requisito que o modelo estrutural do serviço seja certificado pelo poder público, bastando que as informações necessárias estejam postas de forma clara, ainda que advindas de uma empresa multinacional (um modelo de autorregulação da informação).

E é aqui que um entrave tem se apresentado à economia compartilhada: a desnecessidade de uma atuação estatal certificadora ou autorizativa representou uma verdadeira “esquina” no direito público, notadamente na seara da ordenação (poder de polícia) e da regulação das atividades privadas (intervenção econômica).

Em dado momento, administrações públicas, até diante do medo da novidade, passaram a atuar de forma a tentar barrar as inovações tecnológicas. A defesa não era nem é a melhor estratégia; o momento era (e é) de gestores e formuladores de políticas públicas aprenderem com a modernidade.

Sem dúvida, a lição a ser aprendida pelos poderes públicos é que gestores devem pensar em ofertar serviços integrados, distribuídos ou facilitados pela moderna tecnologia dos smartphones e outros equipamentos de acesso disseminado. Não se mostra mais aceitável que os poderes públicos usem a tecnologia de forma passiva, para fornecer informações padronizadas ou oferecer formulários de reclamações.

O Estado precisa começar a entender que não detém o monopólio das soluções para a organização dos anseios e necessidades dos cidadãos. Boas ideias surgem do mercado a todo instante e agora encontram disseminação mais rápida quando se apoiam na associação de economia compartilhada com a tecnologia da informação.

Como muito bem destacado por Sérgio Guerra, diante do inevitável avanço tecnológico, o legislador e o regulador estão sendo obrigados a, cada vez mais, deixar espaços de decisão na mão dos indivíduos e empresas, o que configura um claro déficit de informação do Parlamento (2015, p. 101).

Sempre bom lembrar que o Estado-administração continua compromissado com um valor inegociável, o interesse público. Parece paradoxal, mas em nome do interesse público a administração pública tem mesmo um dever de incorporar, no conjunto normativo que visa regular e orientar serviços e utilidades públicas, as boas soluções surgidas no âmbito das empresas que inovam no mercado da economia colaborativa.

Assim, nada tem de absurdo imaginar que, em setores da economia que convivem com assimetria de informações, possa o Estado-regulador incorporar às suas normas tipicamente regulatórias ou meramente ordenadoras (em face do poder de polícia) o tratamento mais eficiente que as inovações disruptivas têm conferido à economia colaborativa³.

³ A partir de estudo promovido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Documento de Trabalho nº 001/2018 – Efeitos concorrenciais da economia do compartilhamento no Brasil: a entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?), seria possível imaginar a aplicação das regras das plataformas digitais à modalidade de serviço de táxi que é acessível por meio de aplicativos. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf/view>. Acesso 14 nov 2018.

2. OS APLICATIVOS DE TRANSPORTE INDIVIDUAL CONFORME O LEGISLADOR NACIONAL

Passada uma nebulosa fase inicial, onde, na ausência de lei nacional, legisladores municipais trataram os aplicativos de transporte individual ou como serviço público idêntico ao prestados pelos taxistas ou como uma ameaça àqueles interesses corporativos, muitas das vezes causando enormes empecilhos à atividade privada de motoristas de aplicativos – quando não simplesmente vedando a livre iniciativa –, uma lei nacional veio garantir os parâmetros básicos de uniformização acerca da regulação adequada daqueles aplicativos.

Antes de tudo, é forçoso esclarecer que o serviço de táxi é um serviço privado, mas dotado de inegável interesse público, o que o torna uma categoria peculiar do direito público dos serviços estatais, uma utilidade pública, exercida no interesse imediato de particulares e no interesse mediato da coletividade; assim, o serviço deve ser conformado por lei de forma a ser regulado e fiscalizado de forma local, pelo ente federativo competente, notadamente por meio de ações do poder de polícia administrativa.

A seu turno, a atividade desenvolvida pelos motoristas de aplicativos de transporte individual é uma atividade econômica tipicamente privada, não chegando sequer a poder ser considerada como uma utilidade pública. Todavia, em face do potencial interesse público, notadamente quando se examina seu impacto no trânsito das cidades, é aceitável a imposição de alguma forma de regulação ordenadora; sobre a atividade dos motoristas cadastrados nos aplicativos poderia, portanto, incidir legislação que adequasse o conjunto de interesses privados dos motoristas ao interesse público inerente à ordenação do trânsito local.

Por sorte, aquela “natureza das coisas” foi devidamente captada pelo legislador nacional, que detém a competência privativa para legislar sobre trânsito e transporte, por força do inciso XI do art. 22 da Constituição Federal de 1988.

O elogio ao legislador nacional se deve ao fato de que a Lei nº 13.640, de 26 de março de 2018, ao alterar a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012 (Política Nacional de Mobilidade Urbana), para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros, cuidou de tratar acerca de apenas três aspectos da atividade privada dos motoristas de aplicativos: a) a definição jurídica da atividade; b) o escopo de atuação dos Municípios e do Distrito Federal; c) as condições impostas aos motoristas para o exercício da atividade inserida no ambiente da economia compartilhada.

Acerca do primeiro tema, a nova redação conferida ao inciso X do art. 4º da Lei nº 12.587, de 2012, invoca adequadamente os elementos relevantes da economia compartilhada (inovação tecnológica, compartilhamento de serviço e solicitação por usuários cadastrados, sem intermediação):

Art. 4º (...)

(...)

X - transporte remunerado privado individual de passageiros: serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede.

Em seguida, ao estabelecer a competência para regulamentar e fiscalizar o transporte individual de passageiros por meio de aplicativos aos Municípios e ao Distrito Federal, conforme inserção do art. 11-A na Lei nº 12.587, de 2012, o legislador nacional delimitou adequadamente o escopo de atuação da regulamentação local, de onde se conclui que os legisladores municipais não podem desbordar do “quadro” de atribuições postas na lei nacional. Com efeito, somente é possível aos Municípios e ao Distrito Federal tratar em suas respectivas leis dos procedimentos regulamentares e de fiscalização destinados a garantir o cumprimento das seguintes obrigações:

recolhimento do tributo devido pela prestação do serviço, no caso o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN);

contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT);

inscrição do motorista credenciado em plataforma digital como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Portanto, é evidente que o legislador nacional não deu autorização para que o legislador municipal ou distrital estipulasse exigências que dificultem ou impossibilitem a atividade privada dos motoristas cadastrados nas diversas plataformas de transporte individual.

Em acréscimo, é forçoso mencionar que a ulterior Lei de Liberdade Econômica reforça a primazia do empreendedorismo e inibe ações públicas limitadoras da plena atuação em mercados livres, configurando verdadeiro abuso regulatório iniciativas que impeçam novos competidores no mercado ou retardem a inovação, conforme incisos II e IV do art. 4º da LLE.

De toda sorte, ainda que não haja menção expressa no novo art. 11-A da Lei nº 12.587, de 2012, é certo que os entes regulamentadores poderão instituir taxa de fiscalização periódica a ser cobrada aos motoristas cadastrados, tendo em conta que a legislação nacional impôs aos Municípios e ao Distrito Federal um ônus fiscalizatório. Tratar-se-ia de taxa de polícia, com supedâneo no art. 145,

II, da Constituição Federal, e no art. 78 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)

E por último, no que concerne às condições impostas aos motoristas para o exercício da atividade disruptiva, a Lei nº 13.640, de 2018, inseriu o art. 11-B na Lei nº 12.587, de 2012, para estabelecer que os entes municipais (além do Distrito Federal) que optarem por regulamentar o transporte individual, deverão exigir dos motoristas o cumprimento dos seguintes requisitos, apresentados de forma taxativa e não exemplificativa:

possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior, que contenha a informação de que exerce atividade remunerada;

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;

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

apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

Deve ser objeto de elogio o comedimento do legislador nacional, que taxativamente fixou para os entes regulamentares aquilo que pode ser exigido dos motoristas de aplicativos, sem adentrar de nenhuma forma nos elementos próprios da atividade econômica, ou seja, sem interferir nas regras do negócio.

O legislador nacional não permitiu um poder regulamentar arbitrário, que viesse a estabelecer como a atividade deverá ser prestada, tendo respeitado o tratamento privado das variáveis regulatórias do negócio disruptivo (preço, entrada, quantidade, qualidade e informação). A forma descomplicada e acessível com que usuários de aplicativos obtêm as informações e se tornam aptos a avaliar a adequação do preço proposto é a chave da verdadeira ruptura do novo modelo em relação à regulação estatal do serviço de táxis.

Infelizmente, nem todas as regulações municipais mantiveram coerência com a competência estabelecida na Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana para o serviço individual de passageiros, seja tentando fazer do conceito inserido nos aplicativos um novo serviço de táxi ou exigindo deveres e obrigações incompatíveis com a atividade, esquecendo que a atuação da administração pública municipal será basicamente ordenadora e fiscalizatória, em atenção ao dever de organizar o trânsito local.

3. AS REGULAMENTAÇÕES MUNICIPAIS E SEUS EQUÍVOCOS

Estabelecidos os contornos da regulação local, a partir das alterações impostas pela Lei nº 13.640, de 2018, à Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587, de 2012), algumas consequências de natureza jurídica se impõem.

A rigor, os Municípios sequer poderiam legislar sobre a relação entre usuários e motoristas intermediada pelos aplicativos de transporte individual, que é essencialmente uma relação de direito civil. Aqui se está a tratar de contrato privado de transporte entre motorista e passageiro, intermediado pelos aplicativos de celular, sendo de competência da União legislar sobre direito civil (o que só ocorreu com a edição da Lei nº 13.640, de 2018).

Todavia, como uma atividade privada pode ser considerada de interesse público, é possível a edição de leis conformadoras deste interesse (dotadas de generalidade e abstração), bem como medidas administrativas para a ordenação da atividade, sendo estas medidas mais próximas de uma atuação do poder de polícia do que de uma autêntica regulação de certa atividade econômica.

A competência atribuída aos Municípios e ao Distrito Federal em matéria de transporte individual prestado por motoristas cadastrados em plataformas digitais permite, assim, a atuação fiscalizatória por meio de medidas locais, mas sempre em respeito à legislação nacional em matéria de direito civil; é imperativo sempre recordar que se trata de atividade privada em sua essência e o interesse público adjacente não altera tal condição.

Pois bem, o inciso I do art. 30 da Constituição Federal permite aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, sendo evidente que a ordenação do trânsito é um dos mais relevantes assuntos componentes do conceito de interesse local. Portanto, devem os Municípios, a partir da norma geral – o Código de Trânsito Brasileiro –, organizar seu trânsito por meio de regulamentos e atos que atentem para a melhor racionalidade do fluxo de veículos e pessoas, dadas as peculiaridades das áreas urbanas.

Entretanto, em nenhuma hipótese podem os Municípios ou o Distrito Federal proibir, em caráter definitivo, qualquer modal de transporte⁴ nem legislar sobre contrato de transporte privado

⁴ Tema pacificado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 449/DF: *“DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E REGULATÓRIO. PROIBIÇÃO DO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO (ART. 1º, IV), DA LIBERDADE PROFISSIONAL (ART. 5º, XIII), DA LIVRE CONCORRÊNCIA (ART. 170, CAPUT), DA DEFESA DO CONSUMIDOR (ART. 170, V) E DA BUSCA PELO PLENO EMPREGO (ART. 170, VIII). IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE RESTRIÇÕES DE ENTRADA EM MERCADOS. MEDIDA DESPROPORCIONAL. NECESSIDADE DE REVISÃO JUDICIAL. MECANISMOS DE FREIOS E CONTRAPESOS. ADPF JULGADA PROCEDENTE. 1. A Arguição de*



ou qualquer relação de direito civil, devendo apenas disciplinar a organização e a convivência de todos os atores que compõem seu trânsito local.

Portanto, além dos poderes contidos nos novos arts. 11-A e 11-B da Lei nº 12.587, de 2012, os Municípios e o Distrito Federal poderiam ainda determinar medidas aos motoristas de aplicativos necessárias à organização e à racionalidade do fluxo viário local, bem como aquelas relacionadas com procedimentos de fiscalização, o que incluiria, por exemplo, exigências de identificação do veículo com algum distintivo, permitir ou proibir o uso da faixa exclusiva de ônibus e medidas afins. Nada muito além destas balizas.

Diante o exposto, causa preocupação a forma como certas legislações municipais regulamentaram a lei nacional da mobilidade urbana, na parte concernente ao transporte individual de passageiros por meio de aplicativos digitais.

A essência da inovação disruptiva no âmbito de uma economia digital não foi devidamente captada.

Nesse sentido, se mostra relevante apresentar um quadro resumido da regulamentação local estabelecida no Distrito Federal e em mais sete capitais:

Descumprimento de Preceito Fundamental é cabível em face de lei municipal, adotando-se como parâmetro de controle preceito fundamental contido na Carta da República, ainda que também cabível em tese o controle à luz da Constituição Estadual perante o Tribunal de Justiça competente. 2. A procuração sem poderes específicos para ajuizar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pode ser regularizada no curso do processo, mercê da instrumentalidade do Direito Processual. 3. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não carece de interesse de agir em razão da revogação da norma objeto de controle, máxime ante a necessidade de fixar o regime aplicável às relações jurídicas estabelecidas durante a vigência da lei, bem como no que diz respeito a leis de idêntico teor aprovadas em outros Municípios. Precedentes: ADI 3306, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2011; ADI 2418, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2016; ADI 951 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016; ADI 4426, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2011; ADI 5287, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016. 4. A União possui competência privativa para legislar sobre “diretrizes da política nacional de transportes”, “trânsito e transporte” e “condições para o exercício de profissões” (art. 22, IX, XI e XVI, da CRFB), sendo vedado tanto a Municípios dispor sobre esses temas quanto à lei ordinária federal promover a sua delegação legislativa para entes federativos menores, considerando que o art. 22, parágrafo único, da Constituição faculta à Lei complementar autorizar apenas os Estados a legislar sobre questões específicas das referidas matérias. Precedentes: ADI 3136, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2006, DJ 10/11/2006; ADI 2.606, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 07/02/2003; ADI 3.135, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ de 08/09/2006; e ADI 3.679, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 03/08/2007; ARE 639496 RG, Relator(a): Min. Cezar Peluso, julgado em 16/06/2011; ADI 3049, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2007. (...)

Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur409361/false>. Acesso 18 ago 2020.



Legislações municipais que regulamentam aplicativos de transporte individual de passageiros			
Cidade / Norma	Exigências aos provedores de aplicativos de transporte	Exigências aos motoristas	Requisitos técnicos do veículo
Belo Horizonte (MG) / Decreto nº 16832/2018	<p>I - ser pessoa jurídica que opera por meio de plataformas digitais</p> <p>II - possuir objeto social pertinente</p> <p>III - possuir matriz ou filial no Município de Belo Horizonte</p> <p>IV - possuir regulamento operacional</p>	<p>I - documento emitido ou autorizado pela BHTrans</p> <p>II - RG e CPF</p> <p>III - CNH</p> <p>IV - certidões negativas</p> <p>V - aprovação em curso para prestação do serviço de transporte de passageiros</p>	<p>I - estar devidamente cadastrados e apresentar os seguintes documentos:</p> <p>a) Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo - CRLV</p> <p>b) comprovação de contratação de seguro de Acidentes Pessoais e de Passageiros - APP e seguro obrigatório DPVAT</p> <p>II - capacidade máxima de sete passageiros.</p>
Brasília (DF) / Lei nº 5691/2016 e Decreto nº 38258/2017	<p>I - ser pessoa jurídica organizada para essa finalidade, com constituição na Junta Comercial</p> <p>comprovar a existência de matriz ou filial no DF</p> <p>II - CNPJ e cadastro fiscal</p> <p>III - recolher previamente a Taxa de Autorização ou de Renovação Anual</p>	<p>I - possuir CNH compatível</p> <p>II - apresentar o veículo a ser cadastrado</p> <p>III - apresentar Certidão de Nada Consta Criminal</p>	<p>I - idade máxima de:</p> <p>a) 8 anos para veículos a gasolina, álcool e outros combustíveis fósseis</p> <p>b) 8 anos para veículos adaptados, híbridos, elétricos e com outras tecnologias de combustíveis renováveis não fósseis</p> <p>II - possuir pelo menos 4 portas, ar-condicionado e capacidade máxima para 7 lugares</p> <p>III - licenciado no DF</p> <p>V - seguro de acidentes pessoais</p>
Curitiba (PR) / Decreto nº 1302/2017 (com redação dada pelo Decreto nº 1229/2018) e Resolução	<p>Ser pessoa jurídica organizada para esta finalidade e ter sede, filial ou escritório de representação no Município de Curitiba</p>	<p>I - Possuir CNH</p> <p>II - apresentar certidão negativa</p> <p>III - comprovar contratação de seguro que cubra acidente de passageiros (APP) e Seguro Obrigatório (DPVAT)</p>	<p>I - estar identificado</p> <p>II - tempo de fabricação máximo 7 anos, ou, no caso de veículos híbridos, elétricos ou adaptados, de até 8 anos</p> <p>III - capacidade máxima para 7 passageiros</p>



SMF nº 3/2017		IV - comprovante de residência V - CRLV VI - inscrição como contribuinte individual no INSS	
Fortaleza (CE) / Lei nº 10751/2018	Compartilhar com o Município os dados necessários ao controle e à regulação de políticas públicas de mobilidade urbana	I - conclusão de curso II - possuir CNH III - Certidão Negativa de Antecedentes Criminais IV - comprovar contratação de Seguro de Acidentes Pessoais e DPVAT VI - inscrição no INSS	I - ser aprovado em vistoria II - ser identificado visualmente através de adesivo autodestruutivo III - ter idade máxima de 5 anos para ingresso no sistema
Goiânia (GO) / Decreto nº 2890/2017 (alterado pelos Decretos nº 1603/2018 e 1455/2019)	A operadora deve estar regularmente cadastrada e autorizada pelo Município de Goiânia	I - identidade, CPF, CNH, inscrição no Cadastro de Atividade Econômica/CAE e prontuário do condutor II - regularidade perante o INSS (inscrito como contribuinte individual) III - certidão negativa de antecedentes criminais IV - contratação de seguros de acidentes de passageiros V - curso de treinamento de condutores	I - veículo inspecionado e apto II - idade máxima de 8 anos de fabricação III - CRLV no município de Goiânia IV - comprovar contratação de seguro que cubra acidentes de passageiros (APP) e o Seguro Obrigatório (DPVAT)
Rio de Janeiro (RJ) / Decreto nº 44399/2018	I - prévio credenciamento junto à Secretaria Municipal de Transportes II - obter outorga do direito de uso III - cadastro de veículos e motoristas	I - bons antecedentes criminais II - possuir CNH III - aprovação em curso de formação IV - contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros e do DPVAT VII - ser inscrito no Instituto Nacional de Seguro Social - INSS	Veículo motorizado: a) com capacidade de até seis passageiros, excluído o condutor, obedecida a capacidade do veículo b) que possua, no máximo, 8 anos de fabricação c) que possua identificação d) que tenha se submetido à vistoria anual

<p>São Paulo (SP) / Decreto nº 56981/2016 (alterado pelo Decreto nº 58595/2019)</p>	<p>Operadoras credenciadas para este serviço ficam obrigadas a abrir e compartilhar seus dados com a Prefeitura</p>	<p>I – CNH II - comprovante de residência III - inscrição no INSS como contribuinte individual IV - certidão negativa de antecedentes criminais V - comprovar aprovação em curso de formação VI – compromisso de prestar serviço de transporte remunerado de passageiros exclusivamente por meio de OTTCs</p>	<p>Veículo motorizado com, no máximo, 8 anos de fabricação</p>
<p>Vitória (ES) / Decretos nº 16770/2016, 16785/2016 e 17986/2020</p>	<p>A condição de OTT é restrita às sociedades empresárias e às sociedades cooperativas operadoras de tecnologia de transporte cadastradas no Município de Vitória, que sejam responsáveis pela intermediação entre os motoristas prestadores de serviço e seus usuários</p> <p>A autorização é condicionada ao credenciamento da OTT perante o Poder Executivo Municipal</p>	<p>I - estar inscrito no Cadastro Mobiliário Municipal II - possuir CNH III - comprovar aprovação em curso de formação IV - comprovar contratação de seguro APP e DPVAT</p>	<p>Veículo motorizado com, no máximo, 5 anos de fabricação</p>

Em Belo Horizonte – assim como na maioria das capitais examinadas – optou-se por um decreto regulamentar, quando o correto seria a edição de lei municipal para dar aplicação a lei nacional. De toda sorte, a proposta deste artigo é o exame dos equívocos materiais e não de forma. Assim, cabe dizer que o Decreto nº 16.832, de 23 de janeiro de 2018⁵, comete equívocos ao exigir que as plataformas tenham matriz ou filial na capital mineira e possua um “regulamento operacional”, pois

⁵ Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=355932>. Acesso 18 ago 2020.



tais determinações escapam da mera ordenação da atividade privada, ainda que considerado o interesse público relativo ao trânsito. Ademais, a exigência de um curso específico para exercer a atividade desborda das finalidades da regulação nacional.

A Lei Distrital nº 5.691, de 2 de agosto de 2016⁶, também carrega o equívoco de exigir das plataformas digitais constituição de filial no Distrito Federal, além de cadastro fiscal e cobrança de taxas de autorização e renovação. Como não se trata de serviço público e a fiscalização se aplicará à atividade dos motoristas, não há fundamento jurídico para a cobrança de taxa de serviço ou de polícia às empresas de tecnologia.

Ainda que se possa considerar como uma das legislações municipais mais enxutas, o Decreto nº 1.302, de 18 de julho de 2017⁷, do Município de Curitiba, também comete o erro de exigir das empresas de tecnologia a abertura de filial ou representação na capital paranaense.

Por sua vez, a municipalidade de Fortaleza editou a Lei nº 10.751, de 8 de junho de 2018⁸. De pronto, cabe dizer que foi imposta uma exigência de compartilhamento dos dados de todas as viagens intermediadas pelos aplicativos, supostamente no interesse das políticas de mobilidade urbana. Não soa razoável a exigência de compartilhamento dos dados individualizados de cada corrida, como origem e destino da viagem e o tempo de duração e distância do trajeto. Ora, como as diversas viagens não seguem um padrão, de nada serve à formulação de políticas públicas de mobilidade urbana um histórico dos deslocamentos passados, que não devem ou tem razão para se repetir no futuro. Ademais, há uma previsão indevida de credenciamento das plataformas, a ser definido em regulamentação ulterior.

Em Goiânia, o Decreto nº 2.890, de 6 de outubro de 2017⁹, exige cadastramento e autorização por parte do Município. E aqui o nível de exigências às empresas de tecnologias desbordam em absoluto do modelo da economia digital. A norma exige que as pessoas jurídicas operadoras de tecnologia protocolem requerimento com a concordância em seguir o Decreto, instruído com certidões e documentos, muitos dos quais incompatíveis com o ambiente das soluções colaborativas em tempos digitais¹⁰.

⁶Disponível em <http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=5691&txtAno=2016&txtTipo=5&txtParte=>. Acesso 18 ago 2020.

⁷ Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=346498>. Acesso 18 ago 2020.

⁸ Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=361029>. Acesso 18 ago 2020.

⁹ Disponível em https://www.goiania.go.gov.br/html/gabinete_civil/sileg/dados/legis/2017/dc_20171006_000002890.html Acesso 18 ago 2020.

¹⁰ Conferir o teor do art. 12 do Decreto nº 2.890, de 2017.

No Município do Rio de Janeiro, o Decreto nº 44.399, de 11 de abril de 2018¹¹, foi a primeira regulamentação a ser editada após as alterações impostas pela Lei nº 13.640, de 2018, à Política Nacional de Mobilidade Urbana. Ainda assim, é evidente a falta de percepção do modelo digital de economia compartilhada quando se observam exigências como o prévio credenciamento das plataformas digitais junto à Secretaria Municipal de Transportes e a obtenção de uma “outorga do direito de uso”.

Em São Paulo, o Decreto municipal nº 56.981, de 10 de maio de 2016¹², merece críticas quando exige que as operadoras credenciadas para o “serviço” fiquem obrigadas a compartilhar seus dados com a Prefeitura, além de impor aos motoristas a aprovação em curso de formação cujo conteúdo será definido pelo poder público.

Em sua redação original, a legislação regulamentar que mais soube compreender os contornos da economia compartilhada foi o Decreto nº 16.770, de 29 de julho de 2016¹³, da cidade do Vitória; em seu texto primitivo não exigiu das empresas de tecnologia nem cadastramento nem compartilhamento de dados, ainda que exigisse curso de formação aos motoristas. Todavia, a legislador municipal sucumbiu aos erros de outras cidades e passou a exigir credenciamento a partir do Decreto nº 17.986, de 20 de janeiro de 2020.

De toda sorte, é ponto comum em todas as normas regulamentares municipais aqui trazidas a exigência aos motoristas do pagamento por uma outorga de uso do viário urbano. O equívoco é de tal magnitude que merece ser estudado de maneira mais detalhada em capítulo próprio.

4. O PREÇO PÚBLICO E A VIOLAÇÃO AO DIREITO DE EMPREENDER

Entre todos os equívocos perpetrados pelos legisladores municipais, cabe especial preocupação a previsão de uma figura jurídica flagrantemente inverossímil: um preço público pelo uso intensivo da malha viária urbana.

Em linhas gerais, a estrutura jurídica idealizada consiste em cobrar dos motoristas cadastrados em plataformas digitais uma outorga (permissão) onerosa pela utilização do viário urbano, em face da prática da atividade de transporte individual de passageiros. A outorga é consubstanciada na forma de um preço público “compulsório”.

¹¹ Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=358910>. Acesso 18 ago 2020.

¹² Disponível em <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-56981-de-10-de-maio-de-2016/con-solidado>. Acesso 18 ago 2020.

¹³ Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=327046>. Acesso 18 ago 2020.



A exigência desse preço público, é bom ressaltar, vem de antes das diretrizes traçadas pela Lei nº 13.640, de 2018, tendo partido do pressuposto – questionável – de que as plataformas digitais vão implicar necessariamente em um uso intensivo do viário urbano das cidades.

Atento à cronologia das legislações municipais, tudo indica que a semente de tal figura jurídica em nosso país foi a edição do já citado Decreto nº 56.981, de 10 de maio de 2016, do Município de São Paulo. Em verdade, a ementa do normativo deixa claro que a regulamentação não foi pensada a partir de ordenação da atividade econômica em atenção ao trânsito local, e sim como uma forma de regular ou coibir um uso presumidamente abusivo do viário urbano:

“Dispõe sobre o uso intensivo do viário urbano municipal para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública, o serviço de carona solidária e o compartilhamento de veículos sem condutor.”

O Município de São Paulo adotou a cobrança por quilômetro rodado pelos motoristas, mas dependente do consumo total de todas as plataformas cadastradas (apuração mensal), na forma do Anexo I da Resolução CMUV nº 12, de 10 de outubro de 2016, com a redação dada pela Resolução CMUV nº 15, de 4 de maio de 2017, e posteriormente revogado pela Resolução CMUV nº 21, de 28 de março de 2019¹⁴.

Além de São Paulo, as cidades de Belo Horizonte e Curitiba e o Distrito Federal adotaram a metodologia do preço por quilômetro rodado pelos motoristas credenciados nos aplicativos. O cálculo é feito de forma diversa em cada ente federativo, mas sempre se destina a atuar como instrumento regulatório do uso do sistema viário, levando em conta para a escolha dos valores aspectos ligados aos custos com a fluidez do tráfego, manutenção de infraestrutura, poluição atmosférica e garantia da mobilidade urbana, dentre outros.

Adotando o mesmo modelo de cidades como Nova Iorque, Washington e a capital mexicana¹⁵, a cidade de Vitória, desde 2016, cobra 1% (um por cento) do valor total de cada viagem a título de preço público de outorga. Fortaleza e Rio de Janeiro cobram na forma de percentual desde 2018. Esse mesmo modelo passou a ser adotado em Goiânia em 2019, que cobra 1% (um por cento) da receita bruta de cada viagem.

¹⁴ Disponível em <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/resolucao-secretaria-municipal-de-mobilidade-e-transportes-smt-cmuv-21-de-28-de-marco-de-2019#anexos>. Acesso 18 ago 2020.

¹⁵ Na cidade do México a taxa é de 1,5% (um e meio por cento) do valor da corrida; em Washington é de 6% (seis por cento); em Nova Iorque é de 8,875% (oito inteiros e oitocentos e setenta e cinco milésimos por cento), com cobrança extra por viagem. Vide estudo comparativo em <https://www.wri.org/blog/2018/08/cities-are-taxing-ride-hailing-services-uber-and-lyft-good-thing>. Acesso 21 nov 2018.

Antes da edição da lei nacional, seria possível até compreender a adoção de medida tão heterodoxa quanto o preço público obrigatório. Todavia, uma vez que o legislador nacional disciplinou as regras para o transporte individual de passageiros por meio de aplicativos, é certo que o texto incorporado pela Lei nº 13.640, de março de 2018, à Lei nº 12.587, de 2012, permite, no máximo, a cobrança pelas municipalidade de uma taxa de fiscalização aos motoristas, além do imposto sobre serviços e da contribuição previdenciária.

Todavia, o equívoco continuou a ocorrer, tanto no Decreto nº 44.399, de abril de 2018, do Município do Rio de Janeiro, quanto na Lei municipal de Fortaleza nº 10.751, de junho de 2018. Ambas as cidades optaram por cobrar um percentual sobre o valor das viagens.

No Rio de Janeiro, a cobrança foi definida em 1% (um por cento) do valor da viagem pela Resolução nº 2, de 2018, do Comitê Municipal de Tecnologia Aplicada ao Sistema Viário Urbano (CMTSVU) do Rio de Janeiro. Em Fortaleza, a Lei estabeleceu um valor de 2% (dois por cento) do total de cada viagem, que poderá ser reduzido a 1% (um por cento) se a empresa de tecnologia adotar medidas mitigadoras de impacto na mobilidade urbana (implantação de faixas de ônibus e ciclo faixas, construção de calçadas, patrocínio de estações de bicicletas etc.).

O estabelecimento do preço público pelas cidades examinadas pode ser assim resumido:

Legislações municipais que regulamentam aplicativos de transporte individual de passageiros	
Cidade	Forma de cobrança do preço público
Belo Horizonte (MG) / Decreto nº 16832/2018	A realização ou intermediação de serviços de transporte individual privado remunerado de passageiros implicará no pagamento de preço público, que poderá ser cobrado: I - por veículo cadastrado; II - pela utilização do sistema viário urbano, calculado de acordo com a distância percorrida na prestação do serviço pelos veículos cadastrados pelo operador de tecnologia. O preço público será definido como instrumento regulatório destinado a controlar a utilização do sistema viário urbano do Município considerando o impacto urbano e ambiental.
Brasília (DF) / Lei nº 5691/2016 e Decreto nº 38258/2017	Fica autorizada a cobrança de preços públicos por créditos de quilômetros rodados, na forma do regulamento (o valor do preço público de que trata o caput deve guardar relação com a distância percorrida durante a prestação dos serviços e ter sua forma de cálculo e sua periodicidade de recolhimento definidas em ato próprio).

Curitiba (PR) / Decreto nº 1302/2017 (com redação dada pelo Decreto nº 1229/2018) e Resolução SMF nº 3/2017	Varia de 0,03 (três centavos de real) a R\$ 0,08 (oito centavos de real) o preço público do quilômetro rodado estabelecido pelo regime de uso intensivo do viário urbano regido pelo Decreto Municipal nº 1.302, de 18 de julho de 2017 (preço público fixado, sem prejuízo de outros objetivos regulatórios, considera o montante dos custos relacionados à fluidez do tráfego, gastos públicos com infraestrutura, poluição atmosférica e mobilidade urbana em relação ao potencial de exploração do uso intensivo do viário urbano).
Fortaleza (CE) / Lei nº 10751/2018	Será cobrado o Preço Público de 2% (dois por cento) do valor total de cada viagem realizada por meio de Plataforma Digital de Transporte. O valor do Preço Público poderá ser reduzido para 1% (um por cento) se a Plataforma Digital de Transporte atender a algumas das Medidas Mitigadoras de Impacto na Mobilidade Urbana.
Goiânia (GO) / Decreto nº 2890/2017 (alterado pelos Decretos nº 1603/2018 e 1455/2019)	Será devido o preço público no percentual de 1% (um por cento) da receita bruta, a ser recolhido mensalmente pela Operadora de Tecnologia (OT) mediante emissão de Documento Único de Arrecadação Municipal (DUAM).
Rio de Janeiro (RJ) / Decreto nº 44399/2018	A outorga do direito de uso do Sistema Viário Urbano, para exploração da atividade econômica inerente aos serviços de que trata o Decreto, fica condicionada ao pagamento, pelas provedoras de redes de compartilhamento, de percentual do valor total das viagens cobrado pelos seus condutores. O Decreto 44465/2018 aprovou a Resolução CMTSVU nº 2, de 2018, que fixou o preço público em 1%. A deliberação CMTSVU nº 7, de 2018, recomendou a fixação do preço público em 2%.
São Paulo (SP) / Decreto nº 56981/2016	A exploração da malha viária pelos serviços de transporte individual remunerado de utilidade pública é condicionada à utilização de créditos de quilômetros pelas operadoras de tecnologia (OTTCs). A utilização de créditos pelas OTTCs implicará em outorga onerosa e pagamento de preço público como contrapartida do direito de uso intensivo do viário urbano.
Vitória (ES) / Decretos nº 16770/2016, 16785/2016 e 17986/2020	O preço público da outorga será de 1% (um por cento) do valor total da viagem.

Tais outorgas onerosas, na forma de cobrança de um preço público, carregam uma série de violações a regras de ordem constitucional, à disciplina de uso dos bens públicos e, principalmente, ao livre exercício de atividades econômicas, mormente no âmbito da economia digital e considerado ainda o regime jurídico do empreendedorismo trazido pela Lei de Liberdade Econômica (LLE).

Em primeiro lugar, apenas a União pode legislar sobre trânsito e transporte (inciso XI do art. 22 da Constituição), e é certo que a Lei nº 13.640, de 2018 não autorizou os entes federativos a exigir



preço público. O art. 23, inciso III, da Lei nº 12.587, de 2012, que permite aplicação de tributo sobre modais de transporte para desestimular o uso, não traz intenção do legislador de desestimular o transporte individual via plataformas digitais, pois nem havia previsão desse modal à época. Um ente federativo só pode, para intervir em determinado modal, usar de tributo de sua competência constitucional; assim, Município só pode dispor do ISSQN para tal desiderato.

Em segundo lugar, a exigência de um preço público de forma compulsória confere a tal exação a natureza de taxa (preço público não é tributo), e não se pode instituir taxa com a mesma base de cálculo de imposto por vedação constitucional, conforme § 2º do art. 145; no caso, a atividade dos motoristas de aplicativos é considerada serviço para efeito de ISSQN, e a base de cálculo do imposto será justamente o valor das corridas. Ademais, a Constituição (inciso II do art. 145) só permite criar taxa de polícia ou de serviço, e que se apresenta aqui seria uma “taxa de uso”, sem previsão constitucional.

Em terceiro lugar, os bens de uso comum – como o viário urbano – devem respeitar a regra da livre utilização, podendo ser estipulada alguma forma de onerosidade para a utilização de ruas e estradas, como é o caso do pedágio, mas a restrição eventualmente imposta tem que ser impositiva a quaisquer condutores de veículos e não uma decisão tomada em relação a essa ou aquela categoria de veículos (MELLO, 2006, p. 871).

Em quarto lugar, e como corolário da afirmação anterior, o preço público pressupõe que o pagamento se dá pela fruição de algum serviço público específico a quem paga; um pedágio significa um serviço de conservação de estradas ou ruas para todos os usuários (um preço público de caráter geral). Assim, se os motoristas de aplicativo pagarem um preço público pelo uso do viário, a conservação não vai ser benéfica apenas a eles; ou seja, ou temos um imposto travestido de preço público ou temos que os motoristas vão assumir sozinhos uma carga que deveria ser paga pela generalidade dos usuários da malha viária.

Em quinto lugar, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 581.947/RO¹⁶, o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que Município não pode cobrar pelo uso ordinário dos bens público de uso comum. Apenas em caso de uso anormal, poderia, em tese, ser exigida indenização por prejuízo causado, desde que devidamente apurado.

¹⁶ “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVER-PODER E PODER-DEVER. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (...)” Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2605054>. Acesso 18 ago 2020.

Em sexto lugar, há uma contradição evidente na instituição de um preço público “compulsório”. É certo que o preço público é uma contraprestação paga por serviços solicitados ao Estado, assim, para haver um preço é necessário haver uma relação contratual ou voluntária; o preço público se origina, pois, de uma obrigação a que a doutrina denomina de *ex voluntate* (HARADA, 2005, p. 66).

Em sétimo lugar, não cabe a ente federativo utilizar preço público para custear atividades gerais, devendo servir a exação a remunerar serviço não essencial, que poderia ser atribuído a ente de direito privado, sem relação com a garantia de direito fundamental. Portanto, preço público pago por motorista privado não pode servir para manutenção ou investimento no serviço público de transporte, que deve ser custeado pelas taxas pertinentes e, de forma geral, pela arrecadação de impostos (TORRES, 2006, p. 189).

Em oitavo lugar, uma outorga onerosa não é cabível para atividade privada de transporte individual, pois é meio de regulação de entrada no mercado incompatível com o modelo de livre acesso da economia compartilhada, pois tende a excluir interessados e aumentar preços, o que compromete o direito constitucional à livre iniciativa.

Em nono lugar, a plataforma digital não é, a rigor, responsável pelo uso intensivo do viário urbano, pois as vias são utilizadas em face das múltiplas demandas dos usuários, os quais não poderiam ser cobrados do preço público em exame, pelo fato de que cada usuário individualmente considerado usa o viário urbano em proporção insignificante, o que afasta o pressuposto do uso intensivo do viário urbano.

Em décimo lugar, a cobrança de preço público aos motoristas de aplicativo retirar incentivo de uso do viário urbano, o que tende a criar capacidade ociosa, e um dos fundamentos da economia colaborativa é justamente evitar a capacidade ociosa e transformar a posse em uso, a escassez em abundância (CHASE, 2015, p. 23-32).

Em último lugar, a exação representada pelo preço público estabelecido por capitais brasileiras viola a livre iniciativa e a livre concorrência por ser medida expressamente conflituosa com os princípios da liberdade de negócios promovidos na internet e da promoção da inovação e fomento às novas tecnologias, previstas nos arts. 3º, inciso VIII, e 4º, inciso III, da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Lei do Marco Civil da Internet).

Alguns dos argumentos expostos anteriormente também serviram de fundamento a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em ação movida pela Cabify contra lei municipal de Campinas. Questões como desrespeito à competência constitucional, utilização de preço público como taxa e violação à livre iniciativa compõem o voto vencedor daquele aresto, que ao final declarou

incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 7º da Lei municipal nº 15.539, de 2017, que instituía pagamento, na forma de preço público, pelo uso do viário urbano municipal¹⁷.

CONCLUSÃO

Transformações ocorridas ao longo do capitalismo importaram no surgimento de novas tecnologias que “destruíram” mercados antigos e consolidaram novos. Da última onda de destruição criadora surgiu também a inovação disruptiva, a superação de uma ideia antiga por uma nova (mais eficiente e simples) que permite a entrada e o desenvolvimento de novos agentes na economia. O fato de a última onda de destruição criadora ter sido uma revolução em redes de comunicação em alta velocidade permitiu ainda a aproximação de pessoas e o surgimento da economia compartilhada.

Indivíduos de todas as partes podem agora se relacionar com mais liberdade e em transações de produtos e serviços, sem necessidade de intermediação, bastando a utilização de um dispositivo dotado de tecnologia apropriada, informação adequada e confiança na parte contratante que foi aproximada pela tecnologia online.

¹⁷ “SERVIÇOS DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. Normas gerais estabelecidas pela Lei Federal nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012, cujos artigos 12 e 18 atribuem ao Município, o primeiro, a organização, disciplinamento e fiscalização, e o segundo, entre outras, “promover a regulamentação dos serviços de transporte urbano” Lei 15.539/2017, do Município de Campinas que, destinada a disciplinar a exploração dos serviços de que se trata, criou no artigo 7º e seu parágrafo único, direito novo e cogente, desautorizada pela lei federal de regência do sistema, e à margem da Constituição Federal (...). REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS.

Lei Municipal que promove exigência exorbitante do sistema e cobra das empresas que administram os aplicativos destinados à prestação do serviço, valor como verdadeira taxa fosse, sem estabelecer clara e expressamente a que título procede à exigência (...). Norma questionada que não refere qualquer serviço posto pelo Município à disposição dos prestadores diretos do serviço, das empresas que gerem o aplicativo por eles e pelos usuários utilizados Inconstitucionalidade configurada. TRIBUTAÇÃO Cobrança (das empresas) imposta pelo uso do sistema viário urbano do Município Percentual incidente que tem por base de cálculo o valor total das viagens, o que não guarda nenhuma relação com o efetivo uso desse bem comum do povo Cobrança que, para as empresas, resulta, por via reflexa, quando não direta, dupla exigência de pagamento, uma pelo uso do sistema viário, outra proveniente do “integral e atualizado [valor] do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza ISSQN”, este imposto por lei municipal específica Sistema viário urbano não objeto de tributação específica de qualquer natureza Artigo 156 da Constituição Federal que não inclui entre as competências dos Municípios instituir imposto sobre o uso do sistema viário urbano Inconstitucionalidade configurada. (...). COBRANÇA. Exigência de pagamento pelo uso do sistema viário urbano para exploração de serviço de transporte individual privado de passageiros Norma que viola também o princípio da livre iniciativa ou da livre concorrência, pois constitui obstáculo ilegítimo e discriminatório a determinado setor da economia, o das empresas prestadoras de serviços de intermediação Inconstitucionalidade.” Acórdão disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando processo nº 0051842-92.2018.8.26.0000 e código C0ED8CB.

Gestores públicos devem agora pensar em ofertar serviços integrados, distribuídos ou facilitados pela moderna tecnologia dos smartphones e outros equipamentos de acesso disseminado. Entretanto, uma série de obstáculos se apresenta quanto ao tratamento jurídico adequado aos aplicativos que viabilizam o transporte individual de passageiros.

O legislador nacional expediu a Lei nº 13.640, de 2018, que altera a Lei nº 12.587, de 2012 (Política Nacional de Mobilidade Urbana), para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros, tratando apenas da definição jurídica da atividade, do escopo de atuação dos Municípios e do Distrito Federal e das condições impostas aos motoristas para o exercício da atividade.

A competência atribuída aos Municípios e ao Distrito Federal pela lei nacional consiste, basicamente, em atuação fiscalizatória e ordenação do trânsito local. Em nenhuma hipótese poderiam legislar sobre negócio privado ou relação de direito civil. Ocorre que nas legislações regulamentadoras uma série de exigências inerentes à relação negocial privada ou atinentes ao compartilhamento de dados pessoais se apresentou.

Todavia, o maior equívoco surge sob o prisma do direito público. A exigência de uma outorga onerosa pelo uso do viário urbano, na forma de um preço público compulsório, afronta regras de ordem constitucional, a disciplina de uso dos bens públicos e, em última medida, as liberdades relativas ao exercício de atividades econômicas e ao desenvolvimento de negócios promovidos de forma digital, as quais encontram proteção legal no regime jurídico estabelecido na Lei de Liberdade Econômica.

REFERÊNCIAS

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

BOTSMAN Rachel; ROGERS, Roo. **O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo**. Trad. Rodrigo Sardenberg. Porto Alegre: Bookman, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

CHASE, Robin. **Economia compartilhada: como pessoas e plataformas da Peers Inc. estão reinventando o capitalismo**. Trad. Cristina Yamagami. São Paulo: HSM do Brasil, 2015.

CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E. **The innovator's solution: creating and sustaining successfull growth**. Boston (EUA): Harvard Bussiness Scholl Press, 2003.



GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. **Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, sociedade e democracia**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SUNDARARAJAN, Arun. **Economia compartilhada: o fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão**. Trad. André Botelho. São Paulo: Editora Senac, 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Sobre o autor:

Joao Marcelo Rego Magalhaes

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor), Professor de Direito Administrativo na Pós-Graduação da Unifor e da Universidade 7 de Setembro (UNI7). Professor de cursos de extensão e aperfeiçoamento na Escola Superior da Advocacia do Ceará (ESA-CE). Professor de cursos de extensão e aperfeiçoamento no Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE-CE). Professor de cursos de extensão e aperfeiçoamento no Tribunal Regional do Trabalho da 7a. Região (TRT7). Procurador do Banco Central do Brasil. Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Fortaleza, CE, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6879522227700296> ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7385-9906>

E-mail: joaomarcelo9118@gmail.com

