Uber: a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte*

Fátima Nancy Andrighi
Ministra do Superior Tribunal de Justiça

1. Saudação

Agradeço, muito honrada o importante convite que recebi para participar do II Congresso Brasileiro de Internet, especialmente do dr. Eduardo Parajo, na pessoa de quem faço os meus agradecimentos a todos os que promovem o evento, enaltecendo a iniciativa, pois são encontros como estes que promovem reflexões e o surgimento de grandes ideias a respeito da relação da internet e o direito.

Cumprimento os palestrantes que dividem a mesa comigo: dr. Marlon Jacinto Reis, Miguel Mattos, Daniel Mangabeira e Fabiana Siviero, rogando paciência para comigo, pois a minha visão e compreensão pode estar toldada pelo normal misoneísmo que geralmente grassa os membros do Poder Judiciário.

2. Introdução

Nas últimas décadas a humanidade modificou significativamente a forma de se relacionar e interagir. O surgimento de novas tecnologias e a difusão da

* Palestra proferida no II Congresso Brasileiro de Internet (Painel "'Internet das normas': quais discussões têm sido objeto de debates jurídicos no Brasil?"), promovido pela Associação Brasileira de Internet (Abranet). Brasília, 24 de setembro de 2015.

comunicação digital redimensionaram o fenômeno da globalização, lançando nova dinâmica sobre as relações sociais, que passaram a ocorrer em volume, formato e tempo jamais imaginados.

A nova realidade surgida a partir dessas transformações deve estar refletida também na maneira como o Estado se relaciona com os seus cidadãos, especialmente a forma como ele interage com os empresários e com os consumidores, na chamada economia digital, ou convergência empresarial, na qual as relações negociais se expandiram ou até mesmo migraram do ambiente presencial para o digital.

A esse respeito — dentro do tema que me coube falar (isto é, o que tem sido objeto de debates jurídicos no Brasil a respeito da normatização da economia digital) —, está na ordem do dia a questão da regulação de certos aplicativos de internet, especialmente o Uber, que, em essência, juridicamente nada mais faz do que servir de intermediário para um contrato de transporte entre consumidores e motoristas-proprietários de veículos. A discussão sobre a permissão ou não do uso desses aplicativos no país se tornou bastante acirrada, chegando ao ponto de terem ocorrido atos violentos entre taxistas, motoristas e passageiros (No dia 3 de agosto p.p. em Brasília, taxistas obrigaram um casal a descer de um carro do Uber e a entrar num táxi. No dia 8 de agosto p.p. em São Paulo um motorista do Uber foi agredido e sequestrado por taxistas e teve seu carro vandalizado).[1]

Recentemente, tanto aqui em Brasília, como em São Paulo, o Poder Legislativo local aprovou leis que proíbem aplicativos como o Uber, sob as mais curiosas justificativas. No Distrito Federal, a justificativa do deputado que apresentou o Projeto de Lei nº 282/2015, que apesar de aprovada foi vetada pelo Governador, foi a de que tais aplicativos "*podem ser também utilizados com o fim de acarretar danos às pessoas e às relações*" (!?). Em São Paulo, o vereador que apresentou o Projeto de Lei nº 349/2014, que foi aprovado pela Câmara Municipal no dia 9 deste mês, justificou que, "*Embora seja inegável o valor de novas tecnologias para o aprimoramento dos serviços, não se pode permitir o uso das mesmas quando em completo desacordo com a lei vigente*" (*sic*) e que "*No que tange ao uso de aplicativos para a oferta de transporte remunerado em carros particulares, ressaltamos que essa é uma atividade privativa dos profissionais taxistas da localidade da prestação do serviço, conforme Lei Federal Nº 12.468, de*

[1] <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/08/motoristas-obrigam-casal-descer-de-carro-do-uber-e-entrar-em-taxi-no-df.html>; <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/08/motorista-do-uber-e-sequestrado-e-agredido-por-taxistas-em-sp.html>.

26/agosto/2011 que regulamenta a profissão". O mesmo vereador conclui a sua justificativa, afirmando que propôs a proibição do aplicativo Uber "*visando proteger o sistema e os profissionais do setor*".

Diante desses tipos de justificativa e do fato de que mais da metade das capitais do Brasil já têm projetos de lei contra aplicativos como o Uber, a questão que trago à reflexão de V.Sas. é a seguinte: qual deve ser a perspectiva para a adequada discussão jurídica da proibição ou não de aplicativos de intermediação de contrato de transporte?

3. Perspectiva normativa dos aplicativos de intermediação de contrato de transporte

Creio que a resposta à questão que trago à reflexão de V.Sas. deve começar pela análise do que dispõe a Constituição Federal e, na sequência, a legislação federal ordinária, especialmente a Lei nº 12.965/2014, que trata do Marco Civil da internet.

Nesse sentido, a Constituição Federal estabelece, já no seu artigo 1º, que um dos fundamentos da República é a "*livre-iniciativa*" (inciso IV). Além disso, a Constituição prevê no seu art. 170 que a atividade econômica deverá observar, dentre outros, os princípios da "*livre concorrência*" (inciso IV) e o da "*defesa do consumidor*" (inciso V). E mais, no parágrafo único do mesmo art. 170 "*É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*".

Portanto, fica claro que a Constituição Federal adotou o capitalismo como modelo de ordem econômica, franqueando ao particular a liberdade de iniciativa ao mesmo tempo em que deu importância à valorização do trabalho humano e à defesa do consumidor. Isso "*quer dizer precisamente*", como afirma José Afonso da Silva: "*que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista*" (SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 720).

*A livre-iniciativa pressupõe que ao particular é assegurada a primazia pela exploração da maioria das atividades econômicas, cabendo ao Estado — por força do art. 173 da Constituição Federal, que prevê o princípio da subsidiariedade — apenas atividades supletivas e condicionadas à presença de "*imperativos da *segurança nacional ou a relevante interesse coletivo"*.

Assim, à exceção do que prevê o art. 173 da Constituição, deve ser "*assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*" (parágrafo único do art. 170 da Constituição).

Essa "lei", a qual faz referência o parágrafo único do art. 170, deve ser aquela derivada do sistema de competências legislativas que a própria Constituição estabelece.

Nesse sentido, e ao que aqui compete discutir, o art. 22 da Constituição dispõe que "*Compete privativamente à União legislar sobre*: '*XI — trânsito e transporte*'". Por outro lado, o art. 30 da Constituição prevê que "*Compete aos Municípios*: '*V — organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial*'".

Como se percebe, em matéria de "transporte", aos Municípios e ao Distrito Federal (por força do §1º do art. 32 da Constituição) competem apenas legislar sobre "*transporte coletivo*" (art. 30, V, da Constituição), pois em matéria de "*transporte individual*" compete privativamente à União legislar (art. 22, XI, da Constituição), já que aos Estados ainda não há autorização para tanto, em razão da inexistência da Lei Complementar prevista no parágrafo único do art. 22 da Constituição.

Também quanto à questão da competência legislativa, lembro ainda que, a teor do que prevê o inciso I do art. 22 da Constituição, a União tem competência privativa para legislar sobre "direito civil" e assim foi aprovada a Lei Federal nº 10.406/2002, isto é, o Código Civil, que prevê em seu art. 730 o "*contrato de transporte*", pelo qual "*alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas*". E é a própria lei federal, isto é o Código Civil, quem faz a distinção entre "*transporte privado individual*", ou "*serviço privado de transporte*", regulado pelo art. 730, e o "*transporte público coletivo*", ou "*transporte coletivo*", que vem previsto no art. 731, como aquele "*exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão*", que será regido primariamente "*pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos*" e apenas subsidiariamente pelo Código Civil.

Já a Lei nº 12.965/2014, que trata do Marco Civil da Internet, e "*estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as* ***diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria***" (art. 1º), prevê que "*A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento*" (art. 1º): "*V — a livre-iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor*". Além disso, o art. 3º do Marco Civil da

Internet estabelece que um dos princípios do uso da internet no Brasil é a "*liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei*" (inciso VIII).

Além disso, vale registrar o que prevê o art. 36 da Lei Federal nº 12.529/2011, segundo o qual "*Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados*" (*caput*): "*limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado*" (inciso III do art. 3º) e "*criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços*" (inciso IV do art. 3º).

Da conjugação harmônica entre a Constituição, o Código Civil, o Marco Civil da Internet e a Lei Federal nº 12.529/2011, não compete aos Municípios, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre aplicativos de internet de intermediação de "*transporte privado individual*", como o é o prestado pelos motoristas-proprietários de veículos a consumidores que usam tais aplicativos para firmarem entre si esse tipo de contrato de transporte; razão pela qual todas as leis municipais, estaduais ou distritais que venham a proibir o uso de aplicativos de intermediação para que consumidores e motoristas-proprietários de veículos firmem entre si contratos de "*transporte privado individual*", além de incompatíveis com os arts. 730 e 731 da Lei Federal nº 10.406/2002, com o Marco Civil da Internet e com a Lei Federal nº 12.529/2011, ainda padecem de grave vício de inconstitucionalidade, por incompatibilidade com o art. 1º, inciso IV; art. 22, incisos I e XI, e parágrafo único; art. 30, inciso V; art. 32, §1º, art. 170, incisos IV e V, parágrafo único e art. 173, todos da Constituição Federal.

Nesse sentido, em várias oportunidades, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a inconstitucionalidade formal de leis estaduais e distritais que pretenderam regular, no ambiente presencial, o serviço de transporte individual de passageiros, valendo citar, como exemplos, os julgamentos da **ADI 1.592**, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 3/2/2003; **ADI 2.606**, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 7/2/2003; **ADI 2.802**, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 31/10/2003; **ADI 3.049**, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 5/2/2004; **ADI 2.328**, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 17/3/2004; **ADI 2.432**, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* 23/9/2005, **ADI 3135**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, *DJ* 8/9/2006; **ADI 3679**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, *DJe* 2/8/2007; e **ADI 3121**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, *DJe* 14-4-2011.

Não acredito que o Supremo vá mudar essa sua orientação se e quando provocado a julgar a constitucionalidade de leis estaduais e/ou distritais que pretendam, de alguma forma, regular no âmbito digital o serviço de transporte individual de passageiros.

Além da questão da inconstitucionalidade e incompatibilidade com o Marco Civil da Internet, com a Lei Federal nº 12.529/2011 e com os arts. 730 e 731 do Código Civil, não tem pertinência jurídica a invocação das Leis Federais nºs 12.468/2011, 12.587/2012 e 12.619/2012 para a proibição de aplicativos pelos quais consumidores e motoristas-proprietários de veículos firmam entre si contratos de "*transporte privado individual*".

Primeiro, porque a Lei Federal nº 12.468/2011 regulamenta apenas a profissão de taxista (art. 1º), mas não a de motorista particular, empregado ou autônomo, nem o contrato de "*transporte privado individual*", já que o art. 2º estabelece como "*atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o* ***transporte público individual***". A Lei Federal nº 12.468/2011 não derrogou o art. 730 do Código Civil que prevê o contrato de "*transporte privado individual*", ou de "*serviço privado de transporte*", como o feito por meio de aplicativos como o Uber.

De fato, a Lei nº 12.468/2011, que regulamenta a profissão de taxista, dispõe que "é atividade privativa dos profissionais a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros" (art. 2º), o que talvez explique a confusão jurídica de se tentar proibir com base nessa lei aplicativos como o Uber. Todavia, a profissão e a atividade de taxista, reguladas pela Lei nº 12.468/2011, não excluem a profissão e a atividade do motorista autônomo, proprietário ou não de veículo, que presta seu serviço de forma lícita, mediante contrato típico previsto no art. 730 do Código Civil.

Da mesma forma, a Lei Federal nº 12.587/2012, ao estabelecer a "*Política Nacional de Mobilidade Urbana*", não derroga o art. 730 do Código Civil, pois apenas define o que é "*transporte motorizado privado*", como sendo o "*meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares*", mas não restringe a prestação desse serviço a taxista, que tem, como acabei de dizer ao citar o art. 2º da Lei Federal nº 12.468/2011, exclusividade apenas para prestar o serviço de "*transporte público individual*", que, por sua vez, é definido pelo inciso VIII do art. 4º da Lei Federal nº 12.587/2012 como sendo o "*serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas*". Como se vê, o "*transporte público*

individual" difere do "*transporte privado individual*", porque o primeiro é "*aberto ao público*", isto é, no "*transporte público individual*" há obrigatoriedade de atendimento universal, razão pela qual o taxista não pode recusar o passageiro ou o trajeto por ele solicitado; ao passo que no "*transporte privado individual*" impera a autonomia da vontade do motorista, que tem o direito de aceitar firmar o contrato de transporte com o consumidor, de acordo com a sua conveniência.

Ademais, a Lei Federal nº 12.619/2012 apenas alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, ao disciplinar o "*Serviço do Motorista Profissional Empregado*" (Art. 235-A da CLT) e, por isso, obviamente não derrogou o art. 730 do Código Civil que prevê o "*transporte privado individual*" prestado por motorista autônomo; o que não significa que, eventualmente, não possa ser reconhecido, caso a caso, vínculo trabalhista entre os motoristas e o Uber, a exemplo do que se tem notícia que ocorreu recentemente na Califórnia.

Há que se ponderar, ainda, que as Leis Federais nºs 12.468/2011, 12.587/2012 e 12.619/2012, além de não disciplinarem o contrato de "*transporte privado individual*", também não vedam outra espécie de contrato civil típico, como o é o de locação de veículos, regulado pelos arts. 565 do Código Civil, e que não perde a natureza de "locação de bem móvel" "*quando a empresa coloca, ao dispor do cliente, um motorista que conduz o carro segundo a orientação do locatário*", conforme assim já reconheceu o Supremo Tribunal Federal (**RE 107363**, Rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, *DJ* 1/8/1986). Portanto, sob outra perspectiva, aplicativos como o Uber nada mais seriam do que instrumentos digitais de intermediação de contratos de locação de veículos com motorista.

Além disso, as Leis Federais nº 12.468/2011, 12.587/2012 e 12.619/2012 não regulam aplicativos de internet pelos quais motoristas particulares e consumidores firmam entre si contrato de "*transporte privado individual*". Portanto, juridicamente não há como proibir tais aplicativos com base nas referidas leis.

Por fim, de tudo que tenho acompanhado a respeito da proibição de aplicativos de intermediação de contrato de transporte, não vi até o momento qualquer notícia do que os maiores interessados têm a dizer sobre a questão. De fato, a discussão sobre a proibição ou não de aplicativos de intermediação de contrato de transporte não pode ser pautada exclusivamente pela pressão política de certas categorias profissionais, como vem sendo feito, mas deve ser feita precipuamente no interesse dos consumidores do serviço de "*transporte privado individual*", afinal é do interesse do consumidor — e deveria ser também do Estado, por força do art. 170 inciso IV da Constituição — que a

livre concorrência seja fomentada e não restringida. São os consumidores que devem ser os primeiros a serem ouvidos quando o Estado pretende proibir qualquer atividade econômica lícita!

Isso me faz lembrar, em conclusão, do que afirmou com sabedoria em 1940, mas ainda mais atual do que nunca, o economista austríaco Ludwig Von Mises:

> Um exame superficial poderia nos levar a imaginar que são os empresários que decidem o que deve ser produzido e como deve ser produzido. Entretanto, como eles produzem não para satisfazer suas próprias necessidades, mas para atender a necessidades de terceiros, é preciso que seus produtos sejam vendidos, no mercado, aos consumidores, ou seja, para aqueles que desejam consumi-los. Assim sendo, o empresário só poderá ser bem-sucedido e realizar um lucro se for capaz de produzir melhor e mais barato, vale dizer, com um menor dispêndio de material e mão de obra, os artigos mais urgentemente desejados pelos consumidores. Portanto, são os consumidores e não os empresários que determinam o que deve ser produzido. Numa economia de mercado o consumidor é o soberano. É ele que manda, e o empresário tem que se empenhar, no seu próprio interesse, em atender seus desejos da melhor maneira possível. A economia de mercado tem sido denominada democracia dos consumidores, por determinar através de uma votação diária quais são suas preferências. (*Intervencionismo, uma análise econômica*. Tradução de Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 20)