

# REGULAÇÃO ESTATAL E ECONOMIA COMPARTILHADA: UMA ANÁLISE DA ADPF N. 449/DF

Luiz Fux<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo se propõe a examinar os limites do poder regulador em relação ao ambiente concorrencial e ao exercício das profissões no *framework* da economia compartilhada. Para tanto, parte-se da análise do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449/DF, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza/CE, que estabelecia a proibição do uso de carros particulares, cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas. Nesse sentido, o artigo se divide em três capítulos, cada qual destinado a analisar um dos fundamentos invocados à ocasião para justificar referida medida restritiva: a (i) proteção dos agentes tradicionais do mercado de transporte de passageiros em face dos novos concorrentes; a (ii) proteção do consumidor; e a (iii) proteção da ordem urbanística e do tráfego. Ao contrastar tais justificativas ao estatuto constitucional das liberdades fundamentais e elencar aspectos empíricos relacionados aos serviços de transporte privado por meio de aplicativos, demonstra-se que pretensões proibitivas – como a esboçada na Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza/CE – não se sustentam sob a égide da Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional; Direito Regulatório; Economia Compartilhada.

---

1 Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Professor Livre-Docente em Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Filosofia.

**Abstract:** This article aims to examine the limits of state regulatory power regarding the competitive environment and the exercise of professions within the framework of the so-called sharing economy. For this purpose, it analyzes the ADPF n° 449/DF, in which the Brazilian Supreme Court declared the unconstitutionality of a municipal law that prohibited the use of private cars, registered or not in applications, for the transport of individuals (Lei n° 10,553/2016 of the Municipality of Fortaleza/CE). The work is divided into three chapters, through which it seeks to examine the main arguments put forward in favor of this restrictive measure: *(i)* the protection of the traditional players of passenger transport market vis-à-vis the new entrants; *(ii)* the consumer protection; and *(iii)* the protection of urban and traffic planning. By contrasting such justifications with the constitutional status of fundamental freedoms and by listing empirical aspects related to private transport services through applications, the article's purpose is to demonstrate that prohibitive measures such as contained in the above mentioned municipal law are not sheltered by the Brazilian Constitution of 1988.

**Keywords:** Constitutional Law; Law and Regulation; Sharing Economy.

# INTRODUÇÃO

O advento dos serviços de transporte remunerado de passageiros mediante a utilização de veículos particulares cadastrados em aplicativo de plataforma digital desafiou a manutenção do *status quo* no Brasil e no mundo. De fato, seja pela veloz ascensão dessa atividade, por seu elevado potencial de concorrência, pelas inevitáveis lacunas de regulação, por preocupações relativas à segurança, ou pelas divergências quanto à natureza da relação jurídica entre os motoristas e as plataformas: fato é que tal inovação disruptiva enfrentou forte resistência de autoridades públicas e, principalmente, de prestadores de serviços congêneres regulados pelo Estado.<sup>2</sup>

Deveras, nesse cenário de incertezas e de conflitos, não demorou muito até que fossem proferidas ordens judiciais determinando a suspensão parcial ou total dessas atividades (tal como observado no Brasil<sup>3</sup>, na Espanha<sup>4</sup> e na Índia<sup>5</sup>) e, em certos casos, ordenando inclusive a prisão de executivos das plataformas digitais (como ocorreu com a Uber, na França<sup>6</sup>). No mesmo sentido, esses serviços chegaram a ser proibidos na Colômbia<sup>7</sup> e em cidades da Dinamarca, da Austrália, da Hungria, da

---

2 AZEVEDO, Paulo et. al. Uber: O dilema de crescer com uma inovação disruptiva. **Série Estudos de Caso**. São Paulo: Insper, 2016, p. 3-4. Disponível em: [https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/10/Uber\\_dilema\\_inovacao\\_disruptiva\\_port.pdf](https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/10/Uber_dilema_inovacao_disruptiva_port.pdf).

3 ROVER, Tadeu. Liminar suspende serviços do aplicativo Uber em todo o Brasil. **Consultor Jurídico**. Publicado em: 29/04/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-29/liminar-suspende-servicos-aplicativo-uber-todo-brasil>.

4 CANO, Rosa. Uber cierra su servicio en España. **El País**. Publicado em: 31/12/2014. Disponível em: [https://elpais.com/economia/2014/12/31/actualidad/1419993561\\_752162.html](https://elpais.com/economia/2014/12/31/actualidad/1419993561_752162.html).

5 BARRY, Ellen; RAJ, Suhasini. Uber banned in India's capital after rape accusation. **The New York Times**. Publicado em: 8/12/2014. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/12/09/world/asia/new-delhi-bans-uber-after-driver-is-accused-of-rape.html>.

6 GRODEN, Claire. Two Uber executives arrested in France. **Time**. Publicado em: 29/06/2015. Disponível em: <https://time.com/3940092/uber-executives-arrested>.

7 SUTTO, Giovanna. Desta vez, adeus Colômbia: por que a Uber está sendo banida por alguns países. **Infomoney**. Publicado em: 28/01/2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/desta-vez-adeus-colombia-por-que-a-uber-esta-sendo-banida-por-alguns-paises>.

Bulgária, da China, da França, da Itália, da Finlândia, da Alemanha, da Holanda, da Inglaterra e dos Estados Unidos.<sup>8</sup>

Nesse contexto, o presente artigo se propõe a examinar os limites do poder regulador em relação ao ambiente concorrencial e ao exercício das profissões neste *framework* da economia compartilhada. Para tanto, parte-se da análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449/DF<sup>9</sup>, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza/CE, que estabelecia a proibição do uso de carros particulares, cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas.

Naquela ocasião, discutiu-se se seria possível ao Estado proibir ou restringir arbitrariamente o exercício de atividade econômica por particulares, considerando os princípios constitucionais da livre iniciativa e do valor social do trabalho (art. 1º, IV), da liberdade profissional (art. 5º, XIII) e da livre concorrência (art. 170, caput). Especificamente quanto ao transporte individual urbano de passageiros por intermédio de plataformas digitais, ponderou-se, ainda, se aludida proibição violaria os princípios da defesa do consumidor (art. 170, V) e da busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII).<sup>10</sup>

Nesse sentido, são apresentados a seguir os principais fundamentos em que o Tribunal se arvorou para concluir pela procedência da ADPF nº 449/DF. Em cada um dos três capítulos que se seguem, será analisada uma das justificativas apresentadas naquela oportunidade para sustentar a defesa da norma proibitiva do serviço em questão, quais sejam: a (i) proteção dos agentes tradicionais do mercado de transporte de passagei-

---

8 ORTON, Toby. 7 lugares ao redor do mundo onde Uber é proibido. **Oyster**. Publicado em: 18/07/2018. Disponível em: <https://www.oyster.com/pt/articles/where-is-uber-banned-around-the-world>.

9 Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 02.09.2019.

10 Quanto à dimensão material do referido diploma. Vale pontuar que, quanto aos argumentos acerca da inconstitucionalidade formal, cuja análise foge ao escopo do presente artigo, discutiu-se acerca competência dos Municípios para regular a atividade de transporte particular individual de passageiros. Nesse sentido, também se concluiu, à ocasião, pela inconstitucionalidade formal da lei impugnada, por afronta ao artigo 22, incisos IX, XI e XVI, da Constituição.

ros em face dos novos concorrentes; a (ii) proteção do consumidor; e a (iii) proteção da ordem urbanística e do tráfego. Após se contrastar tais justificativas ao estatuto constitucional das liberdades fundamentais e se elencar aspectos empíricos relacionados aos serviços de transporte privado por meio de aplicativos, passa-se, por fim, a uma breve conclusão, em que se resume a decisão e seus respectivos fundamentos.

## 1. A PROTEÇÃO DOS AGENTES TRADICIONAIS DO MERCADO DE TRANSPORTE EM FACE DOS NOVOS CONCORRENTES

Ao apreciar a constitucionalidade material da Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza, a Corte assentou, já como ponto de partida, o vanguardismo da Constituição Federal de 1988 no que diz respeito à consagração do mandamento da liberdade de iniciativa (artigos 1º, IV, e 170, *caput*, da CF). De fato, ao prever de forma expressa o direito a um ambiente de mercado competitivo, a Carta Magna brasileira distingue-se da maioria das Constituições em vigor no mundo<sup>11</sup> – inclusive da Constituição dos Estados Unidos da América de 1789, precursora do constitucionalismo liberal.

Nesse cenário, a definição dos limites governamentais regulatórios em relação à ordem econômica assume um papel de particular importância. Não se pode reduzir essa cláusula fundamental – que recebeu o destaque de fundamento da República Federativa do Brasil na Constituição e que não encontra paralelo na ampla maioria dos textos constitucionais de outras nações – a mero capricho retórico do constituinte brasileiro, afastando-se ou restringindo-se injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas.

---

11 Consoante a base de dados *Comparative Constitutions Project*, um dos maiores acervos de informações sobre textos constitucionais de diferentes países, organizado pelos Professores Tom Ginsburg (*University of Chicago*) e Zachary Elkins (*University of Texas*), apenas 21% (vinte e um por cento) das Constituições hoje em vigor ao redor do mundo preveem expressamente algum tipo de direito a um ambiente de mercado competitivo (disponível em: <http://www.comparativeconstitutionsproject.org>).

Deveras, foi justamente a necessidade de restrição do poder estatal sobre o funcionamento da economia de mercado o que conduziu ao surgimento do constitucionalismo moderno. Em um contexto histórico, a concentração do poder de decisão sobre atividades produtivas nas mãos do monarca e da elite que lhe era servil sempre representou efetivo meio de controle dos súditos, conquanto conduzisse ao empobrecimento da sociedade. A rigidez regulatória concentrava em uma elite de mestres artesãos, localizados no topo da hierarquia imposta, a prerrogativa de monopólio dos meios de produção, bem como a de estabelecer salários, preços e padrões de qualidade.

Nesse ambiente hostil à competição e à inovação, tornava-se mais fácil controlar as massas e assegurar a manutenção da nobreza dirigente no poder. Paradoxalmente, esse sistema era justificado na proteção ao trabalho, em que pese o notório óbice ao progresso e à distribuição das riquezas.

A respeito do tema, os professores Daron Acemoglu (*Massachusetts Institute of Technology*) e James Robinson (*Harvard University*) prelecionam que a inexistência de limites ao poder do soberano para a regência da economia e das profissões conduz a um círculo vicioso de totalitarismo político e acentuação da miséria, responsável pelo fracasso de diversas sociedades ao longo da história, desde o império romano até os dias atuais.<sup>12</sup>

Deveras, o grande salto de progresso da humanidade, que nos permitiu gozar de padrões de vida nunca antes experimentados, somente foi possível com o advento do constitucionalismo – no caso inglês, ante a derrocada da dinastia absolutista dos Stuart e a imposição, pela revolução gloriosa, de uma monarquia constitucional, foram criadas as instituições que conduziram à revolução industrial. Nesse sentido, o enriquecimento dos mais pobres é resultado direto de uma economia mais produtiva, ao passo que são condições fundamentais para tanto a ausência de intervenções arbitrárias por parte dos governantes e a garantia da liberdade de organização econômica. Foi pela falta desses componentes, concluem Acemoglu e Robinson, que não houve qualquer melhoria significativa de

---

12 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam. As origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Traduzido por Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 143-144.

padrões de vida da humanidade entre as revoluções neolítica, ainda na pré-história, e industrial, no fim do Século XVIII.<sup>13</sup>

A explicação para essa correlação entre inexistência de limites institucionais ao poder regulatório e fracasso econômico é abundante na literatura econômica. O ganhador do prêmio Nobel de economia George Stigler já ensinava, em seu clássico “The theory of economic regulation”, que “com seu poder de proibir ou compelir, de retirar ou conceder dinheiro, o Estado, de forma seletiva, pode e efetivamente ajuda ou prejudica um vasto número de indústrias.”<sup>14</sup> Como observou o aclamado economista, o processo político pelo qual as regulações são editadas é frequentemente capturado por grupos de poder interessados em obter, por essa via, proveitos superiores aos que conseguiriam em um ambiente de livre competição. Segundo ele, um recurso político comumente desejado por esses grupos é o poder estatal de controle de entrada de novos competidores em um dado mercado. Nessa hipótese, os benefícios da medida restritiva costumam se concentrar em um pequeno grupo, ao passo que os custos são dispersos por toda a sociedade, diminuindo a resistência política.<sup>15</sup>

Estabelecido, pois, que o exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado, cumpre definir a quem compete, em última instância, a fiscalização da observância dos limites do poder regulador, pois limites definidos e implementados pelo próprio ente limitado desafiam a ideia de Estado de Direito, dando azo ao surgimento de instância hegemônica de poder.

Consoante a clássica formulação de Friedrich Hayek, “o *Rule of Law* exige que a discricionariedade administrativa na ação coercitiva seja sempre sujeita a escrutínio por uma Corte independente.”<sup>16</sup> No Brasil, a Constituição estabeleceu o sistema de freios e contrapesos, segundo o

---

13 Idem.

14 STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, 1971, p. 3.

15 Ibidem, p. 5.

16 HAYEK, Friedrich. The Political Ideal of the Rule of Law. **National Bank of Egypt fiftieth anniversary commemoration lectures**. Cairo: National Bank of Egypt, 1955, p. 45.

qual compete ao Poder Judiciário invalidar os atos normativos que simplesmente proíbam ou estabeleçam restrições desproporcionais à livre iniciativa e à liberdade profissional. Nesse sentido, em mais de uma oportunidade o Supremo Tribunal Federal já afastou limitações arbitrárias ao exercício de atividades profissionais, a exemplo de quando julgou inconstitucional a exigência legal de diploma de curso de ensino superior para o exercício da atividade de jornalista.<sup>17</sup>

De fato, uma característica essencial do sistema constitucional de proteção de liberdades é sua prevalência *prima facie*, na medida em que as restrições governamentais devem ser reservadas a situações excepcioná-líssimas e devidamente justificadas. Cuida-se de consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da CF, pois esta, como já afirmou o Tribunal Constitucional Federal alemão, concebe o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade.<sup>18</sup>

Para o professor e jurista alemão Robert Alexy (*Kiel University*), o princípio da liberdade jurídica assume a qualidade de regra mestra do sistema normativo e “exige uma situação de disciplina jurídica na qual se ordena e se proíbe o mínimo possível.”<sup>19</sup> Sendo a liberdade um *topoi*, extraído da dignidade humana e da configuração do sistema jurídico, é imperioso inferir, sob pena de torná-la estéril, que eventuais restrições devem ser informadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo e adequarem-se ao teste da proporcionalidade.

Adotando um raciocínio semelhante, o Tribunal Constitucional Federal alemão assentou que “o indivíduo deve admitir restrições à sua liberdade de ação, estabelecidas pelo legislador para proteção e fomento do convívio social nos limites do razoável de acordo com a situação fática; mas deve a autonomia da pessoa restar mantida.”<sup>20</sup>

Nesse sentido, Robert Alexy ensina que “essa fórmula, na qual claramente se vislumbra a máxima da proporcionalidade, não apenas diz que

---

17 RE nº 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13.11.2009.

18 ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 45, 187.

19 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 177.

20 ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 30, 1 [20].



a liberdade é restringível, mas também que ela é restringível somente diante da presença de razões suficientes.”<sup>21</sup> Outra não é a conclusão dos professores Volker Epping (*Leibniz University Hannover*) e Christian Hillgruber (*University of Bonn*), que, analisando o artigo 2º da Constituição alemã, defendem que a garantia de liberdade da ação humana “expressa-se antes de tudo em uma estrita aplicação do princípio da proporcionalidade, com aumentado ônus de justificação por parte do Estado para intervenções.”<sup>22</sup>

É esse ônus de justificação elevado, por óbvio, não é atendido com o recurso a argumentos de cariz meramente retórico. É dizer: a restrição à liberdade deve encontrar suporte em elementos empíricos que indiquem a sua necessidade e adequação para atingir o objetivo constitucionalmente legítimo. Portanto, consubstancia ônus do proponente da medida o seu embasamento com informações, como, por exemplo, pesquisas de campo, estatísticas, levantamentos históricos e *etc.*, que a justifiquem e demonstrem sua eficácia.

Todavia, visto que constatações empíricas dependem de análises, mais ou menos controversas, sobre dados cuja abrangência e confiabilidade podem variar, surge questão de vital importância: qual é o grau exigido de segurança dos argumentos de justificação para legitimar uma determinada intervenção estatal na liberdade?

Com efeito, cuida-se de uma exigência de caráter dinâmico, pois o seu rigor será variável consoante a gravidade da restrição proposta à liberdade. É o que Robert Alexy denomina como lei epistêmica do sopesamento: “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.”<sup>23</sup>

À luz destas premissas, o STF averiguou se a lei impugnada na ADPF nº 449/DF, que proibia o “uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas”, configurava limitação proporcional ou desproporcional às liberdades

---

21 ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 357-358.

22 EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian. **Grundgesetz: Kommentar**. 2. ed. München: C. H. Beck, 2013, p. 29.

23 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 617.

de iniciativa (artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da CF) e de profissão (artigo 5º, inciso XIII, da CF).

Neste ponto vale pontuar que o escrutínio realizado pela Corte não abrangeu todos os tipos de regulações possíveis do mercado de transporte de passageiros – a exemplo de questões como padrões mínimos de segurança, deveres de informação, requisitos objetivos de qualificação para motoristas e *etc.* Naquela oportunidade, o âmbito estrito de análise dizia respeito à possibilidade de restrição oligopolística desse mercado – ou seja, da limitação da quantidade de prestadores de serviço a um grupo autorizado pelo governo, vedando-se o exercício da profissão a todos os demais particulares.

O transporte remunerado privado individual de passageiros guarda relação muito próxima com o serviço prestado pelos táxis, cujo licenciamento, no Brasil, funciona como a delegação de um privilégio a certos particulares, os quais passam a deter a exclusividade de exploração do serviço de transporte de passageiros. Os detentores de licenças, por sua vez, podem cedê-las para a exploração de terceiros, os verdadeiros motoristas, mediante remuneração, as denominadas diárias. Isto gera uma restrição artificial do mercado e cria uma renda extraordinária para os detentores de licenças, cujo valor deriva precisamente da possibilidade de transacionar esse título. Trata-se, assim, de ativo que não corresponde a qualquer benefício gerado à sociedade, mas apenas ao cenário antinatural de escassez decorrente da limitação governamental.

Aludido mecanismo tem como única consequência a transferência involuntária de recursos de consumidores e trabalhadores para um grupo específico, formado por aqueles agraciados com o número restrito de licenças. Portanto, há enorme resistência de grupos organizados à abertura do mercado para novos entrantes – é dizer, novos trabalhadores, iniciantes ou migrantes de setores em crise, em busca de oportunidades de gerar valor para a sociedade mediante recompensa financeira.

Considerando que o desemprego no país, à época, havia alcançado o patamar recorde de 13,7% (treze vírgula sete por cento), afetando 14.200.000 (catorze milhões e duzentas mil) pessoas<sup>24</sup>, é de se louvar a

---

24 SILVEIRA, Daniel; CAVALLINI, Marta. Desemprego fica em 13,7% no 1º trimestre de 2017 e atinge 14,2 milhões. **G1 Economia**. Publicado em: 28/04/2017.

abertura de mercado que represente absorção de mão-de-obra e considerar qualquer medida em sentido contrário afrontosa ao princípio constitucional da busca pelo pleno emprego, previsto no artigo 170, inciso VIII, da CF.

É importante perceber que os verdadeiros prejudicados são os que têm a perder com a desvalorização das licenças de permissão de táxis, motoristas ou não, isto é, aqueles que sempre se opuseram à ampliação da quantidade de licenças, para impedir a entrada de novos motoristas e assegurar rendas supracompetitivas, conforme esclarece importante estudo do Insper, segundo o qual, antes do início da operação da Uber, o valor estimado de uma licença de permissão de táxi era de aproximadamente R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) na cidade do Rio de Janeiro e de R\$ 680.000,00 (seiscentos e oitenta mil reais) na cidade de São Paulo. No entanto, o aumento da concorrência causado pela Uber tem a capacidade potencial de ampliar a oferta do serviço até atingir o ponto de saturação, em que não haverá mais valor na limitação de novos entrantes no mercado, e de eliminar o valor da licença de permissão de táxi. Eis o tamanho da resistência à expansão da Uber.<sup>25</sup>

Este cenário representa a existência de evidente captura regulatória dos órgãos públicos para proibir o esvaziamento do valor da licença de permissão de táxi em virtude da abertura de mercado, ainda que represente dano aos consumidores e trabalhadores que pretendem ingressar no setor. Nesse sentido, a norma restritiva da atividade de transporte individual analisada à ocasião consiste em odiosa forma de transferência de recursos dos consumidores para os detentores de licenças de permissão de táxi, diante da diminuição das opções de escolha daqueles em favor destes.

É preciso ter em mente que mesmo os detentores de licença de permissão de táxi que exercem a atividade profissional e não a delegam a terceiros não fazem jus a qualquer proteção legal ou administrativa em face da concorrência, independentemente de virem a experimentar um

---

Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-137-no-1-trimestre-de-2017.ghtml>.

25 AZEVEDO, Paulo et. al. Uber: O dilema de crescer com uma inovação disruptiva. **Série Estudos de Caso**. São Paulo: Insper, 2016, p. 7-8. Disponível em: [https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/10/Uber\\_dilema\\_inovacao\\_disruptiva\\_port.pdf](https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/10/Uber_dilema_inovacao_disruptiva_port.pdf).

decréscimo de renda a partir do ingresso de novos agentes no mercado, em decorrência do efeito natural da lei da oferta e da demanda, embora existam evidências empíricas no sentido de que esse decréscimo de renda não ocorreu de fato nas principais cidades brasileiras. Não obstante, o aumento da concorrência impõe um novo paradigma aos antigos agentes, como a necessidade de prestação de um serviço melhor e mais barato para se manter no mercado, sob pena de serem compelidos a migrar para outra atividade, na qual possam produzir maior valor para a sociedade.

Essa é a sistemática de defesa da concorrência, benéfica para os consumidores, para a coletividade e também para os trabalhadores, pois a competição, sempre saudável, os torna mais produtivos. Por isso mesmo é a sistemática protegida por diversas normas constitucionais protetivas de liberdades básicas e da concorrência, conforme preveem os artigos 1º, inciso IV; 5º, *caput* e inciso XIII; 170, *caput* e inciso IV; e 173, § 4º, da CF.

Portanto, não pode o Estado impedir a entrada de novos agentes no mercado para preservar a renda de agentes tradicionais, sob pena de insanável violação aos princípios da igualdade (artigo 5º, *caput*, da CF) e da livre iniciativa (artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da CF). Esta é a *ratio* que informou a edição da Súmula Vinculante nº 49 do STF, segundo a qual “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

Afinal, o propósito do Direito antitruste, de caráter constitucional, é justamente proteger os novos entrantes em face de ações concertadas dos *players* tradicionais, e não o inverso, haja vista que o artigo 173, § 4º, da CF prevê que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

De fato, quando uma lei restringe mercados de forma artificial, está, na realidade, favorecendo a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, o que ocorre pela fixação de tarifas manifestamente superiores ao preço de mercado e se verifica pelo fato de que os novos concorrentes têm conseguido se estabelecer no mercado de transporte individual de passageiros com serviços de qualidade superior a preços semelhantes ou inferiores. E tudo isto

decorre da atividade de grupos de pressão junto aos Poderes Legislativo e Executivo, em todas as esferas da Federação, na tentativa de capturar o regulador e aumentar os seus ganhos financeiros.

À luz dos já referidos ensinamentos de George Stigler, o ambiente por excelência do denominado *rent-seeking*, concretizado na captura do poder político pelos detentores de poder econômico, tem lugar quando os ganhos de determinada medida se concentram em uma classe, ao passo que os seus custos são dispersos pela coletividade, reduzindo os incentivos para que haja resistência pelas vias tradicionais de participação. Nesses casos de disfuncionalidade das instituições democráticas, o Poder Judiciário deve intervir para garantir a plena efetividade das liberdades constitucionalmente asseguradas.<sup>26</sup>

Neste sentido, a teoria da escolha pública (*public choice theory*) concede o aporte teórico necessário a identificar a estrutura de incentivos a que estão sujeitos legisladores e demais servidores e funcionários públicos, nem sempre pautados pelo interesse público diante da captura regulatória, assim compreendida a manipulação do processo decisório coletivo em favor de determinados grupos de interesse, mais organizados, em detrimento de toda a sociedade<sup>27</sup>, resultando, muitas vezes, no já conhecido vício do desvio de poder, seja legislativo ou administrativo<sup>28</sup>.

E para evitar a captura regulatória, a transparência surge como elemento de vital importância, na medida em que cria um ambiente propício à consistência regulatória, pois obriga os agentes decisórios a explicitar, com maior rigor analítico, os motivos causadores e as finalidades perseguidas pela intervenção estatal em determinado setor da economia, sob pena de torná-la suspeita e autorizar o escrutínio de sua validade jurídica.

Vale notar que, no caso da ADPF 449, a própria Câmara Municipal de Fortaleza/CE justificou a norma impugnada com base na “necessidade de proteção quanto ao sistema e aos profissionais do setor”, tornando cris-

---

26 STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, 1971, p. 5.

27 BÓ, Ernesto. Regulatory capture: a review. **Oxford Review of Economic Policy**, v. 22, n. 2, 2006, p. 203-225.

28 TÁCITO, Caio. Desvio de poder legislativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 1, 1993, p. 62-68; MELLO, Celso Antônio. O desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, n. 172, 1988, p. 1-19.

talina a finalidade da lei, qual seja: preservar a renda e a restrição de mercado em favor de determinados agentes profissionais. Sendo assim, evidenciada a captura regulatória, concluiu-se que o Poder Judiciário legitima-se a rever a medida suspeita, enquanto instituição estruturada para decidir com independência em relação a pressões políticas, a fim de evitar que a democracia se torne um regime servil a privilégios de grupos organizados.

A propósito, não caberia a alegação, nessa hipótese, de que a revisão judicial comprometeria o princípio da separação dos Poderes, pois o argumento de que a expertise dos órgãos reguladores, em contraposição à formação generalista dos magistrados, garantiria àqueles um amplo campo de atuação infenso ao controle jurisdicional já não resiste à análise mais atenta das nuances que envolvem essa especial aplicação dos *checks and balances*.

Nesse sentido se inclina a recentíssima teoria regulatória do *enforcement*, a qual define o critério da eficiência como norte para a distribuição de métodos para efetivação de padrões socialmente desejáveis de conduta entre os atores privados, o Poder Judiciário e o governo, como ensina o professor de economia Andrei Shleifer (*Harvard University*), para quem a disciplina de mercado pode controlar com sucesso a desordem (habilidade dos agentes privados causarem danos a outros) e evitar a anarquia Hobbesiana, revelando-se a melhor abordagem porque produz os menores custos sociais em relação à ditadura (habilidade do governo e seus agentes de impor os custos sociais aos agentes privados).<sup>29</sup>

De fato, a teoria do *enforcement* aduz inexistir justificativa para a regulação quando implicar em restrição de entrada no mercado por meio de licenciamento estatal, pois, segundo o professor Andrei Shleifer, a efetividade da disciplina de mercado é um argumento poderoso, haja vista que as empresas entrantes são pequenas e as falhas na prestação de serviços de qualidade são detectadas e penalizadas pelos consumidores, de modo que não é claro o motivo pelo qual a qualidade dos empreendedores ou de suas empresas deveria ser regulada já na fase de entrada no mercado.<sup>30</sup>

---

29 SHLEIFER, Andrei. Understanding Regulation. **European Financial Management**, v. 11, n. 4, 2005, p. 443-444.

30 Ibidem, p. 444.

E o supracitado professor de economia finaliza afirmando que reguladores têm muitas oportunidades para criar regras que não são apenas politicamente motivadas, pois servem, principalmente, para benefício próprio, mediante a criação de oportunidades para a corrupção, das quais o licenciamento e as permissões estatais são grandes exemplos.<sup>31</sup>

Na mesma linha, o renomado jurista Richard Posner assevera que “enquanto há razões teóricas para acreditar-se que a concentração em mercados desregulados está associada a economias de escala e outras eficiências, não há teoria ou conjunto de evidências aceitos que atribuam benefícios sociais à regulação que limite a entrada e a competição de preços.”<sup>32</sup>

Também o falecido professor Walter Gellhorn (*Columbia University*) também alertava que a limitação do exercício profissional no âmbito da entrada não seria justificável sob o prisma da garantia de qualidade no mercado de consumo, pois só seriam necessárias medidas que oferecessem proteção contra aqueles comprovadamente deficientes em sua capacidade ou integridade, sem que nesse processo fossem criadas limitações artificiais sobre as escolhas de carreiras, oportunidades de trabalho e estímulos para prestar serviços superiores a custos inferiores.<sup>33</sup>

Ademais, o descrédito na capacidade de o regulador produzir benefícios sociais com a limitação de ingresso no mercado não se restringe à teoria, pois a hipótese segundo a qual a regulação de entrada seria realizada no interesse dos consumidores também não resiste à análise empírica. Em estudo realizado a partir da colheita de dados de 85 (oitenta e cinco) países, os professores e pesquisadores Simeon Djankov (*University of Michigan*), Rafael La Porta e Florencio Lopez-de-Silanes (ambos *PhD* em economia pela *Harvard University*) e Andrei Shleifer concluíram que a limitação de entrada no mercado promove a corrupção e não gera benefícios aos consumidores.

Outrossim, cabe ressaltar a existência de evidências empíricas no sentido de que o serviço de transporte privado por meio de aplicativos

---

31 SHLEIFER, Andrei. The Enforcement Theory of Regulation. **The Failure of Judges and the Rise of Regulators**. Cambridge: The MIT Press, 2012, p. 18.

32 POSNER, Richard. The Social Costs of Monopoly and Regulation. **The Journal of Political Economy**, v. 83, n. 4, 1975, p. 807-828.

33 GELLHORN, Walter. The Abuse of Occupational Licensing. **The University of Chicago Law Review**, v. 44, n. 1, 1976, p. 26.

não diminuiu o mercado dos táxis. Com efeito, estudo realizado pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) colheu e analisou dados do Distrito Federal e dos municípios de São Paulo, do Rio de Janeiro e de Belo Horizonte, os quais demonstraram que o surgimento da plataforma Uber na prestação de serviços de transporte individual de passageiros promoveu, na verdade, um alargamento do mercado, na medida em que conquistou consumidores que antes não utilizavam o serviço prestado pelos táxis em seus deslocamentos urbanos, suprindo, assim, uma demanda reprimida.<sup>34</sup>

Sob essa perspectiva, uma primeira conclusão assentada pela Corte à ocasião foi a de que a medida proibitiva do exercício privado da atividade de transporte por meio de aplicativos *não* pode se fundamentar na tutela dos interesses de agentes tradicionais do mercado – sejam detentores de licença, sejam taxistas em geral –, sob pena de evidente inconstitucionalidade. Deveras, a captura regulatória torna suspeito o critério para a limitação de entrantes no mercado de prestadores de serviço de transporte de passageiros, violando os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade profissional (art. 5º, XIII) e da livre iniciativa (art. 1º, IV, e 170, caput).

## 2. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

O segundo argumento comumente utilizado para justificar a existência de normas proibitivas como a Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza/CE fundamenta-se em uma pretensa proteção do consumidor. Nesse sentido, ao apreciar a constitucionalidade do referido diploma no bojo da ADPF 449, o STF teve a oportunidade de examinar se a proibição de aplicativos que oferecem serviços de transporte de passageiros

---

34 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta. **Documentos de Trabalho 003/2015**. Brasília: CADE, 2015, p. 24-25. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2015/documento-de-trabalho-n03-2015-rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativo-uber-sobre-as-corridas-de-taxi.pdf>.



presta-se a corrigir falhas de mercado passíveis de se mostrarem deletérias aos consumidores.

De fato, o entendimento mais consentâneo ao papel das inovações tecnológicas no desenvolvimento da economia compartilhada permite alcançar a conclusão de que a explicação tradicional para a regulação de entrada no mercado de táxis não se apoia nos dias atuais, se é que essa limitação já foi razoável, pois, consoante a teoria regulatória do interesse público, cujo maior expoente é o economista inglês Arthur Pigou (*University of Cambridge*), a regulação de entrada justificar-se-ia pela necessidade do governo filtrar os novos entrantes, a fim de assegurar produtos e serviços de qualidade aos consumidores.

No mercado de táxis, a concessão de licenças de permissão pelo governo seria responsável por fornecer uma pretensa confiança na qualidade dos veículos e motoristas, na previsibilidade do preço e na punição do prestador de serviço em caso de acidentes. Entretanto, a teoria regulatória do *enforcement* assevera que esta proposição foi superada pela experiência prática.

Desafiando a clássica explicação para o licenciamento de táxis, aplicativos de transporte de passageiros conseguem não apenas fornecer tudo o que a regulação tradicional sempre prometeu aos consumidores, mas vai ainda além: (i) impede a adulteração de taxímetros; (ii) permite ao usuário acompanhar o trajeto para impedir que o motorista adote caminho mais longo desnecessariamente; (iii) presta seguro aos passageiros; (iv) compartilha com os consumidores as avaliações de outros usuários; (v) permite a avaliação de usuários, em benefício dos motoristas; e (vi) permite o compartilhamento de corridas entre usuários distintos, barateando o serviço e tornando mais eficiente o sistema de transporte urbano.

A tecnologia, por conseguinte, conseguiu solucionar, em definitivo, problemas classicamente entendidos como “falhas de mercado”, antes justificadores da intervenção estatal regulatória, de modo que tais inovações espontâneas da sociedade proporcionaram novas comodidades à coletividade ao mesmo tempo em que afastaram os inconvenientes que os custos de transação e as assimetrias de informação poderiam causar em um mercado com barreiras de entrada.

Sobre a compreensão dinâmica e evolutiva das falhas de mercado, o professor Ejan Mackaay (*University of Toronto*) ensina que os custos de transação podem evoluir ao longo do tempo, especialmente em razão de avanços na tecnologia do transporte e da comunicação, de modo que uma regra que pode ter feito sentido como modo de correção para custos de transação substanciais no passado deixa de ter justificativa quando esses custos mudam. Assim, regulações de esgoto, água, eletricidade e telecomunicações, que pareciam justificadas enquanto essas indústrias pareciam monopólios naturais, deixaram de ser apropriadas quando avanços técnicos nos fizeram perceber que tais serviços podem muito bem ser oferecidos em caráter competitivo.<sup>35</sup>

Outrossim, os benefícios gerados aos consumidores são evidenciados não apenas pela crescente utilização dos serviços disponibilizados por essas plataformas digitais, mas também por estudos desenvolvidos por importantes pesquisadores da área, dentre os quais destaca-se o elaborado por economistas das Universidades de Chicago e de Oxford, a fim de estimar o excedente do consumidor (*consumer surplus*) fornecido por uma plataforma de serviços de transporte individual no mercado norte-americano.

O excedente do consumidor consiste na diferença entre o benefício marginal na aquisição de um bem ou serviço e o valor efetivamente pago, observado pela interação entre a curva de demanda e o preço de mercado. Trata-se do bem-estar econômico que os consumidores experimentam ao adquirir algo por valor inferior ao máximo que estariam dispostos a pagar. Calculando a elasticidade da demanda à vista da variação de preços com o recurso a técnicas de econometria e *big data*, o estudo em voga estima que o serviço UberX gerou um excedente aos consumidores de aproximadamente US\$ 6.800.000.000,00 (seis bilhões e oitocentos milhões de dólares) nos Estados Unidos apenas em 2015.<sup>36</sup>

O estudo ainda estima que o excedente do consumidor é aproximadamente 1.57 vezes superior aos seus gastos efetivamente realizados,

---

35 MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law Systems**. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 11.

36 COHEN, Peter et. al. Using Big Data to Estimate Consumer Surplus: The Case of Uber, **NBER Working Paper No. w22627**, 2016, p. 21. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2837639>.

o que significa dizer que para cada US\$ 1,00 (um dólar) gasto em corrida de UberX, estima-se que o consumidor economiza US\$ 1,57 (um dólar e cinquenta e sete centavos) como excedente. Essas estimativas de excedente do consumidor são elevadas em relação aos prováveis ganhos e perdas sofridas por motoristas de táxi como consequência do ingresso do Uber no mercado.<sup>37</sup> Em conclusão, os pesquisadores afirmam que “o valor de excedente do consumidor em um dia, pelas nossas estimativas, é de cerca de US\$ 18 milhões. Se a Uber desaparecesse inesperadamente por um dia, isso é o quanto os consumidores perderiam”.<sup>38</sup>

Nesses termos, impedir, por ato governamental, o funcionamento da mencionada plataforma, equivaleria a um dano anual bilionário aos consumidores norte-americanos, de modo que, considerando a franca aceitação dos serviços de transporte da espécie entre os consumidores brasileiros, não há motivos para duvidar de que também no nosso país a economia compartilhada tenha proporcionado um desejável excedente do consumidor no mercado de transporte individual de passageiros.

Por fim, sob o prisma da análise de proporcionalidade, a norma que veda o uso de carros particulares, cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas não é necessária e nem adequada para reduzir custos de transação ou assimetrias de informação no mercado. Ao contrário, tal proibição impõe um alto custo social, em termos de preço e qualidade de serviços ao consumidor, de oportunidades de trabalho, de dinamismo da economia e *etc.*, sem produzir benefício em contrapartida.

Conclui-se, destarte, que proibir a operação desse serviço geraria, por consequência, um efeito contrário ao objetivo de defesa do consumidor imposto pelos artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da CF, caracterizando um desvirtuamento patente do poder regulatório do Estado em prejuízo dos cidadãos.

---

37 Ibidem, p. 5.

38 Ibidem, p. 21.

### 3. A PROTEÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA E DO TRÁFEGO

A terceira justificativa comumente utilizada para fundamentar a necessidade de medidas restritivas como a norma impugnada no bojo da ADPF 449 concerne as preocupações de ordem urbanística e de ordenamento do tráfego. Naquele caso, argumentava-se que os reguladores teriam interesse em restringir o mercado de transporte individual para ajustar a oferta e o preço do serviço, a fim de diminuir a quantidade de carros em circulação, priorizar o transporte público e favorecer a compactação das cidades, gerando incentivos para que as pessoas residam o mais próximo possível de seus destinos cotidianos, reduzindo, assim, a expansão urbana.

Todavia, ainda que seja preciso aumentar o preço do deslocamento urbano em transportes individuais por variados objetivos urbanísticos, não se pode argumentar que isso necessariamente deva ocorrer pela restrição de entrada no mercado. Insta rememorar que a CF impôs ao regulador, mesmo na tarefa de ordenação das cidades, a opção pela medida que não exerça restrições injustificáveis às liberdades fundamentais de iniciativa e de exercício profissional (artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, e artigo 5º, inciso XIII, da CF), respeitado sempre o princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CF).

A necessidade de aperfeiçoar o uso das vias públicas não autoriza a criação de um oligopólio prejudicial aos consumidores e potenciais prestadores de serviço no setor, sobretudo quando há alternativas praticadas no mundo para o enfrentamento do problema. Aliás, causa perplexidade a invocação do objetivo de melhora do tráfego urbano para proibir precisamente serviços que criam alternativas inovadoras na redução do número de veículos em circulação, como sistemáticas de compartilhamento de corridas entre pessoas desconhecidas, por meio de algoritmos, como, por exemplo, o denominado *Uber pool*.

A opção proibitiva também desconsidera a hipótese de que usuários do serviço dele se valham para não utilizar os seus veículos particulares, o que reduz a necessidade de vagas de estacionamento em áreas de

grande fluxo, influenciando na expansão urbana, além de diminuir o tráfego de motoristas à procura dessas vagas, desafiando, assim, o trânsito.

Ademais, estudo desenvolvido por pesquisadores das Universidades Estadual do Arizona e de Houston averiguou a correlação entre a entrada da Uber no mercado e o congestionamento do trânsito em áreas urbanas dos Estados Unidos, aplicando a técnica de econometria chamada “diferenças em diferenças”, que considera os cenários anteriores e posteriores ao ingresso do fator analisado nos grupos de teste e de controle. Segundo os autores, foram encontradas evidências empíricas de que os serviços de compartilhamento de corridas, como o prestado pela Uber, reduzem significativamente o congestionamento de trânsito após entrar em funcionamento em uma área urbana.<sup>39</sup>

Outrossim, a prefeitura de Nova Iorque opinou contrariamente a uma proposta de limitação do número de motoristas em circulação por meio de aplicativos, ao afirmar, com base em estudo próprio, que: (i) aplicativos de transporte não parecem causar o congestionamento adicional experimentado no centro comercial da cidade; e (ii) por força de padrões de emissão de poluentes impostos a toda a indústria automotiva, mudanças no setor de veículos sob demanda provavelmente não afetarão a qualidade do ar na cidade de maneira significativa.<sup>40</sup>

Ainda em relação à gestão do trânsito, outro estudo empírico, que também usou a técnica chamada “diferenças em diferenças”, correlaciona o ingresso do aplicativo Uber em mercados da Califórnia a uma significativa e rápida redução no número de homicídios ocorridos com veículos automotores cujos motoristas dirigiam sob a influência de álcool, na medida em que os pesquisadores responsáveis apontam que a insuficiência do número de táxis pode contribuir para que pessoas optem por dirigir seus veículos mesmo após o consumo de bebidas alcoólicas.<sup>41</sup>

---

39 LI, Zirui; HONG, Yili; ZHANG, Zhongju. **Do Ride-Sharing Services Affect Traffic Congestion? An Empirical Study of Uber Entry**, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2838043>.

40 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. City of New York, Office of the Mayor. **For-Hire Vehicle Transportation Study**, 2016. p. 5-6. Disponível em: <https://www1.nyc.gov/assets/operations/downloads/pdf/For-Hire-Vehicle-Transportation-Study.pdf>.

41 GREENWOOD, Brad; WATTAL, Sunil. *Show Me the Way to Go Home: An Empirical Investigation of Ride Sharing and Alcohol Related Motor Vehicle Homicide*,

É importante destacar que esse efeito positivo do funcionamento de aplicativos de compartilhamento de corridas abrange não apenas a quantidade de vidas salvas, mas também os custos economizados na persecução penal e encarceramento de motoristas que tenham causado acidentes enquanto alcoolizados.

Além disso, cabe lembrar que congestionamentos resultam de fatores recorrentes e não recorrentes, sendo que fração substancial destes últimos é composta por acidentes de trânsito. Portanto, se as plataformas de economia compartilhada reduzem a embriaguez ao volante, contribuem, também por essa perspectiva, para a melhor fluidez do trânsito. Mesmo que os serviços de compartilhamento de corridas gerassem um impacto negativo no trânsito e na expansão das cidades, sem apresentar efeitos sociais positivos relacionados à mobilidade urbana, não haveria espaço para o ato normativo proibitivo do exercício de liberdades constitucionalmente asseguradas, ante a existência de alternativas para enfrentar tais questões e que não geram restrição de entrada em mercado profissional.

Os chamados pedágios urbanos, por exemplo, permitem a gestão do tráfego de forma isonômica, conforme proposição clássica do economista Arthur Pigou (*University of Cambridge*) na década de 1920, posteriormente refinada pelo professor de economia William Vickrey (*Columbia University*), agraciado com o prêmio Nobel em 1996, tendo como objetivo a adequação da demanda ao custo marginal social de utilização das vias públicas, por meio da alteração do custo individual de cada viagem. O modelo permite levar em consideração a heterogeneidade de usuários, as características de cada modal, as diferenças regionais e *etc.* Iniciativas do gênero foram adotadas em Cingapura (*Electronic Road Pricing*), na Suécia (*Trängselskatt i Stockholm*) e na Inglaterra (*London Congestion Charge*), dentre outros países.<sup>42</sup> Uma alternativa seria instituir o rodízio na circulação de automóveis em horários e regiões, como ocorre em São Paulo/SP desde a edição da Lei Municipal nº 12.490/1997.

---

Fox School of Business Research Paper No. 15-054, 2015, p. 1. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2557612>.

42 VICKREY, William. Congestion Theory and Transport Investment. *The American Economic Review*, v. 59, n. 2, 1969, p. 251-260.

A literatura da teoria econômica da mobilidade urbana oferece ainda inúmeros exemplos de políticas públicas que contribuem para a melhoria do trânsito, de modo que a alteração do zoneamento urbano, o estabelecimento de controle de densidade mínima e a diversificação de uso do solo para favorecer a caminhada e o ciclismo em deslocamentos cotidianos são apontados como ferramentas úteis de gestão do trânsito.<sup>43</sup>

Consectariamente, a repressão legislativa às iniciativas modernas de ordenamento espontâneo do transporte nega aos indivíduos o direito à mobilidade urbana eficiente, contrariando o mandamento contido no art. 144, § 10, inciso I, da CF. Ademais, desconsidera o potencial impacto positivo das novas tecnologias no trânsito na demanda por vagas de estacionamento em grandes centros e na quantidade de acidentes automobilísticos por ingestão de bebida alcoólica, sem contar os inúmeros e já detalhados benefícios aos consumidores. Ignora, igualmente, medidas alternativas que são recorrentemente apontadas por especialistas para enfrentar os problemas de mobilidade e urbanísticos, as quais, por serem isonômicas, não resultam em restrição arbitrária às já mencionadas liberdades constitucionais de iniciativa (artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da CF) e profissional (artigo 5º, inciso XIII, da CF). Por isso mesmo, medidas restritivas como a esboçada na Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza/CE carecem de fundamentação racional.

Por fim, cumpre tecer algumas observações quanto ao controle jurisdicional referente ao caso concreto analisado por este artigo. Vale dizer: as liberdades fundamentais consagram os limites substanciais ao poder estatal, legitimando-se o controle jurisdicional sempre que essas liberdades sejam restringidas por intervenções regulatórias arbitrárias.

Considera-se arbitrária, em primeiro lugar, a medida que possua objetivo vedado pela Constituição, como nos casos em que se destinam a favorecer indevidamente grupos de pressão, resultando de evidente captura regulatória. Além disso, é arbitrária a medida que limite liberdades fundamentais, como as de iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da Constituição) e de exercício profissional (art. 5º, XIII, da Constituição), sem evidências razoáveis de que seja adequada a produzir benefícios sociais cuja conse-

---

43 BERNICK, Michael; CERVERO, Robert. **Transit Villages in the 21st Century**. New York: McGraw-Hill, 1997.

cução igualmente seja constitucionalmente ordenada. Da mesma forma, deve ser reconhecida como arbitrária a medida quando o regulador ignora alternativas evidentes para a produção do mesmo benefício social e que não produzem os mesmos prejuízos às liberdades fundamentais, falhando no teste de necessidade, reconhecido por esta Corte ao menos desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9.<sup>44</sup> Por fim, a intervenção regulatória deve ser considerada arbitrária quando houver manifesta e injustificada desproporção entre seus potenciais benefícios e seus potenciais prejuízos a valores constitucionalmente protegidos.

Acerca deste último critério de controle judicial de uma intervenção regulatória arbitrária, é pertinente citar o *leading case* julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, qual seja *Michigan vs. Environmental Protection Agency (EPA)*. No voto acompanhado pela maioria, afirmou-se que “não se pode dizer que é racional, muito menos ‘apropriado’, impor bilhões de dólares em custos econômicos em troca de poucos dólares em termos de saúde ou benefícios ambientais (...). A consideração dos custos reflete o entendimento de que a razoabilidade da regulação normalmente requer atenção às vantagens e desvantagens das decisões do regulador.”<sup>45</sup>

Igualmente importante para a definição das balizas do controle judicial de atos regulatórios à luz de liberdades constitucionalmente asseguradas é a conclusão de que o ônus de justificação da medida restritiva compete ao poder público, o qual será atendido quando presentes razões de primeira ordem, assim entendidas as que demonstrarem, com evidências sustentáveis, os potenciais benefícios legítimos da medida, a razoabilidade da sua escolha à vista das alternativas manifestas e a relação de intensidade entre benefícios e restrições a liberdades fundamentais em consonância ao ordenamento constitucional.

Há também o atendimento ao ônus de justificação quando existentes razões de segunda ordem, ou seja, em hipóteses nas quais não seja pos-

---

44 Rel. Min. Néri da Silveira. Red. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2001.

45 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Michigan vs. Environmental Protection Agency (EPA)*, 576 U.S. 743 (2015), Opinion of the Court, p. 7.



sível apresentar razões de primeira ordem por demonstradas incertezas e limitações inerentes ao processo de tomada de decisão no caso concreto.

Assim, no campo das razões de segunda ordem, a incerteza pode decorrer da própria indefinição científica sobre os fatores envolvidos na análise, o que ocorre quando os *experts* falham em definir de forma suficiente os efeitos que determinada solução para o problema de política pública pode gerar, ou se não fornecem elementos suficientes para permitir uma clara comparação entre a medida restritiva e suas alternativas.

O regulador pode se deparar, também, com limites de ordem temporal, de modo que a urgência para o atendimento de um interesse relevante impede a detida análise sobre as consequências da medida restritiva adotada. A limitação pode, ainda, ser de recursos, quando o investimento necessário ao esclarecimento das premissas empíricas que fundamentam a decisão regulatória não seria compensado pelos benefícios de realizar-se a escolha no cenário menos incerto possível.

Por todos esses motivos, concluiu-se que a providência gravíssima de proibição das atividades de plataformas de economia compartilhada no setor de transporte urbano, tal como estabelecida pela Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza/CE, não se sustenta por razão legítima alguma: porquanto a Constituição brasileira não admite, sob pena de franca violação a direitos fundamentais, medidas restritivas de liberdade desprovidas de bases racionais, seja de primeira ou de segunda ordem.

## CONCLUSÃO

Ao se contrastar as principais justificativas invocadas para legitimar a Lei nº 10.553/2016 do Município de Fortaleza/CE – que proibia as atividades de plataformas de economia compartilhada no setor de transporte urbano – ao estatuto constitucional das liberdades fundamentais, ressaltando inequívoco que referida providência proibitiva não se sustenta, por razão legítima alguma, sob a égide da Carta Magna de 1988.

Em primeiro lugar, considerando-se que o ato normativo questionado tem por finalidade a proteção dos agentes tradicionais do mercado de transporte de passageiros em face dos novos concorrentes, observa-se inequívoca ofensa à garantia de um ambiente de mercado competitivo – a

qual é expressa nos artigos 1º, inciso IV, 5º, *caput* e inciso XIII, 170, *caput* e inciso IV, e 173, § 4º, da CF. De fato, como inclusive já reconhecido anteriormente pelo STF, cuida-se de critério imprestável para justificar a restrição ao livre exercício das profissões, o que somente pode ocorrer de forma excepcional<sup>46</sup>.

Em segundo lugar, conclui-se que não se sustentam os argumentos relacionados à proteção ao consumidor, porquanto as novas tecnologias, independentemente de intervenção regulatória, lograram solucionar problemas relativos a assimetrias de informação e custos de transação no setor de transportes, sem a indesejada restrição de mercado promovida pela legislação tradicional. Desse modo, é imperioso concluir que a vedação da prestação do serviço por plataformas digitais não é medida *necessária* e nem *adequada*.

Por fim, tampouco as preocupações urbanísticas e de trânsito são passíveis de conferir racionalidade a medidas restritivas como a questionada no bojo ADPF nº 449/DF. Ainda que a norma persiga tais objetivos, esta se mostra desproporcional sob o prisma da *adequação*, mercê de penalizar serviços que contribuem para a melhoria do tráfego e redução de congestionamentos, por oferecerem compartilhamento de corridas, permitirem a não utilização ou não aquisição de veículos próprios por particulares, reduzirem a incidência de acidentes por direção sob influência de álcool e *etc.* Com efeito, trata-se, ainda, de medida *desnecessária*, quando ponderadas alternativas manifestas e menos gravosas a liberdades fundamentais. Sob essa perspectiva, a repressão legislativa às iniciativas modernas de ordenamento espontâneo do transporte nega “ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente”, contrariando o mandamento contido no art. 144, § 10, I, da CF.

Nesse sentido, ao apreciar a ADPF nº 449/DF e concluir pela inconstitucionalidade da Lei Municipal impugnada com base nos fundamentos expostos no presente artigo, o STF teve a oportunidade de esclarecer os limites do poder regulador em relação ao ambiente concorrencial e ao exercício das profissões. Contribuiu, desse modo, para

---

46 Nesse sentido, confira-se RE nº 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011; e RE nº 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009.

prover maior segurança jurídica – aspecto que é salutar não apenas para o desenvolvimento das inovações disruptivas decorrentes da economia compartilhada, mas também para o progresso da iniciativa privada dos mais diversos setores e, conseqüentemente, para o crescimento da economia brasileira como um todo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam. As origens do poder, da prosperidade e da pobreza.** Traduzido por Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 30, 1 [20].

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 45, 187.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Paulo et. al. Uber: O dilema de crescer com uma inovação disruptiva. **Série Estudos de Caso.** São Paulo: Insper, 2016. Disponível em: [https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/10/Uber\\_dilema\\_inovacao\\_disruptiva\\_port.pdf](https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/10/Uber_dilema_inovacao_disruptiva_port.pdf).

BARRY, Ellen; RAJ, Suhasini. Uber banned in India's capital after rape accusation. **The New York Times.** Publicado em: 8/12/2014. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/12/09/world/asia/new-delhi-bans-uber-after-driver-is-accused-of-rape.html>.

BERNICK, Michael; CERVERO, Robert. **Transit Villages in the 21st Century.** New York: McGraw-Hill, 1997.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O mercado de transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano. **Documentos de Trabalho 001/2015.** Brasília: CADE, 2015. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2015/documento-de-trabalho-n01-2015-o-mercado-de-transporte-individual-de-passageiros-regulacao-externalidades-e-equilibrio-urbano.pdf>

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta. **Documentos de Trabalho 003/2015.** Brasília: CADE, 2015. Disponível em: [!\[\]\(aa53ad6fea213b8b2226d3077e30533a\_img.jpg\) REDUnB  
REDAÇÃO DE ESTUDOS DE CASO](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-</a></p></div><div data-bbox=)

-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2015/documento-de-trabalho-n03-2015-rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativo-uber-sobre-as-corridas-de-taxi.pdf

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 511.961, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213, divulgado em 12/11/2009 e publicado em 13/11/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>.

BÓ, Ernesto. Regulatory capture: a review. **Oxford Review of Economic Policy**, v. 22, n. 2, 2006.

CANO, Rosa. Uber cierra su servicio en España. **El País**. Publicado em: 31/12/2014. Disponível em: [https://elpais.com/economia/2014/12/31/actualidad/1419993561\\_752162.html](https://elpais.com/economia/2014/12/31/actualidad/1419993561_752162.html).

COHEN, Peter et. al. Using Big Data to Estimate Consumer Surplus: The Case of Uber, **NBER Working Paper No. w22627**, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2837639>.

DJANKOV, Simeon et. al. The Regulation of Entry. **The Quarterly Journal of Economics**, v. CXVII, n. 1, 2002.

EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian. **Grundgesetz: Kommentar**. 2. ed. München: C. H. Beck, 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. City of New York, Office of the Mayor. **For-Hire Vehicle Transportation Study**, 2016. Disponível em: <https://www1.nyc.gov/assets/operations/downloads/pdf/For-Hire-Vehicle-Transportation-Study.pdf>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Michigan vs. Environmental Protection Agency (EPA), 576 U.S. 743 (2015), Opinion of the Court.

GELLHORN, Walter. The Abuse of Occupational Licensing. **The University of Chicago Law Review**, v. 44, n. 1, 1976.

GREENWOOD, Brad; WATTAL, Sunil. Show Me the Way to Go Home: An Empirical Investigation of Ride Sharing and Alcohol Related Motor Vehicle Homicide, **Fox School of Business Research Paper No. 15-054**, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2557612>.

GRODEN, Claire. Two Uber executives arrested in France. **Time**. Publicado em: 29/06/2015. Disponível em: <https://time.com/3940092/uber-executives-arrested>.

HAYEK, Friedrich. The Political Ideal of the Rule of Law. **National Bank of Egypt fiftieth anniversary commemoration lectures**. Cairo: National Bank of Egypt, 1955.

MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law Systems**. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

MELLO, Celso Antônio. O desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, n. 172, 1988.

ORTON, Toby. 7 lugares ao redor do mundo onde Uber é proibido. **Oyster**. Publicado em: 18/07/2018. Disponível em: <https://www.oyster.com/pt/articles/where-is-uber-banned-around-the-world>.

POSNER, Richard. The Social Costs of Monopoly and Regulation. **The Journal of Political Economy**, v. 83, n. 4, 1975.

ROVER, Tadeu. Liminar suspende serviços do aplicativo Uber em todo o Brasil. **Consultor Jurídico**. Publicado em: 29/04/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-29/liminar-suspende-servicos-aplicativo-uber-todo-brasil>.

SHLEIFER, Andrei. The Enforcement Theory of Regulation. **The Failure of Judges and the Rise of Regulators**. Cambridge: The MIT Press, 2012.

SHLEIFER, Andrei. Understanding Regulation. **European Financial Management**, v. 11, n. 4, 2005.

SILVEIRA, Daniel; CAVALLINI, Marta. Desemprego fica em 13,7% no 1º trimestre de 2017 e atinge 14,2 milhões. **G1 Economia**. Publicado em: 28/04/2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-137-no-1-trimestre-de-2017.ghtml>.

STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, 1971.

SUNDARARAJAN, Arun. **The Sharing Economy**. Cambridge: The MIT Press, 2016.

SUTTO, Giovanna. Desta vez, adeus Colômbia: por que a Uber está sendo banida por alguns países. **Infomoney**. Publicado em: 28/01/2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/desta-vez-a-deus-colombia-por-que-a-uber-esta-sendo-banida-por-alguns-paises>.

TÁCITO, Caio. Desvio de poder legislativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 1, 1993.

VERMEULE, Adrian. **Laws Abnegation**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

VICKREY, William. Congestion Theory and Transport Investment. **The American Economic Review**, v. 59, n. 2, 1969.

