

DIREITO E INOVAÇÕES DISRUPTIVAS: ANÁLISE DA ASSIMETRIA REGULATÓRIA A PARTIR DO CASO UBER ATÉ O CASO BUSER

LAW AND DISRUPTIVE INNOVATIONS: ANALYSIS OF REGULATORY ASYMMETRY FROM THE UBER CASE TO THE BUSER CASE

Ricardo Lupion Garcia¹
Camila Trindade Galvão²

RESUMO: O avanço da tecnologia proporciona novas formas de prestar e de contratar serviços e produtos, ocasionando uma rápida modificação nos hábitos sociais e econômicos. Um importante exemplo é o do aplicativo Uber, que rompeu modelos de mobilidade urbana, trouxe reflexos econômicos, sociais, ambientais e - como ocorrem com as mudanças inesperadas - gerou grande resistência por parte dos players estabilizados no mercado, ameaçados pela nova concorrência. Valendo-se do método hipotético-dedutivo de abordagem, o presente texto objetiva investigar uma das consequências jurídicas decorrentes das dinâmicas inovações tecnológicas: a assimetria regulatória, o que faz com base em revisão bibliográfica, de precedentes judiciais, bem como de notícias veiculadas na mídia. Após, avalia-se criticamente como o Supremo Tribunal Federal solucionou o conflito ocasionado pelas leis municipais (claramente capturadas por um lobby setorial) que tentaram impedir os transportes intermediados pelo aplicativo Uber, investigando se a tese fixada em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal pode ser aplicável a situações análogas, delineando quais os reflexos e as lacunas deixadas pela decisão, a partir da análise do caso Buser. Ao final, conclui-se como tem reagido o ordenamento jurídico pátrio mediante novos casos de assimetria regulatória surgidos a partir da tecnologia.

Palavras-chave: inovações disruptivas; livre iniciativa; assimetria regulatória; livre concorrência.

ABSTRACT: The technological advance provides new ways of offering and contracting services and products, causing a fast change in social and economic habits. An important example is the Uber application, which disrupted urban mobility models, brought economic, social and environmental consequences and - as with unexpected changes - generated great resistance from established players in the market, threatened by the new competition. Using the hypothetical-deductive method of approach, this paper aims to investigate one of the legal consequences of dynamic technological innovations: regulatory asymmetry, which it does based on a bibliographic review, judicial precedents, as well as news published in the media. Then, it critically evaluates how the Supreme Court resolved the conflict caused by municipal laws (clearly captured by an industry lobby) that tried to prohibit transportation intermediated by the Uber application, investigating whether the thesis established in the general repercussion by the Federal Supreme Court may be applicable to similar situations, outlining the consequences and gaps left by the decision, from the analysis of the Buser case. Finally, we conclude how the Brazilian legal system has reacted to new cases of regulatory asymmetry arising from technology.

Key Words: disruptive innovations; free enterprise; regulatory asymmetry; free competition.

1 Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Professor Titular de Direito Empresarial no Curso de Graduação e Especialização da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9739-287X>.

2 Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisadora Acadêmica. Bolsista CAPES. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

O rápido avanço da tecnologia tem propiciado novas formas de interação social e econômica, tendo em vista que as plataformas de colaboração ou de compartilhamento entre usuários permitiram aumentar a escala de contratações de fornecedores e/ou de prestadores de serviço que antes não representavam nenhuma ameaça a grandes *players* consolidados em seus mercados. A situação que ocorreu com a empresa Uber representa muito bem a questão problematizada neste artigo: o ordenamento jurídico brasileiro está preparado para recepcionar as inúmeras inovações disruptivas que ainda estão por vir?

Para responder a essa indagação, o presente texto partirá da análise de um caso concreto envolvendo a empresa Uber e de uma das consequências que gera intensos debates entre os concorrentes: a assimetria regulatória. Por meio de revisão da doutrina especializada, de precedentes judiciais e do estado da arte, pretende-se concluir se as soluções propostas para a atividade desempenhada pela Uber são aplicáveis aos novos arranjos, elegendo-se o caso da empresa Buser para ilustrar.

Assim, no primeiro tópico haverá uma contextualização dos diferentes modelos de organização da atividade econômica que estão surgindo, com foco na atividade de intermediação de transporte individual de passageiros realizada pela Uber, descrevendo como ela foi interpretada no sistema jurídico brasileiro até conseguir operar em um cenário de segurança jurídica.

Após, no segundo tópico, será avaliada a assimetria regulatória instaurada, identificando, com apoio no entendimento de especialistas no tema, se há ilegalidade ou inconstitucionalidade que prejudique a livre concorrência.

O estudo também analisará criticamente a solução proposta pelos Poderes Legislativo e Judiciário na tentativa de elucidar sua aplicabilidade perante as inovações que estão vindo a seguir, tentando-se adequar o precedente ao caso Buser.

Ao final, almeja-se concluir como o ordenamento jurídico tem reagido mediante novos casos de assimetria regulatória surgidos a partir da tecnologia, mesmo após as dificuldades jurídicas enfrentadas pela Uber.

O texto segue o método dedutivo e envolve abordagem analítica com avaliação qualitativa documental e quantitativa (não estatística) das decisões dos Tribunais Pátrios, além da revisão bibliográfica relevante.

2 O SURGIMENTO DE UMA NOVA ALTERNATIVA DE PRESTAR E CONTRATAR OS SERVIÇOS/PRODUTOS PROPICIADA PELA TECNOLOGIA E A DISRUPÇÃO CAUSADA: ANÁLISE A PARTIR DO CASO UBER

Alguns cientistas informam que o direito pode travar o avanço. O ex-presidente do Fórum Econômico Mundial, Klaus Schwab, comentou que a ciência avança tão rápido que, no momento, as limitações existentes são mais jurídicas, regulamentares e éticas do que técnicas.³

Além da possibilidade de frear evoluções tecnológicas que poderiam melhorar a vida de diversas pessoas, o descompasso entre as recentes e dinâmicas modificações nas relações sociais e o direito – ainda muito vinculado a formalismos e trâmites burocráticos – pode trazer um cenário de insegurança jurídica para seus operadores e para a sociedade.

Tal revolução já está causando rupturas nos atuais modelos políticos, econômicos e

3 SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019, p.31.

sociais, transformando as relações de trabalho, os comportamentos, os eventos sociais, entre outros vínculos – o que exige que os agentes da mudança estejam capacitados.

As inovações são mais velozes do que a regulamentação e, muitas vezes, são tão peculiares e disruptivas que a ausência de previsibilidade sobre como a nova situação existente pode ser interpretada pode tornar inviável a avaliação de riscos para que juristas possam emitir suas orientações e para que juízes possam interpretar a aplicação das normas em vigor. A demora ou ausência de posicionamento estatal para novas tecnologias traz um papel central para as relações privadas (contratuais). Entretanto, sabe-se que tais relações podem ser futuramente deslegitimadas pelo próprio Estado, trazendo instabilidade para todos os atores (cidadão-empresa-Estado).

É, portanto, necessária a construção de alicerces jurídicos sólidos, tranquilizando os agentes econômicos no entendimento de suas limitações e de suas liberdades. No Brasil, há um exemplo que ilustra o tema aqui tratado: o emblemático caso envolvendo as empresas de tecnologia que, ao inovarem a economia por meio de plataformas de compartilhamento e/ou colaboração⁴, promovem a intermediação de serviços de transporte de passageiros.

Foi no ano de 2014 que os serviços da empresa Uber chegaram ao Brasil, depois de já fazerem sucesso e causarem polêmicas em outros países⁵. A partir de um aplicativo de fácil manuseio, a empresa colocou em prática uma ideia simples: conectar alguém que precisa se locomover na cidade com quem esteja disposto(a) a transportá-lo(a). Inicialmente, a proposta era a intermediação de um serviço de transporte semelhante ao transporte executivo, porém, os preços praticados – muito similares aos dos táxis –, aliados ao bom nível do atendimento, fizeram com que o serviço se tornasse popular para todo tipo de deslocamento em poucos meses⁶.

Não demorou muito para que os motoristas de táxis questionassem a nova atividade propiciada pelo aplicativo Uber. Sujeitos à intensa regulação estatal, inclusive com o tabelamento de preços⁷ mediante a fixação de valor máximo por quilômetro rodado conforme a bandeira praticada, os taxistas acompanharam seus passageiros contrataram motoristas comuns, sem qualquer profissionalização, para chegarem aos seus destinos, fazendo com

4 Sobre o ponto: “Reitera-se, a Economia de Plataforma ou Economia de Plataforma Digital e mesmo Virtual ou, ainda, a Tendência à Bursatilização dos Mercados, consubstancia-se na utilização da Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC) para, em síntese, aproximar oferta e demanda, reduzindo-se severamente os custos de transação. Não se trata de simples inovação tecnológica, mas de um novo modo ou predominância desse tipo de organização nos mercados. Fenômenos diversos são a Economia Compartilhada e a Economia Colaborativa. A primeira se caracteriza pelo compartilhamento de bens, permitindo a otimização de suas utilizações, bem como menor nível de ociosidade e menor desperdício de recursos, inclusive de modo a permitir melhor e mais eficiente utilização de recursos naturais e, com isso, maior preservação ambiental. Portanto, a Economia Compartilhada não pode ser confundida com a Economia de Plataforma, haja vista que diz respeito ao compartilhamento e à otimização da utilização de bens, v. g., locação, empréstimo, mútuo, etc., entre outras categorias afins ou atípicas (vide caso de aplicativos como *Airbnb*). Não é algo própria ou intrinsecamente novo, mas que se potencializa exponencialmente, é verdade, por meio das Economias de Plataforma, talvez por isso a frequente confusão entre tais figuras. Quiçá por ausência de uma melhor identificação e diferenciação, como a qual ora se pretende apresentar, tais fenômenos sejam denominados, de forma genérica e imprecisa, como “uberização”.” (TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia De Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintivas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de análise econômica do direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severa dos custos de transação. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, nº4, 2020, p. 1988-1989).

5 BOUQUET, Cyril; RENAULT, Chloé. Táxis versus Uber: um perfeito exemplo de resistência à mudança. *Época Negócios*. Brasil. 03 de setembro de 2014. Atualizado em 06 de outubro de 2014. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Visao/noticia/2014/09/taxis-versus-uber-um-perfeito-exemplo-de-resistencia-mudanca.html> Acesso em: 05 nov. 2021.

6 GUEDES, Geison. Aplicativo de transporte executivo, Uber, é lançado em Brasília. *Correio Braziliense*. 27 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2015/02/27/interna_tecnologia,473096/aplicativo-de-transporte-executivo-uber-e-lancando-em-brasilia.shtml Acesso em: 05 nov. 2021.

7 Lei 12.587/2012, Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013).

que a demanda por corridas de táxi reduzisse. E não é difícil lembrar o motivo disto, conforme adiante se verificará.

Nessa época (ano de 2014), a oferta de táxis na maioria das cidades e capitais brasileiras era menor do que a demanda de passageiros⁸. Sendo assim, para obter um transporte, era necessário: se deslocar até um ponto de táxi; aguardar em algum local de grande movimento e encontrar um carro disponível; ou então telefonar para uma cooperativa e esperar até ser atendido. Ainda, os pagamentos ocorriam somente em dinheiro, o que representava uma dificuldade; também não era possível prever quanto iria gastar, eis que as rotas eram escolhidas pelos próprios motoristas e era muito incipiente a aceitação de cartão de crédito e/ou débito pelos taxistas. Ademais, os cuidados do veículo com limpeza e conservação e a cortesia do motorista não eram frequentes e não havia um modo de acompanhar as recomendações de outros passageiros sobre os serviços de cada taxista.

Em contrapartida, a Uber revolucionou a contratação de transporte individual urbano, trazendo facilidade na obtenção de um carro com motorista, em qualquer cidade do mundo, o que se tornou viável com apenas alguns cliques no smartphone. O tempo de espera também se mostrou inferior com a geolocalização dos carros disponíveis em local mais próximo ao passageiro e com a grande oferta de prestadores de serviço. Sem contar que a rota eleita e o valor cobrado passaram a ser informados antes da contratação, assim como a avaliação que outros passageiros fizeram sobre o motorista e sobre as características do carro, possibilitando alternativa de escolha prévia pelos usuários. O pagamento era feito pelo aplicativo, mediante uso de cartão de crédito, sem necessidade de troco e, para completar, a viagem era uma experiência que até então representava um privilégio usufruído por poucos: carros executivos com motoristas educados que ofertavam itens a bordo como água, balas e por vezes até carregador de celular ou internet sem fio.

Não bastando a conquista dos usuários em razão das facilidades e das experiências propiciadas, a atividade do Uber não estava submetida qualquer tipo de regulação estatal, nem mesmo exigências tributárias específicas, enquanto os taxistas precisavam de (i) habilitação especial para dirigir, (ii) cursos profissionalizantes, (iii) certificação específica para exercer a profissão – que podia custar até R\$ 300 mil reais a depender da cidade –, bem como, (iv) inscrição no INSS e (v) carteira de trabalho no caso de taxista empregado, conforme previsões da Lei 12.468/2011 (Lei do Taxista).

Tal contexto fático gerou reação e descontentamento por parte dos taxistas mediante carreatas e outras manifestações. Não demorou muito para que prefeituras de diversas cidades também se dessem conta que a atividade não estava gerando arrecadação tributária (ISSQN (Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza), além de estar desvinculada de qualquer controle pelos municípios, surgindo leis proibitivas do transporte de passageiros intermediado pela Uber (e por outros aplicativos semelhantes que vieram a surgir).

E foi este o cenário que ensejou a discussão a respeito da constitucionalidade de leis municipais que proibiram o exercício da atividade de transporte de passageiros por particulares, intermediada por aplicativos.

No panorama legal, vigia (e ainda vige, mas com nova redação) a Lei 12.587/2012 que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, a qual definiu as modalidades de transporte e outras determinações. Dentre o rol previsto pela lei, na modalidade de

8 BINENBOJM, Gustavo. Novas tecnologias e mutações regulatórias nos transportes públicos municipais de passageiros: um estudo a partir do caso Uber. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 08, nº4, 2016, p. 1701.

serviço de transporte motorizado individual havia apenas uma possibilidade: o táxi, descrita no artigo 4º, inciso VIII: “transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas”. Também havia previsão legal para o transporte individual por carro particular, como meio de locomoção, conforme redação original do artigo 4º, inciso X: “transporte motorizado privado: meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares”.

Esse diploma legal, seja na redação original do artigo 12, seja na alteração introduzida pela Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, sempre considerou que os serviços de transporte individual de passageiros (táxis) deveriam “ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas” e, portanto, atividade privada suscetível de autorização pelo poder público municipal⁹.

Assim, quando a Uber surgiu no ano de 2014, não havia previsão legal para essa nova e disruptiva modalidade de serviço de transporte individualizado e, por essa razão, as prefeituras consideraram ilegal essa modalidade, sendo que leis municipais foram editadas para proibir o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas (Lei Municipal de São Paulo, n.º 16.279/ 2015 e Lei Municipal de Fortaleza n.º 10.553/ 2016. Ambas foram objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁰.

Em apertada síntese, os municípios sustentaram que o serviço de transporte de passageiros “possui natureza pública e pressupõe autorização do poder público”, além do cumprimento de uma série de requisitos, e, portanto, aceitar o mesmo serviço sendo prestado de forma desvinculada da anuência estatal violaria o princípio da livre concorrência, além de oferecer risco à qualidade da atividade oferecida aos consumidores (CF, art. 170, IV e V)¹¹, tendo em vista que a inexistência de certificação emitida por parte do órgão público municipal não asseguraria nenhum tipo de habilitação profissional para aquela atividade.

Em contrapartida, entidades empresariais de todo o país defendiam que as leis municipais proibitivas cerceavam o exercício do direito à livre iniciativa, além de impedir outras externalidades positivas que refletiam no exercício de direitos como a proteção ao meio ambiente, defesa do consumidor e a própria efetivação do direito social ao transporte, tendo em vista a maior acessibilidade a novos públicos.

Antes do julgamento final pelo Supremo Tribunal Federal dos processos já referidos, a Política Nacional de Mobilidade Urbana passou por alterações e, no ano de 2018, a lei nº 13.640, de 26 de março, deu uma nova redação ao inciso X, do artigo 4º para prever essa nova e disruptiva modalidade de transporte e criar uma distinção entre a atuação do serviço prestado pelo táxi e a atuação do serviço de intermediação prestado pela Uber e demais aplicativos:

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

9 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2010; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 449 DP Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 08/05/2019. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REExt 1.054.110 SP, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, respectivamente.

11 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor;

exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede.

Destacam-se, da nova modalidade, as características de ser “um serviço não aberto ao público” e “solicitado exclusivamente por usuários cadastrados em aplicativos”, diferenciando-se dos serviços de transporte individual abertos ao público, reservados aos táxis.

A mesma lei nº 13.640/2018 incluiu, ainda, a competência exclusiva dos municípios e do Distrito Federal para (i) regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros, (ii) cobrar tributos municipais pela prestação dos serviços, (iii) exigir seguros obrigatórios, impondo aos motoristas (a) inscrição no INSS, (b) habilitação nacional para dirigir que contenha a informação de que exerce atividade remunerada, (c) respeito aos requisitos de idade máxima do veículo, (d) emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV) e (e) apresentar certidão negativa de antecedentes criminais¹².

A alteração legislativa pode ter influenciado a conclusão dos julgamentos pelo STF, que decidiu pela constitucionalidade da atividade de intermediação realizada pelos aplicativos, conectando usuários a prestadores de serviços de transporte individualizado.

Ressalta-se, contudo, que apesar dos debates realizados no ambiente jurídico, o pano de fundo que permeia a controvérsia é a dificuldade de lidar com uma ideia inovadora que revoluciona o mercado em que ela se insere, abalando a zona de conforto dos *players* estabelecidos. Em poucos meses, uma empresa de tecnologia passou a ser protagonista na atividade de transporte urbano de passageiros. É de destacar que além de apoiar dificuldades de mobilidade urbana, a Uber ainda criou uma oportunidade de renda rápida para milhares de pessoas, o que certamente contribuiu para a sua popularização.

Inovações como estas são chamadas pela doutrina de inovação disruptiva¹³, eis que seu surgimento rompe com a cultura até então praticada no mercado. Com o advento da revolução digital, também chamada de a Quarta Revolução Industrial, inovações como a da Uber se tornam cada vez mais presentes na dinâmica social e econômica, e esta não é a única disputa que ocorre entre novas tecnologias e mercados tradicionais, como referido pelo Min. Barroso em um dos julgamentos do STF no caso UBER:

(i) o WhatsApp e as concessionárias de telefonia têm um contencioso próprio; (ii) o Netflix e as empresas de televisão a cabo; (iii) o Airbnb e as redes de hotéis;” e arremata “penso que nós temos de aceitar como uma inexorabilidade do progresso social o fato de que há novas tecnologias disputando mercado com as formas tradicionais de oferecimento de determinados serviços¹⁴.

Importa memorar que há pouco mais de dez anos, o primeiro iPhone foi comercializado como algo inovador e, hoje, os *smartphones* possuem processadores e funcionalidades mais potentes do que aqueles que levaram o homem à lua, com câmeras fotográficas

12 Ver arts. 11-A e 11-B da Lei nº 12.587/2012.

13 Este termo surgiu a partir do livro “O Dilema da Inovação”, escrito por Clayton M. Christensen em 1997. No ano de 2012, uma nova edição brasileira foi publicada e o autor atualizou o conceito, explicando que “inovação de ruptura é aquela que transforma um produto que historicamente era tão caro e complexo que só uma pequena parte da população podia ter e usar, em algo que é tão acessível e simples que uma parcela bem maior da população agora pode ter e usar. Em geral, isso cria um novo mercado. Ocasionalmente, o produto de ruptura pode se enraizar na base de um mercado existente.” (CHRISTENSEN, Clayton M. *O Dilema da Inovação: quando as novas tecnologias levam empresas ao fracasso*. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda, 2012, p.15).

14 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. REExt 1.054.110 SP, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, p. 4.

avançadas o suficiente para levarem à falência a gigante Kodak¹⁵, depois de mais de 120 anos de dominância mercadológica.

Nos dias de hoje, há empresas fabricantes de carro produzindo água potável¹⁶, questionando-se conceitos de finalidade e de concorrência. Tem-se engenharia para construir prédios de quase sessenta andares em menos de vinte dias¹⁷, alterando a dinâmica de planejamento urbano. O desenvolvimento de carros não tripulados pode trazer segurança, porém também traz dúvidas com relação à responsabilidade de eventuais danos.

As situações citadas acima já são uma realidade, apesar de ainda não estarem sendo comercializadas em larga escala. Uma das travas para tanto é a regulamentação, diante dos impactos que tais inovações trarão em um contexto global, não podendo ser definidas pelas normas de um único local – até mesmo pela dificuldade de se prever as consequências de mudanças tão significativas.

Ao trazerem novas soluções para produtos e/ou serviços de grande relevância para a população, uma inovação disruptiva pode ocasionar uma situação de assimetria regulatória, eis que a novidade, por praticar um conceito totalmente diferente do que havia até então, acaba por atingir um mercado mesmo sem se enquadrar na regulamentação existente, como o que ocorreu no caso Uber, situação que será vista no tópico a seguir.

3 A ASSIMETRIA REGULATÓRIA PROVOCADA POR INOVAÇÕES DISRUPTIVAS É MESMO O PROBLEMA?

Analisando o contexto relatado acima, que se exemplifica a partir do caso Uber, não é difícil perceber que havia e ainda há uma diferença entre a regulação dos serviços de transporte de passageiros prestados pelos táxis (em que há até mesmo tabelamento de preços) e dos serviços de transporte de passageiros prestados pelos motoristas de aplicativo, ainda que não haja similaridade entre os mercados a que cada um dos serviços se destina (sendo um aberto ao público e o outro somente para usuários registrados, segundo a Política Nacional de Mobilidade Urbana e STF). Enquanto o primeiro (táxi) está sujeito à intervenção estatal¹⁸, o segundo (Uber), assim que se originou, não possuía necessidade de observância de nenhum requisito, assim como vai ocorrer sempre que surgir um produto de ruptura.

Desta feita, agora passa-se a examinar se a assimetria regulatória provocada por inovações disruptivas é mesmo o problema. Ilustrando esta situação a partir do caso Uber, Sergio Guerra esclarece:

Outra situação que merece destaque é o conflito de interesses entre o serviço de táxi e o Uber. O Uber é um serviço estruturado sob uma plataforma tecnológica, utilizado via smartphones (APP). Todas as transações financeiras são online. São motoristas privados que prestam um serviço diferenciado àqueles que optam por deslocar-se na cidade de forma alternativa.

15 CALURA, Sergio. Qual foi o real motivo da falência da Kodak? E como ela fez para retornar em 2020? *AAA Inovação*. Disponível em: <https://blog.aaainovacao.com.br/kodak-motivo-da-falencia/>. Acesso em 02/10/2021. E BOCARD, Taysa. Fracasso da Kodak: como não falir na era digital. *UseMobile*. Março, 2020. Disponível em: <https://usemobile.com.br/historia-e-fracasso-da-kodak/>. Acesso em 03/10/2021.

16 DEARBORN, Mich. Ford apresenta ideia de carro com sistema que produz água potável derivada do ar-condicionado. *Ford Media Center*. Disponível em: <https://media.ford.com/content/fordmedia/usa/br/pt/news/2016/09/23/ford-apresenta-ideia-de-carro-com-sistema-que-produz-agua-potave.html> Acesso em: 03/10/2021.

17 China constrói prédio de 57 andares em apenas 19 dias. *ÉPOCA NEGÓCIOS ONLINE*. Maio, 2015. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2015/05/china-construi-predio-de-57-andares-em-19-dias.html>. Acesso em 03/10/2021.

18 Sergio Guerra refere-se tratar de intervenção estatal de média intensidade (GUERRA, Sérgio. Riscos, Regulação estatal e novas tecnologias. In: *Int. Públ. – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez., 2016, p. 210). Binenbojm aduz-se tratar de intenso controle relatórios (BINENBOJM, Gustavo. Novas tecnologias e mutações regulatórias nos transportes públicos municipais de passageiros: um estudo a partir do caso Uber. *Revista de Direito da Cidade*, v.08, nº4, 2016, p. 1692).

O uberista, salvo algumas normas do Rio de Janeiro e de São Paulo, ainda não sofre regulação estatal nacional. Sua qualidade é controlada apenas pelos usuários, sob a ótica colaborativa. Os preços das corridas variam, dependendo do veículo utilizado (UberBERLINE, UberX e UberPOP) ou da disponibilidade da frota no momento do chamado.

Pela lei atual de mobilidade urbana, alterada para permitir a hereditariedade do táxi, confirmou-se o transporte individual como atividade econômica. E o Uber permaneceu diferenciado em relação ao sistema prestado pelo táxi. Os veículos vinculados ao aplicativo não são operados por um taxista. A atividade de taxista, como profissão, está disciplinada na Lei nº 12.468/2011. Limitava-se ao antigo serviço público de transporte individual. Que, pela lei, não mais existe.

Os motoristas privados, que utilizam a tecnologia do Uber, exercem atividade privada. Como exercem, agora, os taxistas, estes sob regulação municipal de média intensidade.¹⁹

Tal situação é denominada pela doutrina de “assimetria regulatória”, que na definição de Floriano de Azevedo Marques Neto consiste na “admissão, na exploração de serviços públicos, de vários operadores submetidos a graus de incidência regulatória diferenciados (...) ou seja, agentes econômicos sujeitos a uma incidência regulatória díspar, mas que competem na exploração de uma mesma atividade pública”²⁰. Mais recentemente, Gustavo Binbenojm a definiu como sendo a “convivência harmônica entre alguns prestadores sob regime de serviço público e outros prestadores sob regime de atividade econômica em sentido estrito.”²¹

Importante destacar que, no panorama jurídico brasileiro, nem todas as atividades econômicas estão sujeitas a intensa regulação, a qual “deve variar de acordo com a atividade a sofrer intervenção estatal indireta.”²² Sobre o ponto, o referido autor anota:

Nos casos em que a regulação incidir sobre a prestação de serviços públicos, a que se refere o art. 175 da Constituição Federal, sob um regime jurídico diferenciado (tarifa, bens, intervenção, caducidade, etc.), a regulação deverá ser forte, intensa. Tem-se como exemplo os serviços públicos de telecomunicações, energia elétrica, distribuição de gás canalizado, transporte, radiodifusão sonora e imagem etc.

Caso a regulação incida sobre atividade econômica, isto é, de titularidade exclusiva do particular nos termos do art. 170 da Constituição Federal, a regulação deve ser aplicada de forma mínima (fraca). É o caso, por exemplo, da regulação do exercício de atividades da indústria do tabaco – Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, Lei nº 9.294 de 15 de julho de 1996 e Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, basicamente incidindo sobre os locais de venda do produto, rótulos e embalagens.

Por fim, caso a regulação incida sobre atividade que não seja de titularidade estatal, mas possa impactar serviços de utilidade pública prestados à sociedade, de modo que tenham que ser permanentemente adaptados, o nível de regulação deve ser médio (art. 174 da Constituição Federal). A regulação nesse nível e intensidade sobre certas atividades econômicas pode ser representada na telefonia celular, saúde suplementar, TV a cabo, determinadas atividades.²³

19 GUERRA, Sérgio. Riscos, Regulação estatal e novas tecnologias. In: *Int. Públ.* – *IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez. 2016, p. 210.

20 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v.228, p.18-19, 2002, p. 23.

21 BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da lei 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, v. 09, nº3, 2017, p. 1271.

22 GUERRA, Sérgio. Riscos, Regulação estatal e novas tecnologias. *Int. Públ.* – *IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez. 2016, p. 207.

23 GUERRA, Sérgio. Riscos, Regulação estatal e novas tecnologias. In: *Int. Públ.* – *IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez. 2016, p. 207-208.

No caso Uber, a necessidade de regular os serviços prestados por taxistas foi defendida em razão de sua discutível natureza pública, conforme preconizava a Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei n.º 12.587/2012), a Lei do Taxista (Lei 12.468/2011), consubstanciadas no art. 22, IX e XI da CF, o que se justifica em face de sua “relevância social, cuja exploração a Constituição ou a Lei cometem à titularidade de uma das esferas da federação como forma de assegurar o seu acesso a toda gente, permanentemente.” Binenbojm ainda justifica com outros motivos:

Tradicionalmente a racionalidade regulatória do serviço de táxi é apresentada a partir de quatro principais preocupações: (i) redução da assimetria de informação (dados os altos custos de transação envolvidos na identificação e na escolha pelo usuário do seu transportador) (ii) garantia de segurança na atividade; (iii) melhoria na qualidade do serviço; e (iv) controle de externalidades negativas (poluição ambiental e congestionamento urbano). Informado por tais objetivos, o Poder Público tem historicamente submetido o mercado de táxi a um intenso controle regulatório, marcado que é pela disciplina jurídica de variáveis econômicas centrais para o exercício da atividade, tais como entrada, preço, qualidade e segurança. É neste sentido que o serviço de táxi configura uma modalidade de transporte público individual de passageiros, isto é, uma atividade econômica em sentido estrito, sujeita a intensa regulação estatal, mas não um típico serviço público, como são os diferentes modais de transporte público coletivo de passageiros.

A fiscalização de entrada é apresentada como medida voltada a reduzir o impacto de externalidades negativas (pelo controle do volume de tráfego urbano e dos níveis de poluição ambiental) e a garantir a segurança de usuário e terceiros (ao permitir a verificação da habilitação técnica e da idoneidade moral dos condutores, além das condições de funcionamento dos veículos). O tabelamento de preços volta-se a mitigar as assimetrias de informação e os altos custos de transação que oneram o usuário do serviço. Já os indicadores de performance buscam otimizar a qualidade do serviço e a segurança no exercício da atividade, estipulando, por exemplo, tempo máximo de rodagem dos automóveis, testes periódicos do veículo, regularidade do taxímetro, identificações no automóvel, verificação rotineira de antecedentes criminais do motorista, exames médicos, limites de idade, dentre outros requisitos.²⁴

Alguns autores admitem que o compromisso do Estado em garantir o acesso de determinados serviços a toda coletividade não pressupõe o monopólio deste ou dos agentes privados autorizados na sua exploração – monopólio este que pode vir a ser justificado em situações específicas²⁵, mas não somente por sua natureza pública. Assim, quando

24 BINENBOJM, Gustavo. Novas tecnologias e mutações regulatórias nos transportes públicos municipais de passageiros: um estudo a partir do caso Uber. *Revista de Direito da Cidade*, v. 08 (2016), nº 4, p.1692.

25 “A existência de um monopólio natural pressupõe a inviabilidade ou a extrema ineficiência de instalação de mais de um produtor ou prestador de serviço no mesmo mercado. A título exemplificativo, Hal Varian cita o caso das distribuidoras de gás, cujas atividades envolvem “custos fixos muito grandes – criação e manutenção de canalização para gás – e um custo marginal muito baixo para ofertar unidades extras de gás -, uma vez que a canalização esteja instalada, custa muito pouco bombear gás para dentro dela”. O monopólio natural, portanto, é uma das justificativas relevantes para atribuir, aos Estados da Federação, a titularidade da exploração (direta ou por intermédio de suas concessionárias) dos serviços públicos de gás canalizado, conforme imposição expressa do art. 25, §2º da Constituição.” (BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da lei 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, v. 09, nº3, 2017, p. 1273). Ainda sobre os monopólios: “só faz sentido a incidência da regulação dos serviços públicos, sob um regime de titularidade estatal, se a atividade se revestir de uma essencialidade que a justifique. E a exclusividade (interdição à livre concorrência) só pode ser admitida quando estiver demonstrada sua absoluta necessidade para a consecução das finalidades públicas do serviço. Vale então a tese do contraste: sem que o Estado assuma o dever de prover aquela atividade, há perda nos aspectos de civilidade e de solidariedade consagrados na Constituição? Se houver risco desta perda, estará justificado que a atividade seja qualificada como serviço público, afastando-se o regime concorrencial.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Littera Express*, n.º535, jan. 2016. Disponível em: <https://manesco.com.br/ler-litteraexpress/535>).

determinado serviço público não pressupor monopólio, sua exploração pode ser feita por mais de um ente público ou entre entes públicos e entes privados que não estarão abrangidos pelo mesmo regime regulatório.

O setor de transportes, particularmente, sempre operou em regime de plurais regulações, resultando em diversos níveis de competição entre os atores, como explica Marques Neto²⁶ ao exemplificar que em uma viagem intermunicipal entre São Paulo e Rio de Janeiro, pode-se utilizar de (i) permissionárias de transporte interestadual de passageiros, (ii) concessionária de linha férrea e eventualmente (iii) um permissionário dos serviços de táxi, ou até mesmo (iv) concessionárias de linhas áreas. Mais adiante em seu texto, avaliando o setor de telecomunicações e transportes, o autor analisou peculiaridade mais ousada: entes públicos e privados concorrendo mesmo quando submetidos a regimes regulatórios totalmente distintos.

E isto não é incomum. Alexandre Santos de Aragão enquadra a assimetria regulatória como um instrumento de otimização da concorrência, classificando como um dos “mecanismos conciliatórios da concorrência com o atendimento às necessidades dos serviços públicos”²⁸. Em outras palavras, costuma-se encará-la como uma maneira conscientemente utilizada pelo ente público para se valer dos benefícios propiciados por um mercado em que há disputa de fornecedores (v.g. melhores preços e melhor qualidade) em favor dos usuários/consumidores daquele serviço/produto tido como essencial.

Contudo, é importante destacar que, com o advento de novas tecnologias, nem sempre esta situação de assimetria vai ocorrer de forma estratégica e proposital. No caso envolvendo a empresa Uber, a concorrência assimétrica primeiro se implantou e se mostrou eficaz, para que depois a intermediação operada fosse considerada pelo Poder Legislativo como atividade econômica *stricto sensu*, reservada à iniciativa privada²⁸.

Veja-se que tal situação não configura uma automática ilegalidade, tendo em vista que:

não há, no texto da Constituição Federal de 1988, nada que autorize essa apartação absoluta de regimes jurídicos, ou mesmo que imponha, automática e obrigatoriamente, a interdição à concorrência na prestação de serviços de utilidade pública. Tal verificação (...) assume maior relevância em face do advento das denominadas ‘inovações disruptivas’ (...).²⁹

26 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v.228, 2002, p. 22.

27 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. 1. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 230.

28 Destaca-se a utilização do termo ‘atividade econômica *stricto sensu*’ para designar sua titularidade à iniciativa privada, tendo em vista que alguns autores abarcam no termo ‘atividade econômica *lato sensu*’ os serviços públicos de titularidade do Estado. Tal sistematização é atribuída a Eros Grau e é até hoje replicada por administrativistas, vide a seguir: “No âmbito do presente, cumpre abordar a noção de serviço público na sua acepção restrita, própria, nos termos do previsto no art. 175 (portanto, como espécie do gênero atividade econômica). Portanto, doravante me referirei a “serviço público” não como sinônimo de atividade estatal, mas como a produção e oferecimento de utilidades públicas dotadas de valor econômico e, por consequência, passíveis de exploração econômica. Entendo que o fato de uma atividade ser considerada serviço público não estrai dela o seu conteúdo econômico, a possibilidade de ser esta atividade explorada em termos econômicos, com a possibilidade de geração de lucros. Mesmo quando estas atividades são exploradas diretamente pelo Estado, isso não retira o conteúdo de atividade econômica em sentido amplo. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v.228, 2002, p. 18-19). No mesmo sentido: “De enorme importância são os dispositivos constantes no Capítulo dos princípios da ordem econômica (arts. 170 a 181), que deixam bastante exposto o liame dos serviços públicos com o Direito Constitucional Econômico, de maneira que os serviços públicos podem, na dicção desse capítulo constitucional, ser considerados uma espécie de atividade econômica.” (...) “não seria procedente a alegação de que os valores da livre-iniciativa e da livre concorrência (art. 170, CF) seriam aplicáveis apenas às atividades econômicas *stricto sensu*, e não aos serviços públicos, já que esses também são atividades econômicas *lato sensu*. Tanto é assim que a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios fundamentais da ordem econômica constitucional (Título VII da Constituição Federal), da qual o art. 175, que rege os serviços públicos, faz parte” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. 1. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.118;328).

29 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras 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, p. 79.

Nesta senda, Marques Neto e Freitas defendem que a livre iniciativa prepondera em situações como esta, admitindo eventuais interdições à concorrência somente quando absolutamente necessária para consecução de atividades públicas e em restritas hipóteses, eis que não há orientação constitucional que retire determinada atividade da livre concorrência só por ter caráter essencial. Dadas estas constatações, os referidos autores concluem:

Nesse quadrante, a interdição, apriorística, do serviço de carona remunerada intermediado pela Uber, aceitando-se que o transporte individual de passageiros tenha caráter essencial (premissa questionável, considerando as características do serviço prestado pelos permissionários de táxi), só poderia ser admitida se estivesse comprovado que ela oferece risco de inviabilizar o serviço de táxi.

(...)

Portanto, temos para nós que a questão jurídica envolvida no “Caso Uber” não diz com uma diferenciação apriorística entre os regimes jurídicos dos “serviços públicos” e de “atividades econômicas em sentido estrito ou reguladas”, mas com o dever de uma adequada “calibragem regulatória”, de tal sorte que tais atividades não se aniquilem mutuamente, em prejuízo dos consumidores. Mais tecnicamente, diz com a incidência do princípio da proporcionalidade na escolha da variável que deverá ser regulada (preço, entrada, informação, qualidade, quantidade) para a instituição de uma assimetria regulatória entre as referidas atividades, o que, na ponta, desafia o conceito tradicional *publicatio*, o qual predicaria a incidência de um regime jurídico regulatório único para ambas.³⁰

No julgamento da ADPF 449, o Ministro Relator Luiz Fux ainda destacou o papel da tecnologia como meio de assegurar o que antes somente por regulação se conseguia proteger:

A tecnologia, portanto, tratou de solucionar, em definitivo, problemas classicamente entendidos como “falhas de mercado” antes justificadoras da intervenção regulatória, de modo que as inovações espontâneas da sociedade, além de proporcionarem novas comodidades à coletividade, afastaram os inconvenientes que os custos de transação e as assimetrias de informação poderiam causar em um mercado sem barreiras de entrada.³¹

Deste modo, em um contexto de assimetria regulatória advinda de novas tecnologias, é válida a reflexão sobre a regulação da nova atividade, a ser feita por parte do ente estatal, haja vista que seu objetivo pode vir a ser atingido por outros meios. No caso dos táxis, Gustavo Binbenbojm demonstra que a regulação intensa não contribuiu para alcançar seus objetivos perquiridos (antes já referidos) e ainda aduz que os mecanismos tecnológicos desenvolvidos pela Uber cumpriram melhor este papel:

A economia da regulação deve lançar luzes para orientar a atuação regulatória do Estado no sentido da maximização de objetivos socialmente desejáveis, mas também para revelar a obsolescência e a ineficiência de seu sistema de incentivos quando ele for superado em decorrência de inovações tecnológicas e gerenciais, que se revelem aptas a gerar níveis mais elevados de concorrência, eficiência e bem-estar para os consumidores.³²

30 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras 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, p. 83.

31 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 449 DP, Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, p. 47.

32 BINENBOJIM, Gustavo. Novas tecnologias e mutações regulatórias nos transportes públicos municipais de passageiros: um estudo a partir do caso Uber. *Revista de Direito da Cidade*, v. 08 (2016), nº 4, p.1705.

Assim, foi possível verificar que: (a) *a priori*, é lícita e constitucional eventual assimetria regulatória que se instaure a partir do surgimento de uma nova tecnologia que venha a concorrer com produtos e serviços disponíveis, de natureza pública ou não; (b) tal assimetria, inclusive, é explorada como instrumento de incentivo à livre concorrência, utilizando-a como meio de obter benefícios aos usuários/clientes/consumidores; (c) de outro modo, sua interdição só será aceita caso a concorrência instaurada se torne tão desequilibrada a ponto de tornar inviável a atuação dos outros concorrentes, criando-se um monopólio; e (d) nos casos em que se constatar que a livre concorrência restar prejudicada em razão da regulação assimétrica, caberia ao ente estatal “calibrar” sua intervenção, avaliando se é necessária a imposição de condições aos novos *players* ou se a própria concorrência instaurada não deu conta de atingir os objetivos estatais perseguidos com a regulação anterior, verificando-se, inclusive, a viabilidade de flexibilização das normas até então existentes.

Superado o entendimento de que a assimetria regulatória não é necessariamente uma barreira para o surgimento de novas atividades propiciadas pelas tecnologias existentes ou que vierem a surgir (sendo por vezes uma aliada), passo seguinte será o de analisar se o sistema legal atual está aberto a novos arranjos, diante do que foi até então definido pelo STF no caso Uber e do entendimento da doutrina.

4 ANÁLISE DA SOLUÇÃO DADA AO CASO UBER: PORTA ABERTA PARA O CASO BUSER?

Considerando a licitude e a constitucionalidade de possíveis assimetrias regulatórias (desde que não gerem desequilíbrio tal que afaste a possibilidade de concorrência), propõe-se analisar se as inovações que já surgiram ou que ainda surgirão podem estar amparadas pelas teses fixadas pelo STF no caso Uber e pelos dispositivos legais atuais, o que se faz com foco em um serviço conhecido como “uber dos ônibus”: o Buser.

Iniciando pela solução dada ao caso Uber, parte importante da sua regularização no Brasil se deve à redação dada pela Lei nº 13.640/2018 ao inciso X, do artigo 4º da lei que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana, que passou a admitir a prestação de serviço de transporte individual de passageiros, descrita da seguinte maneira:

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.

Neste ponto, convém dar o primeiro destaque: a articulação política que resultou nesta lei atendeu aos interesses em jogo, pois, ao regularizar as empresas de aplicativos, reservou, exclusivamente aos táxis, a possibilidade de captar passageiros nas ruas, circular em faixas exclusivas de trânsito, oferecer serviços ao público em geral sem prévio cadastramento, possibilidades vedadas aos motoristas da Uber.

Tal formato, além de impor limitações ao Uber e demais plataformas (como, por exemplo, o impedimento de embarcar um passageiro que esteja aguardando na saída do aeroporto quando outro desembarca, sem necessidade de solicitar uma nova corrida pelo aplicativo), pode inibir futuras inovações que possam surgir para otimização deste tipo de necessidade, que resta atendida exclusivamente pelos táxis. Assim, aqueles passageiros que não possuem acesso aos smartphones, à internet móvel ou que simplesmente desejam proteger seus dados pessoais, evitando fornecê-los a terceiros, se vêem impossibilitados de utilizar qualquer outro serviço que não seja o do táxi.

Com relação aos julgamentos do STF, é possível extrair premissas de ordem geral, tais como: (a) a livre iniciativa é o princípio fundamental da economia e é predominante, eis que transcende a dimensão econômica, pois a liberdade é um dos fundamentos do Estado Brasileiro, conforme art. 1º, CF/1988; (b) por corolário lógico, deve ser declarada inconstitucional qualquer proibição à livre iniciativa e eventual intervenção estatal nas atividades desenvolvidas por particulares só pode ocorrer quando expressamente previsto na própria CF/1988 ou em casos excepcionais, a serem avaliados conforme critério da proporcionalidade – v.g. cotejo entre a livre iniciativa/libre exercício profissional vs. outro direito fundamental, como proteção ao consumidor; e (c) o poder de regulamentação e fiscalização do Estado não pode ser imposto de maneira que inviabilize a iniciativa privada.

Todavia, em que pese a adoção de alicerces que poderiam ser aplicáveis a todas novas atividades, o Supremo Tribunal Federal definiu a questão em duas teses específicas (Tema 967):

1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência;
2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)

Analisando as teses fixadas nestes julgamentos, Julia Cani destaca a menção feita aos fundamentos que lhes serviram de embasamento como algo peculiar:

A opção por um ou outro fundamento como determinante (*ratio decidendi*), isto é, sem o qual a decisão seria diversa, pode ter um significado maior. Dentre todas as questões discutidas no caso, os princípios da livre iniciativa e livre concorrência foram aqueles com maior peso para que o resultado fosse a declaração de inconstitucionalidade das leis restritivas e a consequente permissão desse tipo de transporte de passageiros.

[...]

Fazer constar da tese de repercussão geral o motivo determinante da decisão é ir ainda mais longe. É reunir em um único enunciado o “que” foi decidido e “porque” a questão foi decidida daquela maneira.³³

Ao justificar os motivos que levaram a determinada decisão, permite-se certa previsibilidade a respeito de outros casos que podem ensejar o mesmo desfecho, por possuírem motivações similares (v.g. outro caso que gere violação à livre iniciativa ou à livre concorrência, mesmo que não se enquadre nos exatos contornos da tese, tenderá a ser freado pelo STF). Tal escolha impõe reflexos ao ordenamento jurídico, tendo em vista que dita os limites a serem respeitados pelos entes públicos e privados.

Todavia, não se pode ignorar que o precedente pode ter deixado lacunas com relação a seu escopo de aplicabilidade. Verifica-se que as teses fixadas pelo STF traçaram contornos muito destinados ao (i) transporte privado, (ii) individual, (iii) prestado por motorista cadastrado em aplicativo e, (iv) exclusivamente para usuários também previamente cadastrados no aplicativo. Assim, apesar da louvável fundamentação no teor dos acórdãos, a restrição acima

33 CANI, Julia Wand-del-Rey. O caso Uber no Supremo: uma tese jurídica com ‘fundamento determinante’? *JOTA*. 26 jan. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-caso-uber-no-supremo-uma-tese-juridica-com-fundamento-determinante-29062019>. Acesso em: 23 nov. 2021.

pode excluir qualquer outra inovação disruptiva do amparo do que foi decidido pelo STF em sede de repercussão geral.

Mas e como ficam as outras modalidades de transporte que puderem ser otimizadas pela tecnologia? Para fins investigativos, o texto restringe-se à análise de um exemplo recente que tem renovado as discussões sobre *startups* de transporte: o caso da empresa Buser. Segundo o *site* da empresa, a Buser é:

A plataforma conecta pessoas que querem viajar com as empresas de fretamento. Assim, as viagens chegam a custar menos que a metade do preço da rodoviária, além de contarem com seguro grátis, motoristas parceiros treinados, ônibus de qualidade, diversas opções de poltronas e tecnologias de segurança. E se tiver que remarcar, aqui tem facilidade e reembolso rápido.³⁴

Consoante informações disponibilizadas em sua página sobre o serviço, os interessados em viajar podem pagar para reservar vaga(s) em viagens ofertadas por diversas empresas de fretamento. A Buser se compromete a confirmar a viagem em até 48 horas antes do embarque, o que irá ocorrer a depender da disponibilidade da empresa de transporte parceira, do volume de reservas feitas naquela viagem e da ocupação do ônibus. Ainda, em caso de cancelamento da viagem, o valor pago pela reserva é devolvido pela Buser³⁵.

Com tantas vantagens ofertadas ao consumidor, não levou muito tempo para que essa disruptiva forma de intermediar viagens chamasse a atenção das empresas de transporte que prestam serviços de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros. As referidas empresas se viram afetadas pela nova modalidade de concorrência e consideram ilegal este novo e disruptivo modelo de serviço (como os taxistas fizeram no caso Uber).

De início, em que pese alguma semelhança ao modelo de negócio da Uber, a Buser intermedeia, via site e/ou aplicativo, transporte coletivo de passageiros - os quais podem ser de caráter intermunicipal ou interestadual e, por isso, podem não estar protegidos pela delimitação fixada nas decisões do STF e, conseqüentemente, ficar submetidos a outros regramentos. Nos termos do art. 21, XII, "e" da CF/88 a exploração do transporte interestadual compete, direta ou indiretamente, à União Federal, que regulamentou o tema pela Lei n.º 10.233/2001 e o transporte intermunicipal compete aos Estados, consoante arts. 24, §2º e 25, §1º da CF/88. Tais premissas poderiam afastar a aplicabilidade imediata do julgado do STF, tendo em vista que as teses firmadas se restringiram à atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo.

No caso Buser, as discussões a respeito da regularidade da intermediação realizada estão presentes em tribunais regionais federais³⁶ e alguns tribunais de justiça

34 Disponível em: <https://www.buser.com.br/sobre/termos-de-uso-do-usuario>. Acesso em: 11 nov. 2022.

35 Disponível em: <https://www.buser.com.br/sobre/termos-de-uso-do-usuario>. Acesso em: 11 nov. 2022.

36 Nos tribunais regionais federais, o entendimento predominante, manifestado em decisões interlocutórias e de mérito, tem sido no sentido de considerar ilegal a atividade desempenhada pela Buser e pelas empresas de fretamento que se utilizam da plataforma para intermediação de clientes e venda de passagens em circuito aberto, como se vê, exemplificativamente, nos julgados: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento n.º 1035889-32.2020.4.01.0000. Relator Desembargador Federal JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA. Sexta turma. Julgado em 27/05/2022; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento n.º 5031935-50.2020.4.03.0000/SP Relatora Desembargadora Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE. Quarta. Julgado em 26/09/2022; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n.º 5027566-06.2018.4.04.7000/PR. Relator Desembargador Federal ROGERIO FAVRETO. Terceira turma. Julgado em 31/08/2021.

estaduais³⁷, em virtude das diferentes competências para legislar o tema do transporte coletivo quando realizado em âmbito interestadual ou intermunicipal. Os pontos principais e comuns encontrados nas decisões de segunda instância referem-se a: (i) possibilidade de venda individual de passagens (intermediação) em caráter habitual³⁸; e (ii) a competência da ANTT e departamentos estaduais de transporte rodoviário fiscalizarem a Buser, tendo em vista não ser empresa transportadora, mas sim uma *startup* de tecnologia que promove a intermediação de compra e venda de serviços de fretamento.

Sendo assim, apenas para fins de comparação com o contexto fático e com a solução dada para as controvérsias que envolveram a empresa Uber, será feito um breve relato sobre as discussões envolvendo a Buser, o que se fará a partir da legislação federal, eis que, consoante art. 22, IX e XI da CF/88, é da competência União fixar as políticas nacionais de transporte. Como referido, o cerne das discussões judiciais é similar, o que não prejudica a reflexão ora proposta.

Ademais, a análise da adequação da Buser a cada uma das leis estaduais e suas respectivas discussões desvirtuaria o foco do presente artigo que é analisar a receptividade das novas tecnologias pelo ordenamento jurídico, demonstrando que mesmo em casos práticos muito semelhantes, o apego a normas e arranjos, muitas vezes já defasados, pode prejudicar a livre iniciativa e livre concorrência.

Pois bem, para demonstrar o que foi alegado, é importante esclarecer que, em âmbito federal, o debate cinge-se em torno da Lei 10.233/2001, que em seu art. 13, previu a hipótese de a União, por meio da Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT), conceder autorização para empresas que prestam serviços de transporte terrestre coletivo interestadual de forma regular, bem como para empresas que prestam serviços de fretamento, sendo esta segunda a modalidade intermediada pela Buser. O fretamento, previsto no art. 26, III, da Lei

37 Exemplificativamente: BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo Interno Cível n. 8026209-88.2019.8.05.0000. Relator Desembargador Joao Augusto Alves de Oliveira Pinto. Quarta Câmara Cível. Julgado em 18/06/2021; ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo de Instrumento n.º 5001094-64.2021.8.08.0000. Relator Desembargador Robson Luiz Albanez. Quarta Câmara Cível. Julgado em 10/09/2021; ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo de Instrumento n.º 5000451-43.2020.8.08.0000. Relator Desembargador Robson Luiz Albanez. Quarta Câmara Cível. Julgado em 17/03/2020; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento-CV n.º 1.0000.20.473041-0/001. Relator Desembargador Estevão Lucchesi. Décima Quarta Câmara Cível. Julgado em 15/12/2020; PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n.º 0051987-93.2019.8.16.0000. Relatora Juíza Subst. 2º Grau Cristiane Santos Leite. Quarta Câmara Cível. Julgado em 17/04/2020; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.º 0016889-29.2020.8.19.0000. Desembargador Relator Antonio Carlos Arrábida Paes. Julgado em 17/12/2020; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70078299302 (Nº CNJ: 0195142-05.2018.8.21.7000). Relatora Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira. Julgado em 29/08/2018; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n.º 5005457-84.2020.8.24.0000. Segunda Câmara de Direito Público. Relator Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto. Julgado em 08/09/2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível n.º 1033775-97.2018.8.26.0053. Relator Desembargador José Benedito Franco de Godoi. 23ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 09/12/2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2025973-88.2021.8.26.0000. Relator Desembargador Décio Notarangeli. 9ª Câmara de Direito Público. Julgado em 17/03/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2028626-97.2020.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Marrey Uint. 3ª Câmara de Direito Público. Julgado em 30/07/2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2048860-66.2021.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Maria Laura Tavares. 5ª Câmara de Direito Público. Julgado em 17/08/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2108205-60.2021.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Heloisa Martins Mimessi. 5ª Câmara de Direito Público. Julgado em 25/06/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2217630-22.2021.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Marcelo L Theodósio. 11ª Câmara de Direito Público. Julgado em 25/10/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2217653-65.2021.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Teresa Ramos Marques. 10ª Câmara de Direito Público. Julgado em 27/10/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2226290-05.2021.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Osvaldo Magalhães. 4ª Câmara de Direito Público. Julgado em 13/12/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2231856-66.2020.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Maria Laura Tavares. 5ª Câmara de Direito Público. Julgado em 10/11/2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 2299815-54.2020.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Oscild de Lima Júnior. 11ª Câmara de Direito Público. Julgado em 03/03/2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º 3000951-11.2021.8.26.0000. Relator(a) Desembargador(a) Vera Angrisani. 2ª Câmara de Direito Público. Julgado em 30/03/2021.

38 No site da Buser é possível adquirir passagens para fretamento por trecho (v.g., só de ida para um local, sem necessidade de serem as mesmas pessoas na ida e na volta), para apenas uma pessoa (e não para um grupo fechado) e em dias e horários que se repetem com determinada frequência, a depender da rota (o que torna questionável a eventualidade do fretamento realizado).

10.233/2001 é regulado pelo Decreto 2.521/98 e Resolução n.º 4.777/15 da ANTT, que o resumem a três hipóteses: turística, eventual e contínua. Nas três circunstâncias, exige-se que o circuito seja fechado (ida e volta, sem paradas e alternância de passageiros), sendo que no turístico e no eventual exige-se o caráter ocasional da prestação do serviço, enquanto por fretamento contínuo define-se o transporte habitual fornecido por pessoas jurídicas para seus empregados, alunos, professores ou associados.

Dentre os julgamentos já realizados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), destacam-se os proferidos pelo TRF-4ª Região que já possui decisões de mérito que proíbem a Buser de operar nos estados da região sul do país (RS, SC e PR). Instado a decidir sobre o possível enquadramento da Buser em qualquer uma das hipóteses anteriormente descritas na lei e sobre a licitude das suas atividades, o TRF-4ª região concluiu que a Buser não se limita a ser uma mera intermediadora de transporte em regime de fretamento, porque:

- (1) são disponibilizados diversos trajetos diários, com preço individual e horários fixos, em circuito aberto (só ida), e sem informação quanto à empresa responsável pelo transporte;
- (2) a regularidade na oferta dos serviços (viagens diárias, no mesmo horário), a venda de bilhetes individuais e a compra facultativa da passagem de volta (circuito aberto) revelam que não se trata de serviço de caráter ocasional, mas sim de “estabelecimento de serviços regulares ou permanentes”;
- (3) as empresas cadastradas na plataforma da ré possuem apenas autorização para fretamento no circuito fechado.³⁹

Diante dessas conclusões, o TRF-4ª Região reconheceu a irregularidade da atuação da Buser no formato “oferta (divulgação, comercialização e realização) de serviço aberto e contínuo, sem prévia autorização” determinando à ANTT a suspensão de qualquer viagem comercializada pela Buser e/ou por empresas parceiras, “para transporte interestadual de passageiros, no formato ora proibido, com partida ou chegada no Estado do Paraná”⁴⁰.

As empresas de transporte coletivo regular argumentam que a autorização concedida pela ANTT impõe o cumprimento de certos requisitos aos quais a Buser não estaria sujeita, tais como: oferecimento de transporte em rotas com baixo atrativo financeiro, cumprindo o requisito da universalização do transporte⁴¹; obrigatoriedade de ofertar o transporte independentemente do número de passagens comercializadas⁴², cujo valor é fixo⁴³; além da necessidade de oferecer passagens gratuitas a idosos⁴⁴, etc.

39 BRASIL. Tribunal Regional de 4ª Região. Acórdão em APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5027566-06.2018.4.04.7000/PR. Relator: Desembargador Federal Rogerio Favreto. Julgado em 31/08/2021.

40 BRASIL. Tribunal Regional de 4ª Região. Acórdão em APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5027566-06.2018.4.04.7000/PR. Relator: Desembargador Federal Rogerio Favreto. Julgado em 31/08/2021, p. 32-33.

41 Resolução 4.770/15 da ANTT, art. 45. Os mercados *deverão ser atendidos* por período mínimo de 12 (doze) meses, contados a partir do início da operação, conforme frequência cadastrada junto à ANTT.

42 Resolução 4.770/15 da ANTT, art. 33. A frequência mínima dos mercados solicitados deverá ser de, ao menos, uma viagem semanal por sentido, por empresa.

43 Decreto 2.521/1998, art. 27. A tarifa a ser cobrada pela prestação dos serviços destina-se a remunerar, de maneira adequada, o custo do transporte oferecido em regime de eficiência e os investimentos necessários à sua execução, e bem assim a possibilitar a manutenção do padrão de qualidade exigido da transportadora.

§ 1º A Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT elaborará estudos técnicos, necessários à aferição dos custos da prestação e da manutenção da qualidade dos serviços, relativos a cada ligação, observadas as respectivas características e peculiaridades específicas.

§ 2º A Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT estabelecerá os critérios, a metodologia e a planilha para o levantamento do custo da prestação dos serviços.

44 Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), art. 40. No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica:

I – a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos;

II – desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos.

Lei 8.899/1994 (Lei do Passe Livre), art. 1º É concedido passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual.

Essas empresas alegam que, para atender às exigências acima descritas, compensam estes custos com o lucro obtido por meio da venda de passagens nos trajetos mais procurados, os quais possuem a concorrência da empresa Buser. O risco apontado é que tal concorrência reduza substancialmente o lucro obtido pelas empresas de transporte e torne inviável o atendimento aos requisitos a que estão sujeitas, comprometendo o objetivo de universalizar o acesso ao transporte.

Por outras palavras, enquanto as empresas de transporte devem prestar serviços em rotas com alta rentabilidade e em rotas com baixa rentabilidade, os serviços intermediados pela Buser estariam sendo seletivos, escolhendo apenas as rotas com alta rentabilidade, em virtude da maior procura.

Em contrapartida, ressalta-se que esta interpretação fática sobre a natureza das atividades da Buser, relatada acima, não é unânime. A conformidade das operações intermediadas pela Buser é defendida sob o argumento de que se trata de uma empresa de tecnologia (e por isso nem se sujeita à regulação da ANTT) que intermedeia contratos de transporte entre passageiros/consumidores com prestadores de serviço (estes, sim, sujeitos à regulação da ANTT), os quais prestam o transporte coletivo de forma incerta e não rotineira⁴⁵.

Alguns pontos identificam o caso Buser com o caso Uber: (a) ambas as empresas utilizam plataforma digital de aproximação da oferta (prestadores de serviço) à demanda (usuários e consumidores); (b) somente usuários e consumidores previamente cadastrados possuem acesso ao serviço; e (c) ambas não possuem frota de veículos e se utilizam exclusivamente de veículos de terceiros. A síntese acima expõe a semelhança com o tema investigado, ao passo que envolve uma nova e disruptiva atividade econômica que surgiu sem regulação específica em virtude da sua natureza até então desconhecida, mas que influencia antigos mercados altamente regulados, instaurando-se uma concorrência assimétrica do ponto de vista regulatório.

Assim como no caso da Uber, o que se observa é que apesar dos fundamentos constitucionais traçados pelo STF para interpretação destes casos, ainda há insegurança

45 Analisando a questão sobre o prisma do transporte intermunicipal, sujeito a outros diplomas formais (os quais foram excluídos da presente análise, conforme recorte metodológico exposto no início deste capítulo), vale registrar que o Tribunal de Justiça de São Paulo analisou a atividade da Buser e concluiu que a Buser não está sujeita a regulação de transportes, por ser empresa de tecnologia, acolhendo os seguintes argumentos “o itinerário e o custo das passagens não é o mesmo, variando de acordo com a demanda e a oferta do mercado. Não existe a garantia ou disponibilidade de viagens como no transporte público”. Destacou, ainda, que as rotas e datas são definidas previamente e precisam ser confirmadas pelos passageiros com antecedência, para análise da viabilidade da viagem, “as quais são exclusivamente determinadas pelos fretadores de acordo com a demanda dos consumidores”. O Tribunal Paulista destacou parecer de Carlos Ari Sunfeld que reconheceu a atividade da Buser facilita a integração entre potenciais passageiros e empresas que prestam serviço de fretamento, nos seguintes termos: A atividade de fretamento eventual tem previsão na Lei 10.233/2001 e as empresas conectadas à Buser desempenham suas atividades de acordo com as exigências legais. (...) Empresas de fretamento realizam, elas próprias, o transporte de passageiros. Possuem veículos, empregam motoristas, emitem notas fiscais pelo serviço de transporte, observam todas as normas de segurança e são registradas junto ao poder público competente. A Buser apenas conecta potenciais passageiros a essas empresas por meio de plataforma tecnológica. Sua atividade econômica: é a intermediação, não o transporte. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n.º 1033775-97.2018.8.26.0053. Relator Desembargador José Benedito de Franco Godoi. 23ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 09/12/2020).

46 Além das decisões judiciais, no âmbito do transporte intermunicipal e municipal também já começam a aparecer leis estaduais promulgadas especificamente para proibir a atividade da Buser, como no caso da Lei do estado de Minas Gerais, de n.º 23.941/2021 que expressamente vetou a “a realização de viagens habituais, com regularidade de dias, horários ou itinerários” e a “a comercialização de passagens individualizadas por passageiro” além de estabelecer que as sanções previstas em caso de descumprimento das normas também se aplicam “à pessoa física ou jurídica que promover ou intermediar serviço de fretamento em desacordo com a legislação aplicável”. A referida lei foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.21.264940-4/000, que tramitou perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cujo mérito não foi analisado em razão de ilegitimidade passiva da parte e falta de interesse processual por ausência de pertinência temática: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.21.264940-4/000. Relator Desembargador Saldanha da Fonseca. Órgão Especial. Publicado em 19/04/2022. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/stf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10000212649404000. Acesso em: 12 nov. 2022.

jurídica, tendo em vista as vedações impostas por decisões judiciais⁴⁶. Ao que tudo indica, a possível solução pacificadora virá do Congresso Nacional, nos mesmos moldes do que fez com a Uber: restringe expressamente o que deve ser proibido e condiciona as autorizações a serem concedidas pela ANTT ao cumprimento de determinados requisitos, que antes não eram exigidos das empresas de fretamento.

Isso porque foi promulgada a Lei n.º 14.298, de 5 de janeiro de 2022. A recente norma inicialmente objetivava vetar expressamente a intermediação e venda de reservas individualizadas em viagens por meio de fretamento, mas a redação final proibiu a venda de bilhetes de passagem para a hipótese de prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros, conforme nova redação do letra “a”, inciso V, do artigo 13, da Lei 10.233/2001.

Também fixou as exigências a serem atendidas pelas empresas de fretamento, tais como acessibilidade, segurança, capacidade técnica, operacional e econômica da empresa de transporte, bem com possuir capital social mínimo de R\$ 2 milhões, conforme redação do § 3º, do artigo 47-B, da Lei 10.233/2011.

Finalmente, a nova redação da Lei n.º 10.233/2001 também estabelece que só haverá limitações para concessão de autorizações em casos de inviabilidade técnica, operacional e econômica, as quais deverão ser definidas pelo Poder Executivo, e que as empresas de transporte deverão providenciar inscrição estadual em todos os estados da federação que pretendam operar, para fins de recolhimento do ICMS.

A modificação legal ainda é muito recente para analisar os impactos nas decisões dos tribunais em discussões judiciais pendentes e nas futuras. Contudo, a trajetória da empresa Buser já percorrida até o momento demonstra que a solução dada ao caso Uber pode não ter gerado segurança jurídica para novas disrupções.

Mas já há um avanço porque, diferente das iniciativas legislativas envolvendo o caso Uber, que radicalmente proibiram a atividade agora, esta recente alteração permite a atividade, fixa as condições operacionais e condiciona eventual limitação de autorizações somente em casos de inviabilidade técnica, operacional e econômica a serem definidas pelo Poder Executivo. Quanto à eventual limitação, vale repetir que o Supremo Tribunal Federal já fixou os seus pressupostos: (a) a livre iniciativa é o princípio fundamental da economia e é predominante, eis que transcende a dimensão econômica, pois a liberdade é um dos fundamentos do Estado Brasileiro, conforme art. 1º, CF/1988; (b) por corolário lógico, deve ser declarada inconstitucional qualquer proibição à livre iniciativa e eventual intervenção estatal nas atividades desenvolvidas por particulares só pode ocorrer quando expressamente previsto na própria CF/1988 ou em casos excepcionais, a serem avaliados conforme critério da proporcionalidade – v.g. cotejo entre a livre iniciativa/libre exercício profissional vs. outro direito fundamental, como proteção ao consumidor; e (c) o poder de regulamentação e fiscalização do Estado não pode ser imposto de maneira que inviabilize a iniciativa privada.

5 CONCLUSÃO

O caso Uber mostrou que o ordenamento jurídico brasileiro não estava preparado para receber aquela inovação disruptiva na atividade de transporte de passageiro. Verificou-se que algumas autoridades regulatórias municipais logo foram capturadas pelas categorias afetadas e apressaram-se em proibir a nova modalidade. Felizmente, a Suprema Corte reconheceu que, nestas hipóteses, o desafio do Estado está em como acomodar

a inovação com os mercados preexistentes – parafraseando o Ministro Barroso naquele julgamento “a proibição da atividade na tentativa de contenção do processo de mudança, evidentemente, não é o caminho, até porque acho que seria como tentar aparar vento com as mãos”.

Verificou-se que os agentes estabelecidos no mercado, quando afetados por uma atividade inovadora e disruptiva, imediatamente reagem para tentar impedir ou criar dificuldades para o seu funcionamento dessa nova atividade, já que compromete o “*status quo*” de manutenção e de estabilidade dos agentes tradicionais, em detrimento da melhoria do serviço prestado e do bem-estar do consumidor.

As teses fixadas pelo STF restringiram detalhadamente a sua incidência ao (i) transporte privado, (ii) individual, (iii) prestado por motorista cadastrado em aplicativo e, (iv) exclusivamente para usuários também previamente cadastrados no aplicativo, o que pode ensejar lacunas para entendimentos que comprometam a livre iniciativa quando presente assimetria regulatória entre os antigos e os novos concorrentes, como está ocorrendo com a empresa Buser e plataformas semelhantes.

Todavia, comparando-se o caso Uber ao caso Buser, constata-se um progresso: a nova regulação do caso Buser não proibiu o funcionamento da atividade inovadora, como ocorreu com o caso Uber e a possibilidade de limitação de autorizações, como visto acima, já tem as suas balizas previamente fixadas pelo Supremo Tribunal Federal e não poderá inviabilizar as atividades inovadoras, porque a livre iniciativa, princípio fundamental da economia, deve ser predominante, eis que transcende a dimensão econômica, pois a liberdade é um dos fundamentos do Estado Brasileiro, conforme consta no pórtico da Carta Magna (art. 1º, CF/1988).

Ita Speratur!

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. 1. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. *Agravo Interno Cível n. 8026209-88.2019.8.05.0000*. Relator Desembargador Joao Augusto Alves de Oliveira Pinto. Quarta Câmara Cível. Julgado em: 18 jun. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. Novas tecnologias e mutações regulatórias nos transportes públicos municipais de passageiros: um estudo a partir do caso Uber. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 08, nº4, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da lei 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, v.09, nº3, 2017.

BOUQUET, Cyril; RENAULT, Chloé. Táxis versus Uber: um perfeito exemplo de resistência à mudança. *Época Negócios*. Brasil. 03 de setembro de 2014. Atualizado em 06 de outubro de 2014. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Visao/noticia/2014/09/taxis-versus-uber-um-perfeito-exemplo-de-resistencia-mudanca.html> Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL, LEI Nº 12.587, DE 3 DE JANEIRO DE 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. DOU. Brasília, 04 jan. 2012.

BRASIL. Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT). Resolução ANTT N° 4770 DE 25/06/2015. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, sob o regime de autorização. DOU. Brasília, 30 jun. 2015.

BRASIL. Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT). Resolução ANTT N° 4777 DE 25/06/2015. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento. DOU. Brasília, 08 jul. 2015.

BRASIL. DECRETO N° 2.521, DE 20 DE MARÇO DE 1998. Dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências. DOU. Brasília, 23 mar. 1998.

BRASIL. LEI No 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. DOU. Brasília, 03 out. 2003.

BRASIL. LEI N° 13.874, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. DOU. Brasília, 20 set. 2019.

BRASIL. LEI N° 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994. Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. DOU. Brasília, 30 jun. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 449 DP*. Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 08 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 574 / DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em 17 dez. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RExt 1.054.110 SP*, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional de 4ª Região. *Acórdão em APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA N° 5027566-06.2018.4.04.7000/PR*. Relator: Desembargador Federal Rogerio Favreto. Julgado em 31 ago. 2021.

CALURA, Sergio. Qual foi o real motivo da falência da Kodak? E como ela fez para retornar em 2020? *AAA Inovação*. Disponível em: <https://blog.aaainovacao.com.br/kodak-motivo-da-falencia/>. Acesso em: 02 out. 2021.

CANI, Julia Wand-del-Rey. O caso Uber no Supremo: uma tese jurídica com 'fundamento determinante'? *JOTA*. 26 jan. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/o-caso-uber-no-supremo-uma-tese-juridica-com-fundamento-determinante-29062019>. Acesso em: 23 nov. 2021.

China constrói prédio de 57 andares em apenas 19 dias. *ÉPOCA NEGÓCIOS ONLINE*. Maio, 2015. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2015/05/china-constrói-predio-de-57-andares-em-apenas-19-dias.html>. Acesso em: 03 out. 2021.

DEARBORN, Mich. Ford apresenta ideia de carro com sistema que produz água potável derivada do ar-condicionado. *Ford Media Center*. Disponível em: <https://media.ford.com/content/fordmedia/fsa/br/pt/news/2016/09/23/ford-apresenta-ideia-de-carro-com-sistema-que-produz-agua-potave.html>. Acesso em: 03 out. 2021.

E BOCARD, Taysa. Fracasso da Kodak: como não falir na era digital. *UseMobile*. Março, 2020. Disponível em: <https://usemobile.com.br/historia-e-fracasso-da-kodak/>. Acesso em: 03 out. 2021.

China constrói prédio de 57 andares em apenas 19 dias. *ÉPOCA NEGÓCIOS ONLINE*. Maio, 2015. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2015/05/china-constrói-predio-de-57-andares-em-apenas-19-dias.html>. Acesso em: 03 out. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CHRISTENSEN, Clayton M. *O Dilema da Inovação: quando as novas tecnologias levam empresas ao Fracasso*. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda, 2012.

DEARBORN, Mich. Ford apresenta ideia de carro com sistema que produz água potável derivada do ar-condicionado. *Ford Media Center*. Disponível em: <https://media.ford.com/content/fordmedia/fsa/br/pt/news/2016/09/23/ford-apresenta-ideia-de-carro-com-sistema-que-produz-agua-potave.html>
Acesso em: 03 out. 2021

FIGO, Anderson. Gigante de ônibus da Europa chega ao Brasil e oferece passagens SP-Rio e SP-BH por menos de R\$ 1. *Infomoney*. 17 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/gigante-de-onibus-da-europa-chega-ao-brasil-e-oferece-passagens-sp-rio-e-sp-bh-por-menos-de-r-1/?fbclid=IwAR24AuKN3LmXgAiFh4P2eQTaohYEVDhstm6OcCy-zYh1jLjgFcODHbXzICVU>. Acesso em: 23 nov. 2021.

GUEDES, Geison. Aplicativo de transporte executivo, Uber, é lançado em Brasília. *Correio Braziliense*. 27 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2015/02/27/interna_tecnologia,473096/aplicativo-de-transporte-executivo-uber-e-lancando-em-brasilia.shtml Acesso em: 05 nov. 2021.

GUERRA, Sérgio. Riscos, Regulação estatal e novas tecnologias. *Int. Públ. – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez. 2016

LUPION, Ricardo. O sonho da liberdade econômica, o pesadelo da pandemia do covid-19 e a empresa resiliente. *Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)*, Ano 6, nº 4, 2020, p.2493-2521.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v.228, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Littera Express*, n.º535, jan. 2016. Disponível em: <https://manesco.com.br/ler-litteraexpress/535>.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras 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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOTA, Taís. Mesmo com derrubada de veto, Buser informa que vai continuar operando. *O Tempo*. 10 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/mesmo-com-derrubada-de-veto-buser-informa-que-vai-continuar-operando-1.2567963>. Acesso em: 23 nov. 2021.

PASSO, Lucas Chaves de Andrade. *A legalidade da buser frente ao ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia (Graduação – Direito) – Universidade de Brasília, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação cível n.º 1033775-97.2018.8.26.0053*. Relator Desembargador José Benedito Franco de Godoi. 23ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 09 dez. 2020.

SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “Caso Uber”. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, jul./set. 2015, p. 9-39.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia De Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintivas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de análise econômica do direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severa dos custos de transação. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, nº4, 2020, p.1977-2013.

Recebido em: 08.12.2022

Aprovado em: 20.08.2023

Como citar este artigo (ABNT):

GARCIA, Ricardo Lupion; GALVÃO, Camila Trindade. Direito e inovações disruptivas: análise da assimetria regulatória a partir do caso uber até o caso buser. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.49, p.49-70, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/09/DIR49-03.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.