© 2016 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho
Alexandre Coutinho Pagliarini
André Ramos Tavares
Carlos Ayres Britto
Carlos Mário da Silva Velloso
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Cesar Augusto Guimarães Pereira
Clovis Beznos
Cristiana Fortini
Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Egon Bockmann Moreira
Emerson Gabardo
Fabrício Motta
Fernando Rossi
Flávio Henrique Unes Pereira
Floriano de Azevedo Marques Neto
Gustavo Justino de Oliveira
Inês Virgínia Prado Soares
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Juarez Freitas
Luciano Ferraz
Lúcio Delfino
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Márcio Cammarosano
Marcos Ehrhardt Jr.
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Ney José de Freitas
Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Paulo Modesto
Romeu Felipe Bacellar Filho
Sérgio Guerra

EDITORA Fórum

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

B612l Binenbojm, Gustavo

Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador / Gustavo Binenbojm; prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

380 p.
ISBN 978-85-450-0118-8

1. Direito administrativo. I. Barroso, Luís Roberto. II. Sundfeld, Carlos Ari. III. Título.

CDD: 341.3
CDU: 342.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 380 p. ISBN 978-85-450-0118-8.

Para Leticia, Laura e Beatriz,

com todo o meu amor.

Em geral, o banimento surge como medida necessária quando a regulação de situações de assimetria de informações ou de externalidades negativas não promover adequadamente algum fim constitucionalmente relevante. Em alguns casos, a exigência de provisão de informação sobre os riscos à saúde associados a determinada substância, produto ou equipamento não é medida adequada para a proteção dos consumidores. Isso pode decorrer, por exemplo, do fato de o perigo oferecido ser muito danoso à saúde, imediato e irreversível; das informações relevantes serem de compreensão técnica muito complexa; ou de que a produção e o fornecimento das informações relevantes serem excessivamente onerosos. Diversas regulações que impõem o banimento de substâncias tóxicas e produtos ou equipamentos perigosos, no ambiente de trabalho ou no mercado de consumo, têm esses fundamentos, alcançando desde ferramentas de trabalho a brinquedos infantis, de formatos ou materiais lesivos a trabalhadores e crianças.

No caso das externalidades negativas, a deficiência da regulação pode decorrer da impossibilidade técnica de sua correção por meio de exigências de qualidade ou da sua excessiva onerosidade. Alguns materiais de construção, por exemplo, exibem periculosidade inerente à saúde de trabalhadores e futuros usuários, sendo insuscetíveis de correção por regulação que imponha especificações técnicas ou que exija informações adequadas. O perigo às pessoas expostas é grave, imediato e irreversível, sendo o banimento a única medida eficaz para a proteção de sua saúde. Em outros casos, embora a regulação de qualidade pudesse ser eficaz, sua exigência pela regulação seria de tal forma onerosa – em razão do caráter inovador da tecnologia, por exemplo – que a *internalização* de seus custos tornaria a atividade empresarial inviável. Assim, o banimento surge como única forma de alcançar o objetivo regulatório.

O banimento não parece ser a medida regulatória indicada para drogas nocivas à saúde, cujos efeitos, todavia, não sejam imediatos e irreversíveis, restringindo-se, ademais, ao próprio consumidor, como tabaco, maconha e bebidas alcoólicas. Nesses casos, a regulação de informação, preços, qualidade e quantidade parecem respeitar o valor da autonomia privada e, ao mesmo tempo, promover o bem-estar social, sem gerar efeitos colaterais perversos, como o surgimento de mercados informais, proliferação da criminalidade, corrupção de agentes públicos e violência generalizada. A liberdade de escolha é preservada diante da reversibilidade da decisão do usuário. No caso de drogas que causam alteração de consciência (como o álcool, por exemplo), a regulação deve preservar a incolumidade física e patrimonial de terceiros, como na ordenação de trânsito.

Nada obstante, para drogas cujos efeitos nocivos à saúde sejam devastadores, imediatos e virtualmente irreversíveis (como o crack, por exemplo), o banimento parece surgir como única medida estatal apta à proteção da saúde individual, ainda que seus efeitos se restrinjam ao próprio usuário. Aqui, a autonomia privada não pode ser invocada contra o paternalismo estatal, diante de circunstâncias que dificultam a escolha racional dos indivíduos – como a ação por impulso, a subavaliação dos riscos e a extrema dificuldade de reversão da decisão. Também neste caso a economia comportamental para oferecer razões a justificar a existência da regulação de banimento, ao identificar ações irracionais em determinadas circunstâncias, que configurariam verdadeiras falhas de escolha. Como já dito, esse tema será analisado no item 4.3.

4.2.3.6 Estudo do caso UBER: entre a proteção destrutiva e a destruição criativa

Recentemente, instaurou-se uma polêmica no mercado de prestação de serviço de transporte individual de passageiros: o caso UBER. O caso é especialmente interessante porque envolve todos os elementos de regulação, sendo propício para a aplicação concreta dos conteúdos até aqui estudados. Nele se apresenta toda a complexidade do processo regulatório, inclusive a resistência dos taxistas – participantes exclusivos, até então, do mercado em questão – diante da ampliação da oferta de serviços similares por terceiros, viabilizada em razão do surgimento de uma inovação tecnológica que permite o compartilhamento eletrônico de informações e do desenvolvimento de um novo modelo de negócios, que tem sido denominado de economia compartilhada (*sharing economy*).[416]

O fenômeno UBER será a seguir exposto como um estudo de caso. Segundo a Constituição brasileira de 1988, a União tem competência privativa para legislar sobre "diretrizes da política nacional de

[416] Os estudos iniciais de "economia compartilhada" começam a ganhar destaque em 1978 com o trabalho de FELSON, Marcus; SPAETH, Joe L. Community Structure and Collaborative Consumption: a routine activity approach. *American Behavioral Scientist*, v. 21, n. 4, p. 614/624, mar./abr. 1978. Os autores se referem a atos de "consumo colaborativo" para designar "eventos nos quais uma ou mais pessoas consomem bens ou serviços em um processo econômico de se engajar em atividades comuns". (*Ibid.*, p. 614).

transportes" e "trânsito e transporte" (art. 22, IX e XI). Nesse sentido, foram editadas a Lei nº 12.587/2012, que trata da Política Nacional de Mobilidade Urbana, e a Lei nº 12.468, de 2011, que regulamenta a profissão de taxista. Em ambas as leis, há a previsão de que a "a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros" é privativa de taxistas.

O mercado de táxis opera em três segmentos: (i) o segmento de pontos de táxi, conhecido na literatura internacional como *taxi rank*; (ii) o segmento de rua, chamado de *hailing*; e (iii) o segmento porta a porta, também conhecido como *pre-booking*, *taxi-booking* ou *phone booking*, no qual também operam os provedores de serviços de caronas pagas.[417] A prevalência de cada modalidade do serviço varia de cidade para cidade ao redor do mundo. Em geral, centros urbanos densamente povoados, como Rio de Janeiro e São Paulo, apresentam grande proporção de táxis dos dois primeiros segmentos, ao passo que cidades com menos habitantes, como municípios do interior do País, tendem a ser dominadas pela modalidade porta a porta.

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).[418] Informado por tais objetivos, o Poder Público tem historicamente submetido o mercado de táxi a um intenso

[417] V. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Competition Committee. Taxi Services Regulation and Competition. Roundtables on Competition Policy, n. 81, p. 18, Paris, out. 2007: "Taxis are small passenger vehicles providing point-to-point personal transport services. In this general context, the taxi market can be further divided into three broad categories: the rank, hail and prebooked markets. Taxi ranks are designated places at which taxis may queue to await passengers, and vice versa. Passengers are generally expected to take the first cab at a rank. The hail market comprises situations in which consumers hail a cruising taxi on the street. In the pre-booked a market, consumers telephone for a taxi, whether for immediate dispatch or for dispatch at a later time".

[418] V. GWILLIAM, Kenneth M. Regulation of Taxi Markets in Developing Countries: Issues and Options. Transport Notes, Urban Transport Thematic Group, The World Bank, Washington/DC, No. TRN-3, fev. 2005. Disponível em: <http://www.taxi-library.org/trn-3_taxi_reg.pdf>. Acesso em: 01 out. 2015. V., tb., RANKENA, Mark W; PAUTLER, Paul A. *An Economic Analysis of Taxicab Regulation*. U.S. Federal Trade Commission, 1984. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/economic-analysis-taxicab-regulation/23832.pdf>. Acesso em: 01 out. 2015.

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.

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.[419] 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, entre outros requisitos.

Devido à natureza pública do transporte de passageiros realizado pelos taxistas, as questões fundamentais que constituem o objeto de controvérsia estão postas da seguinte forma: o transporte privado individual de passageiros, não sujeito à outorga de autorizações específicas pelo Poder Público, é proibido pela legislação brasileira? Uma lei ordinária poderia instituir o monopólio dessa atividade econômica? É possível interpretar normas regulatórias infraconstitucionais em sentido contrário aos princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de exercício profissional? Quais as consequências jurídicas, sobre os marcos regulatórios até então vigentes, da superação empírica, pelos próprios mercados regulados, de antigas falhas que justificaram a intervenção estatal original?

Em primeiro lugar, impõe-se reconhecer que a atividade de prestação do serviço de transporte individual de passageiros, quando

[419] Como explicam Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Eduardo Frade Rodrigues, "o consumidor que busca um táxi normalmente não tem condições de pesquisar adequadamente os melhores preços e serviços disponíveis, como se estivesse transitando por lojas em um shopping center. Como não sabem quando outro táxi irá passar nem quanto esse outro motorista irá lhe cobrar, os potenciais passageiros dificilmente rejeitam o primeiro táxi que lhes é oferecido. Tal condição é ainda mais agravada no caso, por exemplo, de turistas, que não conhecem a cidade e seus serviços de táxi, ou na ocorrência de condições climáticas adversas". V. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RODRIGUES, Eduardo Frade. Proporcionalidade e melhora regulatória a regulação dos serviços de táxi. *Revista do IBRAC*, n. 22, p. 287, 2013.

tomada em sentido amplo, não é exclusiva de taxistas. Enquanto a Lei nº 12.468/2011 se destina apenas a quem detém a condição jurídica de taxista, a Lei nº 12.587/2012, por sua vez, estabelece as diretrizes normativas que norteiam as políticas públicas para o setor, que incluem, de forma clara, os meios privados de transporte de passageiros no âmbito das políticas públicas para o transporte urbano (arts. 3º, §2º, III, e 4º, I). Esse segundo diploma legislativo, de escopo mais amplo que o primeiro, tem o claro objetivo de maximizar a disponibilidade e o acesso da população a meios de transporte individuais e privados.

Em segundo lugar, sob o prisma constitucional, a atividade de prestação do serviço de transporte individual de passageiros é atividade econômica em sentido estrito, e não serviço público, como as atividades de transporte coletivo. Dessa forma, a lei ordinária não poderia validamente criar um novo monopólio de atividade econômica, além daqueles já compreendidos na Constituição Federal (CF, art. 177). Reputa-se, portanto, inconstitucional qualquer interpretação das leis citadas anteriormente no sentido da existência de um monopólio legal em favor dos taxistas.[420] De outro lado, ainda que se admita a disciplina legal do serviço de táxi como serviço público, ele jamais poderia ser *exclusivo*, porque ausente qualquer razão legítima a justificar a vedação à exploração do transporte individual de passageiros como atividade econômica (assimetria regulatória). Eventual lei que instituísse a aludida exclusividade criaria hipótese odiosa e inconstitucional de restrição regulatória à livre concorrência.[421]

Em termos práticos, o UBER é um aplicativo (*mobile app*), disponível para *download* em *smartphones*,[422] que permite a qualquer usuário requisitar um veículo de motorista profissional, previamente credenciado no UBER, para transporte individual de passageiros. O serviço prestado pelos agentes credenciados do UBER é similar ao serviço de transporte de passageiros em veículo a taxímetro (táxi). Originariamente, o UBER, em termos operacionais, adotava o modelo de negócio denominado "carona remunerada", através do qual o agente

[420] V., a propósito, o parecer de Daniel Sarmento, cujas conclusões coincidem com as afirmações ora expostas: SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o 'caso UBER'. Parecer. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-15/aplicativo-uber-nao-fere-leis-brasileiras>. Acesso em: 15 jul. 2015.

[421] Sobre o tema, v. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

[422] Um *smartphone* é um telefone móvel que permite o acesso a programas executados através de sistema operacional. Tais programas são chamados de aplicativos (*apps*).

credenciado junto ao UBER, motorista profissional proprietário de veículo com as especificações mínimas exigidas pelo sistema, dava uma "carona" a potenciais interessados, previamente cadastrados.

Após a realização do transporte de passageiros, o usuário realiza o pagamento previamente estipulado por meio de cartão de crédito e o agente credenciado recebe uma remuneração pelo serviço prestado diretamente do UBER, que é destinatário de percentual do pagamento efetuado pelo passageiro. Entretanto, o modelo inicial de "caronas remuneradas" superou expectativas devido à qualidade do serviço de transporte de passageiros prestado pelos agentes credenciados do UBER, o que inclui automóveis mais novos e luxuosos, motoristas mais bem vestidos e solícitos, além de preços verdadeiramente competitivos. Assim, o UBER fidelizou parte da demanda por transporte individual de passageiros, insatisfeita, por diversos motivos, com os serviços prestados pelos taxistas.

Em verdade, a grande revolução no mercado de transporte individual de passageiros ocorreu com o desenvolvimento de aplicativos (*apps*) em *smartphones* para centrais de táxis, que são sistemas cuja função é a de permitir a requisição de um automóvel com motorista pelo usuário sem a necessidade de (i) ligação telefônica para centrais de atendimento, (ii) ligação direta para o taxista ou (iii) realização de sinal em via pública.[423]

Nessas novas circunstâncias geradas pela inovação tecnológica proporcionada pela criação dos *apps*, houve um impacto relevante na forma de relacionamento e compartilhamento de informações entre taxistas e usuários, com grande benefício econômico imediato para os motoristas que aderiram ao credenciamento efetuado pelos gestores dos *apps*, por dois motivos principais.

Em primeiro lugar, tais aplicativos foram muito bem recebidos pelos usuários devido à facilidade de uso e ao acesso rápido aos táxis, sobretudo em cidades nas quais a oferta do serviço era precária. Em segundo lugar, o *app* permitiu ao motorista se comprometer com pedidos de transporte de passageiros segundo critérios geográficos de proximidade e de forma imediata. Desse modo os pedidos são programados rapidamente e sem a necessidade de procurar clientes nas ruas, gerando economia de combustível e multiplicação dos serviços prestados.

[423] "EasyTaxi" e "99Taxis" são exemplos publicamente conhecidos de *apps* de centrais de taxi e até hoje são contestados, inclusive, por alguns taxistas que não aderiram aos mecanismos de gestão de informação dos referidos aplicativos.

Consequentemente, os taxistas vinculados aos *apps* de centrais de táxi passaram a lucrar mais, já que os ganhos de eficiência decorrentes do uso do aplicativo não foram repassados aos preços praticados porque sujeitos a tabelamento – regulação de preços – e, simultaneamente, não houve impacto direto ou exigências regulatórias adicionais de melhoria da qualidade do serviço prestado.

Pois bem: e o UBER? O UBER utilizou a mesma tecnologia que viabilizou a criação dos *apps* de centrais de táxi, embora tenha lançado um modelo de negócios diferenciado que se dispõe a oferecer um serviço de transporte individual de passageiros com maior qualidade. Ao contrário do táxi, o UBER fornece ao potencial usuário diversas informações relevantes, notadamente (i) informações sobre o perfil do motorista, (ii) grau de segurança e conforto de veículo, (iii) trajeto a ser percorrido e (iv) estimativa de preço, diminuindo intensamente assimetrias de informação relacionadas à qualidade do serviço a ser prestado. Vale registrar que o aplicativo fornece ainda a avaliação dos usuários daquele motorista especificamente designado para atendimento ao consumidor do serviço (sistema de *scoring*).

Por isso, o agente credenciado do UBER, necessariamente motorista profissional, tem forte incentivo a prestar o melhor serviço de transporte possível, já que está sujeito a um sistema de credenciamento mais rigoroso e seu desempenho é avaliado pelos usuários, o que beneficia a todos os potenciais consumidores. De fato, a construção de uma boa reputação pelo motorista, devidamente amparada pelas notas dadas pelos usuários anteriores, é elemento essencial de manutenção do credenciamento junto ao UBER.

Em linhas gerais, dentre as vantagens apontadas pelos usuários do UBER, afirma-se que: (i) os agentes credenciados possuem carros bem mais novos e confortáveis que os taxistas; (ii) há maior qualidade, pontualidade e cortesia do atendimento; (iii) há a possibilidade de o usuário solicitar o estorno de cobranças indevidas por meio de canais eletrônicos de autoatendimento; e (iv) o pagamento pelo serviço é mais fácil, pois o UBER fatura o serviço no cartão de crédito previamente cadastrado pelo usuário.

Adicionalmente, é possível afirmar que o sucesso do UBER não advém somente da maior qualidade do serviço de transporte prestado, mas também da insatisfação dos usuários do serviço prestado pelos taxistas. As reclamações em relação aos táxis são inúmeras. Além de críticas relativas à (i) sujeira dos veículos, à (ii) falta de educação do motorista, à (iii) falta de troco no caso de pagamento em dinheiro e a (iv) outras formas desconfortáveis de atuação do taxista em relação ao

usuário, tal como a prática comum de não ligar o ar condicionado no verão para economizar combustível, a principal reclamação diz respeito à pouca disponibilidade dos taxistas em todos os horários do dia e em determinadas regiões da cidade, chegando a haver casos de recusas explícitas de taxistas para ir a determinadas localidades.

Diante da nova realidade de mercado, os taxistas, insatisfeitos com a entrada e o sucesso[424] do UBER, iniciaram um movimento público intenso e hostil de contestação. Além da pressão política pelo banimento do UBER e do uso de medidas judiciais destinadas a suspender o acesso ao aplicativo, há relatos na mídia de que os agentes credenciados junto ao UBER têm sofrido ameaças de agressão física e intimidações de toda ordem, inclusive de órgãos públicos de controle vinculados a Departamentos e Secretarias de transporte coletivo de passageiros. Essa situação gerou, inclusive, uma representação administrativa proposta contra sindicatos e pessoas ligadas ao segmento de táxi e dirigida ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na qual se alega: (i) o cometimento de *sham litigation* – uso abusivo de medidas judiciais destinadas a impedir a atuação de concorrentes no mercado –, (ii) incitação e recurso à violência e (iii) pressão excessiva perante o Poder Legislativo, solicitando-se uma medida preventiva de cessação de condutas anticompetitivas em desfavor dos requeridos.[425]

Analisadas as circunstâncias do caso UBER, percebe-se claramente o efeito impressionante que o desenvolvimento de aplicativos (*apps*) contendo sistemas de "economia compartilhada" (*sharing economy*) causou em uma estrutura regulatória rígida e relativamente estável até aquele momento, provocando um choque que põe em xeque a eficiência da estrutura regulatória até então adotada. Em outras palavras, o advento desse novo modelo de negócios, utilizado para facilitar o relacionamento entre motoristas e usuários do serviço de transporte individual de passageiros, afetou todas as bases regulatórias

[424] O sucesso do UBER tem atraído novos concorrentes. Recentemente, o aplicativo de localização geográfica por GPS "Waze", do Google, iniciou um projeto experimental semelhante ao UBER em Tel Aviv, em Israel, chamado "RideWith", que permite aos usuários o compartilhamento de caronas particulares, à semelhança do modelo original do UBER. V. CARVALHO, Lucas. Waze concorre com Uber e lança app de caronas em Israel. *Exame*. Publicado em 08.07.2015. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/waze-concorre-com-uber-e-lanca-app-de-caronas-em-israel>. Acesso em: 12 jul. 2015.

[425] SELIGMAN, Felipe; GONÇALVES, Natália. A favor do UBER, universitários pedem ao Cade medida contra taxistas. *Jota*. Publicado em 08.07.2015. Disponível em: <http://jota.info/a-favor-do-uber-universitarios-pedem-ao-cade-medida-contra-taxistas>. Acesso em: 12 jul. 2015.

relacionadas ao modelo tradicional de concessão de outorgas de autorizações a taxistas. Até aquele momento, os taxistas gozavam de exclusividade na prestação do serviço de transporte individual de passageiros e a entrada de novos prestadores no mercado era – e ainda é – muito difícil, tendo em vista obstáculos burocráticos e limites no número de concessões de outorga de autorizações para táxi, arbitrariamente definidos nas legislações locais.

Bem organizados, os sindicatos de taxistas exercem *lobby* constante sobre políticos, o que explica as diversas isenções tributárias aos proprietários de táxis, bem como a manutenção das aludidas limitações no número de outorga de autorizações nas legislações locais que constituem indícios fortes de captura regulatória. A propósito, pode-se citar, a título exemplificativo, a Lei nº 5.492/2012, do Município do Rio de Janeiro, que estipula um critério máximo de outorga de autorizações para táxis, correspondente à "proporção de um veículo para cada setecentos habitantes do Município" (art. 1º), além de proibir "a liberação de nova permissão até ser alcançada a proporcionalidade estabelecida no artigo anterior" (art. 2º) e excluindo a possibilidade de "a constituição de novas empresas que operem como locadora de veículos e taxímetro no Município do Rio de Janeiro" (art. 7º).

Trata-se, evidentemente, de barreira normativa à entrada – ou regulação de entrada limitadora da quantidade de serviço ofertado – de potenciais taxistas que não encontra respaldo em evidências empíricas sobre as reais necessidades percebidas no mercado. Por que um veículo para cada setecentos habitantes? Qual o fundamento empírico ou econômico para legitimar a razão "um veículo – setecentos habitantes"? O motivo é incerto. Porém, o que é certo é a existência – notória nos maiores Municípios – de um mercado secundário marginal operado por titulares de autorizações, em que as licenças são controladas por oligopólios de grupos empresariais que efetuam o "aluguel" dos táxis a terceiros interessados através do mecanismo de "diárias", o que sugere um forte indício de prática de sobrepreço no mercado de prestação de serviço de transporte público de passageiros por táxi, inclusive na previsão desnecessária da "bandeira 2".[426]

[426] Curiosamente, há uma notável escassez de informações públicas a respeito do conteúdo de estratégias regulatórias – adotadas pelos Municípios – aptas a identificar custos e benefícios da regulação aplicável ao mercado de prestação de serviço de transporte individual de passageiros. No entanto, devido à polêmica envolvendo o UBER, há relatos recentes, veiculados na mídia, que confirmam a existência de oligopólios empresariais de titulares de licenças de táxi, bem como a existência de um mercado secundário marginal de "aluguel" por "diárias". Nesse sentido, em relação ao Município do Rio de Janeiro, é importante citar matéria *online* do veículo de mídia "O Globo" no sentido de que "apenas três grupos controlam 55,8% dos táxis de empresas na cidade". V. MAGALHÃES, Luiz Ernesto. Apenas três grupos controlam 55,8% dos táxis de empresas na cidade: o Rio tem 15 empresas registradas na prefeitura. *O Globo*. Publicado em 14 ago. 2015. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/apenas-tres-grupos-controlam-558-dos-taxis-de-empresas-na-cidade-17179697#ixzz3j0eBLgo3>. Acesso em: 30 ago. 2015. V., ainda, matéria *on-line* do jornal *Extra*, que afirma haver "um grupo de quinze empresas de aluguel de táxis" que "fatura R$6.700.000,00 (seis milhões e setecentos mil reais) por mês com as chamadas 'diárias'". MERGULHÃO, Alfredo. Grupo de 15 empresas de aluguel de táxis fatura R$6,7 milhões por mês com diárias. *Extra*. Publicado em 14 ago. 2015. Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/rio/grupo-de-15-empresas-de-aluguel-de-taxis-fatura-67-milhoes-por-mes-com-diarias-17179548.html>. Acesso em: 15 ago. 2015.

Aliás, como informado por Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, há estudos que sugerem a eliminação da regulação de entrada e de preços em relação aos taxistas, justamente porque não há argumentos empíricos de natureza econômica que a fundamentam.[427] Por outro lado, o número de motoristas profissionais cadastrados no UBER não depende de qualquer autorização estatal e variará de acordo com a percepção dos potenciados interessados a respeito dos retornos econômicos esperados em caso de cadastramento e disponibilização aos usuários. Adicionalmente, é importante notar que o UBER opera mediante exigência de uso de carros com padrão mais elevado de conforto e os agentes credenciados não usufruem de isenções tributárias.

Além de haver barreiras à entrada, limitando-se a quantidade de táxis em circulação, a experiência tem mostrado que a fiscalização quanto à qualidade do serviço prestado pelos taxistas tem deixado a desejar, seja em razão do estado de conservação de alguns veículos seja em virtude da qualidade do atendimento direto ao usuário realizado pelo taxista (regulação de qualidade). Logo, o regime regulatório atual aplicável aos taxistas tem falhado na regulação de qualidade e sequer se tem notícia de propostas voltadas a viabilizar um sistema informatizado de avaliação de desempenho dos motoristas de táxi, à semelhança do que ocorre no UBER. De igual modo, não se tem notado, nas legislações municipais, estímulos direcionados à redução de assimetrias de informação no relacionamento entre taxistas e usuários.

A única informação disponível ao usuário é a exposição de um alvará de autorização para o uso de táxi no vidro frontal do veículo, que nada diz sobre o perfil do motorista, inclusive quando a requisição é efetuada mediante a utilização de *apps* de centrais de táxi. Isto é, a regulação de informação tem se mostrado também insuficiente em

[427] V. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 154.

permitir que o usuário avalie, fiscalize e controle as qualidades do prestador de serviço de transporte por táxi.

Por fim, a lógica operacional de tabelamento de preços para remuneração dos taxistas (regulação por preços) deve ser motivo de algumas considerações. Regular preço pode ser um fator importante de eliminação de assimetrias de informação e de barganha em mercados de serviços relativamente homogêneos. No caso do táxi, sob uma perspectiva mais pragmática, usar o "táxi X" ou o "táxi Y" pode não fazer nenhuma diferença significativa. O só fato da regulação de preços, desacompanhada de uma efetiva regulação de qualidade e de informação, tende a não gerar incentivos à melhoria do serviço prestado, já que não há nenhuma recompensa em aprimorá-lo devido à rigidez do tabelamento.

Em prol do arcabouço regulatório vigente, restam apenas argumentos voltados ao controle de *externalidades negativas* decorrentes da sobreutilização de veículos particulares nos centros urbanos. Poluição ambiental e congestionamentos ilustram custos externos impostos à coletividade por quem opta pelo transporte individual. Nesse contexto, é prioridade dos gestores municipais aperfeiçoar a racionalidade do transporte de passageiros no interior das cidades, o que, em regra, está associado a políticas de incentivo à substituição de modais individuais (públicos ou privados) por modais coletivos. Isso se dá, por exemplo, pela redução dos custos pecuniários (subsídios) e de oportunidade (aumento na velocidade de deslocamento) dos transportes coletivos e pela imputação de custos adicionais aos veículos que servem de transporte individual de passageiros.

É aí que as atuais barreiras à entrada no setor apresentam inconsistências. De fato, para lidar com externalidades há mecanismos regulatórios mais inteligentes do que a proibição. Como apontam João Manoel Pinho de Mello e Vinicius Carrasco, "é possível compatibilizar o UBER com a quantidade ótima de carros na rua. A melhor forma de se corrigir uma 'externalidade' negativa, como a causada pelo aumento de congestionamento, é colocando um imposto que faça os motoristas se confrontarem com os custos sociais que eles causam ao decidirem sair de carro".[428] No mesmo sentido é a conclusão do Departamento

[428] MELLO, João Manoel Pinho de; CARRASCO, Vinicius. O UBER e a natureza da regulamentação. *Exame*. Publicado em 10 ago. 2015. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/leis-da-oferta/2015/08/10/o-uber-e-a-natureza-da-regulamentacao/>. Acesso em: 01 out. 2015.

de Estudos Econômicos do CADE (DEE/CADE).[429] Em recente análise do setor, o órgão concluiu que "não há elementos econômicos que justifiquem a proibição de novos prestadores de serviços de transporte individual. Para além disso, elementos econômicos sugerem que, sob uma ótica concorrencial e do consumidor, a atuação de novos agentes tende a ser positiva".[430]

O caso UBER permite visualizar as diversas interações que ocorrem entre os elementos da regulação. À evidência, os aplicativos com sistemas de "economia compartilhada" (*sharing economy*) vieram para ficar, sendo possível afirmar que o UBER e os aplicativos rivais que virão tendem a aumentar a concorrência de mercado nos nichos de usuários mais exigentes quanto à qualidade do serviço prestado. Em outras palavras, há uma pressão concorrencial positiva clara de melhoria na qualidade dos próprios serviços de táxis sem qualquer influência da regulação ora existente, podendo-se cogitar, inclusive, de eventual migração de taxistas para credenciamento direto junto ao UBER ou sistemas similares.

Em suma, o caso UBER mostra que (i) as barreiras à entrada devem ser estabelecidas na exata medida das necessidades sociais, a fim de não impedir dinâmicas concorrenciais que tendem a melhorar os produtos ou serviços ofertados em prol dos consumidores; (ii) regular preços não é trivial, pois há outros elementos regulatórios mutuamente relacionados, podendo a regulação converter-se em sobrepreço quando desvinculada da qualidade do serviço; e (iii) a informação prestada diretamente pelo consumidor induz comportamentos nos participantes do mercado, configurando incentivo mais eficaz do que a regulação estatal. A tudo isso se soma a inovação tecnológica e gerencial utilizada pelo modelo UBER, cujos efeitos *disruptivos* sobre os serviços de táxi contribuem, na verdade, para o desenvolvimento econômico e para o aprendizado da própria economia da regulação.

[429] O art. 17 da Lei nº 12.529/2011 confere ao DEE/CADE competência para "elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão".

[430] V. O mercado de transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano. Documento de Trabalho 01/2015 (setembro). Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>. Acesso em: 01 out. 2015. O estudo integra o processo nº 08700.008971/2015-15, instaurado de ofício pelo próprio DEE.

Como ensinou Joseph Schumpeter, os ciclos de desenvolvimento capitalista são deflagrados por empresários inovadores, em busca de rendas monopolísticas. Essas inovações tornam ultrapassadas tecnologias até então utilizadas e provocam transformações nos fatores de produção, por via da obsolescência da capacidade instalada e do aumento temporário do desemprego.[431] O progresso tecnológico levará a ganhos de produtividade e ao aumento da renda do trabalho, mas os custos de transição são inevitáveis. Em uma palavra: enquanto a *proteção* das velhas formas de produção é *destrutiva*, a sua *destruição* por práticas e tecnologias inovadoras e *criativas* é a expressão do próprio desenvolvimento econômico e social.

O caso UBER é um exemplo paradigmático de que a *destruição criativa* deve se impor sobre a *proteção destrutiva*.[432] 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.

4.3 Regulação, autonomia e seus limites

Como demonstrado até aqui, a regulação tem sido utilizada pela ciência econômica com o intuito de corrigir falhas de mercado, entendidas como situações em que a livre atuação dos agentes econômicos pode acarretar resultados ineficientes ou indesejáveis, à luz de algum critério normativo. A economia da regulação, direcionada à correção de falhas de mercado, representa uma ruptura com o axioma clássico da infalibilidade do mercado, sem, contudo, importar abandono do paradigma da racionalidade individual. Em outras palavras, subsiste a premissa da escolha racional, caracterizada, em princípio, pela busca da maximização da utilidade ou do bem-estar do agente. A correção

[431] SCHUMPETER, Joseph A. *Captalism, socialism and democracy*. New York & London: Taylor & Francis e-Library, 2003, p. 83: "The opening up of new markets, foreign or domestic, and the organizational development from the craft shop to such concerns as U.S. Steel illustrate the same process of industrial mutation – if I may use that biological term – that incessantly revolutionizes the economic structure from within, incessantly destroying the old one, incessantly creating a new one. This process of creative destruction is the essential fact about capitalism". Disponível em: <http://digamo.free.fr/capisoc.pdf>. Acesso em: 29 set. 2015.

[432] MESQUITA, Mário. Viva a proteção destrutiva. *Valor Econômico*, 20 ago. 2015.

de falhas de mercado, assim como alguns de seus efeitos indesejáveis, atua sobre fatores externos e alheios à formação de vontade individual, restringindo-se a sanear problemas estruturais do próprio mercado.

Nada obstante, as últimas duas décadas do século XX assistiram ao surgimento e ao desenvolvimento do que pode ser chamado mesmo de uma nova fronteira da economia da regulação: o comportamentalismo econômico (*behavioral economics*).[433] As correntes contemporâneas do comportamentalismo econômico preconizam que a regulação deve destinar-se não apenas à correção das já mencionadas falhas de mercado, mas também ao tratamento das denominadas *ações irracionais em heurística*, que configurariam verdadeiras *falhas de escolha*. A sua principal inovação é a relativização do paradigma da *Rational Choice Theory (RCT)*, que havia elevado ao máximo a crença na racionalidade plena dos comportamentos humanos, apresentando novos fundamentos para a regulação, que passa a ter âmbito de incidência e objetivos significativamente ampliados.

Segundo as concepções descritivas da *RCT*, poder-se-ia identificar claramente a existência de um modelo de agente econômico: o *homo economicus*. Segundo o modelo – sempre passível de aprimoramentos para melhor descrever a realidade –, as escolhas individuais pautam-se por critérios racionais voltados à maximização de interesses ou utilidades próprios. A *RCT* elevou a racionalidade individual à condição de *axioma fundacional* da ciência econômica, a partir do qual não haveria justificativa para a interferência estatal nos comportamentos humanos, desde que ausentes defeitos do próprio mercado. Vale esclarecer que a hipótese da economia não é a de que cada agente atua, interna e conscientemente, realizando análises de custo e benefício a cada ato de suas vidas, mas apenas que, na média, eles se comportam como se o fizessem.[434]

Para a maioria dos problemas econômicos, a premissa da economia da regulação continua válida e extremamente útil. Ocorre que, como revelam os estudos da economia comportamental, sob determinadas circunstâncias – sobretudo naquelas que envolvem risco e incerteza –, o comportamento das pessoas diverge do modelo

[433] Acerca da doutrina da *behavioral economics*, v. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, n. 47, p. 263/291, 1979. V., tb., KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, v. 185, n. 4157, 1974.

[434] GICO JR, Ivo. Introdução ao direito e economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 26.