



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000745322

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Direta de Inconstitucionalidade nº 2216901-06.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SERVIÇOS CNS, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR VOTAÇÃO UNÂNIME, AFASTARAM AS PRELIMINARES E, POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SR. DES. PAULO DIMAS MASCARETTI E XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO (com declaração), MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI afastando as preliminares e julgando a ação procedente; E PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente, com declaração), FRANÇA CARVALHO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS afastando as preliminares e julgando a ação procedente em parte.

São Paulo, 5 de outubro de 2016.

FRANCISCO CASCONI

RELATOR
Assinatura Eletrônica

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
2216901-06.2015.8.26.0000



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA: SÃO PAULO
AUTORA: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SERVIÇOS – CNS
RÉUS: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e CÂMARA
MUNICIPAL DE SÃO PAULO
AMICUS CURIAE: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA – CADE

VOTO Nº 31.739

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE PROIBIÇÃO DO USO DE CARROS PARTICULARES CADASTRADOS EM APLICATIVOS PARA O TRANSPORTE REMUNERADO INDIVIDUAL DE PESSOAS NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

PRELIMINARES SUSCITADAS PELO PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO QUE NÃO COMPORTAM ACOLHIDA – REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DA AUTORA REGULARIZADA – LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA – ENTIDADE SINDICAL DE ÂMBITO NACIONAL – PERTINÊNCIA TEMÁTICA EVIDENCIADA, POR REPRESENTAR PRESTADORES DE SERVIÇO – CONFLITO DE INTERESSES NÃO DEMONSTRADO – PRESENÇA, ADEMAIS, DE INTERESSE PROCESSUAL – POSSÍVEL O EXAME DE CONFORMIDADE ENVOLVENDO NORMA CONSTITUCIONAL ESTADUAL DE CARÁTER REMISSIVO (ART. 144, CE) – TEMAS DEBATIDOS DE CONTEÚDO PRINCIPOLÓGICO E DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELOS MUNICÍPIOS.

ATO NORMATIVO QUE NÃO INVADE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONSTITUCIONAL DE ENTE FEDERADO DIVERSO – TEMA CENTRAL DA CONTROVÉRSIA (TRANSPORTE) QUE AFETA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS – ENTE MUNICIPAL QUE OSTENTA COMPETÊNCIA PARA LEGALMENTE DISPOR SOBRE ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL NO ÂMBITO DE SEUS LIMITES GEOGRÁFICOS – DIPLOMA ATACADO QUE NÃO INSTITUI REGRA DE CARÁTER GERAL SOBRE TRANSPORTE, DIREITO CIVIL OU INTERNET.

TRANSPORTE INDIVIDUAL REMUNERADO DE PASSAGEIROS POR MOTORISTAS PARTICULARES CADASTRADOS EM APLICATIVOS – PROIBIÇÃO, DIRETA E OBJETIVA, INSTITUÍDA PELO ATO NORMATIVO IMPUGNADO – CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA ADOTADO PELA ORDEM ECONÔMICA NACIONAL – PRINCÍPIOS E VALORES ELEMENTARES FUNDADOS NA LIBERDADE ECONÔMICA – EXAME DE ADEQUAÇÃO DA ATIVIDADE COMO SERVIÇO PÚBLICO OU ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL OU LEGAL QUE A QUALIFIQUE COMO ATIVIDADE PRIVATIVA OU TITULARIZADA PELO ESTADO, DIVERSAMENTE DO TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL (ART. 30, INCISO V, CR) – POLÍTICA NACIONAL DE MOBILIDADE URBANA QUE CONFORMA O TRANSPORTE PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS, INSERINDO-O NOS MODAIS DE MOBILIDADE URBANA (ART. 3º, §2º, INCISO III, ALÍNEA 'B' DA LEI Nº 12.587/2012) – NATUREZA JURÍDICA DE ATIVIDADE PRIVADA EVIDENCIADA – SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS (TÁXIS) QUE GUARDA CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS E DISTINTIVAS – ATIVIDADE PRIVADA QUE É RESGUARDADA PELA LIVRE INICIATIVA – ESTÍMULO À LIVRE



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONCORRÊNCIA, INCREMENTANDO BENEFÍCIOS SOCIALMENTE DESEJÁVEIS, INCLUINDO AMPLIAÇÃO DO LEQUE DE ESCOLHA DO CONSUMIDOR – NORMA PURAMENTE PROIBITIVA QUE CONTRARIA PRINCÍPIOS ELEMENTARES DA ORDEM ECONÔMICA, COMO LIVRE INICIATIVA, LIVRE CONCORRÊNCIA E DEFESA DO CONSUMIDOR (ARTS. 1º, INCISO IV, E 170 'CAPUT' E INCISO IV, V E PARÁGRAFO ÚNICO DA CR) – EXCEPCIONAL INTERVENÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO DA INICIATIVA PRIVADA QUE SOMENTE SE LEGITIMA QUANDO FUNDADA EM RAZÕES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS RELEVANTES, NUM EXAME DE PROPORCIONALIDADE, O QUE NÃO OCORRE – VIOLAÇÃO DIRETA DOS ARTIGOS 144 E 275 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME QUE NÃO SE MOSTRA POSSÍVEL NA HIPÓTESE – PRETENSÃO INICIAL PROCEDENTE.

Ação de inconstitucionalidade voltada contra a Lei nº 16.279, de 08 de outubro de 2015, do Município de São Paulo/SP, que *“dispõe sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de São Paulo, e dá outras providências”*.

Delineada *causa petendi* repousa preponderantemente em alegada mácula aos artigos 144 e 275 da Constituição Paulista, sem prejuízo da violação a princípios e dispositivos (artigos 1º, inciso IV, 5º, inciso XIII, 22, incisos I, IV e XI, bem como 170) da Magna Carta. Argumenta a autora que o transporte privado individual de passageiros, realizado por motoristas particulares e utilização de aplicativos, difere do transporte público individual de passageiros, modalidade esta conferida aos taxistas (Lei nº 12.468/2011), à luz do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que prevê a Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012), distinção fundamental que teria sido desconsiderada pelo ato normativo impugnado. Acrescenta que a norma proibitiva atacada ofende o princípio da livre iniciativa, ao vedar exercício de atividade econômica de natureza lícita dos motoristas particulares e empresas de tecnologia que desenvolvem os aplicativos correlatos, alcançando ainda a liberdade de empresa, a liberdade dos modelos de negócios promovidos pela internet (artigo 3º, inciso VIII, da Lei nº 12.965/2014), bem como a liberdade de trabalho. Anota usurpação, pelo Município, da competência constitucional legislativa da União, tratando-se de norma que dispõe sobre temas relacionados a direito civil, internet, trânsito e transporte. Conclui afirmando que a proibição estabelecida na lei impugnada restringe também a liberdade de escolha do consumidor, pois limitada a concorrência do serviço de transporte individual remunerado de passageiros.

As decisões de fls. 354/355 e 733 determinaram regularização da representação processual da autora, o que foi atendido a fls. 358/361 e 736/744.

Diante da relevância da questão debatida (artigo 168, §2º, do RITJ/SP), reclamada concessão de medida cautelar foi submetida à análise do C. Órgão Especial, indeferida nos termos do v. acórdão encartado a fls. 513/521.

Informações ofertadas pelo Presidente da Câmara Municipal de São Paulo a fls. 543/573, apontando, preliminarmente, ausência de comprovação dos poderes de representação da confederação autora, sua ilegitimidade ativa, bem como falta de interesse processual, reclamando extinção da ação nos moldes dos artigos 330, inciso III, e 485, inciso VI, do CPC. Prossegue, no mérito, na defesa do ato normativo impugnado, asseverando que o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

transporte individual remunerado de passageiros constitui serviço de interesse público, afeto a tema local, albergado na competência legislativa municipal e sujeito a maior regulação e fiscalização, destacando convergência com disposições da Lei Orgânica Municipal, Leis Municipais nº 7.239/1969 e 15.676/2012, Lei de Mobilidade Urbana, Código de Trânsito Brasileiro, Lei Federal nº 12.468/2011 e Constituição da República. Refuta a ocorrência de violação aos princípios da livre iniciativa, livre exercício do trabalho e da profissão ou da atividade econômica, tampouco o princípio da proporcionalidade e os direitos do consumidor.

O Prefeito do Município de São Paulo, nas informações acostadas a fls. 630/644, destacou inicialmente o contexto em que editado o ato normativo impugnado, salientando na sequência as modalidades de transporte contempladas na Lei nº 12.587/2012. Equiparou o transporte individual remunerado prestado por meio de aplicativos àqueles prestados pelos taxistas, defendendo natureza pública da modalidade. Acentuou a competência normativa do Município para legislar a matéria e concluiu traçando diretrizes interpretativas da lei questionada, reclamando interpretação conforme a Constituição da República *“no sentido de que apenas os prestadores clandestinos estão proibidos de atuar no serviço de transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos”*.

Citado, o Procurador Geral do Estado apontou desinteresse na defesa do ato impugnado (fls. 675/676).

Consta a fls. 679/681 petição da autora acostando parecer ofertado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em ação de inconstitucionalidade tendo por objeto legislação similar da capital daquele Estado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, no interessante, em parecer de fls. 706/731, refutou as preliminares de ilegitimidade ativa e de falta de interesse processual; no mérito, opinou pela procedência da pretensão inicial, apontando essencialmente invasão da esfera de competência legislativa da União e ofensa aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

Na manifestação de fls. 751/752, o Prefeito do Município de São Paulo noticiou a publicação, no Diário Oficial da Cidade em 11.05.2016, do Decreto nº 56.981/2016 que dispõe sobre o *“uso intensivo do viário urbano municipal para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública, o serviço de carona solidária e o compartilhamento de veículos sem condutor”*, juntando cópia do ato normativo, bem como de precedente judicial envolvendo o tema em debate.

A decisão lançada a fls. 746/748, acolhendo pretensão de fls. 415/418, admitiu intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE como *amicus curiae*. Aludida autarquia manifestou-se a fls. 792/807, em suma, salientando que a proibição incorporada na lei municipal vergastada consiste em retrocesso, além de usurpada competência normativa da União e maculados princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência.

Contraopondo os argumentos expostos pelo *amicus curiae*, sobrevieram as manifestações do Presidente da Câmara Municipal de São Paulo (fls. 843/853) e do Prefeito Municipal de São Paulo (fls. 849/851), este último informando, também, o deferimento do credenciamento de algumas empresas operadoras de tecnologia (CABIFY e UBER) para atuação no âmbito do transporte urbano municipal (fls. 852/853 e 857/858), nos moldes do Decreto nº



56.981/2016.

É o Relatório.

A matéria objeto de controvérsia, núcleo de intenso debate jurídico e ampla repercussão social, espelha alta relevância e complexidade, comportando análise em tópicos para melhor abordagem.

I. EXAME DAS PRELIMINARES

A presente ação direta de inconstitucionalidade tem por foco a Lei nº 16.279, de 08 de outubro de 2015, do Município de São Paulo/SP, que na essência proíbe o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas no âmbito local.

Preliminares suscitadas nas informações ofertadas pelo Presidente da Câmara Municipal de São Paulo (fls. 543/573) não comportam acolhida.

Regularizada a representação processual da confederação autora, mediante apresentação dos documentos encartados a fls. 358/361 e 736/744, superando apontado vício pertinente ao tema, resta enfrentar as alegações de ilegitimidade ativa e falta de interesse processual.

O primeiro óbice tem por fundamento alegada falta de homogeneidade dos representados pela confederação autora, subsidiando anunciada ausência de pertinência temática a infirmar sua legitimidade ativa.

Reputo presente, porém, a legitimação qualificada



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prevista no artigo 90, inciso V, da Constituição Estadual, uma vez que a entidade promovente, de caráter nacional e devidamente registrada (fls. 30 e 46), também ostenta representatividade no âmbito estadual, vislumbrando-se ainda pertinência temática pelo debate envolver prestadores de serviço.

Ainda que se possa extrair conclusão, pela leitura do artigo 1º, §2º, inciso I, do estatuto social acostado a fls. 31/45, no sentido de que permitida a filiação de diversos segmentos de serviços, a possibilitar, em tese, conflito de interesses, tal circunstância não restou plenamente caracterizada a ponto de abalar a pertinência subjetiva para a ação da entidade confederativa do setor de serviços. Ademais, como se verá adiante, a lei impugnada afeta diretamente ramos de prestadores de serviços de categorias distintas, não apenas transporte, comportando temperamento, na hipótese concreta, a exigência de homogeneidade. Ausência do requisito poderia prevalecer, quando muito, se o ato impugnado ostentasse homogeneidade do ramo de prestação de serviço e não a amplitude e generalidade que exhibe.

Não bastasse, equivocada ilação do artigo 2º, §3º, do instrumento de constituição da autora, uma vez que o dispositivo não veda filiação de federações representando o setor de transporte, mas apenas daquelas que, nestas condições, já tiverem sendo representadas por confederações destes setores, como também observou o parecer ministerial a fls. 712.

Sem prumo, ainda, sustentada carência processual por falta de interesse. Quanto ao ponto, argumentou-se que pretensão seria fundada no confronto direto entre a norma impugnada, de âmbito local, e dispositivos da Constituição da República (artigos 1º, inciso IV, 5º, inciso XIII, 22, incisos I, IV e XI, 30, incisos I e II, e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

170), sem qualquer relação com artigos 144 e 275 da Carta Paulista, que não definem competência legislativa municipal. Além disso, defende inadequado exame de violação de normas ordinárias federais (Leis nº 12.587/2012, 12.468/2011 e 12.965/2014), concluindo pela impossibilidade jurídica do pedido, eis que fora dos limites do artigo 125, §2º, da Magna Carta.

Objetivamente, a inicial vem calcada na ofensa aos artigos 144 e 275 da Constituição Estadual, fundamentando-se na invasão de competência legislativa da União, além de mácula a princípios de ordem constitucional como livre iniciativa, livre concorrência, liberdade de trabalho e direito de escolha do consumidor.

Sabe-se que, no âmbito estadual, limitado o controle concentrado de constitucionalidade – à luz do art. 125, §2º, da Constituição da República – à análise da conformação do dispositivo impugnado tendo como parâmetro a Constituição Bandeirante, inviável pronunciamento sobre eventuais violações diretas à Carta Maior – sob pena de usurpação de competência própria do Supremo Tribunal Federal – ou mesmo sobre o contraste em relação à legislação infraconstitucional, o que representaria mera crise de legalidade.

A norma descrita no artigo 144 da Carta Paulista, ao garantir aos Municípios autonomias política, administrativa, legislativa e financeira, concomitantemente impõe-lhes observância aos *“princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”*.

Trata-se, evidentemente, de regra de caráter remissivo, cujo conteúdo jurídico normativo espelha natureza associativa, não

autônoma, por depender de elemento da norma constitucional remetida, circunstância que não a descredencia, na condição de parâmetro, ao exame de conformidade vertical no âmbito estadual.

Ao analisar a parametricidade das normas remissivas comumente inseridas nas Constituições Estaduais, para fins de controle abstrato, a doutrina especializada de Leo Ferreira Leocy¹, lembrando pensamento de Karl Larenz, aprofunda o tema:

“É comum o poder constituinte decorrente fazer constar das Constituições estaduais um significativo número de proposições jurídicas remissivas à Constituição Federal. O uso de tais fórmulas acaba por revelar muitas vezes a intenção daquele constituinte de transpor para o plano constitucional estadual a mesma disciplina normativa existente para uma determinada matéria no plano constitucional federal.

(...)

A remissão por meio de proposições jurídicas é um recurso técnico-legislativo de que o legislador se vale para evitar repetições incômodas. Proposições jurídicas dessa natureza 'remetem, tendo em vista um elemento da previsão normativa ou a consequência jurídica, para outra proposição jurídica'. Daí porque tais proposições serem consideradas como proposições jurídicas incompletas.

Consideradas isoladamente, tais proposições carecem de maior significado, apenas o adquirindo em união com outras proposições jurídicas. Daí se afirmar que as proposições jurídicas incompletas são apenas partes de outras proposições normativas.

Para Larenz², 'todas as proposições deste gênero são frases gramaticalmente completas, mas são, enquanto proposições

¹ *In* “Controle de Constitucionalidade Estadual – As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro”, Saraiva, 2007, pág. 60/62.

² Karl Larenz *in* “Metodologia da ciência do direito”, 3ª edição, Tradução de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pág. 360.

jurídicas, incompletas'. Não obstante, tais normas são válidas, são tidas como direito vigente, recebendo sua força constitutiva, fundamentadora de consequências jurídicas, quando em conexão com outras proposições jurídico-normativas.

(...)

A norma constitucional estadual de remissão, na condição de norma dependente, toma de empréstimo, portanto, um determinado elemento da norma constitucional federal remetida, não se fazendo completa senão em combinação com este componente normativo externo ao texto da Constituição Estadual.

Essa circunstância, todavia, não retira a força normativa das normas constitucionais estaduais de remissão, que, uma vez conjugadas com as normas às quais se referem, gozam de todos os atributos de uma norma jurídica. É o que se extrai da seguinte passagem de Karl Larenz³:

'O serem proposições jurídicas, se bem que incompletas, significa que comungam do sentido de validade da lei, que não são proposições enunciativas, mas partes de ordenações de vigência. Todavia, a sua força constitutiva, fundamentadora de consequências jurídicas, recebem-na só em conexão com outras proposições jurídicas'.

Assim, se uma norma estadual ou municipal viola ou não uma proposição constitucional estadual remissiva, é circunstância que apenas se saberá após a combinação entre norma remissiva e norma remetida, que é o que vai determinar o alcance normativo do parâmetro de controle a ser adotado. Entretanto, uma vez determinado esse alcance, a anulação da norma estadual ou municipal por violação a tal parâmetro nada mais é do que uma consequência da supremacia da Constituição Estadual no âmbito do

³ *Op. Cit.*, pág. 360.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Estado-membro. Em outras palavras, as consequências jurídicas decorrentes de eventual violação à proposição remissiva constante da Constituição Estadual derivam da própria posição hierárquico-normativa superior desta no âmbito do ordenamento jurídico do Estado-membro, e não da norma da Constituição Federal a que se faz referência.

Com efeito, se as proposições remissivas constantes das diversas Constituições Estaduais, apesar de seu caráter dependente e incompleto, mantêm sua condição de proposições jurídicas, não haveria razão para se lhes negar a condição de parâmetro normativo idôneo para se proceder, em face delas, ao controle abstrato de normas perante os Tribunais de Justiça' – grifou-se.

Adotando este posicionamento, decidiu o eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao enfrentar a Reclamação nº 3.906/SP, j. em 19/08/2010, no âmbito do C. Supremo Tribunal Federal, que *“para as hipóteses de normas constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos da Constituição Federal, também as normas constitucionais estaduais de caráter remissivo podem compor o parâmetro de controle das ações diretas de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça estadual.”* – grifou-se.

In casu, ainda que expressamente mencionados na peça de ingresso, indigitados artigos da Carta Federal dizem respeito a normas de observância obrigatória no âmbito municipal, pois limitativa da autonomia legislativa em decorrência do conteúdo principiológico que delas emana, credenciando o artigo 144 da Constituição Paulista como parâmetro de controle, ainda que através de exame conjugado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nessa ótica, análise de alegada usurpação da competência legislativa da União é tema que engloba não apenas restrição, em tese, aos artigos 22 e 30, bem como respectivos incisos, da Constituição da República, mas também, num amplo aspecto, o alcance do próprio pacto federativo que se constitui princípio elementar estruturante da ordem jurídica constitucional vigente, acolhido nos artigos 1º e 18 da CR, bem como 1º da CE, imaculável pelos Municípios.

Da mesma forma, princípios da livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor e liberdade de trabalho (artigos 1º, IV, 5º XIII e 170 da CR) ostentam caráter fundamental, razão porque considerados valores estabelecidos constitucionalmente, não podendo ser contrariados no âmbito normativo local.

A meu ver, nesse contexto, inexistente óbice a justificar prematura extinção processual, pelo que ficam rejeitadas as preliminares arguidas, comportando a ação direta regular exame do *meritum causae*.

II. O ATO NORMATIVO IMPUGNADO E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO FÁTICO-SOCIAL

O deslocamento urbano, umbilicalmente ligado ao direito fundamental de liberdade de locomoção, uma das molas propulsoras do desenvolvimento econômico e social, além de estímulo à qualidade de vida, assume peculiar relevância nas grandes cidades e capitais brasileiras, não só por questões geográficas, como também pela complexidade inerente ao maior progresso nestes polos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

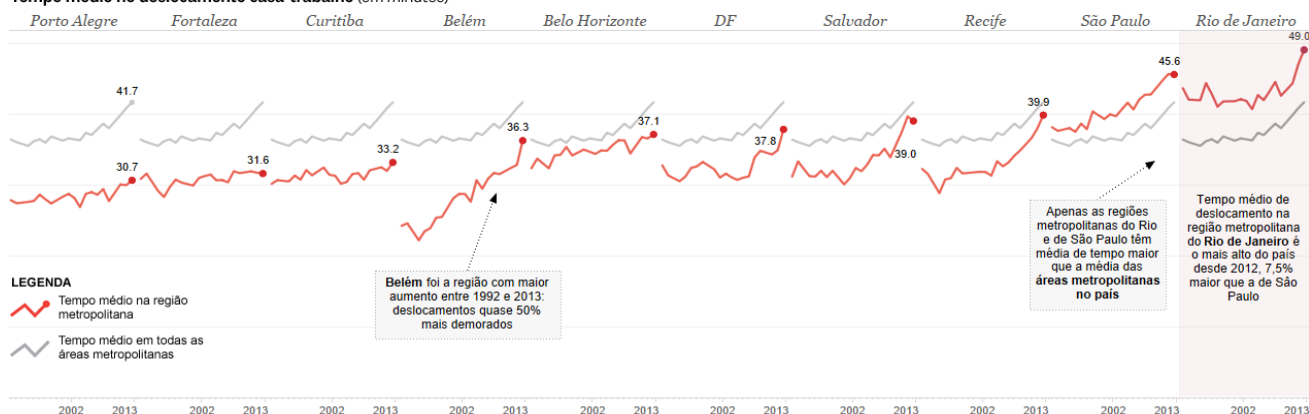
Na atualidade, parcela majoritária da população habita centros urbanos, o que eleva o tema “mobilidade urbana” ao patamar de prioridade a qualquer governo – ao lado de saúde, educação, segurança etc. –, revelando ser essencial constante estudo, aperfeiçoamento e inovação para implantação de políticas públicas eficazes que digam respeito à acessibilidade e transporte de pessoas e cargas, sem olvidar critérios de sustentabilidade e equilíbrio social. Basta notar que boa parte das atividades econômicas em geral (industriais, comerciais, culturais, dentre outras), e dos próprios serviços públicos, depende do deslocamento de pessoas ou coisas para sua concretização.



A despeito da importância do tema, o que se vê no cotidiano, de longa data, é larga distância entre a realidade vivenciada na maioria das grandes urbes brasileiras e o ideal funcionamento do sistema de transporte urbano, usualmente defasado e precário, ensejando não só considerável índice de insatisfação dos usuários, mas também barreira ao crescimento e prejuízos econômicos.

Infográfico disponível no sítio eletrônico do portal “O Globo”⁴ revela que o tempo médio de deslocamento dos munícipes no trajeto casa-trabalho em diversas regiões metropolitanas do país sofreu elevação entre os anos de 1992 e 2013, com maior destaque para as capitais de São Paulo e do Rio de Janeiro, sempre acima da média nacional. Confira-se:

⁴ Para melhor visualização, acessar: <http://infograficos.oglobo.globo.com/economia/tempo-de-deslocamento-nas-regioes-metropolitanas.html>

Tempo médio no deslocamento casa-trabalho (em minutos)



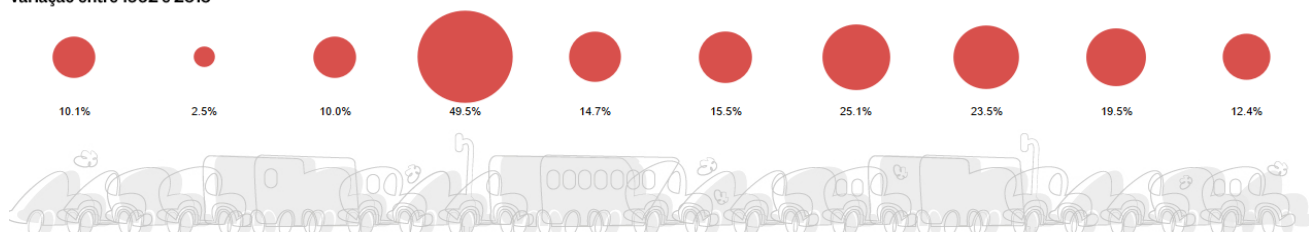
LEGENDA
 Tempo médio na região metropolitana
 Tempo médio em todas as áreas metropolitanas

Belém foi a região com maior aumento entre 1992 e 2013: deslocamentos quase 50% mais demorados

Apenas as regiões metropolitanas do Rio e de São Paulo têm média de tempo maior que a média das áreas metropolitanas no país

Tempo médio de deslocamento na região metropolitana do Rio de Janeiro é o mais alto do país desde 2012. 7,5% maior que a de São Paulo

Varição entre 1992 e 2013



Especificamente no âmbito da Capital Paulista, o Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística – IBOPE Inteligência realizou a nona edição da pesquisa sobre Mobilidade Urbana⁵ no segundo semestre do ano passado, aferindo dados ratificadores da alarmante situação do transporte urbano na maior cidade do país.

A par de outras informações relevantes, aferiu o levantamento que no ano de 2015 o tempo médio diariamente gasto no trânsito pelos paulistanos, apenas para realização da atividade principal do dia-a-dia (*v.g.* estudo, trabalho), considerando os trajetos de ida e volta, era de 01h44min (uma hora e quarenta e quatro minutos) por aqueles que usam veículo particular cotidianamente ou quase todos os dias, e 01h58min (uma hora e cinquenta e oito minutos) pelos que se servem do transporte público na mesma frequência.

⁵ Confira-se a pesquisa completa em: http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20DMSC%20-%202015_Evento_v5%20%282%29.pdf

http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20DMSC%20-%202015_Evento_v5%20%282%29.pdf

A pesquisa apurou, ainda, que o resultado era majorado para, respectivamente, 2h48min (duas horas e quarenta e oito minutos) e 2h56min (duas horas e cinquenta e seis minutos), se considerados todos os deslocamentos diários, não apenas a atividade principal, alcançando a média final de 2h38min (duas horas e trinta e oito minutos) gastos por dia no trânsito da cidade⁶, conclusão que revela a crise de mobilidade vivida pelos paulistanos.

Esse cenário, onde convivem os tradicionais e conhecidos meios de transporte – essencialmente, ônibus coletivos, metrô, lotações, veículos particulares e táxis –, foi incrementado, a partir do ano de 2014, por nova opção de mobilidade individual que tem como principal característica a utilização de tecnologia por meio de aplicativos em *smartphones*, introduzida por empresa multinacional privada, inovando no setor de transporte do Município através de modelo de negócio até então inexplorado (ou pouco explorado).

Sintetizando a novel atividade, o aplicativo viabiliza aos usuários portadores de *smartphone* com plano de dados ativo (conexão à internet) acesso aos serviços de transporte individual ofertados por motoristas particulares (empreendedores individuais) previamente cadastrados na empresa, com exigência de requisitos mínimos⁷, otimizando o encontro de oferta e demanda desse tipo de serviço.

A tecnologia utiliza recursos de GPS (*Global Positioning System*) para que usuários possam localizar e acompanhar os veículos disponíveis, enquanto o custo da viagem é calculado com base em fatores de distância e tempo, com lastro nas informações

⁶ Estes dados também podem ser acessados nos seguintes links: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Paulistanos-gastam-em-media-2h38min-no-transito-para-realizar-suas-atividades-diarias.aspx> e <http://www.fecomercio.com.br/noticia/1h44-e-o-tempo-medio-gasto-pelo-paulistano-no-transito-na-cidade>

⁷ *V.g.*, habilitação para direção sem vedação ao exercício de atividade remunerada, certidão de antecedentes criminais do interessado, condições mínimas do veículo a ser utilizado etc.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

passadas pelo cliente, possibilitando ainda estimativa prévia do preço final e pagamento através de cartão de crédito cadastrado no próprio aplicativo.

Recurso de contínua avaliação dos motoristas prestadores de serviço, realizada ao final de cada viagem, serve de parâmetro para manutenção do cadastro dos parceiros na empresa, seguindo critérios próprios.

A incursão desta nova opção de mobilidade no mercado nacional de transporte, seguindo exemplo do ocorrido em outros países, não tardou a ser percebida e avidamente procurada por usuários consumidores e motoristas particulares interessados em se cadastrar, notadamente pela comodidade, eficiência e simplicidade que aplicativo passou a disponibilizar, logo chegando ao conhecimento público que a qualidade do serviço prestado aliada ao preço cobrado, em comparação às demais formas de transporte individual disponíveis, justificavam o sucesso da plataforma.

Todavia, tratando-se de modalidade facilitadora do transporte individual remunerado de passageiros, à primeira vista em notória proximidade ao tradicional serviço prestado por taxistas, movimentos contrários à utilização da nova tecnologia passaram a surgir – essencialmente dirigidos por motoristas de táxi, proprietários de frotas, entidades e forças políticas ligadas à profissão –, tomando maior fôlego a partir de meados de 2015, quando sucessivos protestos classistas afloraram na Capital Paulista, muitos marcados pela prática de atos exacerbados e violentos.

Sintetizando os argumentos contrários, afirmou-se que o novo modal constituiria atividade irregular de “táxi clandestino”, pela realização do transporte individual remunerado de passageiros sem o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

necessário alvará, credenciamento profissional, recolhimento de taxas e impostos, cursos específicos e controle do Poder Público, o que justificaria a prática de preço inferior, tudo a ensejar competição injusta em relação à classe dos taxistas, notadamente pela natureza pública do serviço prestado, em clara violação da ordem jurídica, que lhes reservaria exclusividade na exploração. Oposição similar, vale dizer, foi também encadeada por profissionais taxistas de outros países, onde disponível o serviço questionado.

A dimensão alcançada pelo embate, que sem dúvida envolve searas política, jurídica, social e econômica, recorrentemente registrado na mídia nos últimos meses, culminou na edição de atos normativos municipais que, na prática, objetivaram proibir o exercício do novo serviço de mobilidade inserido, ensejando conseqüentemente propositura de ações judiciais, de caráter individual e coletivo, em diversas cidades do país.

Registra-se, a título exemplificativo, decisões proferidas em mandados de segurança impetrados por motoristas particulares visando à proteção do direito líquido e certo de explorar livremente atividade econômica (fls. 143/162, 331/334), e em ações civis públicas ajuizadas por sindicatos de taxistas contra empresa proprietária de aplicativo, Uber do Brasil Tecnologia Ltda. (fls. 163/165, 260/268, 269/272), ainda que em caráter liminar, favoráveis, em sua grande maioria, à preservação do serviço.

Além disso, destaca-se a colação de substanciosos pareceres jurídicos elaborados por renomados e ilustres juristas (fls. 89/113, 114/121, 166/208 e 366/401), pela Comissão de Assuntos Constitucionais da OAB/DF (fls. 114/121), e ainda transcrição de palestra proferida pela eminente Ministra Fátima Nancy Andrichi no II Congresso Brasileiro de Internet (fls. 122/142), fundamentadamente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

opinando sobre a proibição imposta por normas municipais ao exercício da modalidade de transporte individual explorada por aplicativos.

Nesse amplo contexto, registrado também (embora parcialmente) nas informações do Prefeito Municipal a fls. 633/634, foi editada a Lei nº 16.279, de 08 de outubro de 2015, do Município de São Paulo/SP, foco de impugnação nesta excepcional via objetiva de controle abstrato concentrado, ostentando a seguinte redação (fls. 47 e 579/580):

“Art. 1º Fica proibido no âmbito da Cidade de São Paulo o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos.

Art. 2º Para efeitos desta lei, fica também proibida a associação entre empresas administradoras desses aplicativos e estabelecimentos comerciais para o transporte remunerado de passageiros em veículos que não atendam às exigências da Lei nº 7.329, de 11 de julho de 1969, que estabelece normas para execução do serviço na Cidade de São Paulo.

Art. 3º A infração ao disposto nesta lei acarretará ao condutor e aos estabelecimentos multa no valor de R\$ 1.700,00 (mil e setecentos reais), apreensão de veículo e demais sanções cabíveis.

Parágrafo único. O valor da multa de que trata o 'caput' deste artigo será atualizado anualmente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Art. 4º O Poder Executivo deverá promover estudos para o aprimoramento da legislação de transporte individual de passageiros e a compatibilização de novos serviços e tecnologias com o modelo previsto na Lei nº 7.329, de 11 de julho de 1969.

Art. 5º A Lei nº 7.329, de 11 de julho de 1969, com modificações posteriores, passa a vigorar com as seguintes alterações:

'Art. 39-A. Deverá ser disponibilizada aos usuários ferramenta para avaliação do condutor, do veículo e da qualidade geral do serviço prestado.' (NR)

'Art. 41.

§ 1º As penas de advertência e suspensão implicarão obrigatoriamente em anotação desabonadora, que deverá constar do prontuário do condutor.

§ 2º Os resultados das avaliações dos usuários previstas no art. 39-A desta lei ensejarão a aplicação das penalidades estabelecidas no 'caput' deste artigo, nos termos do regulamento.'
(NR)

Art. 6º As despesas com a execução desta lei correrão à conta das dotações próprias do Orçamento, suplementadas se necessário.

Art. 7º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

Na mesma data, editou-se na Capital Paulista o Decreto



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nº 56.489, que *“institui a Categoria Táxi Preto no sistema de transporte individual remunerado de passageiros, autoriza a emissão de novos alvarás de estacionamento e regulamenta a sua transferência”*.

Anota-se ainda, a título informativo, existência de leis proibitivas em vigor envolvendo o presente tema nas cidades do Rio de Janeiro (dispositivos da Lei Complementar Municipal nº 159/2015) e Salvador (Lei Municipal nº 9.066/2016), ambas questionadas em ações diretas de inconstitucionalidade (autos nº 0055838-98.2015.8.19.0000, do C. Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁸, e autos nº 0011161-36.2016.8.05.0000, do E. Tribunal de Justiça da Bahia), sem notícia de exame definitivo de mérito.

Em suma, análise de conformidade constitucional do ato normativo paulistano, objeto precípua desta ação, cinge-se em desvendar solução juridicamente fundamentada à seguinte indagação: “Pode Lei Municipal proibir o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas particulares, intermediado por aplicativos?”.

É o que se passa a examinar.

III – MÉRITO: SUBSUNÇÃO DA LEI Nº 16.279, DE 08 DE OUTUBRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, À ORDEM JURÍDICA VIGENTE E SUA (IN)CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL

A resposta à intrincada indagação lançada no tópico

⁸ Cópia do v. acórdão que indeferiu a medida cautelar acostado a fls. 487/507.



prévio, para os fins propostos nesta via de ação, perpassa o exame do arcabouço constitucional e abrangência de princípios elementares nele inseridos, alocando nesta ótica o serviço de transporte urbano individual remunerado de passageiros.

A) PREMISSAS EXEGÉTICAS INICIAIS

A República Federativa do Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Constituição da República) pautado por uma ordem jurídica constitucional que assegura distribuição equitativa do poder, emanado do povo, soberano, com limites à atuação estatal, inspirado e conformado pelo sobreprincípio da dignidade da pessoa humana como principal elemento orientador.

Inspira-se pela existência e preservação de direitos fundamentais de múltiplos aspectos, destacando-se proeminentemente: a) individuais, delimitadores da autonomia dos indivíduos com estabelecimento de áreas que os salvagam da interferência do Estado e de seus pares; b) coletivos, que asseguram os direitos do homem enquanto membro efetivo de uma coletividade; c) sociais, reguladores das relações sociais e culturais, objetivando inserção do indivíduo na vida social, assegurando-lhes acesso a bens que satisfaçam suas necessidades básicas primordiais; d) políticos, enunciados na forma democrática de escolha dos governantes em vista da soberania popular, reservando o pluripartidarismo, além de garantirem efetiva participação da sociedade direta ou indiretamente no governo; e) de nacionalidade, disciplinadores do vínculo jurídico-político que liga permanentemente o indivíduo ao Estado.

Nele, Estado Democrático de Direito, prepondera a

concepção jurídica de Constituição (encampada por Konrad Hesse, mas, primordialmente, por Hans Kelsen), como norma positivada máxima que fundamenta todo o ordenamento jurídico, característica que consagra sua supremacia hierárquica em relação às demais leis.

Decorre da força normativa da Constituição necessária efetividade dos princípios e regras nela consagrados, que na relação existente entre Estado e indivíduo, numa sociedade pluralista e democrática, impõe ao primeiro a obrigação de disponibilizar, ao segundo, meios materiais de implementar acesso ao exercício de direitos básicos constitucionalmente assegurados, uma vez que, *“sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”*⁹.

Para alcance efetivo a muitos desses direitos elementares como saúde, educação, segurança, o trabalho e a própria concretização da liberdade de locomoção, independentemente se fornecidos pelo Estado ou conquistados na seara privada, o transporte, num aspecto amplo, incorporando o direito de circulação pelas vias públicas, assume especial relevância constitucional, pois além de inserido na garantia fundamental de liberdade de locomoção prevista no artigo 5º, inciso XV, da Constituição da República, usualmente constitui meio prático de acesso àqueles direitos¹⁰.

A propósito, comentando aludido dispositivo constitucional, José Afonso da Silva¹¹ salienta:

“O direito à circulação é manifestação característica da

⁹ Uadi Lammêgo Bulos *in* “Curso de Direito Constitucional”, 2007, Saraiva, pág. 401.

¹⁰ Exemplo claro disto a disposição, no artigo 208, inciso VII, da Constituição da República, que ao dispor sobre o dever prestativo do Estado relacionado à educação, impõe-lhe garantir o transporte dos educandos como meio de efetivação desse direito fundamental; ainda, o §2º, do artigo 230, da CR, assegura a gratuidade do transporte coletivo urbano aos idosos maiores de sessenta e cinco anos, como garantia de amparo, inserção na sociedade e bem-estar dos indivíduos nesta condição.

¹¹ *in* “Comentário Contextual à Constituição”, 6ª edição, Malheiros, pág. 111.

liberdade de locomoção: direito de ir, vir, ficar, parar, estacionar. O direito de circular (ou liberdade de circulação) consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público. Em tal caso, a utilização da via não constituirá uma mera possibilidade, mas um poder legal exercitável erga omnes.

(...)

Isso quer dizer [acrescenta Escribano Collado, em nota] que, independentemente do meio através do qual se circula por uma via pública, o transeunte terá um direito de passagem e de deslocamento por ela, por constituir esta forma de deslocamento a manifestação primária e elementar do direito de uso de uma via afetada."

Realçando esta mesma importância, Geraldo Spagno Guimarães¹² acrescenta que a *"boa doutrina tem classificado o direito à locomoção ou deslocamento, a pé ou por qualquer dos modais de transporte, ora como fonte ora como corolário do direito à liberdade, o que é reforçado na Constituição brasileira inclusive pelo fato de que a supressão ou limitação desse valor é prevista como excepcionalidade na vigência do Estado de sítio (CRFB/139)".*

Indene de dúvidas que o tema central em discussão envolve a prestação do serviço de transporte individual de passageiros, cuja natureza jurídica e demais características serão aprofundadas adiante.

Todavia, a prestação do serviço na forma como proposta, alvo de proibição legal pela norma impugnada, traz à baila outros enunciados principiológicos incorporados na ordem jurídica constitucional, como os adágios da livre iniciativa, livre concorrência

¹² /n "Comentários à Lei de Mobilidade Urbana", 2012, Fórum, pág. 86.

e liberdade de trabalho, categorizados como verdadeiros princípios, cuja importância axiológica os valida como diretriz exegética na interpretação de normas infraconstitucionais, seja no aspecto de sua compreensão, como no de sua conformidade.

Luís Roberto Barroso¹³, ao escrever sobre a normatividade dos princípios constitucionais, traça interessante tricotomia para explicar a eficácia de tais postulados, subdividindo-a em (i) direta, quando incidem sobre a realidade à semelhança de uma regra; (ii) negativa, ao implicarem a paralisação da aplicação de norma ou ato jurídico que os contrarie, e; (iii) interpretativa, cuja explanação é de oportuno registro, *verbis*.

“A eficácia interpretativa consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais. Funcionam eles, assim, como vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa. (...) a eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente”.

Paralelamente a esta eficácia interpretativa – certo na premissa de que os direitos fundamentais (incluindo os de conteúdo principiológico) não ostentam caráter absoluto a demandar exercício de ponderação quando colidentes em relação a outros da mesma natureza –, os princípios devem ser diretamente aplicados em maior ou menor grau conforme as possibilidades fáticas e jurídicas do caso

¹³ /n “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo”, 4ª edição, Saraiva, pág. 346.

concreto, o que os difere de simples regras, as quais, enquanto válidas, exigem aplicação e cumprimento na exata medida de sua prescrição.

Esta peculiaridade própria e diferenciadora dos princípios de direitos fundamentais caracteriza-os como verdadeiros “mandamentos de otimização”, no pensamento de Robert Alexy, ao desenvolver o tema em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”¹⁴:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”.

Outro critério hermenêutico relevante para a hipótese, e que não se relaciona exclusivamente com normas-princípio, mas decorre da própria força normativa da Constituição, refere-se a uma interpretação adequada à realidade presente.

Elaborado há anos pelo constituinte originário o direito constitucional positivado, base jurídica fundamental e estruturante da sociedade brasileira, a interpretação que dele se extrai deve ser dotada de algum dinamismo, a fim de acompanhar o desenvolvimento e a evolução de seu povo.

¹⁴ Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2015, Malheiros, pág. 90.

Eros Roberto Grau¹⁵, lembrando Konrad Hesse, pondera, *verbis*:

“... quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que o interpreta/aplica, que o concretiza; em verdade não existe a Constituição do Brasil, de 1988. O que realmente hoje existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada.

De início, lembro a lição de Hesse a propósito da força normativa da Constituição: ‘(...) a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. (...) Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart).

(...)

Ora, para que efetivamente corresponda – hoje, aqui e agora à natureza singular do presente, a Constituição do Brasil há de ser interpretada de modo que do seu texto seja extraída a normatividade indispensável à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos; à afirmação da soberania, da cidadania e do valor social do trabalho, bem assim do valor social da livre iniciativa; à realização da justiça social.

(...)

Ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, incumbe interpretar a Constituição no

¹⁵ In “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, 17ª edição, Malheiros, págs. 347/348.



quadro da realidade presente, atualizando-a, de modo que ela seja conformada a essa realidade, até porque apenas assim poderá manifestar-se a sua plena força normativa; essa força normativa será assegurada tão somente na medida em que as normas dela extraídas reflitam essa natureza singular, no momento da sua produção” – grifou-se.

Claros exemplos desta evolução interpretativa na vigência do atual ordenamento constitucional são verificados em paradigmáticas decisões do C. Supremo Tribunal Federal envolvendo temas de alto relevo e repercussão geral, como o reconhecimento da união civil homoafetiva, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e a adoção, quanto ao mandado de injunção, da posição concretista geral em caso de greve de servidores públicos.

Portanto, no meu pensar, tenho que todas estas premissas conjugadas (a saber: (i) a essencialidade do direito de transporte, umbilicalmente ligado à liberdade fundamental de locomoção¹⁶; (ii) a eficácia interpretativa dos princípios constitucionais envolvidos; (iii) a aplicabilidade no maior grau possível destes mesmos princípios, como “mandamentos de otimização”, e; (iv) a adequada interpretação do ordenamento, à luz da realidade presente) mostram-se não só pertinentes, mas igualmente necessárias a viabilizar adequado exame de conformidade constitucional do ato normativo atacado. É o que se passa a enfrentar.

B) EXAME DA COMPETÊNCIA NORMATIVA CONSTITUCIONAL DO MUNICÍPIO EM MATÉRIA DE TRANSPORTE

¹⁶ Artigo 5º, inciso XV, da Constituição da República.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Afirmou a confederação autora que o ato normativo impugnado trata de matéria afeta a direito civil, transporte e informática, razão pela qual se ressentido de inconstitucionalidade por usurpação de competência legislativa privativa da União, prevista no artigo 22, incisos I, IV e XI, da Constituição da República, malferindo assim o artigo 144 da Carta Paulista.

A Lei Maior assegura, nos artigos 1º e 18, indistinta autonomia político-administrativa aos entes federados, no que se incluem os Municípios, cabendo-lhes instituir a organização de sua estrutura funcional para efetivo exercício da atividade estatal.

Indigitada independência organizacional engloba a autonomia legislativa, embora ambas não ostentem caráter absoluto, devendo respeito às balizas constitucionais de âmbito estadual e federal, como preveem não só os artigos 29 e 30 da Magna Carta, mas também o artigo 144 da Constituição Estadual, dispositivo que, como já explanado, ostenta parametricidade apta ao exame de constitucionalidade:

“Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.”

A atividade legislativa municipal, concretizada em leis ordinárias, complementares, decretos etc., não guarda vinculação exclusiva à matéria nela regulada, que deve apresentar compatibilidade vertical com aquelas que lhe servem de parâmetro, previstas nas Constituições Estadual e Federal – aspecto substancial,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ou nomoestática constitucional –, sem prejuízo do rigor e estrita observância ao processo legislativo que a antecedeu – aspecto formal do ato, ou nomodinâmica constitucional – como forma de efetiva, segura, válida e integral inserção no ordenamento jurídico.

Detalhada análise do diploma normativo impugnado conduz à inexorável conclusão de sua plena consonância, no aspecto da competência legislativa constitucional, com a ordem normativa hierarquicamente superior, preservado incólume o pacto federativo (artigo 1º da Constituição da República, incorporado também no artigo 1º da Carta Paulista).

Em relação à esfera Municipal, o texto da Lei Maior prevê em seu artigo 30:

“Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;”

A propósito do tema, Alexandre de Moraes, em sua obra “Direito Constitucional”¹⁷, esclarece que o princípio geral que norteia a repartição de competência entre os componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, cabendo à União dispor sobre matérias de interesse geral; aos Estados-Membros, aquelas de interesse regional; aos Municípios, as de interesse meramente local e, por fim; ao Distrito Federal, a cumulação das duas últimas competências¹⁸.

¹⁷ 27ª edição, ed. Atlas, pág. 314.

¹⁸ Com a ressalva do disposto no artigo 22, inciso XVII, da Constituição da República.

O mesmo doutrinador, dispondo particularmente sobre o conceito de “interesse local” inerente à atividade legislativa municipal, acentua na referida obra¹⁹:

“Apesar de difícil conceituação, interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois, como afirmado por Fernanda Dias Menezes, ‘é inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional’. Dessa forma, salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante (princípio da predominância do interesse)”.

Registra-se também, na linha do que já definiu o C. Supremo Tribunal Federal, que a prerrogativa de dispor legalmente sobre interesse local não outorga ao ente político irrestrita autonomia legislativa, pois *“a competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados.”* ([RE 313.060](#), rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 29-11-2005, Segunda Turma, DJ de 24-2-2006).

Realmente, a Constituição da República atribui à União a instituição de diretrizes para o transporte urbano (artigo 21, inciso XX), bem como lhe reserva competência privativa para legislar sobre trânsito e transporte (artigo 22, inciso XI) e diretrizes sobre a política

¹⁹ *Op. Cit.*, págs. 328/329.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nacional de transportes (artigo 22, inciso IX).

Tal competência restou convolada, essencialmente, na edição do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997), que disciplina *“o trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional”* (artigo 1º), na Lei nº 10.233/2001, que reestrutura os transportes aquaviário e terrestre, além de criar órgãos administrativos destinados à regulação ou supervisão das atividades, e ainda, na Lei nº 12.587/2012, que institui a Política Nacional da Mobilidade Urbana, com vistas à promoção do desenvolvimento urbano, atendendo ainda norma do artigo 182 da Constituição da República.

Desautorizada a conclusão, entretanto, que exclui ou inibe a atuação normativa dos Municípios na disciplina do transporte urbano local, incluindo a modalidade individual, desde que respeitados os limites constitucionais e seu respectivo âmbito de atuação.

Inegável inserir-se o transporte urbano no rol de matérias que afetam os três âmbitos federativos, de amplitude nacional, indicando sentido na opção do constituinte originário em instituir reserva de competência legislativa à União. Todavia, afasta-se o caráter absoluto de tal prerrogativa na medida em que inexiste área de trânsito, transporte urbano ou circulação exclusivamente pertencente ao aludido ente federado, viabilizando atuação normativa suplementar, notadamente, na seara municipal, respaldada no critério da abrangência geográfica do interesse (excepcionada no artigo 30, inciso I, da Constituição da República), pelo impacto da matéria em sua esfera.

Veja-se, ainda, que a própria Lei Maior atribuiu

expressamente aos Municípios a organização e prestação do serviço público de transporte coletivo, assinalando seu caráter essencial (artigo 30, inciso V), modalidade com maior repercussão em termos de abrangência territorial em comparação ao transporte individual, tornando lógica a conclusão de que permitido ao ente local disciplinar o tema com as ressalvas acentuadas.

Nesse contexto, a atuação normativa da União, Estado e Municípios deve se pautar pelos limites constitucionalmente traçados, mitigados pela predominância do interesse. Sobre o ponto, anota Hely Lopes Meirelles²⁰:

“O trânsito e o tráfego são daquelas matérias que admitem a triplíce regulamentação – federal, estadual e municipal –, conforme a natureza e o âmbito do assunto a prover. (...)”

De um modo geral, pode-se dizer que cabe à União legislar sobre os assuntos nacionais de trânsito e transporte, ao Estado-membro compete regular e prover os aspectos regionais e a circulação intermunicipal em seu território, e ao Município cabe a ordenação do trânsito urbano, que é de seu interesse local (CF, art. 30, I e V)

(...)

E assim é na generalidade das Nações civilizadas, que reconhecem às comunidades locais o direito-dever de zelar pela circulação e pelo transporte em seu território, preservando seu sistema viário – urbano e rural – contra o congestionamento do trânsito e os excessos do tráfego. Todas as medidas de ordenamento da circulação e dos transportes no território municipal são da competência do Município, porque visam – no dizer autorizado de Hodges – ao controle do tráfego na via pública: 'the traffic control in the public street' “.

²⁰ In “Direito Municipal Brasileiro”, 17ª edição, Malheiros, págs. 461 e 463.

Partilham o mesmo entendimento, Fernanda Dias Menezes de Almeida²¹, ao comentar os artigos 21, inciso XX, e 22, incisos IX e XI, da Constituição da República, e Geraldo Spagno Guimarães²², em obra específica sobre a Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012), registrando este autor, *verbis*.

“É fato que o artigo 22, XI, atribui à União a competência para legislar sobre trânsito e transporte, e isso se deu com a edição das Leis Federais nºs 9.503/97 e 10.233/01, respectivamente, mas a mesma Constituição cuida separadamente dos transportes urbanos como assunto de competência material do Município (art. 30, V) e, no que concerne à competência legislativa da matéria no contexto urbano, estabelece competência concorrente, atribuindo à União a tarefa de instituir diretrizes e aos Municípios a de complementar essas diretrizes especificamente para o âmbito e interesse local, este gizado pelo artigo 30, I, da CRFB.

(...)

Por isso, é necessário um registro importante para discernir entre o que a Constituição dispõe no artigo 21, XX e no artigo 22, XI. No primeiro caso o alvo da norma é transporte como elemento do desenvolvimento urbano e, no segundo, o foco é o transporte nacional, em seus aspectos gerais sistêmico, estrutural e operacional. Assim, o Município não pode legislar sobre assuntos de transporte em geral, mas o transporte urbano há que ser organizado e regulamentado por normas municipais, porque o tema é de interesse local, sabendo-se que esse regramento deve se submeter às diretrizes instituídas pela União CRFB, 21, XX). Outro raciocínio ou leitura poderia conduzir ao entendimento equivocado de que a Lei nº

²¹ /n "Comentários à Constituição do Brasil", 2013, Saraiva, coordenação científica por J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lênio Luiz Streck.

²² *Op. Cit.*, pág. 93.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12.587/12 é inconstitucional por vício de origem e flagrante violação ao artigo 30, I da Lei Maior, ou ainda, poder-se-ia considerar impróprias as regulamentações municipais que o Capítulo V da LPNMU impõe para o planejamento e a gestão do sistema de mobilidade”.

Não é à toa que, *mutatis mutandi*, já afirmou o C. Supremo Tribunal Federal que *“a prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço de transporte local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios, não cabendo aos Estados-membros dispor a seu respeito”* (ADI nº 2.349-7/ES, Pleno, rel. Min. Eros Grau, DJ de 14.10.2005).

Definidos, portanto, a possibilidade e limites constitucionais de atuação normativa municipal em matéria de transporte, afere-se que a Lei nº 16.279/2015 do Município de São Paulo, ao impor restrição ao seu exercício na modalidade individual remunerada de passageiros, por meio de aplicativos, parece não invadir, *rogata maxima venia*, seara própria de ente federado diverso.

A lei em comento não traça ou institui regra de caráter geral ou regional envolvendo o transporte urbano de pessoas, tampouco cria novas normas de trânsito, mas apenas pretende dispor sobre o *“transporte remunerado individual de pessoas”* à luz de interesse local, modalidade esta indubitavelmente albergada na Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana (LPNMU), como se verá adiante.

Aliás, este C. Órgão Especial enfrentou o tema recentemente, ao julgar inconstitucional lei do Município de Votuporanga que pretendia autorizar, no âmbito daquela



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

circunscrição local, o transporte remunerado de passageiros através de nova espécie de veículo (“triciclo automotor de cabine fechada”), o que, de fato, extrapola o âmbito da competência normativa municipal:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei n. 5.741/2016, que alterou o art. 3º e inseriu o art. 19-A na Lei nº 4.986/2011, ambas do Município de Votuporanga, incluindo o triciclo automotor de cabine fechada como espécie de veículo para o transporte remunerado de passageiros - A inclusão de outra espécie de veículo para o transporte remunerado de passageiros não alcança o status de interesse local a justificar a atuação legislativa do Município, nem mesmo a título suplementar (art. 30, I e II, da Constituição Federal) - Invasão de competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI, da Constituição Federal) - Inconstitucionalidade declarada – Ação procedente.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2080036-39.2016.8.26.0000, rel. Des. Salles Rossi, j. em 10.08.2016)

Consequentemente, a análise de eventual desconformidade do comando legal extraído da norma impugnada, quanto ao exercício de aludida atividade pela iniciativa privada nos limites do Município, é tema que não malferir a divisão constitucional de competências legislativas relacionadas a transporte, intangido o princípio federativo.

Da mesma forma, precoce argumentar com inovação legislativa atinente a direito civil (artigo 22, inciso I, da Constituição da República), pois longe está a lei guerreada de imiscuir-se em temas afetos ao contrato de transporte enquanto instituto jurídico de direito material, como sua natureza jurídica, elementos, obrigações dos contratantes etc., em contraposição aos dispositivos próprios do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Código Civil.

Insustentável, ainda, afirmação de que teria o Município avançado em tema afeto a internet (artigo 22, inciso IV, da Constituição da República), eis que o ato legislativo impugnado não visa a regradar, condicionar, limitar ou regular a utilização ou exploração da rede mundial de computadores, contrariando o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), ainda que por meio de aplicativos.

Nesse particular, a atividade, *in casu*, desempenhada pela empresa proprietária do aplicativo na exploração do novo modal acaba por ser afetada porque se constitui na plataforma virtual de aproximação, oferta e contratação do serviço material que se pretendeu limitar – leia-se, o transporte individual efetivamente prestado – aos usuários da tecnologia, o que não implica, num aspecto técnico-normativo, inovação legislativa inserida no tema internet.

Em suma, no aspecto da repartição constitucional de competências normativas entre os entes federados, não se externam claros indícios de invasão, pelo Município de São Paulo, no campo de produção legislativa da União Federal, principalmente considerando que o comando normativo extraído da lei atacada revela intuito de dispor sobre exercício de determinada modalidade de transporte, proibindo-o no âmbito da seara municipal.

É dizer, considerando o amplo espectro que o tema “transporte” alcança, repercutindo em todas as esferas federativas, mas com especial incidência e reflexo no campo das cidades, a vedação de determinada modalidade do serviço, à luz do interesse local, alinha-se teoricamente aos limites da competência legislativa



municipal.

C) PONTO CENTRAL DA CONTROVÉRSIA: A PROIBIÇÃO, DIRETA E OBJETIVA, DO TRANSPORTE INDIVIDUAL REMUNERADO DE PASSAGEIROS PELA LEI IMPUGNADA

Vale frisar, de proêmio, não se está aqui a dirimir questão de cunho meramente político, a desafiar independência dos Poderes, embora conhecida crise de representatividade, sob enfoque democrático, alcança Instituições relacionadas à implementação de políticas públicas e à elaboração de atos normativos, quando não pautados por responsabilidade e isenção ou distanciados das finalidades constitucionais, circunstâncias que têm ampliando campo de atuação do Judiciário.

Este movimento expansivo jurisdicional, revelador da atual tendência de judicialização das políticas públicas e das relações sociais, tem como causas principais, na visão de Luís Roberto Barroso²³:

“Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa

²³ In “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”, artigo publicado no periódico “Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB”, Janeiro a Março de 2011 – Número 11, pág. 68, acesso virtual em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/pageflip.html



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas”.

Controvérsias como a estabelecida nestes autos, de forte repercussão social, política e econômica, podem ensejar sustentações norteadas por desvio de finalidade ou desvirtuamento das próprias Instituições Públicas, alçando o Judiciário – quando provocado, muitas vezes por iniciativa oriunda dos demais Poderes – à excepcional condição de “chanceler” das decisões de políticas públicas, função que ordinária e constitucionalmente não ostenta.

Todavia, na hipótese *sub examine*, embora de conhecimento notório a boa aceitação social do serviço em debate, prova de sua vertiginosa expansão – contraposta por forte reação de opositores – na cidade de São Paulo, escapa ao objetivo da presente ação direta analisar, num enfoque de crise de representatividade, se razões finalísticas que ensejaram edição da lei impugnada são lastreadas no interesse exclusivo de classe profissional determinada e diretamente atingida. Limitar-se-á, portanto, ao enfrentamento de aspecto jurídico.

Como já contextualizado, a *mens legislatoris* da Lei nº 16.279/2015, do Município de São Paulo, é marcada pela pretensa vedação à nova modalidade inserida (o transporte individual remunerado de passageiros por meio de motoristas particulares cadastrados em aplicativos), pela iniciativa privada, no âmbito da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mobilidade urbana local de São Paulo/SP.

Exame de sua conformidade vertical traz a lume temáticas jurídicas variadas, ensejando breves considerações sobre o modelo econômico adotado na ordem constitucional, a disciplina outorgada às atividades econômicas num sentido amplo e o enquadramento do transporte privado individual remunerado nesse regime.

Em plena coerência aos valores essenciais de um Estado Democrático de Direito, que tem por norte a dignidade e a liberdade humana, a Constituição da República adotou o sistema capitalista como orientador da ordem econômica, incorporando como um dos fundamentos da Nação o princípio da livre iniciativa, albergado em seus artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

“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:”

Decorre da livre iniciativa, em linhas gerais, a liberdade conferida aos agentes privados (assim entendidos como pessoas físicas, coletividades e pessoas jurídicas) para empreenderem no mercado, realizando atividades econômicas de produção, distribuição



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ou circulação de riquezas, compreendendo ainda a livre escolha dos meios (formas de gestão, organização e condução da atividade) e dos fins visados.

Trata-se de verdadeiro corolário do valor fundamental “liberdade individual” no plano da ordem econômica. Ademais, *“afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado”*²⁴.

Não se extrai do texto constitucional, todavia, modelo econômico libertário ou absoluto, encontrando o princípio da livre iniciativa limites ou reservas que estimulam a coesão social, ostentando status similar os valores sociais do trabalho²⁵. É o que se constata, exemplificando, na leitura dos incisos e parágrafo único do artigo 170 da Constituição da República, onde convivem harmonicamente princípios estruturantes da ordem econômica de aspectos liberais (propriedade privada, livre concorrência, livre exercício de atividade econômica), e sociais (função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução de desigualdades regionais e sociais etc.).

A esse respeito, já afirmou o C. Supremo Tribunal Federal que *“o princípio da livre-iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor”*. (STF – RE 349.686, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 14.06.2005. No mesmo

²⁴ Tércio Sampaio Ferraz Jr. *in* “A Economia e o Controle do Estado”, parecer publicado no periódico “O Estado de São Paulo”, ed. 4.6.89.

²⁵ Não por coincidência a redação do artigo 1º, inciso IV, da CR, em que inseridos ambos os valores.

sentido: STF – AI 636.883-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 08.02.2011).

Um dos princípios decorrentes da livre iniciativa e que sobressai na hipótese concreta é a livre concorrência (artigo 170, inciso IV, da Constituição da República), garantia consistente na proteção, aos agentes atuantes no mercado, da instituição de livre competição nos variados ramos de atividade, conferindo melhor eficiência, diversidade, inovação e progresso à ordem econômica, e refletindo resultados socialmente desejáveis, como melhor qualidade dos bens e serviços, preço justo e ampliação no leque de escolha do consumidor.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁶ enaltece, ainda, o elemento comportamental do princípio realçando suas facetas política e social:

“A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre

²⁶ In “A Economia e o Controle do Estado”, parecer publicado no periódico “O Estado de São Paulo”, ed. 4.6.89.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada”.

Dela, livre concorrência, extraem-se atuações positivas e negativas do Estado, ambas no sentido de proteger e assegurar um mercado livre e saudável. As primeiras caracterizam-se pela instituição de normas que obstam práticas anticoncorrenciais, abuso do poder econômico, formação de monopólios etc., tendo em conta a complexidade e diversidade envolvendo os agentes atuantes num mercado livre (*v.g.* artigos 170, inciso IX e 173, §4º, da CR, Leis nº 8.884/94 e 12.529/2011); lado outro, exige-se atuação estatal negativa, no campo da abstenção, aferida no óbice à instituição de restrições excessivas que impeçam os agentes atuantes no mercado de nele ingressar, competir ou simplesmente desenvolver sua atividade.

Numa visão generalista, em termos de atividades enquadráveis na ordem econômica, a Constituição da República engloba as seguintes categorias: a) atividades econômicas em sentido estrito; b) serviços públicos, e c) monopólios estatais. Cada uma delas opera restrição, de maior ou menor grau, ao princípio da livre iniciativa e seus consectários, relembrando, uma vez mais, não ter sido adotado um modelo econômico totalmente libertário.

Nota-se, porém, que o texto constitucional traz certa ambiguidade – a exigir cautela do intérprete – em relação à expressão “atividade econômica”, que ora se refere à espécie em sentido estrito, ora é aludida como gênero, incorporando também os

serviços públicos. Nesse sentido, Eros Roberto Grau²⁷ argumenta:

“Como tenho observado, inexistem, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira. (...) ‘A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica. Serviço público – dir-se-á mais – é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Desde aí poderemos também afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado.’ Salientei, no próprio texto, o fato de, no trecho aqui transcrito, utilizar-me da expressão atividade econômica em sentidos distintos: ‘Ao afirmar que serviço público é tipo de atividade econômica, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a espécie, serviço público. Ao afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado, a ela atribuí a significação de espécie.’ Daí a verificação de que o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica.”²⁸

Interpretação conjunta do artigo 170, *caput* e parágrafo único, combinado com artigo 173, *caput*, da Constituição da República revela que a intervenção direta do Estado nas atividades econômicas em sentido estrito, justamente porque livres à iniciativa

²⁷ In “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, 17ª edição, Malheiros, págs. 99/100.

²⁸ Mais adiante, exemplifica o autor que a expressão “atividade econômica” prevista no artigo 173, *caput*, da Constituição da República, refere-se a atividade econômica em sentido estrito; no entanto, a mesma expressão consignada nos artigos 170, *caput* e 174, reporta-se ao gênero “atividade econômica” – *op. cit.*, págs. 101/106.

privada, ocorre apenas excepcionalmente²⁹, justificando-se apenas quando *“necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”*, hipóteses nas quais, para produção ou comercialização de bens, ou ainda prestação de serviços, usualmente materializa-se por meio da Administração Indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias – art. 173, §1º, CR). Mesmo nestes casos excepcionais, o ordenamento assegura paridade de condições à iniciativa privada, quando inibe concessão discriminada de benefícios fiscais (art. 173, §2º, CR), de modo a assegurar concorrência justa com os particulares.

Referindo-se à extensão dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência no exercício da atividade econômica em sentido estrito, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“... a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o quantum a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados. No passado ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de

²⁹ Constituindo, portanto, exceção legítima ao princípio da livre iniciativa.

atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado.” (REsp 614.048/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2005, DJ 02/05/2005, p. 172).

Há, também, outra possibilidade de intervenção estatal, mas de forma indireta, quando o ente público age no sentido de normatizar, regular ou fiscalizar determinada atividade econômica em sentido estrito, observando os limites do ordenamento, em ação justificada pela proteção de valores constitucionais e de interesse coletivo envolvidos no exercício desta mesma atividade (art. 174, CR).

Nos dizeres doutrinários, *“a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis”*³⁰.

Nesse ponto, vigora a premissa de que quanto mais a intervenção estatal afetar os valores da livre iniciativa, maior a exigência de razões jurídico-constitucionais relevantes legitimadoras desta interferência do ente público. Já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal, sobre a intervenção do Estado no domínio econômico:

“LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA ATUAÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO (...) A obrigação do Estado, impregnada de qualificação constitucional,

³⁰ Alexandre Santos de Aragão *in* “Comentários à Constituição do Brasil”, 2013, Saraiva, coordenação científica por J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lênio Luiz Streck, ao comentar o artigo 174.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de proteger a integridade de valores fundados na preponderância do interesse social e na necessidade de defesa da incolumidade pública legítima medidas governamentais, no domínio econômico, decorrentes do exercício do poder de polícia, a significar que os princípios que regem a atividade empresarial autorizam, por efeito das diretrizes referidas no art. 170 da Carta Política, a incidência das limitações jurídicas que resultam do modelo constitucional que conforma a própria estruturação da ordem econômica em nosso sistema institucional.” (RE 597165 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 05-12-2014 PUBLIC 09-12-2014) – grifou-se.

Já a prestação dos serviços públicos, como atividade prioritariamente cometida ao Estado, nos moldes do artigo 175 da Lei Maior, via de regra³¹, não alcança a esfera de liberdade econômica individual dos agentes privados, cabendo ao Poder Público realizá-la diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, conforme previsão legal.

Nestes casos, por titularizar os serviços públicos – mesmo nas hipóteses em que transferida a execução aos particulares –, o Estado contará com atuação normativa ampla, embora não irrestrita, podendo estabelecer toda a disciplina correspondente, englobando direitos e deveres dos prestadores e usuários, controle de preço ou tarifa, além da submissão ao regime jurídico público.

Vale o registro, ainda, de hipóteses constitucionais de monopólio estatal, previstas nos artigos 21, inciso XXIII, e 177 da Magna Carta, onde fortemente mitigada a incidência dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

³¹ Vale obtemperar que a própria Constituição da República considera livre à iniciativa privada a prestação dos serviços públicos de saúde e educação (artigos 197, 199 e 209).

Por fim, antes mesmo de expor o correto enquadramento do transporte individual remunerado de passageiros realizado por motoristas particulares cadastrados em aplicativos – objeto de vedação pelo ato normativo impugnado –, no âmbito da ordem econômica, imperioso destacar que, no ordenamento vigente, não há critérios expressos e objetivos que orientem a alocação de determinada atividade como serviço público ou atividade econômica em sentido estrito, tarefa não raras vezes tormentosa e polêmica.

Parte-se da premissa inicial, numa visão ampla, de que os serviços públicos são existenciais à sociedade, considerando seus valores e anseios em dado momento, titularizados e, ordinariamente, prestados pelo próprio Estado. Sua noção, enfatizada por Eros Roberto Grau³², é representada pela *“atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit)”*.

Há hipóteses em que o próprio texto constitucional, numa previsão expressa, classifica determinada atividade como serviço público (*v.g.*, artigos 30, inciso V, e 198, CR), mitigando a margem para discussões sobre respectiva natureza jurídica.

Noutras, embora sem alusão direta, permite-se conclusão similar através de interpretação conjunta do artigo 175 com dispositivos constitucionais outros que impõem aos entes federados (União, Estados ou Municípios) a prestação ou exploração direta de certos serviços ou mediante transferência à iniciativa privada (*v.g.* artigos 21, inciso X, e 25, §2º, CR).

³² /n “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, 17ª edição, Malheiros, pág. 132.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse passo, é possível afirmar uma primeira conclusão: inexistente previsão constitucional, seja na Lei Maior, seja na Carta Paulista, que qualifique o transporte individual remunerado de passageiros como serviço público ou monopólio estatal, diversamente do que ocorre com a modalidade de transporte coletivo no âmbito municipal, expressamente definida como serviço público (artigo 30, inciso V, CR).

Mais complexo, porém, proceder ao enquadramento jurídico das atividades econômicas (aqui, no sentido lato da expressão) não previstas no texto constitucional: seriam elas, por exclusão, simplesmente submetidas à liberdade de exercício na iniciativa privada (artigo 170, parágrafo único, CR)? Ou, contrariamente, ostentaria o Estado discricionariedade a seu talante para qualifica-las como serviço público?

Boa parte da doutrina advoga a tese de que inexistente no ordenamento “reserva de Constituição” na caracterização de uma atividade como serviço público, sendo possível ao legislador infraconstitucional definir outras atividades nesta classificação, mesmo porque irrazoável que a Lei Maior pudesse prever rol exaustivo.

Marçal Justen Filho³³, escrevendo sobre a qualificação da atividade como um serviço público, registra que, *verbis*:

“A instituição de um serviço público depende do reconhecimento jurídico da pertinência daquela atividade para a satisfação dos direitos fundamentais. Costuma-se aludir a publicatio ou publicização para indicar o ato estatal formal necessário à qualificação de uma atividade como serviço público.”

³³ In “Curso de Direito Administrativo”, RT, 10ª edição, pág. 733.

Este ato de publicização deverá constar de uma lei. A instituição de um serviço público por meio de ato administrativo é ilegal.

Essa consideração é de extrema relevância porque significa que, na ausência da publicização legislativa, a atividade não é considerada serviço público, presumindo-se sua qualificação como atividade econômica em sentido estrito”.

Com efeito, esta faculdade política assegurada ao legislador ordinário evidentemente deve respeitar barreiras intransponíveis albergadas no ordenamento constitucional. Do contrário, viabilizar-se-ia livre instituição ou transmutação de toda e qualquer atividade econômica *strictu sensu* em serviço público.

Não faria qualquer sentido, hodiernamente, no modelo econômico adotado na Constituição da República, edição de lei federal que, por mero capricho político, qualificasse como serviço público, instituindo-lhe regime jurídico respectivo, atividades de produção, distribuição e comercialização de televisores, cafeteiras ou móveis em geral, suprimindo-as da iniciativa privada. Por certo, ato normativo de tal estirpe deflagraria manifesta inconstitucionalidade por violação a princípios elementares da ordem econômica.

Analisando esta limitação, precisas as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁴:

“É realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais. Afora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser assim qualificados, contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras

³⁴ In “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 30ª edição, págs. 707/708.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa. É que a exploração da atividade econômica, o desempenho de 'serviços' pertinentes a esta esfera, assiste aos particulares e não ao Estado. Este apenas em caráter excepcional poderá desempenhar-se empresarialmente nesta órbita.

Sem embargo, o fato é que o Texto Constitucional, compreensivelmente, não define o que sejam 'atividades econômicas'. Em consequência, remanesce ao legislador ordinário um certo campo para qualificar determinadas atividades como 'serviços públicos', no que, indiretamente, gizará, por exclusão, a área configurada como das 'atividades econômicas'.

É lógico, entretanto, que, em despeito desta margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há de se entender que o constituinte se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes da Sociedade. Por isso mesmo não é total a liberdade do Legislativo, sob pena de ser retirado qualquer conteúdo de vontade ao dispositivo da Carta Magna, tornando-o letra morta, destituído de qualquer valia e significado".

Não se pode olvidar, ainda, que o desenvolvimento social, econômico e científico, além da capacidade de avanço tecnológico, estimula progresso da própria sociedade, favorecendo surgimento de novos tipos de serviços e bens no mercado. Atividades inovadoras, no mais das vezes – justamente porque inovadoras –, surgem em descompasso à existência de normatividade prévia, de aspecto legal ou meramente regulamentar, quando cabível.

No enfoque do princípio da legalidade, inclusive lembrado no parágrafo único do artigo 170 da Constituição da República ("..., salvo nos casos previstos em lei. ¶), ao particular é assegurado, via de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

regra, o exercício de qualquer atividade econômica inovadora, desde que não contrarie o ordenamento em vigor, ainda que possa ulteriormente, nos limites desse mesmo ordenamento, o Estado nela intervir direta ou indiretamente.

Destacadas as noções elementares da ordem econômica constitucional e da forma de enquadramento das atividades econômicas em sentido amplo como livres à iniciativa privada ou como serviços públicos, verte-se o foco de exame às características do transporte urbano individual remunerado de passageiros.

Considerando o já afirmado e lembrando que apenas o transporte coletivo municipal é considerado serviço público por definição constitucional (art. 30, V, CR), o primeiro instrumento normativo regulador de abrangência nacional em matéria de transporte materializa-se na Lei Federal nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana (LPNMU), *“objetivando a integração entre os diferentes modos de transporte e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas e cargas no território do Município”* (art. 1º), assim contribuindo para o *“acesso universal à cidade, o fomento e a concretização das condições que contribuam para a efetivação dos princípios, objetivos e diretrizes da política de desenvolvimento urbano, por meio do planejamento e da gestão democrática do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana”* (art. 2º).

O diploma, por se tratar de diretriz nacional, abrange globalmente os modos de transporte urbano, traçando importantes definições, princípios e objetivos, planos de regulamentação, também dispendo sobre direitos dos usuários, competências político-administrativas dos entes federados sobre a matéria, além de orientar planejamento e gestão dos sistemas de mobilidade urbana.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ao definir o Sistema Nacional de Mobilidade Urbana, o artigo 3º da lei discrimina, no que interessa, os modos e classificações que aludem ao transporte urbano, assim prevendo:

“Art. 3º. O Sistema Nacional de Mobilidade Urbana é o conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do Município.

§1º. São modos de transporte urbano:

I - motorizados; e

II - não motorizados.

§2º. Os serviços de transporte urbano são classificados:

I - quanto ao objeto:

a) de passageiros;

b) de cargas;

II - quanto à característica do serviço:

a) coletivo;

b) individual;

III - quanto à natureza do serviço:

a) público;

b) privado. ”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse ponto, uma segunda conclusão se mostra possível em vista do §2º ora transcrito: está-se a debater, *in casu*, sobre modalidade de transporte de passageiros (quanto ao objeto) e individual (quanto à característica do serviço).

O próximo passo é definir a natureza do serviço objeto de proibição na lei impugnada, é dizer, se de caráter público ou privado. Vale anotar que, indiscutivelmente, o diploma em comento conforta ambas as hipóteses (inciso III, do §2º, do art. 3º, da LPNMU).

O artigo 4º traz, para efeito da LPNMU, definições que merecem transcrição:

"transporte urbano": *"conjunto dos modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana"* (inciso I);

"transporte público individual": *"serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas"* (inciso VIII);

"transporte motorizado privado": *"meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares"* (inciso X).

Sem prejuízo, o tema remete, ainda, à análise da atividade exercida pelos profissionais taxistas, considerando o disposto na Lei Federal nº 12.468, de 26 de agosto de 2011 (que regulamenta a profissão de taxista), na Lei nº 7.329, de 11 de julho



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de 1969, do Município de São Paulo (que regulamenta a atividade no âmbito local), e nos artigos 12 e 12-A da LPNMU. Confira-se, com destaques:

Lei Federal nº 12.468/2011:

“Art. 2º. É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros.” – grifou-se.

Lei Municipal de SP nº 7.329/1969:

“Art. 1º. O transporte individual de passageiros, no Município, em veículos de aluguel providos de taxímetro, constitui serviço de interesse público, que somente poderá ser executado mediante prévia e expressa autorização da Prefeitura, a qual será consubstanciada pela outorga de Termo de Permissão e Alvará de Estacionamento, nas condições estabelecidas por esta lei e demais atos normativos que sejam expedidos, pelo Executivo.” – grifou-se.

LPNMU:

“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) – grifou-se.

Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi

poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local. (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013)” – grifou-se.

O serviço prestado por taxistas, de conhecimento notório, é marcado por forte regulamentação estatal, através de normatização própria da atividade nos Municípios em que disponibilizado, sem prejuízo da observância da lei que regula a profissão (Lei Federal nº 12.468/2011).

De sujeição limitada à livre iniciativa, a execução do serviço dá-se através de particulares detentores de “alvarás de estacionamento”, licença emitida pelo Poder Público Municipal em número limitado³⁵. É indispensável ao motorista obtenção do CONDUTAX, mediante apresentação de documentos e demais requisitos que, no caso do Município de São Paulo, encontram-se informados no seguinte endereço eletrônico: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/transportes/saiba_como_e_e_como_funciona/index.php?p=3875.

Intranquila, todavia, a natureza jurídica da atividade. Sem pretensão de exaurir o debate, mesmo porque estranho ao objeto da corrente ação direta, mas de importante menção ao exame da controvérsia, a divergência consiste em saber se o transporte individual remunerado realizado por taxistas é considerado um “serviço público” propriamente dito, ou se atividade privada, ainda que sujeita a autorização.

Boa parte da doutrina classifica a atividade explorada pelos taxistas como de natureza privada, não vislumbrando nela

³⁵ No Município de São Paulo, a utilização do “alvará de estacionamento” pode ser compartilhada pelo proprietário e um segundo motorista, denominado “autônomo complementar”. Segundo informações obtidas no site da Prefeitura Municipal, atualmente há cerca de 34.000 (trinta e quatro mil) alvarás ativos na cidade.

interesse público essencial a justificar caracterização de serviço titularizado pelo Estado, embora atendam a necessidades coletivas. José dos Santos Carvalho Filho³⁶ registra que *“a atividade de transporte de passageiros, por exemplo, às vezes suscita dúvida, e isso porque há serviços públicos e serviços privados de transporte de pessoas. É o caso de vans que conduzem moradores para residências situadas em local de mais difícil acesso em morros. Ou ainda o serviço de táxis. Trata-se, em nosso entender, de atividades privadas e, por isso mesmo, suscetíveis de autorização. E, sendo autorização, não será realmente para nenhum serviço público, já que este se configura como objeto de permissão”*.

No mesmo sentido o registro de Maria Sylvia Di Pietro³⁷, que apesar de enquadrar os serviços de táxi como “serviço público impróprio”, realça a natureza de atividade privada. Confirma-se, também, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸, que defende ser atividade econômica a afastar o caráter permissionário, num sentido técnico, do serviço; e, ainda, Geraldo Spagno Guimarães³⁹, ao afirmar que *“táxi é atividade privada sujeita a controles estatais, mas não é serviço público, ainda que a lei assim o defina”*.

Por outro lado, sem olvidar entendimento diverso de outros Tribunais⁴⁰, prepondera na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça que constitui serviço público a atividade desempenhada pelos taxistas, inclusive sujeita a licitação, consoante se afere nos seguintes julgados:

“A delegação de serviço público de transporte por

³⁶ In “Manual de Direito Administrativo”, Atlas, 27ª edição, pág. 452.

³⁷ In “Direito Administrativo”, Atlas, 27ª edição, págs. 114/115.

³⁸ In “Pareceres de Direito Administrativo”, Malheiros, 2011, 212/227.

³⁹ In “Comentários à Lei de Mobilidade Urbana”, 2012, Fórum, pág. 183.

⁴⁰ O E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgamento da ADI 20150020242952, Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa, j. em 15.03.2016, afirmou: *“o serviço de táxi se constitui em utilidade pública, de caráter privado, embora sujeito à regulação e fiscalização pelo Poder Público”*.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

meio do táxi pressupõe a realização de licitação desde a Constituição da República de 1988, em razão de sempre haver limitação do número de delegatários e o manifesto interesse na exploração daquela atividade pelos particulares, seja pela via da permissão, seja pela via da autorização. A propósito, tratando-se de delegações de caráter precário, por natureza, não há falar em direito adquirido à autorização ou à permissão concedidas antes de 5/10/1988." (AgRg no REsp 1115508/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 07/04/2011) – grifou-se.

"A atividade de prestação de transporte por taxímetro é um serviço público e, como tal, necessita, para ser delegado ao particular, licitação, nos moldes previstos na Lei n. 8.987/95." (RMS 19.091/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 17/10/2007, p. 268) – grifou-se.

No âmbito deste C. Órgão Especial, a natureza jurídica da atividade desempenhada pelos taxistas já foi analisada em mais de uma oportunidade, concluindo-se, da mesma forma, pelo seu enquadramento como serviço público. Cito os precedentes a seguir:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei 3.455/2015, do Município de Santana do Parnaíba – Ato normativo que 'dispõe sobre a normatização e diretrizes na outorga de permissão de serviços de transportes individuais de passageiros e disciplinamentos de táxis' - Inviável o exame da matéria sob a ótica de sua compatibilidade com normas infraconstitucionais - Implicariam somente ofensa reflexa à Constituição Paulista as alegações concernentes à incompatibilidade da lei impugnada em relação às



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

disposições do ato normativo alterado (Lei Municipal nº 2152/1999) e às normas referentes à licitação, bem como em relação à sugerida irregularidade do processo legislativo previsto na Lei Orgânica local - Verdadeiro aspecto relevante na apreciação do alegado vício de inconstitucionalidade da lei que diz respeito à suposta violação do princípio da separação de Poderes – Lei de iniciativa parlamentar que trata matéria relativa a serviço público de táxi, típica da atividade administrativa (transferência de alvarás de estacionamento) – Afronta aos artigos 5º, caput, 47, II, XIV e XVIII, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo – Precedentes deste C. Órgão Especial – Ação julgada procedente, com modulação de efeitos a partir da data do julgamento.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2187097-90.2015.8.26.0000, rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. em 27.01.2016) – grifou-se.

Colhe-se, do bojo do voto, a seguinte assertiva, *verbis*:

“Como sabido, serviços de táxi são serviços de transporte público transferidos aos particulares por meio de autorização, certo que ‘a transferência da prestação do serviço é delegada por ato administrativo (bilateral ou unilateral) e pela mesma forma pode ser retirada ou alterada [...]’ (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, São Paulo, 2013, p. 450). Tenha-se em mente, ainda, que ‘Serviços autorizados são aqueles que o Poder Público, normalmente por ato unilateral, em regra precário e discricionário, delega sua execução a particular’ (op. cit. p. 472)”. No mesmo sentido: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2058665-53.2015.8.26.0000, rel. Des. Tristão Ribeiro, j. em 10.06.2015.

Lembro uma vez mais: não se busca aqui pôr fim à

controvérsia relativa à natureza jurídica da atividade exercida pelos taxistas, alvo de respeitáveis opiniões divergentes. No entanto, indiscutível, nos contornos atuais, que o serviço é prestado no Município de São Paulo sob o forte controle do Poder Público, marcado por relevante intervenção estatal que limita o número de licenças/alvarás disponíveis, controla o credenciamento dos profissionais taxistas (CONDUTAX) exigindo pagamento de taxa, além de intensiva regulamentação normativa, inclusive quanto ao controle do preço tarifário cobrado do usuário. Tais características, que implicam mitigação dos princípios gerais da ordem econômica, não deixam de existir mesmo àqueles que doutrinariamente classificam o serviço como atividade privada.

Nesse prumo, o serviço dos taxistas amolda-se, para fins da LPNMU, no conceito de transporte público individual (art. 4º, inciso VIII), atividade que lhes é reservada por força de lei (Lei Federal nº 12.468/2011). Tal conclusão permanece inabalada mesmo diante da alteração redacional empreendida em seu artigo 12 (pela Lei nº 12.865/2013), que antes caracterizava expressamente o transporte individual de passageiros como serviço público, sob o regime de permissão, e ora o considera serviço de utilidade pública sem apontar o título jurídico de transferência ao particular. De uma forma ou de outra, a própria LPNMU mantém regramento no sentido de que a atividade dos taxistas (transporte público individual) é submetida ao controle público.

Reforça esta conclusão – vale o parêntese – proposta de Emenda Constitucional nº 425/2014⁴¹, do Deputado Wellington Antonio Fagundes, ainda em trâmite, que objetiva acrescentar *“parágrafo ao art. 175 da Constituição Federal, excluindo da incumbência do poder público a prestação dos serviços de táxi, que*

⁴¹ Confira-se a proposta original em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3FDC0505C942983566DD2F1CA2406958.proposicoesWeb?codteor=1272240&filename=Tramitacao-PEC+425/2014



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

passam a ser considerados serviços de utilidade pública”, alteração que tem por norte excluir a atividade dos taxistas do conceito técnico de “serviço público”, no anseio de eliminar difundida controvérsia jurídica referente à exigência de processo licitatório prévio para transferência de alvará aos profissionais particulares.

Voltando à dicotomia prevista no inciso III, do §2º, do artigo 3º da LPNMU, o transporte individual de passageiros pode ser classificado em público e privado. Os táxis, como explanado, enquadram-se na primeira hipótese e se amoldam ao conceito de “transporte público individual” (art. 4º, inciso VIII, da LPNMU), numa visão conjunta aos artigos 2º da Lei Federal nº 12.468/2011 e artigo 1º da Lei nº 7.329/1969 do Município de São Paulo, as quais, de maneira expressa, aludem à atividade as expressões “transporte público individual” e “serviço de interesse público”.

Conclusão similar, entretanto, parece não emergir do exame da atividade de “transporte individual remunerado de passageiros por motoristas particulares, intermediado por aplicativos”, objeto de proibição no ato normativo impugnado.

O primeiro ponto, talvez o mais marcante, que realça a diferença entre o transporte público individual (táxi) do transporte privado individual prestado por motoristas particulares diz respeito à sua abrangência.

Como decorre do próprio conceito previsto na LPNMU (art. 4º, inciso VIII), o transporte público individual remunerado de passageiros é um serviço aberto ao público, o que não ocorre com o transporte privado individual. Inerente a esta característica essencial a obrigatoriedade do serviço prestado pelo taxista, que não pode recusar viagens ainda que de curto trajeto; além disso,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

possibilita-se a coleta de novos passageiros nas próprias vias públicas, durante seu trânsito regular, facilidade que alcança não só os taxistas como também os próprios passageiros. Potencialmente, qualquer indivíduo em espaço público é um possível usuário do serviço.

Já a atividade econômica proibida pela lei impugnada, diferentemente, está restrita aos usuários previamente cadastrados no aplicativo e que se utilizam da plataforma virtual para contratar o transporte individual remunerado para deslocamento específico. A exigência de cadastro prévio e condições mínimas (incluindo *smartphone* com plano de dados ativo) torna a gama de consumidores usuários identificável e finita, embora possa se ampliar ou se encolher, à medida que o serviço eventualmente se expanda ou se retraia. Além do mais, as viagens dos motoristas particulares prestadores da atividade são avençadas no ambiente da plataforma virtual do aplicativo, marcadas ainda pela aceitabilidade do prestador do serviço, deduzindo-se que não coletam novos passageiros aleatoriamente pelas ruas.

Não à toa que a expressão “aberto ao público”, propositalmente, não foi incorporada no conceito de “transporte motorizado privado” (art. 4º, inciso X, da LPNMU), que tal como a definição do inciso I do mesmo dispositivo, melhor se ajusta ao transporte individual remunerado de passageiros por motoristas particulares cadastrados em aplicativos.

Observa-se, ainda, que essa distinção elementar foi enaltecida na própria Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana ao tratar do transporte coletivo. Basta ver que a noção de “aberto ao público” é incorporada na definição do transporte público coletivo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(art. 4º, inciso VI⁴²) e excluída do conceito de transporte privado coletivo (art. 4º, inciso VII⁴³), a diferenciá-los numa perspectiva de abrangência social.

Parece lógico, se no campo do transporte coletivo, que ostenta maior repercussão e impacto sociais, a própria LPNMU traz este critério distintivo, raciocínio equivalente deve ser empregado no âmbito do transporte individual de passageiros, de aspecto mais restrito.

Outras características, senão benefícios, podem ser destacadas como exclusivas do transporte público individual de passageiros (táxis), não extensíveis à atividade privada em comento, que mostram plena coerência e somente são justificadas pela natureza pública do serviço. Dentre elas, por exemplo, a permissão (no caso da Cidade de São Paulo) para transitar em faixas exclusivas, o abatimento e/ou isenção de impostos relacionados à manutenção e aquisição dos veículos utilizados, a existência de áreas de parada exclusivas e específicas em locais públicos e de grande circulação ("pontos de táxi") etc.

Não bastasse, como já enaltecido, a forte intervenção estatal na disciplina e regulação do transporte público individual, inclusive na fixação e controle da política tarifária, também é marco característico do serviço táxi, inaplicável, *in ictu oculi*, no regime atual, ao transporte privado individual de passageiros.

Todas estas peculiaridades, divisoras do transporte individual em suas modalidades pública e privada (artigo 3º, §2º,

⁴² "serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público" – grifou-se.

⁴³ "serviço de transporte de passageiros não aberto ao público para a realização de viagens com características operacionais exclusivas para cada linha e demanda" – grifou-se.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inciso III, da LPNMU), já foram reconhecidas pela jurisprudência nos seguintes precedentes:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DISPONIBILIZADA PELO APLICATIVO UBER NO MUNICÍPIO DE CAMPINAS – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – Pretensão mandamental voltada ao reconhecimento do direito líquido e certo do impetrante de exercer sua atividade econômica livremente, proibindo que as autoridades coatoras atuem fora de sua competência legal - presença dos requisitos necessários para o deferimento da medida liminar, conforme disposição do art. 7º, da Lei nº 12.016/2009 – fundamento relevante associado ao risco de dano – prevalência dos princípios da liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência e do livre exercício de qualquer trabalho – natureza privada do transporte individual de passageiros desempenhado pelo impetrante, cujo exercício foi previsto pelos arts. 3º e 4º da Lei Federal nº 12.857/12 e não depende de prévia regulamentação do Poder Público – Lei Municipal nº 13.775/10 que regulamentou tão somente a execução dos serviços de transporte dos taxistas – decisão reformada. Recurso provido, com observação.” (Agravo de Instrumento nº 2043892-66.2016.8.26.0000, rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, j. em 01.08.2016)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. UBER. REGULARIDADE DO SERVIÇO PRESTADO. FALTA DE VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES DO AGRAVANTE. RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO NÃO CONFIGURADOS. 1. O serviço prestado pelo Uber configura-se como transporte de passageiros individual privado, não se confundindo com o serviço prestado pelos taxistas que se configura como um transporte de passageiros individual público, nos termos da Lei n. 12.468/2011. 2. Não há verossimilhança nas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

alegações do agravante que pretende a suspensão do aplicativo Uber, tendo em vista a diferença da natureza dos serviços prestados. 3. A manutenção do serviço prestado pelo Uber não gera risco de dano irreparável ou de difícil reparação aos taxistas, tendo em vista a grande demanda de serviço de transporte individual não atendida diante da defasagem da frota de táxis. 4. Negou-se provimento ao agravo de instrumento.” (TJDF, 4ª Turma Cível, Agravo de Instrumento nº 20150020202844AGI, Rel. Des. Sérgio Rocha, j. 30.09.2015)

Assim sendo, consideradas as características singulares do transporte público individual (táxis), uma terceira conclusão pode ser afirmada: o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas particulares previamente cadastrados em aplicativos não se constitui, tecnicamente, em serviço público, mas se enquadra no conceito de atividade econômica em sentido estrito, é dizer, de natureza privada (art. 3º, §2º, inciso III, alínea 'b', da LPNMU), que, diga-se, pode e deve ser regulamentado pela Municipalidade como qualquer outra atividade.

Avançando o raciocínio, mas rememorando o já exposto, a atividade objeto de proibição pelo ato normativo impugnado pode ser decomposta na prestação de dois serviços distintos, mas que operam de forma conjunta: a) o primeiro deles consiste na disponibilização em ambiente virtual (aplicativo desenvolvido por empresa privada) de oferta, aos usuários desta plataforma, de serviço específico (no caso, de transporte individual), a ser prestado por profissionais previamente cadastrados; b) o segundo, pressupondo a contratação pelo usuário e aceitação pelo motorista, é a realização material do transporte individual, com base nos critérios (localização, destino, trajeto, modalidade etc.) escolhidos pelo

usuário/contratante.

Como dito, a controvérsia gira em torno, preponderantemente, da “segunda atividade” (o transporte), mesmo porque organização e oferta de bens e serviços em ambientes virtuais – seja na própria internet, seja em aplicativos especificamente desenvolvidos – não são novas e os exemplos inúmeros⁴⁴.

Sua natureza, como visto, assume contornos próprios das atividades reservadas à livre iniciativa, sujeita à liberdade de exploração por agentes privados atuantes no mercado, com respaldo nos princípios estruturantes e regentes da ordem econômica constitucional.

Eventuais contingenciamentos ou limitações impostas pelo Poder Público, pautadas na excepcionalidade da atuação estatal inerente ao modelo econômico em vigor, somente serão legítimas quando fundadas em razões ou valores jurídico-constitucionais plausíveis, numa análise de proporcionalidade.

Em linhas gerais, trata-se da aplicação, na relação indivíduo-Estado, do que Robert Alexy⁴⁵ nomeou *“lei do sopesamento”*, incidente na análise das restrições de liberdades gerais de ação, ao mencionar decisão do Tribunal Alemão que afirmou a seguinte máxima, serviente ao presente caso: *“Quanto mais a intervenção legal afetar expressões elementares da liberdade de ação humana, tanto mais cuidadosamente devem ser sopesadas as razões utilizadas como fundamentação contra a pretensão básica de liberdade dos cidadãos”*.

⁴⁴ Exemplo de aplicativos que ofertam outros bens/serviços em ambiente virtual: “Mercado Livre”, “iFood”, “Hello Food”, “Submarino”, “Netshoes” etc.

⁴⁵ In “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2015, Malheiros, pág. 349.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É o que ocorre, por exemplo, com as profissões legalmente regulamentadas (*v.g.* advogados, médicos etc.). À luz do princípio da liberdade de trabalho (art. 5º, inciso XIII, da CR), a relevância de critérios técnico-científicos de certas profissões habilita o Estado a estabelecer requisitos objetivos e específicos de acesso para aquisição de titulação acadêmica e exercício da atividade, visando a assegurar, pois, uma profissionalização adequada em prol não só do indivíduo, mas também da sociedade, o que se conforma também ao princípio da livre iniciativa. Entretanto, postura similar não poderia ser exigida pelo ente estatal em relação a atividades mais simples que, embora categorizáveis profissionalmente, dispensam mesmo nível de qualificação.

Calcada em tal premissa, a Lei Federal nº 12.468/2011, que regulamenta a profissão de taxista, exige requisitos específicos (habilitação especial, cursos, certificação etc.) dos motoristas que buscam exercer a atividade justamente em razão dos relevantes interesses envolvidos no *“transporte público individual remunerado de passageiros”* (art. 2º), como a segurança dos usuários, proteção dos próprios motoristas taxistas, controle de trânsito e transporte público, dentre outros, vinculados à prestação do serviço sob o forte controle estatal.

No que tange ao transporte privado individual remunerado de passageiros realizado por motoristas particulares cadastrados em aplicativos, reforça a ideia de sujeição à livre iniciativa a inexistência de norma jurídica específica (no âmbito constitucional ou legal) a dispor sobre o exercício da atividade, tampouco a caracterizando como serviço público ou monopólio estatal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Aliás, a ausência de disciplina normativa sobre determinada atividade, num regime pautado pela liberdade econômica dosada por valores sociais constitucionalmente relevantes, conforta juridicamente sua livre introdução e exploração no mercado pela iniciativa privada, ainda que em regime de coexistência a serviços similares de natureza pública (no que se enquadra o transporte público individual – táxi) ou privada.

Esta visão, respaldada num enfoque principiológico, indubitavelmente deve ser aplicada à controvérsia primordial destes autos, pondo em xeque as razões jurídico-constitucionais que emanciparam a vedação incorporada no ato normativo impugnado... Razões estas, a meu ver, implausíveis, principalmente quando se impõe restrição máxima à livre iniciativa, criando injustificada reserva de mercado a determinado segmento (artigos 1º e 2º da Lei Municipal nº 16.279/2015 – fls. 579/580).

Isto porque, no contexto fático-social já traçado e à luz do ordenamento jurídico vigente, o transporte privado individual realizado por motoristas particulares cadastrados em aplicativos não contraria as diretrizes traçadas na Política Nacional da Mobilidade Urbana, ao passo que o ato normativo impugnado parece desconsiderar modalidade nela inserida.

Na realidade, a inserção da atividade é convergente à LPNMU por múltiplos fundamentos. Inegavelmente ampliou o leque das opções de mobilidade urbana, constituindo alternativa, até então pouco explorada, ao transporte individual de passageiros. Sua expansão vertical guarda íntima relação com a eficiência, qualidade, preço e praticidade do serviço prestado, associada ainda ao modo de organização e disponibilização da oferta (aplicativo), principalmente

quando comparada ao tradicional meio de transporte urbano individual preexistente (táxi). Tal notoriedade, aliás, é qualificada pelo *amicus curiae* como “*verdadeira inovação tecnológica disruptiva*”⁴⁶, em vista da “*utilização da capacidade ociosa de bens duráveis, no caso, o automóvel particular*”⁴⁷ criando novo nicho de mercado.

Deve ser vista, portanto, como instrumento de melhor efetividade na circulação urbana (artigo 5º, inciso IX), de estímulo à mitigação dos custos econômicos no deslocamento de usuários do transporte urbano individual (artigo 6º, inciso IV), bem como de aprimoramento e melhoria nas condições de mobilidade urbana (artigo 7º, incisos III e V), atendendo, ao mesmo tempo, a princípios, diretrizes e objetivos da LPNMU que, em seus artigos 1º e 24, inciso V, traz como norte a integração entre os diferentes modos de transporte público e privado.

Sua forma de atuação no ramo de transporte, marcada por característica inovadora (oferta e disponibilização do serviço em ambiente virtual, mediante aplicativo para *smartphones*), é traço singular que jamais objetaria a atividade, mesmo porque acolhida na Lei do Marco Civil da Internet (Lei Federal nº 12.965/2014), especialmente nos artigos 3º, inciso VIII, e 4º, inciso III, num óbvio reflexo da livre iniciativa que, aliás, foi expressamente incorporada como fundamento de aludido diploma (artigo 2º, inciso V).

Ao comentar o princípio da liberdade dos negócios promovidos na internet (art. 3º, inciso VIII, da Lei Federal nº 12.965/2014) à luz da livre iniciativa constitucional, pontua a doutrina⁴⁸:

⁴⁶ Fls. 803, item 49.

⁴⁷ Fls. 804, item 50.

⁴⁸ Ricardo Alexandre de Oliveira *in* “Marco Civil da Internet”, Coord. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos, Atlas, 2014, págs. 309/310.

“... os princípios do Marco Civil da Internet estão, direta ou indiretamente, ecoando princípios constitucionais, motivo pelo qual a interpretação dada aos dispositivos precisa ser harmoniosa com os preceitos constitucionais. (...) a adoção de padrões abertos é consonante com o princípio estudado especialmente porque permite ao empreendedor baixar seus custos com a implantação, treinamento e manutenção dos seus sistemas e plataformas, que poderão se basear em softwares livres, bem como permitiram ao mesmo a otimização de sua comunicação na rede, vez que negócios baseados na internet têm como um dos maiores ativos a qualidade de recebimento e envio de informação no meio virtual.”

Tal característica, aliás, é igualmente explorada no ramo do transporte público individual de passageiros, onde empresas privadas também desenvolveram aplicativos⁴⁹ para *smartphone* que têm como principal funcionalidade aproximação entre passageiros e taxistas, viabilizando encontro entre oferta e demanda do serviço no âmbito virtual.

Com efeito, documento acostado pelo *amicus curiae* a fls. 419/469, revela que a atividade em questão (transporte privado individual remunerado de passageiros) foi objeto de análise pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

Aludido estudo, intitulado “O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano”, elaborado em setembro/2015 numa abordagem econômica do tema, 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*

⁴⁹ Dentre os mais conhecidos, pode-se citar o “99 Táxis” e o “Easy Taxi”, que atuam em sistemática similar à do aplicativo “Uber”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concorrencial e do consumidor, a atuação de novos agentes tende a ser positiva” (fls. 466).

Da mesma forma, “Nota Técnica” da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda analisou o tema na visão anticoncorrencial (fls. 808/838), sugerindo, dentre outras recomendações, que *“o Poder Público não adote medidas que inviabilizem ou dificultem a operação dos aplicativos de transporte individual de passageiros, permitindo que as inovações beneficiem o consumidor”* (fls. 838).

O estímulo à concorrência no aspecto econômico mostra plena convergência à proteção que emana do princípio da livre concorrência no aspecto jurídico (artigo 170, inciso IV, CR), efluindo consequências socialmente desejáveis inerentes às naturalidades decorrentes do processo competitivo mercadológico, como melhor qualidade e eficiência do serviço, preço mais justo, ampliação do direito de escolha do consumidor etc.

Além do mais, vige no ordenamento infraconstitucional a Lei Federal nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo também sobre prevenção e repressão às infrações da ordem econômica (artigo 1º), assim consideradas, independentemente de culpa, *v.g.*, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado, ou ainda criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços (artigo 36, inciso I, e §3º, incisos III e IV).

Nesse contexto, a proibição do exercício do transporte privado individual remunerado por motoristas particulares



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cadastrados em aplicativos, instituída pelo ato normativo impugnado, contraria também o sistema concorrencial incorporado na ordem econômica, criando, na prática, verdadeira reserva de mercado com exclusividade à classe do transporte público individual de passageiros, operada pelos taxistas.

Tal proceder, ademais, é repudiado na jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, como se afere no precedente a seguir, que enfrentou o tema ao analisar se a publicação e distribuição de listas telefônicas constituiria exclusividade das empresas concessionárias de telefonia:

“Serviços de Telecomunicações. Exploração. Edição de Listas ou Catálogos Telefônicos e Livre Concorrência. Se, por um lado, a publicação e distribuição de listas ou catálogos telefônicos constituía um ônus das concessionárias de serviço de telefonia - que podem cumpri-lo com ou sem a veiculação de publicidade - não se pode dizer que estas tinham exclusividade para fazê-lo. O artigo 2º da L. 6.874/80 ('A edição ou divulgação das listas referidas no § 2º do art. 1º desta Lei, sob qualquer forma ou denominação, e a comercialização da publicidade nelas inserta são de competência exclusiva da empresa exploradora do respectivo serviço de telecomunicações, que deverá contratá-las com terceiros, sendo obrigatória, em tal caso, a realização de licitação') era inconstitucional - tendo em vista a Carta de 1969 - na medida em que institui reserva de mercado para a comercialização das listas telefônicas em favor das empresas concessionárias. RE desprovido.”
(RE 158676, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/08/2007, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00025 EMENT VOL-02292-03 PP-00606)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O mesmo enfoque norteou a edição, no âmbito daquela C. Corte Máxima, da Súmula Vinculante nº 49, cujo teor espelha a seguinte assertiva: *“ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”*.

Não é demais frisar que, no âmbito do Município de São Paulo, o impacto ocasionado por esta “tecnologia disruptiva”, sem sombra de dúvida, exaltou o potencial do transporte individual remunerado em veículos particulares, incrementando as formas de mobilidade urbana até então existentes e criando concorrência ao tradicional transporte público individual, disso resultando, atualmente, maior preocupação dos profissionais atuantes nessa última modalidade em prestar o serviço com mais cortesia, eficiência e qualidade.

Recorrentes, aliás, anúncios de promoções (pontuais ou permanentes) aos usuários, ou ainda instituição de convênios, promovidos pelas empresas proprietárias dos aplicativos de táxis, associados ou não a outras empresas, como forma de maximizar a utilização do modal público em vista da atuação do mercado privado no ramo do transporte individual de passageiros. É, pois, exemplo do efeito concorrencial. Cita-se, também, a obrigatoriedade dos táxis aceitarem pagamento mediante cartões de débito e crédito.

Fato é que esta nova tecnologia concretizada em aplicativos – seja para o transporte privado individual, seja para os taxistas – tem aprimorado a forma de mobilidade urbana, principalmente daqueles que se utilizam do transporte individual com maior frequência.

Certo ainda que é diretriz da Política Nacional de

Mobilidade Urbana elaboração de políticas públicas que primem pela priorização dos transportes não motorizados sobre os motorizados, e dos serviços de transporte público coletivo sobre o individual motorizado (art. 6º, inciso II, da LPNMU), substituindo o particular a utilização de seu veículo próprio. Exemplo disso nos grandes centros a criação de ciclofaixas e ciclovias como instrumento de mudanças da mobilidade.

Todavia, no contexto inerente à complexidade das metrópoles, onde se expõe a dificuldade na implantação e aceitação social dessas políticas, tal como a deficiência do transporte público coletivo, forte o argumento de que no aprimoramento do transporte individual – seja pela inserção do modal privado, seja pela melhor qualificação do modal público – também se vislumbra reais benefícios para mobilidade urbana, como elencou o *amicus curiae* a fls. 805/806.

Não se olvida, vale obtemperar, inteligível oposição dos taxistas – repudiadas, evidentemente, reações exacerbadas e marcadas pela violência – diante do surgimento da inovadora exploração do transporte privado individual.

Afinal, cediço que boa parcela destes profissionais submete-se a atividade degradante ao exercer o labor de sol a sol, por horas a fio, como verdadeiros “prepostos”, auferindo retorno financeiro no mais das vezes acanhado, fruto de sistema regulamentador anacrônico⁵⁰ e fechado, onde fixa a quantidade de alvarás de estacionamento que sabidamente concentram-se nas mãos de poucos.

Nesse quesito, a já mencionada “Nota Técnica” da

⁵⁰ Atente-se que, no Município de São Paulo, a lei de regência é do ano de 1969.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Secretaria de Acompanhamento Econômico (fls. 808/838) também ressaltou a defasagem das regulamentações municipais do serviço de táxi, anotando, em decorrência disso, *“a insatisfação de usuários e de motoristas taxistas não detentores de licenças”*. Destacou, em seguida, que *“a introdução de um novo agente no mercado (no caso, o Uber) aumenta a pressão para que os taxistas melhorem a prestação dos seus serviços, assim como requer novas abordagens regulatórias por parte do poder público”* – consequências que se têm observado nesta urbe –, sugerindo, na sequência, medidas para melhoria do transporte público individual (fls. 835).

Entretanto, a insatisfação da categoria – que parece ter sido incorporada na lei impugnada – não se assenta em razões jurídicas plausíveis a aviltar o exercício de atividade econômica lícita, pautada essencialmente nos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

O transporte privado individual remunerado de passageiros por motoristas particulares cadastrados em aplicativos é, na hodierna exegese constitucional, realidade social de aspecto globalizado, conformada pelo ordenamento jurídico em vigor e incorporada na mobilidade urbana das cidades em que atua, parecendo retrógrada qualquer solução que vede seu legítimo exercício.

Por outro lado, não se nega que atualmente o âmbito de atuação do transporte privado individual transcende a direitos e interesses daqueles diretamente envolvidos na prestação do serviço (usuário, empresa dona do aplicativo e motorista).

Tratando-se de atividade espalhada em diversas cidades,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inclusive grandes capitais, e de acesso público⁵¹, sua exploração faz emergir interesses que podem legitimar atuação regulatória por parte dos Poderes Públicos, num paralelo à norma do artigo 12 da LPNMU, objetivando conferir, por exemplo, maior transparência de informação, segurança de usuários e motoristas, bem como apurada qualificação do serviço.

Como já destacado, a ingerência do Poder Público na regulamentação da atividade privada deve pautar-se por valores constitucionais relevantes, fundados no interesse coletivo envolvido, materializando atuação do poder de polícia administrativa.

Regulamentar, todavia, pode traduzir mitigação legítima na liberdade econômica em maior ou menor grau, sopesando-se os valores envolvidos, o que não se alinha juridicamente ao comando puramente proibitivo enunciado na lei atacada, que revela tendência misoneísta e protetora de interesses classistas.

Prova disso foi exaltada em palestra proferida pela eminente Ministra Fátima Nancy Andrighi, transcrita nos autos (fls. 122/142), ao destacar, num tom crítico, trechos das "*curiosas justificativas*" apresentadas aos projetos de leis⁵² que obstam aludida atividade privada em urbes diversas (fls. 125/126).

O Município de São Paulo recentemente incorporou, em sua política de mobilidade urbana, o transporte privado individual remunerado de passageiros por motoristas particulares cadastrados

⁵¹ A expressão "de acesso público", na acepção utilizada, deve ser entendida na noção de "disponibilizada no mercado de consumo", mas restrita aos usuários previamente cadastrados no aplicativo; diversamente, a expressão "aberto ao público" é inerente aos serviços públicos e traz ideia de máxima amplitude na abrangência do serviço.

⁵² Justificativas similares parecem encampar os Projetos de Lei Estadual nº 439/2015 e 1090/2015, ainda em trâmite na Assembleia Legislativa Paulista.

em aplicativos, o que se consubstanciou no Decreto Municipal nº 56.981, de 10 de maio de 2016 (fls. 753/773), que *“dispõe sobre o uso intensivo do viário urbano municipal para exploração da atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros, o serviço de carona solidária e o compartilhamento de veículos sem condutor”* – grifou-se. O ato, cujo teor não comporta exame nesta sede, reconheceu expressamente a natureza privada da atividade.

Acostou o Sr. Prefeito Municipal, na sequência, documentos comprovando pedido e credenciamento de algumas empresas atuantes no mercado (“Cabify”, “Easy Táxi” e, posteriormente, “Uber” – fls. 852/853, 857/858), externando postura que convalida o exercício da atividade no âmbito local. Ademais, há notícias⁵³ de que, atualmente, conhecidos aplicativos⁵⁴ originalmente voltados ao transporte público individual (táxi) passaram a oferecer também o serviço de transporte privado individual, revelando outra nítida consequência do efeito concorrencial.

Portanto, condensando as conclusões previamente alcançadas neste tópico, todas conducentes à sustentação de que o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas particulares cadastrados em aplicativos ostenta natureza jurídica de atividade privada sujeita à livre iniciativa, a direta e incisiva proibição legal de exercício, instituída no ato normativo impugnado, não externa fundamento jurídico-constitucional relevante a obstar, num juízo de “sopesamento” ou proporcionalidade, o âmbito de eficácia dos valores elementares que guiam a ordem econômica incorporada no Estado Brasileiro.

⁵³ Confira-se: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/07/aplicativo-de-taxi-vai-oferecer-servico-similar-ao-uber-partir-de-segunda.html> e <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,aplicativo-99-comeca-cadastro-de-motoristas-do-tipo-uber,10000066200>

⁵⁴ O aplicativo “Easy Taxi” passou a oferecer a modalidade “Easy Go”, enquanto a “99 Táxis” o serviço “99Pop”, que constituem serviços de transporte prestados por motoristas particulares.

Ao contrário, as razões aqui expostas demonstram que o novo modal da atividade é conformado pelo sistema jurídico vigente de transporte e contribui, de maneira concreta, mediante estímulos de reais melhorias na mobilidade urbana das cidades, ao desenvolvimento social e bem-estar dos cidadãos, promovendo também, *ultima ratio*, o direito fundamental de locomoção. A vedação somatizada em lei afigura-se, portanto, irrazoável.

A propósito, o dissertar sobre o princípio da razoabilidade, Humberto Ávila⁵⁵ enaltece sua importância no processo de inovação do mundo jurídico e de vinculação à realidade em passagem que, *mutatis mutandi*, amolda-se ao caso em exame:

“a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. (...) Citando exemplo prático, enfrentado pelo STF na ADI nº 1.158-8-AM, rel. Min. Celso de Mello, j. em 19.12.1994, acrescentou: “Uma lei estadual instituiu adicional de férias de um terço para os inativos. Levada a questão a julgamento, considerou-se indevido o referido adicional, por traduzir uma vantagem destituída de causa e do necessário coeficiente de razoabilidade, na medida em que só deve ter adicional de férias quem tem férias. Como consequência disso, a instituição do adicional foi anulada, em razão de violar o devido processo legal, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. (...)”

Nesses casos o legislador elege uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal. Ao fazê-lo, viola a exigência de

⁵⁵ In “Teoria dos Princípios”, 12ª edição, Malheiros, págs. 164, 167/168.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

vinculação à realidade. A interpretação das normas exige o confronto com parâmetros externos a elas. Daí se falar em dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas (Natur der Sache). Os princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) impedem a utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais utilizados. Desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal”.

Nesta mesma linha o posicionamento do C. Supremo Tribunal Federal, consoante se afere em trecho de ementa de outro julgado:

“TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE. - As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do 'substantive due process of law'. Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS. - A exigência de razoabilidade - que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas - atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO. - A teoria do

desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar.” (ADI 2667 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2002, DJ 12-03-2004 PP-00036 EMENT VOL-02143-02 PP-00275).

In casu, razoabilidade haveria na proibição legal de atividade econômica em sentido estrito (o transporte privado individual remunerado de passageiros), sujeita ao princípio da livre iniciativa, que, além de inserida na Política Nacional de Mobilidade Urbana, pode contribuir com o desenvolvimento urbano e social das cidades (art. 182, CR)? Conclui-se, obviamente, ser negativa a resposta.

Não bastasse, também sob o especial aspecto da proporcionalidade, entende-se que o ato normativo, na análise da relação de causalidade entre meio e fim, deve guardar adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Como enfatiza Humberto Ávila⁵⁶:

“O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que

⁵⁶ *Op. Cit.*, pág. 171.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim”.

A hipótese *sub examine* claramente revela, ao menos, além da inadequação do meio (proibição de atividade lícita por lei municipal) por contrariar o ordenamento superior, absoluta ausência de proporcionalidade em sentido estrito, eis que aludida vedação inegavelmente traduz mais prejuízos do que vantagens à mobilidade urbana das cidades.

IV – CONCLUSÃO

O raciocínio aqui desenvolvido parte da premissa de que o direito de transporte, de conteúdo essencial, é umbilicalmente ligado à liberdade fundamental de locomoção (art. 5º, inciso XV, CR).

A atividade econômica materializada no serviço de transporte individual remunerado por motoristas particulares cadastrados em aplicativos ostenta natureza jurídica privada, à luz do ordenamento jurídico em vigor, e insere-se naquelas reservadas à livre iniciativa, elemento fundante da ordem econômica nacional (artigos 1º, inciso IV e 170, CR).

Uma interpretação constitucional atual, orientada pelos princípios que regem esta mesma ordem econômica, revela que a proibição normativa instituída na lei municipal impugnada contraria preponderantemente o livre exercício de qualquer atividade econômica, a livre concorrência e o direito de escolha do consumidor,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

corolários da livre iniciativa (art. 170, incisos IV, V e parágrafo único), mitigando o espectro de incidência desses valores.

Inexistem fundadas razões jurídico-constitucionais, num exame de proporcionalidade, a justificar e legitimar incisiva atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito, tolhendo seu exercício da iniciativa privada.

Com base nestas assertivas, reputo presentes seguros fundamentos para solucionar a indagação que anteriormente lancei: "Pode Lei Municipal proibir o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas particulares, intermediado por aplicativos?". A resposta, coerentemente, há de ser negativa, por ofensa aos artigos 144 e 275 da Constituição Estadual.

Por fim, *concessa maxima venia*, pretensão da Municipalidade pela declaração de constitucionalidade com adoção de "interpretação conforme" – para que seja abrangido pela proibição legal apenas o transporte clandestino de passageiros, isto é, sem o cadastro municipal regulamentado – não comporta acolhida.

Como técnica de decisão aplicável ao controle constitucional de leis objetivando preservação do ato normativo impugnado no mundo jurídico, em prestígio à presunção de constitucionalidade das leis, tem cabimento restrito às hipóteses singulares em que a norma examinada apresentar vários significados (conteúdo polissêmico), uns compatíveis com a Constituição e outros não.

A propósito, enfatiza Alexandre de Moraes⁵⁷ que *“não terá cabimento a interpretação conforme a Constituição quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a Constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como legislador positivo, de forma a criar um novo texto legal. Nessas hipóteses, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a Constituição”*.

É dizer, a interpretação conforme não pode configurar violência à expressão literal da redação normativa, tampouco alterar seu significado e conteúdo, com mudança radical da concepção original empregada pelo próprio legislador. Admitir, como quer a Municipalidade, que a proibição alcançaria apenas o transporte particular individual clandestino, parece contrariar regra elementar. A clandestinidade de qualquer atividade não depende de lei proibitiva específica para ser reconhecida.

A inconstitucionalidade aqui afirmada não aplaude o exercício do transporte clandestino sob qualquer ótica. De solar evidência, como já registrado, que a regulamentação é ato próprio do Município, que pode e deve impor regras a qualquer atividade lícita.

In casu, entendo que a técnica da interpretação conforme mostra-se inaplicável, dado o sentido direto, objetivo e irrestrito da norma proibitiva encampada na lei impugnada, revelando intangível caráter unívoco. Pragmática redação do artigo 1º não parece incorporar conteúdo plurissignificativo, a possibilitar interpretações diversas, diante de sua literal

⁵⁷ Direito Constitucional, 2016, pág. 1190.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

assertividade exprimindo comando proibitivo direcionado à atividade de transporte individual remunerado de passageiros por meio de aplicativos.

Nesse contexto, a meu ver, adotar o posicionamento da Prefeitura Municipal, além de se distanciar do sentido literal da lei em voga, implicaria na atuação do C. Órgão Especial como legislador positivo, desvirtuando a vontade primária do legislativo municipal.

Ante o exposto, julgo procedente a pretensão para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 16.279, de 08 de outubro de 2015, do Município de São Paulo/SP.

Des. FRANCISCO CASCONI

Relator

Assinatura Eletrônica



Voto nº 29.318

Direta de Inconstitucionalidade nº 2216901-06.2015.8.26.0000

Comarca: São Paulo

Autor: Confederação Nacional de Serviços Cns

Réus: Prefeito do Município de São Paulo e Câmara Municipal de São Paulo

Interessado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

Com a devida vênia à divergência, meu voto acompanha o entendimento do eminente Relator.

Com efeito, a meu aviso, não é caso de se dar ao texto de lei interpretação conforme a Constituição. É que esta técnica de interpretação existe quando determinada disposição de lei oferece diferentes possibilidades de interpretação, algumas delas compatíveis com o texto constitucional. Assim, excluem-se do texto legal as interpretações que, por incompatíveis com a Constituição, o maculam de inconstitucionalidade.

É certo afirmar que na interpretação conforme a Constituição há um *favor legis*, vale dizer, presume-se a intenção do legislador em colocar no mundo jurídico norma que se compatibilize com a Constituição, não se podendo, entretanto, atentar contra a expressão literal do texto, alterando seu significado e a concepção original do legislador.

Consoante trabalho publicado na revista

eletrônica www.senado.leg.br⁵⁸:

“Ocorre que a interpretação da lei em conformidade com a Constituição tem lugar não somente quando em jogo uma declaração de inconstitucionalidade. Como afirma Rui Medeiros (1999, p. 290), “[...] o recurso à interpretação conforme à Constituição também se justifica nos casos em que nenhuma das interpretações possíveis da lei conduz à sua inconstitucionalidade.

Fala-se, por vezes, a este propósito, em *interpretação orientada para a Constituição*. [...]”

É que, da polissemia do texto legal, podem resultar uma norma constitucional e outra *mais constitucional*. Noutro dizer, o intérprete do Direito pode estar diante de normas igualmente constitucionais, cabendo-lhe aplicar aquela que, no caso concreto, realiza em maior grau a Constituição. Ademais, não só o Poder Judiciário interpreta as leis e a Constituição. O administrador público, para desempenhar sua tarefa, procede à interpretação das normas

⁵⁸ RIBEIRO, Julio de Melo. “*Interpretação conforme à Constituição. A Lei fundamental como vetor hermenêutico*” in <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194954/000881712.pdf?sequence=3>



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

jurídicas, sendo necessário que o faça em conformidade com a Lei Maior. Também os particulares interpretam a lei para cumpri-la. E é salutar que, em caso de dúvida, sigam uma interpretação da lei conforme à Constituição. Como afirma Jorge Miranda (2003, p. 42), “todo o tribunal e, em geral, todo o operador jurídico fazem interpretação conforme à Constituição. Quer dizer: acolhem, entre vários sentidos *a priori* configuráveis da norma infraconstitucional, aquele que lhe seja conforme ou mais conforme [...]”. Daí concluir que a interpretação conforme à Constituição, em que pese o respeitável entendimento em contrário, não configura uma técnica de decisão no controle de constitucionalidade, embora com ela se assemelhe, principalmente quando utilizada num processo de controle abstrato de normas.

(...)Os limites da interpretação conforme à Constituição não diferem, substancialmente, daqueles com que se defronta a interpretação jurídica em geral. A grande questão continua sendo a de precisar os espaços de atuação do legislador e do intérprete.

Até que ponto o intérprete pode avançar em sua construção hermenêutica sem se transformar



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

em legislador?

Como já se destacou acima, toda lei demanda interpretação, não se confundindo o texto com a norma. Conforme já se assentou linhas atrás, o intérprete participa criativamente do processo de aplicação do Direito.

Isso não faz dele (intérprete), no entanto, um legislador. Há duas importantes balizas a serem conjugadamente observadas: a) o texto da lei; b) a vontade do legislador. A Corte Constitucional alemã, em decisão de 11 de junho de 1958, já identificava como limites evidentes da interpretação conforme à Constituição o sentido claro do texto e o fim contemplado pelo legislador (BONAVIDES, 2007, p. 522).(...) Nas lições de Canotilho (2003, p. 1227), “[...] a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (=espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas [...].”

Foi o que também sufragou o Supremo Tribunal Federal na ADI 1.344-MC, ao assentar, no caso, a “impossibilidade de se dar interpretação conforme à Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma

que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco [...].” (BRASIL, 1996)

Por fim, não cabe ao intérprete forçar uma polissemia que não tenha referência, pelo menos mediata, no texto da lei (princípio da exclusão da interpretação conforme à Constituição *contra legem*) (CANOTILHO, 2003, p. 1227). É como ensina Konrad Hesse (1992, p. 49): “[...] Para una interpretación constitucional que parte de la primacía del texto constituye este último el límite infranqueable de su actuación. Las posibilidades de comprensión del texto delimitam el campo de sus posibilidades tópicas. [...]”

Tão equivocada quanto conferir à lei (e ao legislador) uma aura de sacralidade é defender a figura do juiz soberano. O outro limite da interpretação conforme à Constituição é a vontade do legislador.

Não basta que a letra da lei permita várias interpretações. É mister que não se deturpe a finalidade claramente reconhecível da norma. No dizer de Canotilho (2003, p. 1227),

“[...] a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador.". (g.n.)

No caso presente, a meu aviso, não se pode alargar a interpretação da norma objurgada para o entendimento de que 'a proibição do "transporte renumerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré estabelecidos' somente deve prevalecer enquanto não houver a pertinente regulamentação da atividade, com a consequente organização e fiscalização por parte do Poder Público", consoante se dispôs no voto divergente da lavra do e. Desembargador Paulo Dimas Mascaretti.

A Lei nº 16.279, de 08 de outubro de 2015, do

Município de São Paulo, contém proibição clara⁵⁹ ao uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de São Paulo e não estabelece condições para a proibição. Observe-se que o texto da lei é claro também em não permitir associação entre empresas administradoras do aplicativo e estabelecimento comerciais para o transporte remunerado de passageiros “em veículos que não atendam às exigências

59

Art. 1º **Fica proibido** no âmbito da Cidade de São Paulo o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos.

Art. 2º Para efeitos desta lei, **fica também proibida** a associação entre empresas administradoras desses aplicativos e estabelecimentos comerciais para o transporte remunerado de passageiros em veículos que não atendam às exigências da Lei nº 7.329, de 11 de julho de 1969, que estabelece normas para execução do serviço na Cidade de São Paulo.

Art. 3º A infração ao disposto nesta lei acarretará ao condutor e aos estabelecimentos multa no valor de R\$ 1.700,00 (mil e setecentos reais), apreensão de veículo e demais sanções cabíveis. Parágrafo único. O valor da multa de que trata o “caput” deste artigo será atualizado anualmente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Art.

4º O Poder Executivo deverá promover estudos para o aprimoramento da legislação de transporte individual de passageiros e a compatibilização de novos serviços e tecnologias com o modelo previsto na Lei nº 7.329, de 11 de julho de 1969.

Art. 5º A Lei nº 7.329, de 11 de julho de 1969, com modificações posteriores, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 39-A. Deverá ser disponibilizada aos usuários ferramenta para avaliação do condutor, do veículo e da qualidade geral do serviço prestado.” (NR) ...”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da Lei nº 7.329, de 11 de julho de 1969”, vale dizer, o transporte remunerado de passageiros, no Município de São Paulo, consoante a interpretação que se dá ao texto da norma guerreada por esta via, somente se pode dar em veículos de aluguel taxímetro, com observância das regras ali estabelecidas.

Outra interpretação não há.

Por esta razão, acompanho o eminente Desembargador Relator e voto pela procedência da ação.

XAVIER DE AQUINO
DESEMBARGADOR DECANO



Voto nº 22.712

Direta de Inconstitucionalidade nº 2216901-06.2015.8.26.0000

Comarca: São Paulo

Autor: Confederação Nacional de Serviços Cns

Réus: Prefeito do Município de São Paulo e Câmara Municipal de São Paulo

Interessado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO EM PARTE

O meu voto também rejeita as preliminares arguidas, porém, *data venia* do entendimento do eminente desembargador relator, no mérito, julga a ação procedente em parte.

A presente ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada em face da Lei nº 16.279, de 8 de outubro de 2015, do Município de São Paulo, que dispõe, *in verbis*:

“Art. 1º Fica proibido no âmbito da Cidade de São Paulo o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos.

Art. 2º Para efeitos dessa Lei, fica também proibida a associação entre empresas administradoras desses aplicativos e estabelecimentos comerciais para o transporte remunerado de passageiros em veículos que não atendam as exigências da Lei nº 7.329, de 11 de julho de 1969, que estabelece normas para execução do serviço na cidade de São Paulo.

Art. 3º A infração ao disposto nesta lei, acarretará ao condutor e aos estabelecimentos multa no valor de R\$ 1.700,00 (mil e setecentos reais), apreensão de veículo e demais sanções cabíveis.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Parágrafo único. O valor da multa de que trata o 'caput' deste artigo será atualizado anualmente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Art. 4º O Poder Executivo deverá promover estudos para o aprimoramento da legislação de transporte individual de passageiros e a compatibilização de novos serviços e tecnologias com o modelo previsto na Lei nº 7.329, de 11 de julho de 1969.

Art. 5º A Lei nº 7.329, de 11 de julho de 1969, com modificações posteriores, passa a vigorar com as seguintes alterações:

'Art. 39-A. Deverá ser disponibilizada aos usuários ferramenta para avaliação do condutor, do veículo e da qualidade geral do serviço prestado.' (NR)

'Art. 41.

§ 1º As penas de advertência e suspensão implicarão obrigatoriamente em anotação desabonadora, que deverá constar do prontuário do condutor.

§ 2º Os resultados das avaliações dos usuários previstas no art. 39-A desta lei ensejarão a aplicação das penalidades estabelecidas no 'caput' deste artigo, nos termos do regulamento.' (NR)

Art. 6º As despesas com a execução desta lei correrão à conta das dotações próprias do Orçamento, suplementadas se necessário.

Art. 7º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário”.

Alega o autor, em síntese, que: a legislação municipal atacada é incompatível com os artigos 144 e 275 da Constituição do Estado de São Paulo, pois afronta os princípios da livre iniciativa e da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

liberdade de trabalho, invade competência privativa da União para legislar sobre transporte e informática e restringe a liberdade de escolha do consumidor; além disso, ignora a clara distinção trazida pela Lei Federal nº 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, entre as modalidades de transporte individual público e privado de passageiros, conferindo aos taxistas indevido monopólio nessa área; com isso, impossibilita a atuação de pessoas jurídicas desenvolvedoras de soluções tecnológicas que facilitam o contato entre os profissionais que exercem tal transporte e o consumidor, fazendo opção legislativa incompatível com o Marco Civil da Internet (Lei Federal nº 12.695/2014), além de violar o princípio da liberdade de iniciativa, consagrado nos artigos 1º, inciso IV, e 170 da Constituição Federal, de observância obrigatória pelos municípios, consoante estabelece o artigo 144 da Constituição Estadual; os dispositivos da lei municipal questionada nos autos proíbem que motoristas profissionais não taxistas atuem no transporte individual remunerado de pessoas em veículos particulares por meio da disponibilização de serviços tecnológicos de aproximação motorista/usuário, em clara violação à liberdade de trabalho; ademais, tratam de matéria relativa a Direito Civil, Transporte e Informática, afeta competência legislativa privativa da União, na forma do artigo 22, inciso I, IV e XI, da Constituição Federal; não bastasse, o ato normativo impugnado ofende o artigo 275 da Carta Paulista, haja vista que, ao proibir o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos, restringe a liberdade de escolha do consumidor, que deveria ser assegurado pelo Estado, por força da regra do artigo 6º, incisos II e X, da Lei Federal nº 8.078/90, e também dos artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, da Constituição Federal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pois bem.

Cumpre, de início, afastar a alegação de invasão de competência legislativa da União.

A Constituição Federal de 1988 ampliou a autonomia dos entes municipais nos aspectos político, administrativo, financeiro e legislativo, outorgando-lhes o poder de se auto-organizarem, conferindo-lhes, à evidência, especial direito à edição das normas locais pertinentes ao exercício dessa independência e necessárias à ação governamental.

É certo, no entanto, que o artigo 144 da Carta Paulista, praticamente repetindo os termos do artigo 29 da Constituição da República, dispõe textualmente que:

“Art. 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”.

Bem de ver, então, que a competência outorgada aos entes municipais para editarem leis e normas não é irrestrita, estando os limites e contornos dessa legislação previamente definidos nos preceitos e princípios estabelecidos na Carta Magna e na Constituição do respectivo Estado-membro.

Neste sentido, já deixou assentado este Colendo Órgão Especial que: “Não obstante a autonomia conferida aos Municípios (art. 30, da CF e 144, da CE), sua atuação legislativa não pode ser desarmônica e diametralmente contrária às leis maiores” (v. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9055459-53.2008.8.26.0000, relator Desembargador JOSÉ ROBERTO BEDRAN, j. 7/10/2009).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A partir daí, tem relevo que um dos pilares de sustentação do princípio federativo repousa na repartição de competências normativas entre os entes estatais expressamente enumeradas na Constituição Federal, divisão essa que, à evidência, deve ser observada pelos Municípios, a quem a Carta Magna, em última análise, reservou aptidão apenas para a edição de leis que envolvam assuntos de interesse eminentemente local.

A propósito, realça Alexandre de Moraes que:

“O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da **predominância do interesse** (...) e aos municípios concernem os assuntos de interesse local. (...) Apesar de difícil conceituação, interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois como afirmado por Fernanda Dias Menezes, 'é inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional'. Dessa forma, salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante (princípio da predominância do interesse)” (v. “Direito Constitucional”, 27ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2011, pp. 314 e 328/329).

Forçoso reconhecer, entretanto, que a Lei nº 16.279, de 8 de outubro de 2015, do Município de São Paulo, em nenhum

momento tratou de matéria relativa direito civil, informática ou transporte, cuja competência legislativa a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 22, incisos I, IV e XI⁶⁰, atribuiu privativamente à União.

Novamente, destaca Alexandre de Moraes que:

“O art. 30, II, da Constituição Federal preceitua caber ao município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não ocorria na Constituição anterior, podendo o município suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não podendo contraditá-las, inclusive nas matérias previstas no art. 24 da Constituição de 1988.

Assim, a Constituição Federal prevê a chamada competência suplementar dos municípios, consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: interesse local” (v. “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, 5ª edição, São Paulo, Atlas, 2005, p. 765).

No caso vertente, da leitura de seus termos, é possível inferir que a legislação municipal impugnada nos autos cuidou apenas de regular tema de inequívoco interesse local, atinente ao serviço de transporte urbano remunerado de passageiros, nos exatos limites das atribuições conferidas aos municípios pelo artigo 30, incisos I e II, da Carta

⁶⁰ “Artigo 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

(...)

IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

(...)

XI – trânsito e transporte”

Federal⁶¹, não se podendo falar em invasão de competência de outros entes federados.

Bem de ver que o trânsito e o tráfego são daquelas matérias que admitem mesmo a tríplice regulamentação, vale dizer, federal, estadual e municipal. À União cabe legislar sobre os assuntos nacionais, ao Estado-membro prover os aspectos regionais e a circulação intermunicipal no seu território e ao Município a ordenação do trânsito urbano (v. “Direito Municipal Brasileiro”, de Hely Lopes Meirelles, 3ª edição, RT, p. 499).

Ademais, e com maior destaque, importa notar que a União, no âmbito de sua competência prevista no artigo 22, inciso IX, da Constituição Federal⁶², editou a Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que estabeleceu diretrizes sobre a política nacional de transportes e mobilidade urbana, atribuindo privativamente aos entes públicos municipais o poder de organizar, disciplinar e fiscalizar a prestação dos serviços de transporte individual de passageiros (v. artigo 12).

Não há dúvida, destarte, que a legislação atacada na presente ação foi editada pelo Município de São Paulo nos exatos limites de sua competência, sem qualquer excesso.

Resta, então, verificar se o conteúdo normativo da lei municipal em questão representa violação a regra ou princípio constitucional.

Na realização do controle concentrado de

⁶¹ “Artigo 30 – Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”

⁶² “Artigo 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

IX – diretrizes da política nacional de transportes”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

constitucionalidade o órgão julgador deve partir do pressuposto de que a norma atacada é válida, presumindo haver sido elaborada segundo as diretrizes previstas na Ordem Constitucional; ou seja, deve-se buscar o máximo aproveitamento dos atos normativos, ficando a decisão pela retirada do ordenamento jurídico restrita à hipótese de flagrante incompatibilidade com o parâmetro constitucional, federal ou estadual.

O princípio da presunção de constitucionalidade das leis não significa apenas que estas são consideradas válidas até declaração em contrário, mas também que o juízo de compatibilidade com a norma fundamental deve ser realizado de forma parcimoniosa, mormente porque, em última instância, afeta deliberação independente de outro Poder.

A propósito, adverte Carlos Maximiliano, na justa medida:

“Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão 'acima de toda dúvida' razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade” (v. “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, 11ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1990, pág. 307).

No caso vertente, não se vislumbra a plausibilidade na argumentação de inconstitucionalidade da legislação municipal atacada nos autos, bastando que se busque descobrir o real sentido da norma.

A Lei Municipal nº 16.279, de 8 de outubro



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de 2015, foi editada em meio a forte clamor social, ante as inúmeras manifestações realizadas pela classe dos taxistas, com atos violentos contra o patrimônio público e especialmente em face de motoristas que realizavam o transporte particular remunerado de passageiros.

Teve, em um primeiro momento, a finalidade maior de pacificar o conflito que se instalava, impedindo a disseminação dessa nova modalidade de transporte individual, prestada por motoristas particulares cadastrados em aplicativos, até então sem qualquer intervenção do poder público, que se comprometeu a oportunamente providenciar a organização e fiscalização desse serviço.

Como se vê, diante do contexto social em que se situou a lei em comento, não se extrai de seus termos o sentido unívoco da proibição pura e simples da prestação do serviço de transporte individual remunerado de passageiros por motoristas particulares reunidos por meio de aplicativos.

Na verdade, a solução interpretativa que se busca aqui se encontra no próprio artigo 4º da Lei Municipal nº 16.279/2015, que estabelece:

“Artigo 4º - O Poder Executivo deverá promover estudos para o aprimoramento da legislação de transporte individual de passageiros e a compatibilização de novos serviços e tecnologias com o modelo previsto na Lei nº 7.239, de 11 de julho de 1969”.

Ora, tal disposição prevê expressamente a “compatibilização de novos serviços e tecnologias com o modelo previsto na Lei nº 7.239, de 11 de julho de 1969”, legislação esta que disciplinou o serviço de transporte de passageiros por táxis; ou seja, a própria norma prevê a coexistência de dois sistemas distintos, lícitos e regulamentados de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

transporte individual remunerado de passageiros, um realizado por taxistas e outro por motoristas particulares por meio de aplicativos.

Então, a proibição posta no artigo 1º da Lei Municipal nº 16.279/2015 não diz respeito ao completo afastamento dessa nova modalidade de transporte, mas tão somente ao impedimento de que seja realizada de forma “clandestina”, sem a organização, disciplina e fiscalização pelo poder público municipal, a quem cabe definir os parâmetros nos quais poderá ser prestado o serviço.

Aliás, a Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, definiu em seus artigos 12 e 18, precisamente, que:

“Artigo 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”

(...)

“Artigo 18 – São atribuições dos Municípios:

I – planejar, executar e avaliar a política de mobilidade urbana, bem como promover a regulamentação dos serviços de transporte urbano”.

Destarte, cabia mesmo ao Município disciplinar essa nova atividade de transporte de passageiros, inclusive condicionando seu exercício à prévia regulamentação e autorização estatal; assim, a disposição do artigo 1º da Lei Municipal nº 16.279/2015 deve ser entendida no sentido de que, apenas enquanto não sobrevier a adequada disciplina acerca da matéria, a prestação desse serviço é mesmo proibida,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

até em prestígio da segurança do usuário do sistema.

E tal vedação não importa no alardeado impedimento à livre iniciativa e ao trabalho, haja vista que a atividade sob exame pode ser livremente exercida, exceto de forma clandestina, ou seja, à margem da autorização e fiscalização do ente estatal.

O exercício da atividade econômica é livre, mas só pode ser considerada lícita, regular, após devidamente regulamentada e disciplinada, submetida à fiscalização do poder municipal competente.

Prescinde de maiores considerações o fato de que não se pode admitir a prestação desse serviço de transporte particular de passageiros remunerado de forma indiscriminada, sem uma supervisão e um acompanhamento regular das autoridades municipais, o que possibilitaria a inserção nesse sistema de motoristas despreparados e veículos sem os requisitos mínimos de segurança, desprovidos de equipamentos obrigatórios, colocando em risco a integridade física e a vida não só dos usuários, mas também dos pedestres e de todos aqueles que transitam pelas vias públicas.

É fato notório as inúmeras apreensões de veículos (vans) que realizavam o transporte remunerado clandestino de passageiros levadas a efeito pelos órgãos municipais e estaduais há algum tempo, em atuação firme do Executivo que encontrou pleno respaldo nas decisões desta Corte, v.g.:

“MANDADO DE SEGURANÇA – TRÂNSITO – Apreensão de veículo utilizado para transporte clandestino de passageiro – Legalidade do ato administrativo – Penalidade prevista na legislação local aplicável à espécie – Competência do Município para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

disciplinar a questão (art. 30, incisos I e V, da CF/88) – Cabível a exigência de todas as taxas e despesas de remoção como condição para a liberação do veículo, excetuando-se a multa aplicada, para a qual existem meios próprios de cobrança – Precedentes – Segurança concedida na 1ª Instância – Sentença reformada – Reexame necessário provido em parte” (v. apelação cível nº 0003685-76.2014.8.26.0405, relator Desembargador LEME DE CAMPOS, j. 14/03/2016);

“Transporte coletivo de passageiros. Ação de rito ordinário movida por proprietário de veículo apreendido em decorrência de transporte irregular de passageiros, objetivando sua liberação independentemente do prévio recolhimento de multa e de despesas com remoção e estadia. Apreensão que não se reveste de ilegalidade, estando prevista em diploma municipal, que se afigura conforme ao permissivo do art. 30, V, da CF. Condicionamento ao recolhimento prévio da multa que, no entanto, não se justifica. Recurso improvido” (v. apelação cível nº 0936259-86.2012.8.26.0506, relator Desembargador AROLDO VIOTTI, j. 17/11/2015);

“MANDADO DE SEGURANÇA - Transporte irregular de passageiros - Falta de permissão - Aplicação de multa e apreensão - Possibilidade - Lei Municipal nº 13.775/2010 - Exercício do poder de polícia - Ausência de cadastro junto ao Poder Público Municipal - Lei Municipal nº 11.263/2002 - Legalidade da autuação pelo Município - Precedentes - Segurança denegada - Recurso não provido” (v. apelação cível nº 4001864-03.2013.8.26.0114, relator Desembargador REINALDO MILUZZI, j. 16/03/2015).

Nitidamente, a imposição de limites e parâmetros por parte da Administração Municipal para autorizar o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

exercício de determinada atividade econômica ou da “livre iniciativa” não representa a negativa ao direito constitucionalmente garantido, mas mera projeção do poder de polícia, máxime porque qualquer atividade econômica de interesse coletivo está sujeita à regulamentação estatal, em prestígio da proteção de seu destinatário.

Por sinal, vale lembrar aqui que a atividade do taxista também está sujeita ao preenchimento de inúmeros requisitos por parte do interessado em realizá-la, v.g., a obtenção de carteira especial, submissão a treinamento específico e vistoria veicular periódica, dentre outros, sem que se tenha alegado a qualquer tempo a inconstitucionalidade de tais limitações.

Irrelevante, destarte, a classificação que se pretenda dar ao serviço de transporte prestado por motoristas particulares inscritos em aplicativos, porquanto estes não poderão exercer a atividade livremente, sem que sobrevenha a pertinente regulamentação pelo poder público.

Aliás, neste sentido, o artigo 15 do Decreto Municipal nº 56.489/2015, que disciplinou a criação da categoria dos “táxis pretos”, estabeleceu, *in verbis*:

“Art. 15. O Poder Executivo Municipal constituirá grupo de estudo para:

(...)

II - propor regulação de novos serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros compreendidos no artigo 12 da Lei Federal nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, nos termos do artigo 4º da Lei nº 16.279, de 8 de outubro de 2015”.

E, em momento subsequente, foi editado o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decreto nº 56.981, de 10 de maio de 2016, que disciplinou “o uso intensivo do viário urbano municipal para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública, o serviço de carona solidária e o compartilhamento de veículos sem condutor”; ou seja, o Município expressamente admitiu a realização do “transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos” em seu sistema viário, impondo alguns parâmetros iniciais para que fosse exercido, todavia, a mera providência do Executivo Municipal tendente a disciplinar tal atividade, por si só, já afasta a alegação posta na exordial de que teria sido proibida com a edição da legislação atacada nos autos.

Em ação movida por taxistas em face da Municipalidade de São Paulo e da empresa Uber do Brasil Tecnologia Ltda., questionando a forma e o conteúdo do aludido Decreto Municipal nº 56.981/2016, o Juízo da Décima Vara da Fazenda Pública desta Comarca da Capital, há pouco, concedeu parcialmente tutela provisória de urgência ali requerida, assentando, justamente, que:

“O surgimento de aplicações tecnológicas permitiu que se criassem plataformas de novos serviços para antigas ou novas atividades, com importantes reflexos em vários segmentos, como, por exemplo, em livrarias, hotéis, e também nos transportes de passageiros e de cargas. Não há dúvida que essas plataformas tecnológicas caracterizam-se por serem um novo serviço que surge disputando espaço em um mercado que já existe, e como todo empreendimento, buscam prevalecer no mercado em que atuam e como atuam como plataformas tecnológicas, os novos serviços surgem gerando menos custos, o que lhes permitem um preço melhor e uma clientela que logo conquistam, no que a qualidade dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

serviços que realizam também é fato primordial. Por óbvio, aqueles que atuavam no mercado sofrem os efeitos da concorrência com os serviços que surgem com as novas plataformas tecnológicas, em um regime de concorrência que é de ser incentivado pelo Estado, como se dá em nosso País, cuja constituição assegura a livre concorrência (artigo 170, inciso IV). Mas ao se tratar da livre concorrência, é necessário proceder-se a uma importante distinção entre atividades que são reguladas apenas pelo mercado, daquelas atividades que são reguladas pelo Estado, ao qual cabe, pois, disciplinar e regular a forma como esses serviços devam ser realizados, buscando implantar um regime que observe a igualdade de condições entre todos aqueles que queiram realizar o serviço, bem assim quando o realizam. Tratando-se, pois, de uma atividade sob regulação estatal, a livre concorrência deve ser prestigiada, mas ao Estado impõe-se o dever de regular a forma como ela deva ocorrer, exigindo-se-lhe faça observar sempre um regime de igualdade de condições como um aspecto prevaiente, o que é exigência direta do princípio da igualdade real de condições. Destarte, diversamente do que se dá em atividades não reguladas pelo Estado, naquelas atividades reguladas a livre concorrência deve coexistir com o regime da igualdade de condições, o que equivale a dizer que são dois princípios que devem andar juntos. Assim, tratando-se de um mesmo tipo de serviço que tenha autorizado, o Poder Público não pode estabelecer condições diversas de tratamento, seja quanto a exigências para essa autorização, seja também para o exercício em si das atividades, porque sobre considerar a questão da livre concorrência, deve o Estado observar rigorosamente o princípio da igualdade, não exigindo de um o que não exige de outro, quando as condições forem as mesmas. Esse aspecto de que as condições sejam as mesmas é aquele de maior relevo quando se analisam as novas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

plataformas tecnológicas, quando aplicadas a serviços regulados pelo Estado. Como são novas plataformas, exercendo serviços que, executados sob uma nova forma, podem ser caracterizados como um novo serviço, a regulação legal que existe normalmente não se pode aplicar, por falta de parâmetros de regulação, criando-se uma situação desafiadora tanto ao Legislador, que deve, tanto quanto possível, aproximar a Lei da realidade subjacente, regulando os serviços que surgem com as novas plataformas tecnológicas, sobretudo quando se cuidem de serviços que são delegados pelo Poder Público, quanto ao Poder Judiciário, quando lhe é submetido o exame de questões que surgem quando essa nova regulação legal ainda não existe, mas que devem ainda assim ser enfrentadas, porque ao garantir a Constituição da República de 1988 o direito de ação e o Código de Processo Civil o de impedir a denegação de justiça (artigo 140), deve o Poder Judiciário, mesmo ausente Lei, julgar a matéria, quando há direitos individuais a serem afetados. É nesse contexto, pois, que se deve examinar a pretensão dos autores, que a como se fez referência, sustentam que o Decreto de número 56.981/2016, ao regular o serviço de transporte individual remunerado de passageiros por outra forma que não o táxi, estaria a violar a Lei federal de número 12.468/2011, e que teria criado um regime desigual de condições àqueles que exercem a atividade, diversamente do que o mesmo Poder Público impõe aos taxistas, quando, por exemplo, exigem o uso de taxímetro, a frequência a cursos, vistoria dos veículos. A princípio, pelo que é dado analisar em cognição sumária, parece ocorrer que o serviço de transporte de passageiros que o referido Decreto regulamentou é diverso daquele que o táxi realiza, e por serem diferentes tais serviços, o Poder Público poderia regulamentá-los de forma diversa, para, por exemplo, dispensar o uso de taxímetro, ou de não exigir de um (o curso ou a vistoria do veículo) o que não exige doutro, embora se

possa questionar se essa dispensa não estaria a colocar em risco a eficiência do serviço. Mas ainda que se cuidem de serviços diversos, não há como não considerar o serviço do táxi e o realizado pela ré, UBER, sob plataforma tecnológica, como serviços de uma mesma natureza, porque ao transportarem o passageiro individual mediante remuneração, operam em um mesmo segmento de atividade, e atuam assim em concorrência. Concorrência que no caso de serviços regulados pelo Poder Público deve ser livre, mas que deve também ser justa, no sentido de que não faça o Poder Público por criar regras que favoreçam uma determinada empresa, como ocorre, por exemplo, quando não impõe limites ao número de veículos que podem ser cadastrados e utilizados no serviço. Ainda que se possa considerar diferente do serviço do táxi o serviço que a ré UBER realiza, o fato de a Prefeitura de São Paulo ter editado o Decreto de número 56.981/2016 mostra e comprova que a ré tem esse serviço como um serviço que é de ser autorizado pelo Poder Público, tanto quanto o do táxi, e sendo assim os princípios da livre concorrência e da igualdade de condições devem coexistir e serem rigorosamente observados. A dizer: se a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO considerou que o serviço da ré UBER é um serviço que é objeto de regulação, tanto quanto o do táxi, não poderia tolerar ou incentivar que a concorrência se dê em condições de desigualdade, como fez quando deixou de impor um limite no número de veículos, deixando sem qualquer regulação essa matéria, o que além de criar um regime de desigualdade com os taxistas (que operam em um determinado limite de veículos, fixado esse limite em Lei), não encontra nenhum justo motivo que pudesse legitimar essa opção, sobretudo se sindicada sob o "standard" da razoabilidade, a ser consultada sempre quando em causa o princípio da igualdade real de condições, por se tratar de um princípio que a nossa Constituição da República de 1988



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

expressamente protege. De tudo o que se expôs, pode-se concluir que, examinando em cognição sumária o que sustentam os autores, há que se reconhecer plausibilidade jurídica quando argumentam que o Decreto 56.981/2016 criou e incentivou um regime injusto de desigualdade de condições, ao não impor qualquer limite de veículos a serem utilizados no serviço de transporte individual de passageiros por plataforma tecnológica mantido e gerido pela ré, UBER, seja por deixar de exercer aí uma forma de controle que seria de se exigir em face de um serviço delegado sob autorização do Poder Público, seja por permitir que haja um número muito maior de veículos utilizados nesse serviço em relação aos táxis, cujo limite é fixado por Lei, cabendo enfatizar-se, quando se trata do princípio da igualdade real e material, que "as vantagens estabelecidas por lei, para serem constitucionalmente admissíveis, dependem, não só da existência de um fundamento material razoável para a correspondente discriminação positiva mas também da verificação de que o grau de diferenciação ou a medida da diferença têm uma suficiente justificação", conforme destacam os ilustres constitucionalistas portugueses, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS ('Constituição Portuguesa Anotada', p. 233, tomo I, Coimbra editora)" (v. Processo nº 1042738-65.2016.8.26.0053, decisão publicada em 04/10/2016).

Está evidenciada, portanto, a possibilidade de coexistência da atividade dos taxistas e do transporte individual remunerado de passageiros efetuado por meio de aplicativos, à evidência, dependente este último da pertinente regulamentação.

Não obstante, em face da vedação contida no artigo 1º da Lei nº 16.279, de 8 de outubro de 2015, do Município de São Paulo, cabe aqui perquirir-se acerca do alcance desse comando, tendo em vista as balizas constitucionais invocadas pelo autor.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Como afirmado precedentemente, o controle de constitucionalidade deve procurar sempre a manutenção da norma examinada no ordenamento, como forma de priorizar os princípios da segurança jurídica e da supremacia da Constituição e a presunção de constitucionalidade das leis, buscando a interpretação compatibilizada da legislação questionada com a Lei Maior.

Segundo a doutrina de Aurélio Agostinho Verdade Vieito:

“A presunção que milita em favor da lei é *juris tantum*, podendo, portanto, ser declarado o contrário pelo Poder Judiciário. Mas não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente ser considerada constitucional, ou havendo uma interpretação possível entre várias outras que implique a validade, deve-se manter a norma infraconstitucional” (v. “Da Hermenêutica Constitucional”, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2000, pág. 108).

Nesse mesmo sentido, Luís Roberto Barroso anota que:

“O princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhe os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável” (v. “Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora”, 6ª edição, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 188).

Nesse contexto, há que se conferir à



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

legislação municipal objurgada interpretação conforme a Constituição, de molde a compatibilizá-la com as normas e princípios insertos na Carta.

A tal fim, há que se entender que a correta interpretação da aludida Lei Municipal 16.279/2015 é no sentido de que a proibição do “transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos” somente deve prevalecer enquanto não houver a pertinente regulamentação da atividade, com a consequente organização e fiscalização por parte do poder público municipal, ficando absolutamente vedada a prestação do serviço por motoristas não autorizados.

Ao que se pode apreender, esta é realmente a vontade da lei, voltada tão somente a impedir a circulação de veículos clandestinos nas ruas da cidade, de forma inteiramente desordenada e perigosa; ademais, a situação gerada em razão do surgimento dessa nova modalidade de transporte está hoje sob controle, com a edição da legislação aqui contestada, não se podendo admitir que volte a reacender a conflituosidade no Município, ao relegar-se à clandestinidade essa importante forma de deslocamento posta à disposição da população.

Ante o exposto, pelo meu voto, julga-se procedente em parte a presente ação, para o fim de conferir à Lei nº 16.279, 8 de outubro de 2015, do Município de São Paulo, interpretação conforme a Constituição Federal, nos termos supra explicitados.

PAULO DIMAS MASCARETTI
Desembargador



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	85	Acórdãos Eletrônicos	FRANCISCO ANTONIO CASCONI	46B3F6A
86	93	Declarações de Votos	JOSE CARLOS GONCALVES XAVIER DE AQUINO	472B03B
94	113	Declarações de Votos	PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI	46F0B06

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 2216901-06.2015.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.