

Joinville/SC, 16 de dezembro de 2016.

Comissão de Direito Digital

Parecer nº 01/2016

Assunto: Análise da legalidade do Aplicativo UBER e de outros serviços de transporte privado de passageiros em Joinville

Em pronto acatamento ao que foi requerido pela Presidência da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção Joinville, a Comissão de Direito Digital, nos termos da Lei Federal nº. 8.906/94, e de seu Regimento, no uso de suas atribuições, vem apresentar **PARECER JURÍDICO** sobre a legalidade da operação dos serviços prestados pelo UBER, objeto de amplo debate na cidade em razão da recente entrada da plataforma na cidade e em razão das notícias sobre projeto de lei que teria “proibido” o serviço.

Nesse propósito, pretende-se responder às seguintes questões: (i) O UBER é um serviço irregular até que seja expressamente autorizado por lei?; (ii) O projeto de Lei 420/2014 aprovado pela Câmara de Vereadores de Joinville inviabiliza a operação do serviço na cidade?; e (iii) os agentes de fiscalização podem multar motoristas com base na referida lei?

No intuito de obter estas respostas, faz-se necessário formular outras questões elementares.

1. **O que é o UBER?**

Antes de se adentrar à análise jurídica, convém esclarecer a natureza dos serviços operados pela UBER. Trata-se de uma plataforma de serviços *online* cujo propósito é intermediar a contratação de serviços de motoristas profissionais pelos consumidores cadastrados no aplicativo. Em suma, uma operação que se promove no mundo virtual da Internet, com efeitos no mundo real (ou material).

O UBER vem sendo apontado como o mais claro exemplo de um futuro que se avizinha: da economia compartilhada; das plataformas colaborativas; da vida em rede; das relações socioeconômicas que se desenvolvem no mundo digital. Críticas e elogios à parte, o UBER é um fenômeno a ser abordado menos sob a clássica visão dicotômica

“Direito Privado x Direito Público” e mais sob a ótica do Direito Digital, onde os ramos do direito se confundem.

Para contratar o serviço do UBER, o usuário deve obter o aplicativo, cadastrar seus dados pessoais, vincular a conta a um cartão de crédito, e demandar um motorista à plataforma. Para prestar um serviço via UBER, o motorista privado precisa se cadastrar como parceiro e atender alguns pressupostos inerentes à atividade, dentre os quais ter um veículo vinculado a seu cadastro, possuir habilitação profissional, e não ter antecedentes criminais. O motorista cadastrado, então, aguarda que a plataforma lhe indique um usuário interessado em contratar uma viagem.

Da análise da operação conclui-se que o UBER não auferem remuneração pelo serviço de transporte, mas pela intermediação de contratação de serviços pela Internet.

2. Qual o Direito Aplicável?

Em se tratando de um serviço que se desenvolve na Internet, as operações do UBER são reguladas pela Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet). Considerando que os efeitos no mundo “real” são de natureza de transporte privado, aplicam-se, ao caso, ainda, o Código Civil (quanto ao Contrato de Transporte) e a Lei 12.587/12, que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana.

Logicamente, qualquer análise de legalidade de uma atividade deve principiar pelas disposições constitucionais que a amparam ou a coíbam.

3. Existe Lei que Autorize ou Proíba a operação do Uber?

3.1. Aspectos Constitucionais

Iniciando pela Constituição, a existência do UBER como uma empresa regularmente constituída para oferta de serviços encontra respaldo na consolidação do fomento à livre iniciativa como cláusula pétrea (Art. 1º, IV)¹, e no princípio da livre concorrência, assegurado como base da ordem econômica nacional (art. 170, IV)².

¹ 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;

² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

Não há, na Constituição Federal, vedação expressa às atividades de intermediação digital de contratação de serviços de transporte individual privado, objeto social da empresa.

3.2. Serviços prestados pela Internet

Como já exposto, o serviço prestado pelo UBER é desenvolvido pela internet, via aplicativo. Sujeita-se, portanto, às disposições do Marco Civil Regulatório da Internet no Brasil, instituído pela Lei nº 12.965/14, o qual dispõe:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

(...)

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Não há qualquer espécie de vedação à atividade desenvolvida pelo UBER no Marco Civil da Internet. Ao contrário, há uma série de procedimentos e requisitos previstos e que, presume-se, sejam cumpridas pela empresa, os quais conferem segurança e transparência aos usuários, parceiros, terceiros e ao próprio Poder Público, especialmente no que concerne ao exercício de fiscalização (Ex.: apuração de transações no território do município X para fins de eventual cobrança de impostos sobre serviços), considerando o dever de registro e guarda de acessos e dados³.

Sob o ponto de vista regulatório a atividade exercida na Internet é não somente lícita como regulada no manifesto propósito de viabilizar a atuação de autoridades, seja para fins de segurança pública, seja para fins de auditoria fiscal.

³ Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

§ 1º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no caput a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no caput, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13.

§ 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 4º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

3.3. O Contrato de Transporte

Estranhamente ignorado nas discussões que envolvem a polêmica atividade do UBER e aplicativos similares é o tratamento conferido pelo Código Civil ao transporte de pessoas e coisas. Trata-se de uma abordagem de extrema importância, pois implica no reconhecimento de que nem todo transporte é matéria de ordem pública. Existe, por óbvio, transporte privado, hipótese em que o Poder Público não teria alçada para impor óbices. Neste sentido, válido reproduzir o art. 730 do CC:

Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.

As disposições do Código Civil já se aplicam aos serviços prestados por motoristas particulares, o popular serviço de “motorista executivo”, oferecido por motoristas profissionais, assim reconhecidos por habilitação específica junto aos departamentos de trânsito. Também se sujeitam a estas disposições os serviços de frete e até mesmo os usuais serviços de “*delivery*” e tele-entrega.

Conclui-se, portanto, que o sistema jurídico vigente reconhece a existência de serviços privados de transporte de coisas e pessoas, conferindo por si só, em tese, legitimidade aos serviços do UBER.

3.4. A Política Nacional de Mobilidade Urbana

A Lei nº 12.587/12 instituiu a chamada “Política Nacional de Mobilidade Urbana”, de crucial relevância para a questão sob análise. Considerando que os efeitos práticos dos serviços prestados pelo UBER na Internet são de transporte privado, é válido compreender as definições conferidas pela Lei aos modos de transporte, serviços e infraestrutura que garantem o deslocamento de pessoas e coisas no território brasileiro.

As disposições da Lei de Mobilidade Urbana permitem elucidar a distinção entre os diversos tipos de transporte, privado ou público, coletivo ou individual, de passageiro ou de carga (arts. 3º e 4º), deduzindo a partir destas distinções a natureza do serviço e a exigência ou não de prévia autorização do Poder Público para seu exercício. Desse modo, tem-se:

- a) Transporte público coletivo, conjugação do art. 3º, §2º, I “a”, II “a” e III, o qual exige prévia autorização para a atividade, conforme art. 9º da mesma Lei⁴;
- b) Transporte privado coletivo, conjugação do art. 3º, §2º, I “a”, II “a” e III, o qual exige prévia autorização para a atividade, conforme art. 11 da mesma Lei⁵;
- c) Transporte público individual, conjugação art. 3º, §2º, I “a”, II “b” e III, “a”, o qual exige autorização prévia conforme arts. 12 e 12-A da mesma lei⁶; e
- d) **Transporte privado individual**, conjugação art. 3º, §2º, I “a”, II “b” e III “b”, que **dispensa autorização prévia** do Poder Público para o seu exercício pela simples ausência de disposição em sentido contrário.

A análise da Política Nacional de Mobilidade Urbana não deixa dúvida quanto à ausência de autorização específica do Poder Público local para operação de atividades de transporte privado individual, o que, em consonância com o tratamento conferido pelo art. 730 do Código Civil, leva ao imperativo reconhecimento da natureza privada do serviço, e à lógica presunção de licitude que decorre do princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II, da CRFB88: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Portanto, em resposta ao questionamento desta seção do parecer, não existe proibição à atividade desenvolvida pelo UBER. Em sentido contrário, há presunção de legalidade das atividades em se tratando de intermediação de transporte privado.

4. Precedentes e Pareceres

Os tribunais vêm conferindo ampla legitimidade às atividades exercidas pelo UBER, sustando ou limitando efeitos de leis ou atos administrativos que restringem a operação dos motoristas cadastrados.

⁴ Art. 9º O regime econômico e financeiro da concessão e o da permissão do serviço de transporte público coletivo serão estabelecidos no respectivo edital de licitação, sendo a tarifa de remuneração da prestação de serviço de transporte público coletivo resultante do processo licitatório da outorga do poder público.

⁵ Art. 11. Os serviços de transporte privado coletivo, prestados entre pessoas físicas ou jurídicas, deverão ser autorizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público competente, com base nos princípios e diretrizes desta Lei.

⁶ 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.

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.

Especial destaque teve a recém-proferida decisão do juízo da 1ª vara da Fazenda Pública de Florianópolis em mandado de segurança ajuizado por motorista que se sentiu ameaçado pela fiscalização das autoridades de trânsito da capital:

(...) abusivo definir o serviço privado de transporte individual como um serviço público. Se o Município desejar credenciar (mero credenciamento!) motoristas que, cumpridas certas exigências razoáveis, desejem atuar nesse ramo, até é sustentável que possa fazê-lo. Que haja a frota municipal de táxis submetida a certa regulamentação! Mas é absolutamente (faço a ênfase propositadamente) fora do razoável que isso obste que pessoas jurídicas e naturais tenham a mesma iniciativa, ainda mais quando isso é uma exigência “dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na Sociedade” repito as expressões de Celso Antônio, mas faço um aditamento: os padrões evoluem e devem ser analisados contemporaneamente.

Há ainda o art. 173 da CF, que apenas permite que o Estado intervenha na atividade econômica em duas hipóteses: (a) “quando necessário aos imperativos da segurança nacional” ou quando houver (b) “relevante interesse coletivo”. Mesmo que a Administração delegue o serviço de transporte individual para particulares, a essência do que se tenta fazer em Florianópolis é estatal. (...). Está-se tirando da livre iniciativa esse mercado. Certamente o serviço de táxi não está envolvido em “imperativo de segurança nacional”. Quanto ao “relevante interesse coletivo”, a tentativa de criar um cartel em torno da atividade se presta a prejudicar o interesse coletivo.

9. O art. 5º, inc. XIII, da CF fixa que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações estabelecidas em lei”. A regra, portanto, é a desembaraçada atividade laboral (STF, RE 414.426, rel.ª Min.ª Ellen Gracie). Mais ainda, as limitações, quando pertinentes, devem vir por lei em seu sentido típico: não somente uma norma, até mesmo regulamentar, mas regramento editado pelo Poder Legislativo em sua missão exclusiva.

O Poder Público embaraça a atividade. Apreende veículos, impõe multas. Veda, enfim, o serviço agregado a um aplicativo tirado da internet. Isso é ilícito. O autor tem o direito de ir vir e ficar onde está. Pode fazer tudo isso sozinho, mas pode também ir acompanhado dando carona ou cobrando. A Constituição garante a liberdade quanto à atividade econômica.”

(TJSC. 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Juiz Dr. Hélio do Valle Pereira. Mandado de Segurança nº 0304790-70.2016.8.24.0091. 09/11/2016).

Reconhecendo a natureza de transporte privado, portanto não sujeito às regras do transporte público, seguem-se decisões proferidas no Distrito Federal e na 14ª Vara Cível de Porto Alegre:

O serviço do Uber é prestado por pessoas previamente cadastradas e para pessoas também previamente cadastradas, de forma que há prévio controle pelos administradores do sistema dos motoristas cadastrados, não se configurando um transporte público. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Agravo de Instrumento nº 2015.00.2.020284-4, Relator Des. Sérgio Rocha. J. em 30/09/2015).

(...) Nesse contexto, não me parece que se esteja diante de uma atividade pública por natureza ou que, embora venha a ser considerada, exclua a atuação privada. Logo, não é porque a Lei nº 12.468/11 atribuiu privativamente ao taxista o transporte público individual remunerado de passageiros que se possa concluir, em sede de liminar, pela vedação do serviço privado que prestam os motoristas associados à Uber. O só fato de a Uber ter se antecipado à edição de normas municipais de regulação dessa atividade específica (transporte privado), não torna a sua atividade irregular. Muito menos pela edição da recente Lei Municipal nº 12.041/16, que, aliás, não resiste a um cotejo com as normas constitucionais e federais antes citadas, com as quais colide. Não vejo, pois, ao menos por ora, como a falta de um delineamento dessa atividade possa implicar seja proibida. (...). (TJRS. 14ª Vara Cível de Porto Alegre. J. Dra Maria Lúcia Boutros Buchain. Processo nº 0102566-09.2016.8.21.0001).

O Ministério Público de São Paulo exarou parecer no sentido de reconhecer a distinção de tratamento legal aos transportes privado e público de passageiros, isentando a modalidade privada de prévia autorização governamental para funcionamento.

Portanto, a Lei Federal n. 12.587/2012, ao estabelecer a política nacional de mobilidade urbana, claramente definiu o transporte motorizado privado de passageiros, como modo de transporte apto a garantir o deslocamento das pessoas no Município, claramente diferenciando esta modalidade do serviço de táxi (transporte público individual de passageiros) [...]

Nesse contexto, vale ressaltar que o rápido desenvolvimento dos centros urbanos, com as suas consequências indesejáveis, dentre elas a dificuldade de locomoção, passam a exigir novas formas de enfrentamento

da situação, dentre elas aquela elegida pelo legislador federal (transporte privado de passageiros) a fim de dar efetiva aplicabilidade ao artigo 182 da CF e ao artigo 180 da CE/89. (MPESP. Sub-Procurador Geral de Justiça Nilo Salgado Filho. ADIN nº 2216901-06.2015.8.26.0000, em 05/04/2016)

5. O Projeto de Lei Municipal 420/14

A Câmara de Vereadores de Joinville aprovou o Projeto de Lei nº 420/2014, o qual “estabelece normas para coibir o transporte clandestino de passageiros no Município de Joinville e dá outras providências” e que foi recebido pela imprensa como a “lei que proíbe o UBER”.

A proibição decorreria da vedação de serviços não autorizados pela Prefeitura. Tal receio decorreria das disposições insculpidas nos arts. 1º, 2º e 4º.

Art. 1º Sem prejuízo do que estabelecem as leis municipais 3282/1996, 3575/97, 3806/98 e 6649/2010, esta lei visa a coibir e combater transporte clandestino, que venha a prejudicar o bom andamento do sistema municipal de transportes;

Parágrafo único. Será considerado como transporte clandestino o transporte municipal remunerado, em veículo particular ou de aluguel, promovido por pessoa física ou jurídica que não possua concessão, permissão ou autorização do poder competente;

Art. 2º A execução do serviço de transporte remunerado de passageiros, em qualquer uma das modalidades previstas no artigo anterior, no Município de Joinville, dependerá de prévia concessão, permissão ou autorização do órgão competente.

(...)

Art. 4º O transporte remunerado de passageiros no Município de Joinville deverá, obrigatoriamente, possuir concessão, permissão ou autorização emitida pelo Município de Joinville nas seguintes situações:

I – Serviço de Táxi: conforme lei 3282/1996;

II - Transporte Escolar Regular: conforme lei 3575/1997;

III – Atividade de Fretamento: conforme lei 3575/1997;

IV – Transporte coletivo público: conforme lei 3806/1998;

V – Transporte Turístico: conforme lei 6649/2010.

§1º Poderá o Município, em outras leis, emitir autorização, permissão e concessão não prevista nesta lei;

Ocorre que a análise da Lei Municipal, à luz das considerações já tecidas sobre a Política Nacional de Mobilidade Urbana, torna clara a intenção de combater o transporte clandestino, assim definido como aqueles sujeitos à prévia autorização legal e que não a possuem, tais como “vans de transporte”, as “lotações”, os táxis de fora de Joinville etc.

6. Conclusão

Concluindo a análise, acolhemos as razões da Comissão de Assuntos Constitucionais da OAB/DF, por ocasião de estudo de projeto de lei do Distrito Federal que propunha a proibição do serviço:

A Lei da Mobilidade Urbana define em seu art. 4º, VII, transporte público individual como “serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel”, para a realização de viagens individualizadas. O serviço de taxista enquadra-se nessa categoria, conforme o art. 2º da Lei no 12.468/2011. Assim, o termo “aberto ao público” significa a obrigatoriedade de atendimento universal que se impõe no âmbito do serviço de táxi. Por previsão legal, o taxista não pode recusar o passageiro ou o trajeto por ele solicitado.

12. Serviços como a Uber foram abrangidos pelo PL 282/2015. Tal serviço, no entanto, possui natureza diversa daquele prestado por táxis, principalmente por não ser aberto ao público, uma vez que é realizado segundo a autonomia da vontade do motorista, que tem a opção de aceitar ou não a corrida, de acordo com a sua conveniência.

13. Assim, diante da ausência de regulação dos serviços de transporte oferecidos de forma privada, estes não podem ser considerados ilícitos, sob pena de ofensa ao princípio do livre exercício de atividade econômica. (Comissão de Assuntos Constitucionais da OAB/DF. 7 de julho de 2015).

Por fim, ante as considerações expostas ao longo do parecer, passamos a responder as questões inicialmente formuladas:

(i) O UBER é um serviço irregular até que seja expressamente autorizado por em lei?

Não. Pelo contrário, o UBER é um serviço regulado até que seja expressamente proibido. Trata-se de uma plataforma de serviços online, sujeita aos ditames do Marco Civil Regulatório da Internet,

que promove a intermediação de contratação de serviços privados de transporte individual, tipificado no Código Civil, não havendo exigência de prévia autorização para seu funcionamento.

(ii) O projeto de Lei 420/2014 aprovado pela Câmara de Vereadores de Joinville inviabiliza a operação do serviço na cidade?

Não. O projeto de Lei aprovado pela Câmara de Vereadores de Joinville, tem o claro objetivo de enfrentar os serviços de transporte público (coletivo e individual) e privado (coletivo) que operam clandestinamente. Ainda que as disposições da Lei Municipal possam ser indevidamente utilizadas para restringir as atividades do UBER, tal ato seria ilegal e certamente anulável pelo desvio de finalidade e pela afronta à lei de Mobilidade Urbana, que prevalece sobre a lei local por se tratar de lei federal e especial. Ademais, parece óbvio que o propósito da lei não é restringir o trabalho de motoristas profissionais autônomos ou empresas de transporte privado. Interpretar as disposições da Lei no propósito de coibir as atividades do UBER soa, no mínimo, precipitado, pois nem seria da alçada do município legislar ao arpejo das disposições do Código Civil e da Lei de Mobilidade Urbana.

(iii) Os agentes de fiscalização podem multar motoristas com base na referida lei?

Não. A lei não deve surtir efeito sobre um serviço de natureza privada e individual, que, portanto, dispensa a prévia autorização da prefeitura ou de qualquer outra autoridade local. Qualquer autuação neste sentido, inclusive se emitida antes da vigência desta lei, deverá ser anulada na esfera administrativa ou judicial.

Sendo o que nos cabia, reiteramos nossos protestos de estima e consideração, certos da compreensão e providências em relação ao tema.

Norival Raulino da Silva Junior
Presidente da Comissão de Direito Digital

De Acordo:

Fabício Bittencourt
Presidente da Subseção

Gulherme Aquino Reusing Pereira
Presidente da Comissão de Assuntos Judiciários