

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E
ECONOMICA E REGULAÇÃO**

FABRICIO BERTINI PASQUOT POLIDO

ANTÔNIO DE MOURA BORGES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Antônio de Moura Borges, Fabricio Bertini Pasquot Polido – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-207-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Transformações na ordem social. 3. Transformações na ordem econômica. 4. Regulação. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONOMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

No dia 7 de julho de 2016, por ocasião do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, na Universidade de Brasília- UnB, estiveram reunidos os participantes do Grupo de Trabalho “Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação”, sob a coordenação dos Professores Dr. Antônio de Moura Borges (UnB) e Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido. Em momento extremamente oportuno para um repensar crítico das questões interdisciplinares de pesquisa envolvendo direito econômico, direito financeiro, direito constitucional e teoria da regulação, os trabalhos foram conduzidos de modo a oferecer a todos perspectiva sistemática sobre os seguintes eixos principais:

- i) macroestrutura da regulação normativa envolvendo as ordens econômica e social, com interfaces constitucionais e globais;
- ii) regulação da atividade econômica e setores de infraestrutura e serviços;
- iii) ordem tributária, financeira e política fiscal; e
- iv) ordem social, educação, ciência e tecnologia.

Os artigos submetidos, desse modo, representaram a possibilidade de discussão mais aprofundada sobre temas nestes eixos principais, que ora são introduzidos aos leitores. No primeiro bloco, o artigo “A RECONFIGURAÇÃO DO PODER NA SOCIEDADE GLOBALIZADA: O PAPEL DOS ATORES ESTATAIS E NÃO ESTATAIS”, de Giovanni Olsson e Eduardo Baldissera Carvalho Salles, analisa o exercício do poder pelos atores estatais e não estatais na sociedade globalizada, tendo como referencial a emergência do projeto filosófico da modernidade e suas premissas teóricas, passando pela globalização como fenômeno histórico e suas principais características e a centralidade do Estado e concorrência de atores não-estatais no quadro das “governanças sem governo”, que estruturam, segundo os autores, uma forma de “novo medievalismo” global. No artigo “LEX MERCATÓRIA: PODER CONFLITUAL OU PODER CONSENSUAL COM A ORDEM JURÍDICA ESTATAL?”, Fabiano Derussi discorre sobre os problemas conceituais da Lex Mercatória como espécie de pluralismo jurídico e de expressão do poder, vislumbrando ali uma vertente de poder conflitual e consensual ante a ordem jurídica estatal. Na sequência,

Taísa Regina Rodrigues e Higor da Silva Biana, em “A REGULAÇÃO DO MERCADO À LUZ DE UMA TEORIA DA JUSTIÇA”, oferecem uma reflexão sobre os conceitos da Teoria de Justiça de John Rawls e expõem a concepção do mercado como um “fenômeno poliédrico”, determinante para a compreensão de como a regulação do mercado constitui um (ou o) dos principais instrumentos de atuação do Estado na concretização dos objetivos de um projeto de sociedade capitalista. No artigo “A LIBERDADE ECONÔMICA E AS EXTERNALIDADES DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA: O TEUTO, OS STAKEHOLDERS, A DIGNIDADE HUMANA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS”, Edison Miguel Rodrigues examina o contexto do negócio de alienação do Laboratório Teuto para a Pfizer e o artificialismo resultante dos números de Ebtida sobre o aumento da produção e consequente redução da qualidade dos medicamento. Nesse sentido, o autor sustenta de que forma a liberdade econômica pode ser colidente com com preocupações de proteção da dignidade humana e do interesse da coletividade (stakeholders) para viabilizar investimentos nas áreas de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação, por meio de políticas públicas. Giovani Clark e Maria Jocelia Nogueira Lima apresentam importante estudo crítico intitulado “PBH ATIVOS S.A.: UMA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ÀS AVESSAS?”, refletindo os excessos e inconsistências da constituição de empresas controladas pela Administração Pública direta, sob a forma de sociedade anônima, em vários entes federados (São Paulo, Minas Gerais, Município de Belo Horizonte), com o objetivo de realização de operações de cessão de direitos creditórios de natureza tributária ou não tributária, tendo como referencial o caso da “PBH Ativos S.A.” em Belo Horizonte, Minas Gerais. No trabalho “CORRUPÇÃO POLÍTICA E CRIMES ECONÔMICOS E A CONSEQUENTE INEFICIÊNCIA ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS”, Abimael Ortiz Barros e Fernando Gustavo Knoerr abrem espaço para a discussão sobre a criminalidade econômica, especificamente sobre os efeitos dos crimes econômicos e da corrupção na sociedade e Estado Democrático de Direito, buscando analisar se políticas estatais têm capturado a realidade examinada. Em instigante estudo de Marlene Kempfer e Philippe Antônio Azedo Monteiro, intitulado “A REGULAÇÃO ECONÔMICA E O DIREITO DE PROPRIEDADE: NORMAS PROMOCIONAIS DE ACESSO E PERMANÊNCIA DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NO MERCADO”, são oferecidos aportes teóricos a sustentar os mecanismos de intervenção do Estado na atividade econômica sob fundamentos e políticas promocionais, capazes de induzir ambientes de estímulo a micro e pequenos empresários, em suas iniciativas de ingresso e manutenção nos mercados. Entre os argumentos, encontram-se o de regularização dos ativos e redução da informalidade, a propósito de medidas adotadas pela Lei Complementar 123/2006, que originou um sistema federativo para inclusão e fomento de micro e pequenos empreendimentos.

No segundo eixo temático dedicado à questões sobre regulação da atividade econômica e setores de infraestrutura e serviços, Gabriel Fliege de Lucena Stuckert, em seu artigo “A REGULAÇÃO À LUZ DO STF”, examina, a partir de pesquisa jurisprudencial associada às orientações do Supremo Tribunal Federal, as possíveis variáveis de análise do tema da regulação segundo a perspectiva dos tribunais brasileiros. O autor concentra sua análise em marcos conceituais sobre a teoria da regulação, os contextos de destaque do tema no Brasil, particularmente durante o processo de privatização e de criação de agências reguladoras no final da década de 1990 e anos 2000. No trabalho “ASPECTOS REGULATÓRIOS DO SETOR ELÉTRICO E OS IMPACTOS DECORRENTES DA IMPLANTAÇÃO DE LINHAS DE TRANSMISSÃO”, Daniel Monteiro sustenta a necessidade de análise dos aspectos regulatórios e dos impactos resultantes da implantação de sistemas de transmissão de energia elétrica, passando pelas estruturas e equipamentos destinados à prestação do serviço público de transmissão e distribuição de energia elétrica, além de restrições públicas relacionadas, como limitações no uso das propriedades e incidência de normas ambientais. Na sequência, no artigo “A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DA ANEEL: LIMITES DE ATUAÇÃO SOB A ÓTICA DO CASO DA RESOLUÇÃO 500/2012”, Larissa Urruth Pereira e Luciana Oliveira de Campos discutem os desdobramentos da Reforma do Estado, na década de 1990, quanto à adoção do modelo regulatório resultante para a gestão e normalização do setor elétrico brasileiro, estruturado, fundamentalmente, sob autarquias em regime especial, com competências normativas e técnicas sobre mercados ‘desestatizados’. Como proposta de estudo, as autoras voltam-se para a Resolução n. 500/2012 da ANEEL, que estabelece os procedimentos para reembolso do custo de combustíveis de empreendimento que utilize carvão mineral nacional. No trabalho “A FISCALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DA ANATEL PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO”, Gustavo Brasil Romão e Silva sustenta a demanda de maior atuação de órgãos públicos na tarefa de assegurar melhor prestação dos serviços de telecomunicações no Brasil, e que seria de competência da ANATEL não apenas o poder de polícia e fiscalização das empresas concessionárias de serviço público de telecomunicações, mas também o poder regulatório estrito, com o que tanto práticas regulares quanto distorcidas deveriam estar sob o controle externo da agência pelo Tribunal de Contas da União. Rayana Pereira Sotão Arraes e Felipe Costa Camarão, no trabalho “PARA QUEM O MERCADO DEVE FUNCIONAR? UMA ANÁLISE DO CASO UBER NO BRASIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS”, debatem a polêmica quanto à necessidade de regulamentação da atividade de transporte individual de passageiros nos serviços oferecidos mundialmente pelo aplicativo Uber, refletindo sobre questões relativas à natureza do serviço, como objetivos de proteção dos consumidores. As autoras posicionam o leitor sobre a perspectiva de (i) legitimidade do cerceamento da liberdade de iniciativa da empresa, em defesa do serviço não regulado. Sobre esse mesmo tema, no artigo “O IMPACTO DA INOVAÇÃO

TECNOLÓGICA NO MERCADO REGULADO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL”, Marcelo Simões dos Reis analisa o contexto de entrada de diversos aplicativos de smartphone que conectam motoristas e usuários no mercado de transporte individual, observando a redução dos custos de transação no setor. Chama a atenção para o fato de que a popularização do Uber tem demonstrado como a tecnologia móvel veio desafiando e ameaçando o modelo tradicional. Em “UMA PROPOSTA DE REGULAÇÃO PARA AS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS”, Bruno Henrique Taveira examina o surgimento e normas relativas às incorporações imobiliárias, concentrando-se na origem do instituto, na análise de sua disciplina legislativa no Brasil, com propostas de criação de uma autarquia ou agência reguladora federal para fiscalizar as incorporações imobiliárias no Brasil.

No terceiro eixo temático “ordem tributária, financeira e política fiscal”, Fernanda Adams e Rafael Lima Torres oferecem seu artigo “A ANÁLISE DA POLÍTICA FISCAL BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DAS SOLUÇÕES KEYNESIANAS PARA SUPERAÇÃO DA CRISE ECONÔMICA CAPITALISTA”. O trabalho busca demonstrar de que forma o pensamento keynesiano sobre políticas fiscais e suas soluções, no campo fiscal, são base para repensar o reequilíbrio econômico e diminuição dos efeitos da recessão, tendo em mente a proposta de análise sobre a realidade brasileira e os ajustes fiscais propostos pelo governo, para ao final concluirmos se as medidas propostas convergem com as soluções apresentadas por Keynes e se poderão atuar como anticíclicas, reequilibrando o sistema econômico. Em seguida, em “TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL E INCLUSÃO SOCIAL PELA EDUCAÇÃO: A SUBVENÇÃO EDUCACIONAL PREFERENCIAL DO CHILE”, André Murilo Parente Nogueira e Manuella de Oliveira Soares observam a necessidade de uma tributação que atenda às necessidades do Estado Democrático de Direito, um Estado Extrafiscal, concebido sob uma perspectiva não puramente arrecadatória, mas que destine tributos como meio para consecução da justiça fiscal e distributiva. Em “O RECONHECIMENTO DO REGIME DE COMPETÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DE ACORDO COM AS NORMAS BRASILEIRAS DE CONTABILIDADE”, Jeanne Marguerite Molina Moreira e Allyne Marie Molina Moreira debatem os rumos da disciplina da Contabilidade Pública e das Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público, transformadas segundo internacionais. O estudo objetivou analisar a relevância da adoção do regime de competência para o reconhecimento dos créditos tributários na Prefeitura Municipal de Fortaleza.

Por fim, os trabalhos conduziram ao último eixo "ordem social, educação, ciência e tecnologia", com importantes aportes dos participantes do GT. Em seu artigo “A AGENDA DO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DA LEI Nº. 13.019/2014”, Verissimo Nascimento Ramos Dos Santos buscou

demonstrar as principais mudanças introduzidas pela Lei nº. 13.019/2014 e pela Lei n. 13.204/2015, que instituíram o marco regulatório das organizações da sociedade civil. Segundo o autor, o processo de regulação que vinha historicamente esquecido, toma novos rumos a partir da edição da nova lei, com novos instrumentos jurídicos voltados para a contratualização com o Estado, em homenagem à segurança jurídica. Em “A “INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO” E SEUS LIMITES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO JULGAMENTO DA ADI Nº 1.923/DF”, Alessandra Matos de Araujo sustenta o objetivo de garantia da supremacia da Constituição pelo controle de constitucionalidade das leis, examinando o caso da ADI n. 1.923/DF no exame da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, no domínio das Organizações Sociais e prestação de determinados serviços públicos. Bárbara Dias Cabral oferece o artigo intitulado “O EXERCÍCIO DO DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO ESCOLAR NO MUNICÍPIO DE MANAUS”, de modo a explorar a legislação e programas governamentais vigentes referentes à alimentação escolar no município de Manaus e empreender uma resposta ao questionamento sobre os instrumentos de observância e respeito ao direito social à alimentação escolar no município de Manaus. Em “TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL PARA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DO ESTADO GERENCIAL E DAS TEORIAS DO NOVO CENTRO DO DIREITO ADMINISTRATIVO”, Gustavo Matos de Figueiroa Fernandes e Danúbia Patrícia De Paiva discutem a necessidade de transformação da ordem social para adequação da administração pública aos parâmetros do Estado Gerencial com fundamento nas teorias sobre o "novo" Centro do Direito Administrativo, e a consecução da eficiência na prestação positiva do direito à saúde.

Prof. Dr. Fabricio Bertini Pasquot Polido (UFMG)

Prof. Dr. Antônio de Moura Borges (UCB)

PARA QUEM O MERCADO DEVE FUNCIONAR? UMA ANÁLISE DO CASO UBER NO BRASIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

WHO MUST THE MARKET WORK FOR? AN ANALYSIS ON UBER CASE IN BRAZIL BASED ON CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

Rayana Pereira Sotão Arraes ¹

Felipe Costa Camarão ²

Resumo

A regulação da economia pelo Estado se legitima pela necessária harmonia entre os atores do mercado, para fins de garantir os demais preceitos constitucionais, tais como a defesa do consumidor, a valorização do trabalho humano, a liberdade de concorrência, etc. O Uber, prestador do serviço de transporte individual privado, vem sendo alvo de inúmeros questionamentos na esfera jurídica, envolvendo a polêmica quanto à necessidade de regulamentação da atividade – tanto pela natureza do serviço, como em atenção à defesa dos consumidores - e o presente trabalho analisa a (i)legitimidade do cerceamento da liberdade de iniciativa da empresa, no contexto atual.

Palavras-chave: Livre iniciativa, Defesa do consumidor, Regulamentação, Uber

Abstract/Resumen/Résumé

The state economy regulation is legitimated by the necessary harmony among market players, in order to guarantee some other constitutional proposals such as consumers rights, human labor values, free market competition, etc. Uber mobile software allowed private transport service and it has been massively questioned in justice, due to the polemic discussion whether it needs to be ruled or not - considering the service nature, as well as the consumers rights - and the current paper aims to analyze the legitimacy of a free initiative block, in the present context.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Free initiative, Consumers rights, Regulation, Uber

¹ Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão

² Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão

INTRODUÇÃO

Para quem o mercado deve funcionar?

Muito se tem falado no debate acadêmico - e até mesmo fora dele – sobre formas de efetivar a defesa do consumidor e a dinâmica do mercado, via de regra, vem sendo tangenciada por esta importante questão.

Ainda que tal preocupação não ocupe efetivamente o centro do debate independente do teor da polêmica – o que se observa quando da entrada de grandes interesses econômicos no conflito - em regra, a defesa do consumidor tem ganhado cada vez mais destaque e força na determinação dos rumos do mercado brasileiro – quiçá mundial.

O presente artigo visa abordar a ainda polêmica coexistência dos princípios da livre iniciativa e da defesa do consumidor no direito brasileiro, trazendo como recorte o caso Uber no Brasil, em que a atuação da empresa vem sendo fortemente impugnada pela classe dos taxistas.

Nesse contexto, a negativa da livre iniciativa ainda parece ser a escolha mais confortável e vendável quando sob a justificativa de garantir a defesa do consumidor, traços do autoritarismo anticoncorrencial se destacam na preservação de privilégios de alguns setores do mercado, paradoxalmente em prejuízo da saúde do mesmo.

A controvérsia, contudo é que o diálogo harmônico entre tais princípios que ladeados estruturam a ordem econômica constitucional, nas controvérsias apresentadas pelos casos concretos, sem qualquer cautela desconsideram a imperatividade que os princípios devem possuir no ordenamento jurídico. O Judiciário, via de regra - e à exemplo do que se percebeu no caso Uber - desconsidera a inexistência de hierarquia entre os princípios da livre iniciativa e da defesa do consumidor, assim como decide à revelia da reflexão sobre à quais sujeitos o mercado deve apresentar-se funcional.

Pois bem. A proposta do presente artigo é exatamente discutir para quem o mercado deve funcionar: ao consumidor, aos setores dominantes ou à ordem jurídica instalada?

Ao passo que se analisa o caso em questão à luz dos ditames constitucionais atinentes à garantia da liberdade de iniciativa, bem como da defesa do consumidor, também se faz possível refletir sobre qual modelo de mercado optou o constituinte e qual a compatibilidade do atual mercado brasileiro com o então proposto.

Tendo em vista a coexistência dos princípios constitucionais aqui trazidos ainda ser um árduo exercício tanto para o mercado, como para o Judiciário que aprecia questões dele decorrentes, a autorresponsabilização dos particulares parece ser uma alternativa crível e coerente. Para tanto, a adequada regulamentação se mostra importante para o funcionamento da livre concorrência que equaciona a liberdade de iniciativa e a defesa do consumidor no bojo do mercado.

No desenvolvimento dessa hipótese, analisar-se-á os princípios constitucionais que orientam a ordem econômica, aqui representados pela livre iniciativa e pela defesa do consumidor e a lógica que orienta e legitima a regulamentação do mercado no Brasil.

Ao final, concretizando a análise discute-se o caso Uber no Brasil, em que os taxistas pleiteiam a proibição da prestação do serviço, argumentando tratar-se de concorrência desleal e também prejuízo aos consumidores, por afirmarem tratar-se de serviço clandestino de transporte público individual de passageiros – este, monopólio dos taxistas.

1. A ORIENTAÇÃO CONSTITUCIONAL ACERCA DA LIVRE INICIATIVA E DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Antes de adentrar a análise dos princípios da livre iniciativa e da defesa do consumidor, ambos estruturantes da ordem econômica constitucional, cumpre rememorar o papel dos princípios no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Isto porque, tamanha é a envergadura dos princípios em nossa ordem atual, que já não se faz mais tolerável construir um discurso jurídico que os desconsidere ou diminua sua força vinculante. Os princípios, são em verdade, o que há de mais imperioso em toda a aplicação do Direito.

Vive-se, portanto, um novo momento da interpretação constitucional, decorrente da superação do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo, conhecido genericamente por pós-positivismo, em que, através de um ideário difuso, de complexas relações entre valores, princípios, regras e a teoria dos direitos fundamentais.

Atualmente, os princípios assumem um lugar de centralidade no ordenamento jurídico, possuindo *status* de norma jurídica, afastando a idéia de que possuíam apenas conteúdo axiológico, sem aplicabilidade direta ou vinculação jurídica, em que pese de fato aproximem o Direito da Ética.

O caráter principiológico da Constituição de 1988 traz dentre tantas dificuldades, o esforço para delimitação do espaço de irradiação de cada um dos princípios e os parâmetros legítimos para balizar os juízos de ponderação.

Como entende Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcelos (2003),

as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas.

Assim, é bem verdade que muito se fala nos dias atuais em conflitos de princípios, demandando sofisticadas tentativas de solucionar tais impasses¹, sempre guiados pela diretriz constitucional de respeito e integridade da Carta Maior; o que não se confunde com a existência de opção por desconsiderar tais princípios ou não no caso concreto.

É neste sentido que Luís Roberto Barroso fala em *eficácia interpretativa* dos princípios constitucionais, pelo que se busca vincular o sentido e alcance das normas jurídicas aos fins contidos nos princípios constitucionais.

Em suma: 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. (2009, p.319)

Assim, entende-se por princípios constitucionais os vetores que orientam o ordenamento jurídico de forma a apontar o que lhe é essencial e inescapável.

Cabe, ainda, mencionar que, sendo os princípios constitucionais tão estruturantes à ordem jurídica, sob pena de condenar-se a racionalidade e coerência do constituinte, não é razoável afirmar-se que a negativa de um princípio se dá em atenção à efetividade de outro. Por difícil que seja equacionar a ampla gama de princípios trazidos pela Constituição, construir uma hierarquia entre eles à revelia do constituinte não consiste em alternativa legítima.

Assim, é imperioso destacar que a ponderação – bem como a interpretação hermenêutica - tem no conteúdo próprio de cada princípio o limite para o seu exercício, sob

¹ Para Alexy (1997, p. 86), “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.”

pena de não o sendo, tratar-se de verdadeira fraude à Constituição. A ponderação, desta forma, não justifica nem legitima a transgressão dos limites de um princípio sob a justificativa da garantia de outro. Como entende Barroso (2002, p.6), “não fosse assim, a interpretação constitucional seria um mero jogo de palavras sem conteúdo e sem valor.”

Um fundamento constitucional que pudesse ser arredado por obra de legislação ordinária ou um princípio que esta pudesse menoscar, a toda evidência, nada valeriam e o constituinte seria um rematado tolo se houvesse pretendido com tal fragilidade. (MELLO, 1999, p.490-491)

Aqui, então, com o recorte escolhido, não há que se falar em negar o princípio da livre iniciativa em prol do princípio da defesa do consumidor, por exemplo. Fala-se, sim, em regulamentar a livre iniciativa em prol da defesa do consumidor, como opção coerente para solver eventual conflito entre tais princípios.

Feitas tais considerações, passa-se à análise do princípio da livre iniciativa na ordem constitucional então vigente.

Inegável é, pois, a atenção dedicada pelo constituinte para a livre iniciativa, na medida em que a Constituição de 1988 fundamenta-se nesse princípio – nos termos dispostos no artigo 1º - assim como a ordem econômica inaugurada pelo artigo 170, também a traz como um dos princípios estruturantes.

Desta forma, assim como claro está a importância deste princípio para a ordem jurídica comandada pela Constituição, também é inegável a sua estreita relação com outras liberdades, fundamentos e princípios trazidos na mesma ordem.

Cumprir registrar, por oportuno, que a livre-iniciativa de que trata a Constituição de 1988 possui amplitude suficiente para contemplar e garantir, além da genérica liberdade econômica, a liberdade contratual e comercial. Não é demais lembrar que a idéia de liberdade de iniciativa ganhou os contornos que hoje se conhece com a não aceitação dos privilégios e limitações corporativos, ainda na França revolucionária (CARVALHOSA, 2013, p.110).

Segundo José Afonso da Silva (1999, p. 767), a “liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”.

O postulado da livre-iniciativa, portanto, tem uma conotação normativa positivada, significando a liberdade garantida a qualquer cidadão, e uma outra conotação que assume viés negativo, impondo a não intervenção estatal, que só pode se configurar mediante atividade legislativa que, acrescentando-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conteúdo mínimo da livre iniciativa. (TAVARES, 2006, p. 240)

Na defesa da livre iniciativa constitucionalmente tutelada, Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 115) lembra a relação existente a garantia da liberdade de iniciativa como garantia também do direito de propriedade e, por esta razão, entende que o empresário, por situar-se em um mercado livre, deve definir “o que produzir, como produzir, quanto produzir e por qual preço vender”.

A livre iniciativa de que se trata no presente trabalho, portanto, toca também outras liberdades e direitos igualmente garantidos pelo texto constitucional, tais como a liberdade de trabalho (art. 5º, XIII), liberdade de empresa (art. 170, parágrafo único), a propriedade privada (art. 5º, XXII), dentre outros, consistindo efetivamente em uma “projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas” (REALE, 1992, p.249)

Entretanto, em que pese já tenha sido demonstrado como a livre-iniciativa encontra amparo no texto constitucional, uma série de limitações também lhe são impostas no mesmo diploma (art. 7º, CF/88), por paradoxal que possa parecer, haja vista não se tratar de princípio absoluto.

Tais limitações, todavia, decorrem da constatação da necessidade de garantia de realização da plurívoca justiça social e do bem-estar coletivo, não sendo, assim, justificativa para a negação da essência liberal do referido princípio. “O importante, contudo, é notar que a regra é a liberdade” (BASTOS, 2000, p. 114).

Assim, como bem preceituou Tércio Sampaio Ferraz (1989, p. 77) a liberdade de iniciativa contempla “a espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes.”

Facilmente, pois, alcança-se a compreensão das dimensões da livre iniciativa tanto como um garantia de liberdade individual, como de um veículo de benefício para a sociedade como um todo, seja através da tributação que indiscutivelmente oxigena o sistema social do Estado, seja através da eficiência alocativa de um mercado funcional que além de produzir riqueza, produz espaços democráticos de desenvolvimento das liberdades de seus atores, à exemplo dos consumidores.

Desta compreensão decorre que tendo como regra – oriunda do máximo comando constitucional – a liberdade, esta não somente pode como deve ser limitada pelo Estado quando e tão somente ameaçar direitos e interesses da coletividade.

Especialmente no que toca o conflito frequentemente observado entre o princípio da livre iniciativa e os demais princípios que integram a Constituição de 1988, nos moldes do Estado por ela constituído, tem-se que

o princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa, corrige-se com a definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do abuso de poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade. (MOREIRA NETO, 1989, p28)

O direito dos consumidores, portanto, funciona como baliza para o manejo do Estado com a livre iniciativa. Indiscutivelmente deve, o Estado, restar atento ao mercado para impedir que em nome da liberdade de iniciativa, esta se sobrepuje aos consumidores, de forma a negar-lhes a liberdade de coexistência no mesmo espaço institucional.

Assim, além da devida regulamentação do cenário econômico, ao Estado cabe a garantia da livre concorrência, tanto em razão da orientação constitucional neste sentido (art. 170, IV), como em atenção aos demais princípios da ordem econômica, uma vez que em um mercado competitivo, muito mais se pode garantir em matéria de liberdades individuais aos agentes e consumidores.

Pela via da competitividade, garante-se a identidade democrática da eficiência alocativa de que trata Paula Forgioni (2012, p.167) quando se refere à valorização da sociedade como determinante à atribuição de preços no mercado e eficiência produtiva, quando menciona as transmutações que as empresas se auto-submetem para permanecerem e prosperarem no mesmo espaço.

Assim, a liberdade de concorrência tanto toca o ideal democrático da constituição ao afinar-se com as origens da livre iniciativa que repudiava a manutenção de privilégios, valorizando pois a igualdade entre os agentes; como contempla a defesa do consumidor de que trata o art. 170, V da Constituição, proporcionando-lhes maiores opções e liberdade, por consequência.

Desta forma, tendo em vista o próprio constituinte ter elevado o princípio da livre iniciativa à condição de fundamento do Estado brasileiro, apontando a sua relevância para todo o ordenamento jurídico, não se pode, sob o pretexto de realizar qualquer outro princípio constitucional, negar-lhe.

Isto porque, como bem entende Mello (1999, p. 490-491), não haveria como recepcionar a negativa de um princípio constitucional de tamanha relevância, pelo discurso a partir de um parágrafo do texto constitucional, se o mesmo artigo, tanto em sua cabeça, quanto em seus incisos, ratificam-no. Nas palavras do autor, tal conduta consistiria em verdadeiro

“disparate interpretativo”, na medida em que “um fundamento constitucional que pudesse ser arredado por obra de legislação ordinária ou um princípio que esta pudesse menoscabar, a toda evidência, nada valeriam e o constituinte seria um rematado tolo se houvesse pretendido construí-los com tal fragilidade.”

A Constituição de 1988 tutela como nenhuma outra antes o bem da dignidade da pessoa humana e declara expressamente a sua intenção em promover uma sociedade justa e igualitária. A orientação da Ordem Econômica, por sua vez, não diverge de tais diretrizes razão pela qual, a iniciativa privada ao mesmo tempo que possui a liberdade de atuação garantida pelo texto constitucional (livre iniciativa) também possui deveres para com os seus empregados, em atenção à valorização do trabalho humano; compromissos com os seus fornecedores e consumidores, à exemplo do direito à informação que contempla o princípio da boa-fé; obrigações para com os seus vizinhos e com a comunidade em geral, estes titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; e, por fim, obrigações tributárias que, por contribuírem para o financiamento da estrutura do Estado e prestação de serviços públicos, constituem-se diretamente responsabilidade social.

Entretanto, a conformação de tais princípios não pode se afastar do objetivo de harmonizar o desenvolvimento econômico e a garantia da liberdade de iniciativa com os demais projetos constitucionais atinentes à justiça social, sob pena de incorrer em dirigismo, esta uma opção já superada pela evolução histórica; assim como imposição de verdadeira subversão de papéis, posto, como entende Barroso (2002, p. 16), pretender que a iniciativa privada, ao invés de direcionar seus atos à obtenção de lucro, busque a consecução das obrigações destinadas ao Estado.

2. PARA QUÊ O ESTADO REGULAMENTA A ECONOMIA NO BRASIL?

Entender a forma com que o Estado está legitimado para regulamentar a economia, pressupõe a prévia compreensão do simbolismo da Constituição de 1988 para as esferas política e jurídica nacionais.

Isto porque, antes de qualquer outro reflexo, a Constituição de 1988 arremessa o rompimento com um regime ditatorial que por 21 anos oprimiu a sociedade brasileira e, por trazer consigo a herança da inefetividade constitucional - em virtude da falta de força normativa das constituições de outrora, somadas à falta de vontade política em executá-las (BARROSO; BARCELOS, 2003, p. 2) – preconiza pela sua projeção em todo o ordenamento jurídico vigente.

Assim, uma vez que no cenário nacional eclodia o nacional-desenvolvimentismo (CASTRO, 2015, p.136) orquestrado à reprodução mundial do capitalismo, o papel do Estado

na economia foi reformulado para fins de atender à dinâmica da globalização em que “a exaustão financeira, a ausência de condições para o desenvolvimento de atividades econômicas, a conveniência de se ter a desestatização de empresas, dentre outras” clamavam pela redução da indução pública da economia e da sociedade como um todo. (FIGUEIREDO, 2007, p. 3)

Logo, a Constituição de 1988 ao mesmo tempo em que aspirava a participação popular na formulação de políticas públicas como forma de resgatar a legitimidade do Estado, também constituía nsse mesmo Estado o poder de intervir na economia para promover uma sociedade justa, em traço marcadamente social democrata.

Como fundamento da então constituída democracia, a Constituição de 1988 traz logo em seu artigo 1º a soberania (política e econômica), a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa e o pluralismo político. Ou seja, afirma seu caráter burguês através do reconhecimento da cidadania, que pressupõe representatividade política; opta pelo modo capitalista de produção na medida em que legitima os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e exalta a democracia, através da aceitação da dissidência através do pluripartidarismo.

Ao construir um Estado prestador de serviços públicos, por sua vez, a Constituição de 1988 manifesta um caráter antiliberal e a forma arredia com que a sociedade brasileira encara qualquer conduta abstencionista do Estado, na mesma linha, aponta a legitimidade de que tal formato institucional desfruta. Ao brasileiro, “a abstenção do Poder Público, omissa na continuidade de suas prestações, é tão abusiva como a violação de direitos individuais”. (TÁCITO, 2001, p. 24)

Por esta razão, o modelo de Estado estabelecido pela Constituição de 1988 tem como obrigação – e declara expressamente tal propósito – prestar com excelência serviços de saúde, educação, assistência e intervir para promover a geração de empregos, controlar a inflação e equilibrar outros atores da dinâmica de mercado. “O centro de gravidade da ordem jurídica caminha do individual para o social” (TÁCITO, 2001, p. 23)

Entretanto, apesar da sociedade legitimar e ratificar tal formato de Estado, é indispensável ter-se a coerência de reconhecer a importância da viabilidade econômica de tal projeto, o que somente pode ser alcançado através do mercado e da política econômica, financeira e tributária.

É neste aspecto que a devida valorização da livre iniciativa se ressalta, pois o financiamento das inúmeras políticas públicas prometidas pelo texto constitucional só é viável mediante o devido desenvolvimento econômico nacional e este não se constitui distante da saúde do mercado, nacional e internacional.

Até mesmo porque, a centralidade social que caracteriza a Constituição de 1988 não consiste na opção pelo socialismo (SILVA, 2007, p. 120), haja vista a própria Constituição assegurar a livre iniciativa como fundamento e princípio da Ordem Econômica, exaltando a livre concorrência e prevendo a apropriação privada dos meios de produção.

Assim, fala-se em intervenção do Estado na ordem econômica pela via da subsidiariedade, ou seja, não de forma espinhal, mas sim através da atuação direta em casos residuais e, em regra, pelo fomento e disciplina. Por fomento, o Estado interfere em apoio à iniciativa privada, o que acontece com os incentivos fiscais e financiamentos públicos, por exemplo; ao passo que por disciplina, tem-se a valiosa intervenção do Estado em prol da harmonia da ordem, genuinamente em atuação de cunho institucional favorável ao desenvolvimento das atividades próprias do mercado, as quais necessitam da segurança jurídica conferível pela adequada atuação interventiva do Estado através, por exemplo, da definição de sólidas “regras do jogo”, que nas palavras de Barroso (2002) confundem-se os princípios de funcionamento².

A intervenção e o fomento orientam-se por paradigmas opostos, vez que aquela só pode ser exercida por exceção, nos limites da previsão constitucional, e este, goza de maior discricionariedade, na medida em que o fomento pode se estender, dentro das possibilidades do Estado, até o alcance de sua finalidade. A disciplina, entretanto, é que consiste na modalidade de intervenção mais importante para os fins deste estudo.

A modalidade de intervenção por disciplina pressupõe uma atuação do Estado como agente fiscalizador, ou seja, através da regulação e normatização o Estado define as regras – através da edição de leis e regulamentos administrativos - que deverão orientar os atores do mercado, concedendo direitos, restringindo condutas e condicionando o exercício de determinadas atividades em favor do interesse coletivo. Através da disciplina o Estado, legitimamente, prescreve programas a serem atingidos pela ordem econômica em prol do interesse comum.

Assim, patente é a relevância da nitidez que devem ostentar os limites e fundamentos da disciplina do Estado sobre a atividade econômica, sob pena de subverter-se tanto a ordem legal sobre a qual se funda essa atuação institucional, como de degenerar os produtos que a mesma ambiciona alcançar, tal como um mercado funcional em prol da coletividade. Logo, como limites, destacam-se os princípios da livre iniciativa e da razoabilidade e como

² Por princípios de funcionamento, conforme melhor analisado nas linhas que seguem, entende-se os princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente. (Art. 170, I a VI)

fundamentos válidos, a garantia mesma da livre iniciativa e livre concorrência – corolário daquela – a valorização do trabalho humano, e os demais princípios de funcionamento da ordem econômica.

Portanto, a disciplina do Estado na atividade econômica que se faz cabível e legítima em estados que optaram pelo capitalismo é favorável ao funcionamento do mesmo, garantindo a harmonia de seus valores e fundamentos. Aqui, então, fala-se na livre iniciativa e no valor social do trabalho humano como balizadores que orientam a disciplina na Ordem Econômica de 1988.

O Estado deve, pois, assim, intervir para implementar políticas públicas, corrigir distorções, dentre outros, mas nunca para “substituir o mercado em seu papel central do sistema econômico.” (BARROSO, 2002, p. 21)

Neste sentido, a livre iniciativa não somente justifica a intervenção disciplinadora do Estado, como também a faz imperiosa, exigível, para por exemplo garantir a livre concorrência - através da disciplina de determinadas atividades, posto que a defesa da liberdade simples é a defesa da força, razão pela qual a intervenção do Estado na ordem econômica se justifica pelo combate à arbitrariedade do poder econômico e financeiro. (SHIEBER, 1966, p. 2) - e a valorização do trabalho humano; e a preservação dos princípios trazidos pelos incisos I a VI do art. 170 da CF/88, ditos princípios de funcionamento.

A liberdade aos agentes econômicos, portanto, versa pela prosperidade das sociedades que a garantem, ao passo que a centralização da economia na figura do Estado, aponta em sentido oposto, pelo produto da timidez do empreendedorismo e produção de riqueza.

Desta forma, ao Estado mais parece legítimo e eficaz garantir a liberdade de iniciativa – não por opção, mas por comando constitucional, conforme já apontado – e a segurança institucional para todos os agentes do mercado, que a substituição das engrenagens do mesmo, reproduzindo deformidades.

Verifica-se, portanto, que a regulamentação da economia, no Brasil, se justifica não para frear a dinâmica do próprio mercado, mas sim para garanti-la, em conformidade com os demais valores da ordem jurídica e social. O recorte aqui escolhido aborda questão polêmica em razão da ausência de regulamentação de determinada atividade que se inseriu no mercado, pelo que faz importante a adequada compreensão de quais são as razões de que decorre a atividade regulamentadora da economia no Brasil.

Ao Estado, portanto, através de intervenção indireta na economia, em regra, é permitido regular, normatizar e fiscalizar, com o intuito de preservar direitos de terceiros e até mesmo os interesses da coletividade; contudo, a substituição das decisões dos particulares

inseridos no mercado, sobre quando e como – tradicionalmente ou por meio de inovação e criação de um novo negócio - vão desenvolver suas atividades com a liberdade de iniciativa que a Constituição lhes assegura, não lhe é legítimo.

Exceção à tal lógica de liberdade, entretanto, se faz quando da concessão ou permissão à particulares para prestarem serviços públicos, os quais majoritariamente competem ao poder público, razão pela qual o Estado, sendo titular de tal obrigação, goza de legitimidade para intervir em dose maior, determinando a forma como tais serviços devem ser prestados pelos particulares

3. O QUE NOS DIZ O CASO UBER?

Há pouco mais de um ano a entrada do aplicativo Uber no mercado brasileiro de transporte individual de passageiros vem trazendo polêmicas que, não surpreendentemente, bateram às portas do Judiciário.

Alegando tratar-se de concorrência desleal e prestação de serviço clandestino em desacordo com as normas vigentes, bem como atentatória aos consumidores, e revel à autorização do Poder Público, os taxistas pleitearam em sede de liminar a suspensão das atividades do Uber no Brasil.

O Uber, por sua vez, narra que o aplicativo consiste em plataforma tecnológica que permite estabelecer a conexão de motoristas profissionais e pessoas interessadas em contratá-los, não representando qualquer agressão à ordem jurídica vigente, vez que busca fomentar o empreendedorismo, bem como a prestação de um serviço de qualidade, o qual é monitorado pela empresa a partir da transparente avaliação feita pelos usuários; e não se confunde com o serviço público prestado pelos taxistas, apesar das indiscutíveis semelhanças entre os mesmos³.

Em que pese a inexistência de regulamentação específica para a atividade – a qual, como já dito, apesar de suas semelhanças com os taxistas, com ela não se confundem, conforme será analisado em seguida – o Uber informa que além da avaliação satisfatória dos usuários, a permanência dos motoristas na plataforma exige a obediência a uma série de critérios relacionados à segurança, luxo e conforto dos automóveis.

Informa, ainda, que todas as informações atinentes à prestação do serviço são prévia e adequadamente passadas aos consumidores, em respeito à transparência que lhes é de direito, possibilitando-lhes o pleno exercício de autonomia contratual.

³ Registre-se que a própria natureza do serviço prestado pelos taxistas – se público ou privado – merece cautelosa discussão, o que não será desenvolvido neste trabalho em razão do necessário recorte de sua dimensão.

Pois bem. Não raras são as evidências dos benefícios trazidos ao consumidor por um mercado competitivo, ao exemplo do que o Conselho de Administração e Defesa Econômica (Cade) revelou através de estudo realizado por seu Departamento de Estudos Econômicos quanto à não projeção de reflexos significativos no mercado consumidor de serviços de táxi em razão da entrada do Uber no mercado, ou seja, a demanda contemplada pelo referido serviço não coincide com aquela que faz uso do transporte fornecido pelo contestante.

Assim, o que se percebe é que a existência de concorrência no mercado, através da diversificada oferta de prestação de serviços, além de proporcionar uma eficiência alocativa, a qual se reflete inclusive nos valores praticados no mercado, também proporciona um alcance de demandas outrora reprimidas pela ausência de opções atraentes ou acessíveis ao referido público.

Neste particular, percebe-se que ao trazer a livre concorrência como princípio da ordem econômica (art. 170, IV, CF), o constituinte não o fez por mera prescrição subjetiva, mas sim em razão da sua importância para a concretização dos demais objetivos da mesma ordem, quais sejam a defesa do consumidor, a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades regionais e sociais, dentre outros.

Em tempo, registre-se que há no Brasil uma Política de Mobilidade Urbana, instituída pela Lei 12.587/2012, que além de contemplar absolutamente o serviço prestado pela Uber – o qual, frise-se, entende-se não se tratar de serviço de transporte público individual disciplinado pelo art. 4º, VIII da referida lei, apesar de seu manifesto interesse público demonstrado pela eficiência na mobilidade de particulares – toca em questões tais como os impactos positivos ao meio ambiente projetados pela redução do número de veículos automotores em circulação nos centros urbanos e a eficiência do transporte urbano, coadunando-se aos princípios e diretrizes trazidos pelos arts. 5º e 6º da mesma legislação⁴.

⁴ Art. 5º A Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos seguintes princípios: I - acessibilidade universal; II - desenvolvimento sustentável das cidades, nas dimensões socioeconômicas e ambientais; III - equidade no acesso dos cidadãos ao transporte público coletivo; IV - eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano; V - gestão democrática e controle social do planejamento e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana; VI - segurança nos deslocamentos das pessoas; VII - justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do uso dos diferentes modos e serviços; VIII - equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros; e IX - eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana. Art. 6º A Política Nacional de Mobilidade Urbana é orientada pelas seguintes diretrizes: I - integração com a política de desenvolvimento urbano e respectivas políticas setoriais de habitação, saneamento básico, planejamento e gestão do uso do solo no âmbito dos entes federativos; II - prioridade dos modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado; III - integração entre os modos e serviços de transporte urbano; IV - mitigação dos custos ambientais, sociais e econômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas na cidade; V - incentivo ao desenvolvimento científico-tecnológico e ao uso de energias renováveis e menos poluentes; VI - priorização de projetos de transporte público coletivo estruturadores

Assim, a competitividade do referido mercado, instituída pela integração de mais um ator (fornecedor) na dinâmica, além dos já referidos benefícios trazidos ao consumidor e ao mercado de trabalho, projeta legitimidade também quanto a outros fins igualmente contemplados pelo ordenamento jurídico vigente.

Não se fala, contudo, de aversão ou negativa de regulamentação da atividade, até mesmo porque, conforme já tratado nos tópicos anteriores, a modalidade de intervenção do Estado na economia por disciplina se desenvolve com absoluta legitimidade à luz das previsões e garantias constitucionais de subsidiariedade de tal intervenção.

A regulamentação da atividade desenvolvida pela Uber, entretanto, se dá em prol da segurança jurídica tanto dos demais agentes do mercado econômico – dentre eles, os consumidores – como também da própria empresa, a qual, diante de regras e condicionamentos sólidos e pré-determinados, consegue prever o custo de suas ações no mesmo espaço.

Não se admite, contudo, é uma excessiva regulamentação da atividade desenvolvida pelo Uber em razão de ser esta uma atividade privada e não pública, como pretendem fazer crer os taxistas que impugnam a atuação em comento.

Fala-se, então, em cálculo de custos da atuação sobretudo para tratar da auto responsabilização - de particulares e fornecedores – como uma via eficiente de funcionamento do mercado através da identificação de um ponto ótimo de relacionamento entre a liberdade de iniciativa e a regulação do mercado.

Em outras palavras, na medida em que fornecedores possuem sua liberdade garantida por um sistema institucional sólido e confiável, em cujo além das garantias, a infração às suas regras também projeta consequências, assumir postura agressiva ao mercado significa inafastavelmente pagar o caro preço de se excluir do mercado, o que presume-se não ser o objetivo de qualquer empresa.

A dinâmica de funcionamento do Uber é absolutamente favorável à auto responsabilização a que se refere este trabalho, na medida em que os próprios usuários do serviço funcionam como termômetro de avaliação da qualidade da prestação, avaliando o mesmo após a sua finalização e determinando a sua permanência ou exclusão no sistema.

Em tempo, cumpre esclarecer que a defesa da adequada regulamentação do mesmo serviço e a nobreza de seus reflexos ao mercado só não pode ser subvertida para a compreensão

do território e indutores do desenvolvimento urbano integrado; e VII - integração entre as cidades gêmeas localizadas na faixa de fronteira com outros países sobre a linha divisória internacional.

de que a ausência de tal regulamentação seja razão para negativa da liberdade de iniciativa, sendo esta fundamento da República e princípio fundante da ordem constitucional. Afinal, para quem o mercado deve ser funcional? Aqui não parece que a resposta mais adequada à esta pergunta seja “para a manutenção de privilégios de mercado”, o que de fato traduziria a negativa às inovações trazidas pelo Uber.

Repise-se que a regulamentação adequada do mercado tem como legitimidade os benefícios trazidos para a harmonia do mesmo. Portanto, tendo em vista o serviço prestado pelo Uber não se confundir com transporte público individual de passageiros⁵ e assim, ao tempo, ainda não possui regulamentação própria, tal inexistência não justifica a proibição de sua atuação em benefício dos serviços semelhantes já regulamentados, até mesmo porque em que pese inexista regulamentação própria ao Uber, este não desenvolve suas atividades sem a incidência da legislação consumerista, tributária, trabalhista e de mobilidade urbana em vigor, não estando, desta forma, à deriva no mercado econômico.

Quando a atuação do Uber recebe a acusação de praticar concorrência desleal em razão de prestar um serviço semelhante ao já regulamentado serviço de táxi, sem contudo se submeter às regras impostas à esse, cabe a cautela de analisar onde repousa a apontada deslealdade. Quem está sendo desleal com quem? O Estado está sendo desleal com o mercado? O mercado está sendo desleal com os consumidores?

Repise-se que o papel que a livre iniciativa ocupa no ordenamento jurídico pátrio, ao ser tratada com tanto esmero pelo constituinte faz com que a sua negativa seja excepcional e extremamente justificável. A natureza do serviço pode ser uma boa justificativa, tendo em vista que os serviços públicos, ainda que prestados por particulares, não se orientam pela mesma lógica de liberdade das atividades econômicas estrito senso, devendo ser devidamente reguladas pelo Estado. Entretanto, nem todas as atividades econômicas devem ser amplamente regulamentadas, à exemplo daquelas exercidas em regime privado.

Perceba-se que em que pese a Constituição seja silenciosa quanto à natureza do serviço de transporte individual– se público ou privado – e inexistirem elementos objetivos hábeis a definir tal característica⁶, a Lei 12.587/2012 prevê em seu art. 3º, §2º a modalidade de transporte público e privado. O transporte coletivo indiscutivelmente consiste em serviço público; contudo, o transporte individual de pessoas, por não ser um serviço diretamente relacionado

⁵ Tendo em vista que o serviço de transporte público individual restar disciplinado pela Lei 12.468

⁶ A dificuldade de definição do que consiste em serviço público e o que não o é inspirou a doutrina a sugerir alguns aspectos de identificação, tais como o subjetivo, relacionada à prestação do serviço pelo Estado; o objetivo, relacionado à natureza da atividade, manifestamente satisfativa das necessidades coletivas; e o formal, correspondente à submissão ao regime de Direito Público (MEIRELES, 1994, p.294)

com a garantia de direito fundamental – o que para Marçal Justen Filho (é inafastável à caracterização do serviço público – não legitima a imediata negativa de liberdade de iniciativa para tal atividade econômica, o que, em verdade, assume caráter de excepcionalidade na ordem jurídica vigente.

Assim, por não ser o Uber um serviço público, não há razão para exigir do mesmo exatamente o que se exige dos taxistas, vez que esta atividade, sim, possui regulamentação legal própria como serviço público – ainda que não seja unânime tratar-se de tal natureza jurídica.

Lembre-se, também, que o Uber possui uma série de exigências e requisitos básicos e necessários à qualidade do serviço, tais como a habilitação dos motoristas para exercer tal atividade em caráter profissional. Assim, é sempre a lógica da excelência, conforto, qualidade e segurança na prestação do serviço que justificam a regulamentação da atividade privada pelo Estado, no contra fluxo da liberdade de iniciativa. Regulamenta-se para que a liberdade de iniciativa não ofenda os direitos dos consumidores, os direitos dos trabalhadores, o meio ambiente, a dignidade da pessoa humana, etc.

Em tempo, tratando-se o Uber de modalidade inovadora de prestação de serviço, absolutamente decorrente das previsões constitucionais atinentes às liberdades de iniciativa e empresa, válido é o questionamento se a negativa de atuação deste no mercado condiz com o preceito fundamental de valorização do trabalho humano trazido pela Constituição.

Aqui, há ainda que se apontar que o respeito à liberdade de iniciativa que transversalmente alcança a liberdade de concorrência projeta o benefício para a sociedade concernente à desarticulação política de um grupo determinado – os taxistas – o qual, por ocupar privilegiada posição em mercado reservado, se vê investido de poder de barganha e pressão política que, em verdade, não lhe é legítimo. Neste sentido, o exercício do direito de petição – que, inclusive, neste caso foi praticado repetidas vezes, como tentativa de coação ao Poder Judiciário⁷ - é utilizado para tentar subverter a ordem do sistema jurídico, no afã de negar princípios constitucionais através de prestação jurisdicional, à margem da legitimidade do mesmo sistema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁷ Coação, esta, que se estendeu às ruas, no protesto realizado no Rio de Janeiro, em 01 de abril de 2016, onde além da concentração de taxistas na frente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, houve a perseguição de um carro preto conduzido por um policial militar, tão somente em função de uma confusão, onde pensavam tratar-se de carro do Uber e, por esse motivo, pretendiam agredí-lo fisicamente. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/04/1756341-taxistas-fazem-manifestacao-contr-o-uber-no-rio.shtml>>

Ao final, então, retoma-se a pergunta do início: Para quem o mercado deve ser funcional?

Isto porque, diante da demonstrada compatibilidade das atividades do Uber com os ditames constitucionais, vez que orientada pela liberdade de iniciativa, liberdade de empresa e valorização do trabalho humano e inovações, não representa qualquer agressão aos demais princípios, tais como a defesa do consumidor; as impugnações à sua atuação mais parecem tentativa de manutenção de privilégios num mercado que, apesar de regulado pelo Estado, pretende-se livre.

Verifica-se, portanto, que a liberdade de iniciativa, fundamento da República e princípio fundante da ordem econômica, apesar de cautelosamente tratada pelo constituinte, ainda esbarra em tentativas de subversão da ordem posta.

Desta forma, diante de movimentos próprios da dinâmica de mercado, os quais nem sempre agradam simultaneamente à todos os atores e setores, o Estado é provocado a intervir em proporção superior à almejada pela Constituição, no contra fluxo da dinâmica legalmente constituída.

Contudo, se a resposta à pergunta acima for “à sociedade” ou, ainda, “à ordem jurídica em vigência”, pela análise feita, o que se conclui é que o Uber não traz qualquer agressão ou prejuízo aos mesmos. Aos consumidores, estimula a livre concorrência e um mercado mais competitivo e diversificado; ao trabalho humano, fomenta o empreendedorismo e inovação; à mobilidade urbana, auxilia em absoluta consonância com a legislação que regulamenta tal política; e aos taxistas, representa concorrência, é verdade, mas não de forma desleal, como afirmado, vez que por não se tratar de prestação de serviço da mesma natureza, não necessita ser submetido ao mesmo regime jurídico daqueles.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARCELOS, Ana Paula de.; BARROSOS, L. R. O começo da história. a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Interesse Público**, v.5, n. 19, p. 51-80, 2003.

BARROSO, L. R. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), v. 795, p. 55, 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: IBDC, 2000.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico: Obras Completas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

CASTRO, Matheus Felipe de.; MEZZAROBBA, Orides. **História ideológica das constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015

FERRAZ, Tercio Sampaio. “Congelamento de Preços – Tabelamentos oficiais”. In; **Revista de Direito Público**, nº 91, 1989.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A Evolução da Ordem Econômica no Direito Constitucional Brasileiro e o Papel das Agências Reguladoras. **Revista da AGU**, v. 6 n. 13 ago. 2007.

FORGIONI, Paula. “princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais. A formatação jurídica do mercado brasileiro”. **Revista do Advogado**, nº 117, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19º ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1998**, Rio de Janeiro: APEC, 1989.

REALE, Miguel. “O Plano Collor II e a intervenção do Estado na ordem econômica” In: **Temas de Direito Positivo**. São Paulo: RT, 1992

SHIEBER, Benjamin M., **Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TÁCITO, Caio. **A Constituição de 1988**. In: PORTO, Walter Costa (Org.). *Constituições brasileiras: 1946*. 2. Ed. Brasília: Senado Federal e MC&T/Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. VII.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2006