

REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE AS OPERADORAS DE TECNOLOGIA DE TRANSPORTE CREDENCIADAS: O CASO DA UBER

Amanda Lucena Lira¹

Cássio Nunes De Lira Braga²

Resumo: O presente artigo científico visa analisar, sob uma perspectiva constitucional, tributária e contratual, as OTTCs (Operadoras de Tecnologia de Transporte Credenciadas), assim definidas por Decreto da Prefeitura Municipal de São Paulo, que objetivou regulamentar a atuação de empresas como a Uber. Em outros Municípios as OTTCs não foram alvo de uma regulamentação, e os conflitos entre taxistas e motoristas da Uber ainda persistem. Desse modo, em uma perspectiva jurídica, propõe-se, aqui, um debate sobre a natureza dos serviços prestados entre a Uber e seus motoristas e entre os motoristas e os passageiros; uma análise tributária da questão; e, naturalmente, considerações baseadas na Magna Carta quanto à livre iniciativa.

Palavras-Chave: OTTC. Uber. Livre Iniciativa. ISS. Contratos.

Abstract: This scientific paper aims to analyze, under a constitutional, tax and contractual perspective, OTTCs (Transport Technology Operators Accredited), as defined by Decree of the City

¹ Advogada no Escritório Afonso, Garini, Costa, Bellini & Porto Advogados (São Paulo). Pós-graduação em Direito Societário pela Fundação Getulio Vargas (FGV-SP).

² Advogado. *Master of Laws* em Direito Empresarial pela Fundação Getulio Vargas (FGV-RJ).

of São Paulo, which aimed to regulate the activities of companies like Uber. In other municipalities the OTTCs were not legalized, and the conflict between taxi drivers and Uber's drivers still persist. Thus, in a legal perspective, it is proposed here a debate about the juridical nature of the services provided between the Uber and its drivers and between drivers and its passengers; a tax analysis of the issue; and, of course, considerations based on the Constitution taking into account the free initiative right.

Keywords: OTTC. Uber. Free Initiative Right. ISS. Contracts.

1 INTRODUÇÃO



As relações sociais não são estáticas. No decorrer do tempo, a humanidade modifica o modo como interage. Nas últimas décadas, houve o surgimento de diversas novas tecnologias, as quais acarretaram uma mudança na realidade, cujo resultado foi a modificação, também, da maneira de interação entre os indivíduos. Isto porque as relações, que eram predominantemente presenciais, foram, gradativamente, migrando para o ambiente digital. Incluem-se neste grupo as relações negociais. Surgiu, assim, a era da Economia Digital³.

O surgimento de novos cenários, que modificam as relações da sociedade, é, geralmente, acompanhado pela atividade legiferante, com o objetivo de promulgar normas capazes de alcançar as novas relações. As leis norteiam as relações dos cidadãos entre si, bem como aquelas entre o Estado e as pessoas (físicas ou jurídicas). Desse modo, não há surpresa no fato de que o Estado vem buscando legislar a fim de regular economia em ambiente digital.

³ Expressão cunhada por Nicholas Negroponte, em seu livro “*Being Digital*”, cuja versão em português recebeu o título de “Vida Digital”.

A atividade promovida pelo aplicativo da Uber vem sendo alvo de polêmicas, notadamente em face do confronto com taxistas, que alegam estar submetidos à burocracia estatal e à tributação para que estejam aptos à função de transporte, ao contrário dos motoristas da Uber, que precisam preencher requisitos mais simples para atuar. Da mesma maneira que a eletricidade surgiu ocupando o espaço das lamparinas, o celular foi desenvolvido em detrimento do orelhão e do telefone fixo; a Uber, de certa maneira, em detrimento do táxi.

A nova tecnologia, que visa facilitar⁴ o transporte individual privado de pessoas, vem ganhando espaço no mercado, e há um debate em torno de sua natureza jurídica e do formato de regulamentação que deve ser dado ao serviço. O artigo em evidência se dispõe a tecer comentários introdutórios à problemática da Uber e demais OTTCs (Operadoras de Tecnologia de Transporte Credenciadas), sob uma perspectiva constitucional, tributária e contratual.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA E DO LIVRE MERCADO

A Constituição Federal determina que a livre iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil⁵ (CF, artigo 1º,

⁴ Em uma perspectiva urbanística, a Lei 12.587/2012 rege as diretrizes da Política Nacional e Mobilidade Urbana (PNMU), que tem por objetivo contribuir 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. Dentre os princípios da PNMU, citam-se os seguintes: desenvolvimento sustentável das cidades, nas dimensões socioeconômicas e ambientais; equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros; e eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana;

⁵ “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”.

IV) e da ordem econômica (CF, artigo 170⁶). Prevê, também, em seu artigo 5º, XIII⁷, como forma de concretizar o fundamento, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

Desse modo, nem mesmo o poder de tributar poderia conduzir ao aniquilamento da livre iniciativa (GANDRA, MENDES, NASCIMENTO, 2012). Até mesmo a tributação extrafiscal⁸ – com perfil indutor – deve deixar espaço para que o cidadão escolha praticar o fato gerador tributável ou não.

O Ministro do STF Luís Roberto BARROSO (2011), em explicação bastante clara, expõe que, além de ser um princípio fundamental do Estado brasileiro, a livre iniciativa é também um princípio geral da ordem econômica:

A livre iniciativa funciona, em primeiro lugar, como um dos fundamentos do Estado brasileiro, isto é, um dos seus princípios fundamentais inscritos logo no art. 1º, ao lado da soberania, cidadania, dignidade humana, valores sociais do trabalho e pluralismo político. A livre iniciativa é uma expressão da ideia geral de liberdade, e faz parceria com outros princípios constitucionais relevantes, como o da legalidade e o da autonomia da vontade. Nesse sentido, ela transcende uma dimensão puramente econômica, significando que a regra geral, em todos os domínios, é que as pessoas sejam livres para suas escolhas existenciais, profissionais, filantrópicas, de lazer etc. (...) Além de ser um princípio fundamental do Estado brasileiro, a livre iniciativa é também um princípio geral da ordem econômica. Isso significa uma clara opção por um regime de economia de mercado – que gravita em torno da lei da oferta e da procura – e não de uma economia planificada, em que os agentes econômicos são obrigados a seguir as diretrizes estatais. Ao contrário, o art. 174 da Constituição especifica que o planejamento econômico é “determinante para o setor público e indicativo

⁶ “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: [...]”.

⁷ “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

⁸ Conforme explica BRAGA (2014, p. 117), “a extrafiscalidade vai além da finalidade de arrecadar (...) Busca induzir comportamentos, ordenar, regular, cumprindo uma função social”.

para o setor privado”.

A livre iniciativa é fundamento do Estado Brasileiro e decorre do direito fundamental que é a liberdade. Desse modo, imperioso reconhecer que a Constituição Federal deu especial ênfase ao estabelecimento do sistema capitalista (de viés social) ao perfil econômico do Brasil. Desse modo, existe liberdade ao empreendedorismo, desde que não existe vedação legal ou constitucional.

Ademais, BARROSO (2011) desenvolve seu raciocínio no sentido de que o preconceito contra a iniciativa privada deve ser superado, vez que ela é melhor geradora de riquezas do que o Estado. O Estado deve se prestar consideravelmente ao estabelecimento das regras de jogo:

Precisamos superar essa visão, que está por trás de uma concepção de que o Estado deve ser protagonista de tudo. Governo é para garantir as regras do jogo, criar infraestrutura e ajudar os pobres, arrecadando tributos com eficiência e justiça fiscal, redistribuindo renda, bancando programas sociais e, sobretudo, prestando serviços públicos de qualidade. Excepcionalmente, em áreas estratégicas, é possível ter o Estado atuando diretamente em atividades econômicas. Mas, como regra, não em regime de privilégio, de exclusividade, de monopólio.

Seguindo-se tal raciocínio, deve-se valorizar o empreendedorismo no Brasil. Ao longo dos últimos anos, o Estado se agigantou, passando-se a ideia de que ele deveria ser o protagonista na economia⁹. No entanto, o Estado produz pouquíssimas riquezas, sendo a sua maior parcela de financiamento proveni-

⁹ A propósito, cite-se a seguinte Ementa: A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa." (RE 422.941, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 5-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-3-2006.) No mesmo sentido: AI 754.769-AgR, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 18-9-2012, Segunda Turma, DJE de 4-10-2012.

ente de receitas derivadas (a incluir os tributos pagos pelas pessoas jurídicas de direito privado).

Dessa maneira, seria impossível afastar a possibilidade de funcionamento de empresas como a Uber, vez que não existe vedação legal para tanto e a Constituição Federal assegura o direito à livre iniciativa e liberdade de mercado¹⁰. Como será explicado no tópico 5, não cabe ao Município proibir o exercício das chamadas OTTCs (Operadoras de Tecnologia de Transporte Credenciadas), sendo exigível uma regulamentação apta a solucionar conflitos entre taxistas e motoristas privados.

3 UBER: CONTRATOS E REGULAMENTAÇÃO EM SÃO PAULO

Ao analisar juridicamente a definição do serviço, infere-se que a Uber desenvolve o papel de intermediário da realização de um contrato de transporte entre os consumidores (transportados) e os motoristas proprietários de veículos (transportadores). Os consumidores são os contratantes e os motoristas os contratados, sendo o objeto contratual o transporte individual privado. Conforme os termos e condições de uso da Uber:

Os Serviços integram uma plataforma de tecnologia que permite aos(às) Usuários(as) de aplicativos móveis ou sítios de Internet da Uber, fornecidos como parte dos Serviços (cada qual um “*Aplicativo*”), providenciar e programar Serviços de transporte e/ou logística com terceiros provedores independentes desses Serviços, inclusive terceiros fornecedores independentes de transporte e terceiros fornecedores independentes de logística mediante contrato com a Uber ou determinadas Afiliadas da Uber (“*Prestadores Terceiros*”). A menos que diversamente acordado pela Uber em contrato escrito em separado firmado com você, os Serviços são disponibilizados para seu uso

¹⁰ Vide o seguinte julgado: O art. 5º, XIII, da CR é norma de aplicação imediata e eficácia contida que pode ser restringida pela legislação infraconstitucional. Inexistindo lei regulamentando o exercício da atividade profissional dos substituídos, é livre o seu exercício. [MI 6.113 AgR, rel. min. **Cármen Lúcia**, j. 22-5-2014, P, DJE de 13-6-2014]

pessoal e não comercial. VOCÊ RECONHECE QUE A UBER NÃO PRESTA SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA, NEM FUNCIONA COMO TRANSPORTADORA, E QUE TODOS ESSES SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA SÃO PRESTADOS POR PRESTADORES TERCEIROS INDEPENDENTES QUE NÃO SÃO EMPREGADOS(AS) E NEM REPRESENTANTES DA UBER, NEM DE QUALQUER DE SUAS AFILIADAS.

Diante dessa cláusula, conclui-se que a empresa Uber intermedeia a conexão que será feita entre um motorista privado e um usuário do serviço de transporte, sem que a empresa em si firme um contrato de transporte, assemelhando-se mais a um contrato de corretagem.

O art. 722 do Código Civil expressa que, pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas. Na explicação de RIZZARDO (2015, p. 765), “para que a interferência de uma pessoa em negócios de outrem se qualifique como corretagem, são necessários os seguintes requisitos”, adiante expostos: a) Cometimento a uma pessoa de conseguir interessado para certo negócio; b) Aproximação, feita pelo corretor, entre o terceiro e o comitente; c) Conclusão do negócio entre o comitente e o terceiro, graças à atividade do corretor.

Poder-se-ia caracterizar o contrato celebrado entre a empresa Uber e o motorista particular como um contrato acessório, vez que a partir dele se tem a finalidade de celebração de um outro contrato que, no caso, seria um contrato de transporte entre o motorista e o usuário do aplicativo.

Apesar das semelhanças com o contrato de corretagem, o contrato entre a empresa Uber e seus motoristas parece ser atípico: ora, existe possibilidade de que a pessoa jurídica aplique punições, de acordo com suas próprias regras, aos motoristas, como suspendê-los a partir da avaliação negativa informada pelos usuários, criando-se um liame de dependência justificado

pelo controle de qualidade do serviço.

Já o contrato firmado entre o usuário e o motorista seria um contrato de transporte, e “define-se como contrato de transporte aquele pelo qual alguém se obriga a receber pessoas, coisas ou animais, e levá-los ao seu lugar de destino, como segurança e presteza, mediante o pagamento de um preço” (RIZZARDO, 2015, p. 779). Discussões jurídicas surgirão, sem dúvidas, quando veículos sem motoristas começarem a ser utilizados no mercado¹¹.

No caso atual, o motorista que capta seu cliente a partir da empresa Uber se obriga levar pessoas, coisas ou animais a um lugar de destino, mediante o pagamento de uma certa quantia. Um percentual incide sobre o valor da viagem e vai para a administradora do aplicativo, enquanto o restante é destinado ao motorista.

Assim, verifica-se, em concreto, a celebração de um contrato semelhante ao de corretagem e, por intermédio dele, um contrato de transporte. No mundo jurídico, desse modo, há a prestação de uma espécie de serviço de corretagem e a prestação de um serviço de transporte de passageiros de ordem privada.

Em 2016, a Uber (e congêneres) foi regulamentada através de decreto (Decreto no 56.981 de 10 de maio de 2016), pela Prefeitura de São Paulo. Criou-se a figura das Operadoras de Tecnologia Transporte Credenciadas – OTTCs. O art. 2º desse decreto diz o seguinte: “poderão se habilitar ao credenciamento pessoas jurídicas que sejam titulares do direito de uso de programa, aplicativo ou base tecnológica de comunicação em rede destinado à prestação dos serviços definidos”.

Dessa maneira, São Paulo – Capital passou a exigir um credenciamento das OTTCs e, a partir dela, aplicativos como o

¹¹ Uber lança serviço de carros sem motorista nos Estados Unidos: Opção tem previsão de começar a funcionar nesta quarta-feira (14). Veículos têm tecnologia laser, câmeras e sensores. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/09/uber-lanca-servico-de-carros-sem-motorista-nos-estados-unidos.html>. Acesso em 18 de setembro de 2016.

da Uber necessitam seguir regras e cumprir deveres previstos no Decreto. A contabilização de quilômetros pela empresa deve ser disponibilizada à Prefeitura para que esta tenha ciência das quantias (preço público) que receberá por quilômetro que for rodado pelos motoristas privados.

São deveres das OTTCs fixar tarifas, desde que obedecidos os patamares fixados pelo Comitê responsável; intermediar a conexão entre usuário e motorista mediante adoção de plataforma tecnológica; intermediar o pagamento das corridas; disponibilizar informações sobre os veículos e sobre aspectos da corrida; emitir recibo eletrônico; disponibilizar ao motorista identificador da OTTC para ser colocado na parte externa do veículo; assegurar a não discriminação de usuários, evitando-se a escolha de passageiros específicos; dentre outros.

Descumpridos os deveres, a OTTC poderá sofrer das sanções previstas no art. 11, que consistem em advertências, multas, suspensão do credenciamento e descredenciamento. No caso dessa última sanção, a OTTC ficará suspensa por até 05 anos, não podendo atuar no mercado de São Paulo.

Espera-se uma regulamentação das OTTCs em outros Municípios brasileiros, a exemplo de Recife – Pernambuco. Com frequência vem ocorrendo a apreensão – diga-se, injustificada – de veículos dos motoristas da Uber pela CTTU (Companhia de Trânsito e Transporte Urbano do Recife), naturalmente pela pressão exercida pelos taxistas da cidade¹².

4 REFLEXÕES SOBRE TRIBUTAÇÃO E TARIFAS SOBRE A UBER

¹² CTTU fecha cerco à Uber no Recife. “A disputa pelo transporte individual de passageiros no Recife ganhou novo capítulo. Na tarde de ontem, a CTTU fez uma fiscalização nas imediações do Aeroporto Internacional do Recife/Guararapes - Gilberto Freyre e apreendeu um veículo da empresa. O caso gerou revolta dos motoristas do aplicativo e terminou na delegacia de Boa Viagem. Hoje, eles prometem realizar protesto, às 14h, em frente ao 2º Jardim”. Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vidaurbana/2016/09/09/interna_vidaurbana,664120/cttu-fecha-cerco-a-uber-no-recife.shtml. Acesso em 18 de setembro de 2016.

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), tributo de competência municipal, incide sobre serviços, excluídos os de comunicação e os de transporte intermunicipal e interestadual, mas desde que estejam previstos na Lista Anexa à LC 116/03. O conceito de serviço é bem explicado por PAULSEN (2012):

O conceito constitucional de serviço (“prestação de esforço humano a terceiros, com conteúdo econômico, em caráter negocial, sob regime de direito privado, tendendo à obtenção de um bem material ou imaterial”) abrange:

a) obrigação de fazer (e nenhuma outra); b) serviços submetidos ao regime de direito privado, não incluindo, portanto, o serviço público (porque este, além de sujeito ao regime de direito público, é imune ao imposto, conforme o art. 150, VI, “a” da Constituição);

b.1) que revelem conteúdo econômico, realizados em caráter negocial – o que afasta, desde logo, aqueles prestados “a si mesmo”, ou em regime familiar ou desinteressadamente (afetivo, caritativo);

b.2) prestados sem relação de emprego – como definida pela legislação própria – excluído, pois, o trabalho efetuado em regime de subordinação (funcional ou empregatício), por não estar *in commercium*.

De tal modo, pode-se dizer que mesmo não havendo previsão na lista anexa supramencionada, não incide ISS sobre previsão que não se refira a um serviço. Demais disso, é assegurado na jurisprudência (STJ - REsp: 883254 MG 2006/0047850) que o ISS não incide sobre atividade meio, e somente sobre uma atividade fim.

Os serviços de comunicação e os de transporte intermunicipal e interestadual estão sujeitos somente ao pagamento de ICMS. Diante de um conflito entre a incidência do ICMS e do ISSQN, deve-se incidir o imposto municipal. A justificativa deriva do art. 1º, § 2º da LC 116/03.¹³

¹³ Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Mu-

Deste modo, sobre os serviços previstos na Lista Anexa à LC 116/03 incide, em regra, somente o ISSQN. Se nos itens da lista existir previsão expressa de que também incidirá o ICMS, tem-se uma exceção à regra. Caso não haja previsão na Lista, não incide o ISS, somente incidindo o ICMS, se for o caso (BRAGA, 2016).

Em São Paulo, após intermináveis debates entre a empresa Uber, os motoristas privados e os sindicatos de taxistas, a cidade ganhou uma regulamentação quanto aos aplicativos intermediadores de transporte privado, cujos artigos relativos à cobrança de preços públicos (alguns centavos são exigidos por quilômetro rodado) e ISS serão abaixo transcritos:

Art. 5º São deveres das OTTCs na prestação do transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública:

I – fixar a tarifa, obedecido o patamar máximo estabelecido pelo Comitê Municipal de Uso do Viário (CMUV);

Art. 6º São deveres das OTTCs no que tange os créditos de quilômetros para operação deste serviço:

I – disponibilizar à Prefeitura o montante de quilômetros utilizados pelos veículos cadastrados em sua plataforma;

II – desenvolver mecanismo de cerca eletrônica que permita mensurar quilômetros rodados dentro e fora de perímetros estabelecido pelo CMUV;

III – disponibilizar à Prefeitura o detalhamento do montante total de créditos de quilômetros utilizados pelos veículos cadastrados em sua plataforma;

IV – assegurar a instalação do programa, aplicativo ou base tecnológica de comunicação de sua propriedade somente em smartphones ou tablets que permitam à Prefeitura auditar os dados de consumo de créditos de quilômetros fornecidos;

V – efetuar o pagamento dos créditos de quilômetros correspondente ao volume de operação mensurado em até 2 (dois)

nicipios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. (...)

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

dias úteis da data do fechamento de contabilização dos mesmos.

Art. 22 Todos os serviços de que trata esta Resolução sujeitar-se-ão ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, nos termos da legislação de regência.¹⁴

Sobre o preço público, este consiste em uma tarifa pela prestação de serviços públicos não-essenciais. Acerca destes, que remuneram a prestação de serviço que pode ser atribuído, pelo Poder Público, a empresas privadas, explica TORRES (2011):

O preço público tem caráter vinculado ou contraprestacional, pois visa a remunerar o Estado pela prestação de serviços públicos inessenciais. A não essencialidade do serviço é a característica mais marcante do ingresso e o que o estrema da taxa. O preço público não tem o objetivo de fornecer recursos para as atividades gerais do Estado, nem remunera a prestação de serviços vinculados à soberania ou à essencialidade do exercício do poder público. Remunera, isso sim, o serviço público não essencial, que pode ser atribuído a empresas privadas e que não tem finalidade de garantir os direitos fundamentais.

Ora, o serviço prestado pela Uber e pelos motoristas credenciados tem um aspecto privado. Levando-se em conta, porém, o critério material dado ao conceito de serviço público, destaca-se que o serviço público seria aquele que atende direta e essencialmente à comunidade (CARVALHO FILHO, 2011).

Nesse teor, a regulamentação editada pela Prefeitura de São Paulo, através de decreto, destaca que o serviço em comento tem utilidade pública¹⁵. Diga-se, porém, que a natureza jurídica do valor exigido pela Prefeitura de São Paulo, a título de tarifa, ainda merece ser estudada detalhadamente em outra oportunidade.

¹⁴ Parte-se, aqui, da premissa de que a expressão “legislação de regência” se refere à LC 116/03.

¹⁵ Art. 1º Esta resolução regulamenta o credenciamento das Operadoras de Tecnologia de Transportes Credenciadas – OTTCs para a exploração de atividades de transporte individual de utilidade pública e carona solidária (...).

Especificamente sobre o ISS, vê-se que o art. 22 do decreto destacou que os serviços prestados pelas OTTCs (Operadoras de Tecnologia Transporte Credenciadas) se adequam ao conceito de serviço para efeito de incidência do tributo municipal aqui debatido. É que não cabe à Prefeitura de São Paulo legislar e incluir na Lista Anexa à Lei 116/03 os serviços prestados pela empresa Uber e pelos motoristas credenciados.

Somente após a previsão específica desses serviços na Lista da Lei 116/03 é que o ISS pode ser exigido dos contribuintes. Perceba-se que há dois serviços distintos: o serviço semelhante à corretagem e o serviço de transporte privado de passageiros, sendo que ambos devem constar na referida Lei Complementar. A propósito, PAULSEN (2012) esclarece:

O ISS exige, ainda, a intermediação de lei complementar, porquanto o art. 156, III, da Constituição comete a tal veículo legislativo o papel de definir, dentre os serviços de qualquer natureza, aqueles que poderão ensejar a instituição do imposto por parte dos Municípios. A LC 116/03 traz, em anexo, a lista de serviços tributáveis arrolados em quarenta itens, cada qual com seus subitens. Dentre os serviços arrolados, estão, por exemplo, os serviços de informática, de medicina e assistência veterinária, de estética e atividades físicas, de engenharia, arquitetura e construção civil, de manutenção e limpeza, de educação e ensino, de hospedagem, turismo e viagens, de estacionamento, de vigilância, bancários e financeiros, serviços de apoio administrativo, jurídico e contábil, serviços funerários etc.

Conveniente destacar que as previsões dessa Lista Anexa à LC 116/03 é taxativa, com a ressalva de que “admite-se, todavia, uma ‘leitura extensiva de cada item’, de modo a ‘enquadrar serviços correlatos àqueles previstos expressamente’” (PAULSEN, 2012). Desse modo, vê-se que, não obstante a taxatividade da lista, existe uma abertura quanto à interpretação de cada item previsto.

Ponto interessante que merece ser discutido em outra oportunidade é a possibilidade de incidência ou não do ICMS sobre as corridas promovidas pelos motoristas da Uber de uma

cidade para outra (corridas intermunicipais), ou mesmo entre estados, a depender da abrangência geográfica de atuação. Se não é possível incidir ISS sobre transportes intermunicipais e interestaduais, caberia a incidência de ICMS – sendo inviável a exigência, pelos Municípios, de ISS.

5 COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA REGULAMENTAÇÃO DA UBER NO AMBIENTE VIRTUAL

Pergunta-se, nessa altura da discussão, qual a perspectiva jurídica ante uma lei municipal com o condão de proibir o uso do aplicativo da Uber. Inicialmente, é preciso lembrar que a inconstitucionalidade formal ocorre sempre que há vício com relação a princípio de ordem técnica ou procedimental, bem como nos casos em que há violação das regras de competência¹⁶.

A Constituição Federal (CF) traz, em seu âmago, as regras de competência. Isto é, as normas que definem quais serão os entes políticos responsáveis por legislar sobre determinada matéria.

Com efeito, em seu artigo 22, XI, a CF¹⁷ determina ser competência da União tratar sobre trânsito e transporte; ao mesmo tempo, reserva aos Municípios a matéria referente aos serviços públicos de interesse local, incluindo, aí, o transporte coletivo possuidor de caráter essencial¹⁸.

Desse modo, observa-se que a União é a responsável por cuidar dos assuntos que dizem respeito ao transporte individual,

¹⁶ GONET, Paulo Branco; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*, p.949. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, p. 738. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, v. 2, p. 302-303.

¹⁷ *In verbis*: “Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XI - trânsito e transporte”.

¹⁸ CF, Art. 30: “Compete aos Municípios: [...]IV - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

ao passo que os Municípios (e o Distrito Federal¹⁹) são responsáveis por observar os temas relacionados ao transporte coletivo. Apenas isto já afastaria a competência dos Municípios para tentarem vedar, por meio de lei, a utilização da Uber.

Sucedendo que, ao analisar juridicamente a atividade desenvolvida pela Uber, concluiu-se ser o aplicativo apenas um intermediador de contrato de transporte. Este tipo de contrato é disciplinado pelo Código Civil (CC), no seu artigo 730²⁰. Trata-se, portanto, de matéria de Direito Civil. Logo, o ponto nodal da questão é trazido pelo artigo 22, I da CF²¹, que estabelece ser competência privativa da União legislar sobre Direito Civil.

Assim, resta claro que os projetos de lei apresentados pelo Distrito Federal e pelos municípios²² padecem de vício formal, haja vista a manifesta violação das regras de competência previstas na Constituição da República.

Face ao exposto, não se enxerga a possibilidade de qualquer um dos projetos de lei prosperar. Nota-se, a bem da verdade, o oposto: as leis, caso promulgadas, seriam assoladas pela inconstitucionalidade, razão pela qual não seria possível sua aplicação.

Evidente é que os Projetos de Lei buscaram fundamentação legal para justificar a competência do Município para cuidar do tema. O dispositivo escolhido, pela maioria, para fundamentar o argumento foi o artigo 12 da Lei 12.587/12²³, que estabe-

¹⁹ CF, Art.32: “[...]§ 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”.

²⁰ O referido artigo dispõe: “Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para o outro, pessoas ou coisas”.

²¹ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

²² Frisa-se que mais da metade das capitais brasileiras já possuem projetos de lei cujo objetivo é a proibição da utilização do Uber, são elas: Vitória, Maceió, Curitiba, Salvador, Recife, Manaus, Goiânia, Cuiabá, Aracaju, Natal, João Pessoa e Campo Grande. Disponível em: < http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150908_uber_projetos_de_lei_rb >. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

²³ *In verbis*: “Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros

lece ser competência das edilidades organizar, disciplinar e fiscalizar os serviços de utilidade pública, incluindo, aí, o de transporte individual de passageiros.

Utilizou-se, ainda, como base legal para a proibição do uso do aplicativo o artigo 2º da Lei 12.468/2011²⁴, que determina ser atividade privativa dos profissionais taxistas a de transporte público individual de passageiros mediante remuneração.

Com uma leitura superficial e pouca reflexão sobre o assunto, chega a parecer ser o caso de dar razão aos Municípios e ao Distrito Federal que apresentaram projetos de lei a fim de proibir o uso do aplicativo. Contudo, basta uma análise mais detida para se chegar à conclusão de que os dispositivos mencionados devem ser interpretados conforme a Constituição Federal. Ao fazer isto, é fácil compreender que as leis federais usadas como fundamento jurídico para dar azo aos Projetos de Lei ora sob análise tratam de *transporte público individual*, enquanto o aplicativo é intermediário de uma relação de *transporte privado individual*. Nas palavras de OLMOS e FAVERA (2016):

O aplicativo Uber não realiza transporte público individual de passageiros por dois motivos. O primeiro deles refere-se ao fato de que o Uber não está aberto ao público, pois para fazer uso dele é necessário possuir o aplicativo e, além disso, o motorista pode ou não aceitar realizar a corrida, de acordo com sua conveniência. Na rua, basta fazer um sinal com a mão para o taxista que ele irá lhe atender. O motorista do Uber, por sua vez, só irá responder ao chamado se realizado através do aplicativo. Ademais, o veículo automotor utilizado para o transporte é particular, e não de aluguel.

Isto é, há dois tipos de relações de transporte individual: a pública e a privada. Aquela é caracterizada pela universalidade

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”.

²⁴ “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”.

de atendimento, pela necessidade da chancela estatal e as exigências²⁵ que devem ser atendidas para consegui-la e os benefícios dela oriundos²⁶. Já esta é baseada na autonomia da vontade e substanciada por um acordo entre particulares, não necessitando de chancela estatal e, como consequência, prescinde do cumprimento de exigências do poder público municipal e não pode desfrutar dos mesmos benefícios garantidos aos taxistas.

A manutenção dos dois modelos de transporte individual não só é possível, como recomendado pelo próprio ordenamento jurídico pátrio, que, em sua Lei 8.987/95, no artigo 16²⁷, prevê a não exclusividade na prática de atividades em razão da outorga de permissão ou concessão. Infere-se, assim, que a coexistência dos serviços prestados por taxistas e dos prestados por motoristas autônomos é o caminho desejado e correto a ser seguido a fim de preservar valores constitucionais como a liberdade de iniciativa, a liberdade de concorrência, a valorização do trabalho e a defesa do consumidor.

Com efeito, a Carta Magna determina que a livre iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil (CF, artigo 1º, IV) e da nossa ordem econômica (CF, artigo 170). Prevê, também, em seu artigo 5º, XIII, como forma de concretizar o fundamento, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

Depreende-se da leitura dos dispositivos que a Constituição estabelece a liberdade de iniciativa como um direito fundamental dos cidadãos. Isto significa que é garantida aos particulares a liberdade de entrar, permanecer e sair do mercado sem interferências externas, como regra.

²⁵ Necessidade de possuir licença que materializa a permissão do Poder Público, exigência do pagamento de determinadas taxas a edibilidade etc.

²⁶ Desonerações tributárias, possibilidade de angariar clientes em logradouros públicos, utilização de faixas exclusivas nas rodovias etc.

²⁷ *Vide*: “A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei”.

Noutro giro, tem-se que a intervenção do Estado nas atividades econômicas só deve ocorrer em situações excepcionais, haja vista ter a CF adotado o modelo econômico do livre mercado. Esta é a razão pela qual devem ser valorizadas a autonomia da vontade, as trocas entre particulares, a liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Neste tom, Leonardo Vizeu FIGUEIREDO (2014, p. 91) ensina:

A vigente Constituição da República prevê, como regra, a intervenção indireta do Estado na Ordem Econômica, de forma maximizada, via regulação e normatização, e, excepcionalmente, a intervenção direta, tão somente, nas hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional, de forma minimalista.

Ao Estado brasileiro, portanto, no que tange à seara econômica, é permitido atuar como agente normativo e regulador e, por meio dessas posições, exercer uma tríplice função: fiscalizadora, incentivadora e planejadora, a teor do que preceitua o artigo 174 da Constituição de outubro de 1988, e como agente explorador de atividade econômica, no que se refere aos casos de monopólio constitucional (art. 177, CRFB), prestação de serviços públicos (art. 175, CRFB), bem como nas hipóteses de exploração concorrencial com o particular (art. 173, CRFB).

O papel do Estado na economia brasileira, como se viu, não é tolher a livre iniciativa, mas fiscalizar, incentivar e planejar o exercício das atividades econômicas no ambiente de livre mercado. E, ao cumprir seu mister, o Estado deve observância não só à liberdade de iniciativa, mas aos seus corolários, como o princípio da liberdade de concorrência, da valorização do trabalho humano e da defesa do consumidor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto ao longo do trabalho científico, a problemática analisada decorre do constante avanço da tecnologia e de seus impactos nas relações sociais, que não são estáticas e precisam ser acompanhadas pelo trabalho legislativo. Ora, a era da Economia Digital está em foco e vem causando estranhezas e

debates.

Um desses debates, viu-se, é em torno das chamadas OTTCs (Operadoras de Tecnologia de Transporte Credenciadas), a incluir a empresa Uber e seus motoristas credenciados. Defendeu-se que a livre iniciativa e o livre mercado são parâmetros fundamentais assegurados pela Constituição Federal, e não pode haver empecilho ao desdobramento de empreendimentos novos – especialmente quando não há vedações legais previstas.

O Estado, nesse sentido, não deve ser protagonista da economia, devendo tão somente estabelecer as regras do jogo, de modo a proteger a livre concorrência, o consumidor, dentre outros. Assim, deve-se ter uma mente aberta ao surgimento de novas tecnologias, mesmo que elas surjam em detrimento de atividades econômicas já consolidadas.

Analisou-se, ao longo do artigo, o caso da empresa Uber, que fornece uma plataforma tecnológica aos seus motoristas para que eles encontrem passageiros. Ou seja, intermedeia, através de um contrato parecido com o de corretagem, um segundo, que é firmado entre motorista e passageiro (contrato de transporte). Existem laços de dependência entre a empresa Uber e seu motorista, a uma primeira vista, em razão do controle de qualidade exercida pela intermediadora.

Viu-se que em São Paulo a Uber e congêneres foram regulamentadas através do Decreto 56.981 de 10 de maio de 2016. Criou-se a figura das Operadoras de Tecnologia Transporte Credenciadas – OTTCs. Foram estabelecidos direitos e deveres para essas empresas, e assegurou-se a liberdade de iniciativa e de mercado para os motoristas e para as OTTCs. Espera-se uma regulamentação, no mesmo sentido, em outros Municípios – a exemplo de Recife.

Ademais, em São Paulo é cobrado um pequeno valor por quilômetros rodados pelos motoristas que se utilizam de OTTCs. Percebeu-se uma identidade entre esse valor e a caracterização do que se chama de preço público. Os preços públicos visam

remunerar a prestação de serviços públicos não essenciais. A natureza jurídica do valor dado ao Município de São Paulo ainda merece ser estudada em outra oportunidade.

Além disso, estudou-se brevemente o Imposto sobre Serviços (ISS), e foi possível observar que ele incide sobre serviços (exceto os de comunicação e os de transporte intermunicipal e interestadual) que são previstos na Lista Anexa à LC 116/03. Os serviços prestados pelas OTTCs (OTTC – Motorista; Motorista – Passageiro) precisam ser incluídos na Lei Complementar para que possa ser exigido do contribuinte o valor correspondente ao ISS. O art. 22 do Decreto publicado em São Paulo é nesse sentido.

Superado esse ponto, diga-se que o Município não tem competência legislativa para proibir a atuação de uma OTTC. É que o art. 22, XI, da CF determina que é competência da União tratar sobre trânsito e transporte. Os projetos de lei municipais que pretendem proibir aplicativos como o da empresa Uber padecem de vício formal.

Em conclusão, defende-se que a intervenção do Estado nas atividades econômicas deve ocorrer em situações excepcionais, sendo o seu papel primordial o de fiscalizar, incentivar e planejar o exercício das atividades econômicas no ambiente de livre mercado.



REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARRETO, F Aires. *Curso de Direito Tributário Municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- BARROSO, Luís Roberto. Estado e Livre Iniciativa na Experiência Constitucional Brasileira. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/de-Peso/16,MI199284,71043-Estado+e+livre+iniciativa+na+experiencia+constitucional+brasileira>. Acesso em: 16 de setembro de 16.
- BRAGA, Cássio Nunes de Lira. A Progressividade no Direito Tributário como um Mecanismo de Justiça Fiscal e os Novos Posicionamentos do STF. Recife: Ágora Fiscal, 2014.
- BRAGA, Cássio Nunes de Lira. ISSQN e Elisão Fiscal Quanto aos Serviços de Streaming no Brasil: Hipótese de Incidência não Prevista na LC 116/03. In: Curso Avançado de Direito Tributário Municipal. Manaus: Amazon, 2016.
- CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CARVALHO JR, Pedro Humberto Bruno de. IPTU no Brasil: Progressividade, Arrecadação e Aspectos Extrafiscais. Brasília: IPEA, 2006.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito Tributário. 10. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário. Saraiva: São Paulo, 2009.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. revista e ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2011.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- LIRA, Amanda Lucena. CAMELO, Bradson. MOURA, Arthur. Lições de Direito Financeiro. Manaus: Amazon, 2016.
- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São

- Paulo: Malheiros, 2011.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. Tratado de Direito Constitucional 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NABAIS, José Casaltas. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Coimbra: Almedina, 2004.
- NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2013.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.
- OLMOS, Olívia Martins de Quadros. FAVERA, Rafaela Bolson Dalla. A Polêmica em Torno do Aplicativo Uber no Brasil: Argumentos de Direito Contra e a Favor da sua Manutenção. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14260/2702>. Acesso em 17 de setembro de 16.
- PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012;
- PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- VINHA, Thiago Degelo. RIBEIRO, Maria de Fátima. Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais. In Tributação, Justiça e Liberdade, Ed. Juruá, Curitiba, 2005.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1998.

- RESENDE, Antônio José Calhau de. Autonomia Municipal e Lei Orgânica. Cad. Esc. Legis., Belo Horizonte, v. 10, n. 15, p. 7-42, jan./dez. 2008.
- RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. FERNANDES, Amanda Brisola. O Estatuto da Cidade e o Direito Urbanístico. RBDP: Belo Horizonte, 2004.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- ZILVETI, Fernando Aurelio. Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva. Quartier Latin: São Paulo, 2004.