

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 32

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2023

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

EDITORES: Sérgio Campinho (Graduação, UERJ, Brasil) e Mauricio Moreira Menezes (Doutor, UERJ, Brasil).

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Doutor, UERJ, Brasil), Ana Frazão (Doutora, UNB, Brasil), António José Avelãs Nunes (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Carmen Tiburcio (Doutora, UERJ, Brasil), Fábio Ulhoa Coelho (Doutor, PUC-SP, Brasil), Jean E. Kalicki (Doutor, Georgetown University Law School, Estados Unidos), John H. Rooney Jr. (Doutor, University of Miami Law School, Estados Unidos), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Luiz Edson Fachin (Doutor, UFPR, Brasil), Marie-Hélène Monsérié-Bon (Doutora, Université Paris 2 Panthéon-Assas, França), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (Doutor, USP, Brasil), Peter-Christian Müller-Graff (Doutor, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha) e Werner Ebke (Doutor, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto (Doutor, UERJ, Brasil) e Mariana Pinto (Doutora, UERJ, Brasil) – Coordenadores. Guilherme Vinseiro Martins (Doutor, UFMG, Brasil), Leonardo da Silva Sant’Anna (Doutor, FIOCRUZ, Brasil), Livia Ximenes Damasceno (Doutora, Centro Universitário Christus, Brasil), Mariana Campinho (Mestre, Columbia Law School, Estados Unidos), Mariana Pereira (Pós-graduada, UERJ, Brasil), Mauro Teixeira de Faria (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil), Nicholas Furlan Di Biase (Mestre, UERJ, Brasil) e Rodrigo Cavalcante Moreira (Mestre, UERJ, Brasil).

PARECERISTAS DESTES NÚMERO: Carlos Eduardo Koller (Doutor, PUC-PR, Brasil), Caroline da Rosa Pinheiro (Doutora, UFJF, Brasil), Fabrício de Souza Oliveira (Doutor, UFJF, Brasil), Fernanda Versiani (Doutora, UFMG, Brasil), Filipe Medon (Doutor, UERJ, Brasil), Gerson Branco (Doutor, UFRS, Brasil), Jacques Labrunie (Doutor, PUC-SP, Brasil), Marcelo de Andrade Féres (Doutor, UFMG, Brasil), Marcelo Lauar Leite (Doutor, UFRSA, Brasil), Rafael Vieira de Andrade de Sá (Mestre, FGV-SP, Brasil), Raphaela Magnino Rosa Portilho (Doutora, UERJ, Brasil), Ricardo Villela Mafra Alves da Silva (Doutor, UERJ, Brasil), Rodrigo da Guia Silva (Doutor, UERJ, Brasil), Vitor Butruce (Doutor, UERJ, Brasil) e Uinie Caminha (Doutora, UNIFOR, Brasil).

Contato: Av. Rio Branco, nº 151, grupo 801, Centro – Rio de Janeiro-RJ. CEP: 20.040-006. E-mail: rsde@rsde.com.br ou conselho.executivo@rsde.com.br. Telefone (21) 3479-6100.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 32 (janeiro/junho 2023)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)



Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição - Uso Não Comercial - Compartilhamento
pela mesma Licença

LIVRE INICIATIVA E ATIVIDADES INOVADORAS: UMA ANÁLISE DO CASO BUSER¹

FREE ENTERPRISE AND INNOVATIVE ACTIVITIES: AN ANALYSIS OF THE BUSER CASE

*Renata Capriolli Zocatelli Queiroz**
*Felipe Gomes Silva***

Resumo: Abordando o tema de liberdade econômica, o presente estudo tem como objetivo tratar a problemática da aplicação da livre iniciativa e seus desdobramentos legais e jurídicos em relação a atividades inovadoras. A pesquisa é descritiva, qualitativa, dedutiva e bibliográfica, realizada a partir de trabalhos acadêmicos, doutrinários, legislações e decisões judiciais. Assim, será estudada a liberdade econômica dentro da ordem econômica constitucional, mais precisamente sobre a livre iniciativa, e a Lei de Liberdade Econômica no plano infraconstitucional. Após, serão conceituadas as denominadas atividades inovadoras ou inovação disruptiva, bem como serão apontadas as legislações de fomento a inovação em nosso ordenamento jurídico. Por fim, será analisado um caso concreto da empresa Buser, através de duas decisões judiciais antagônicas em relação à legalidade da atividade exercida, a fim de se compreender se o poder judiciário está observando as normas atinentes à livre iniciativa e as legislações de

1 Artigo recebido em 11.08.2022 e aceito em 27.03.2023.

* Professora Convidada do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologia da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial aplicado à Era Digital da Universidade Estadual de Londrina - UEL. Professora do Curso de Graduação em Direito das Faculdades Londrina. Pós-Doutoranda e Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestre e Especialista pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Advogada. E-mail: renataczqueiroz@gmail.com

** Pós-graduado em Direito Empresarial Aplicado à Era Digital pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Pós-graduando em Inovação e Criatividade no Ambiente Empresarial pela Universidade Cesumar - Unicesumar. Advogado. E-mail: felipe@nemeadvogados.adv.br

fomento apontadas. Verificou-se que nenhuma das decisões abordadas tratou devidamente o tema da livre iniciativa e das legislações de fomento, especialmente no tocante aos dispositivos legais que tratam das atividades inovadoras, sendo muito debatidas as disciplinas regulatórias previamente existentes no setor de atuação. Assim, conclui-se que o cenário para atividades inovadoras e a inovação disruptiva ainda é um cenário de insegurança jurídica, exigindo-se uma análise mais rápida e eficaz dos Tribunais Superiores para consolidarem uma jurisprudência sobre o assunto, além de que as legislações de fomento abordadas neste trabalho precisam fazer parte das discussões e dos fundamentos destas decisões judiciais com eficácia e aplicabilidade.

Palavras-chave: Livre iniciativa. Atividades inovadoras. Inovação disruptiva. Lei de Liberdade Econômica. Startups.

Abstract: Addressing the topic of economic freedom, this study aims to address the issue of the application of free enterprise, its legal developments, and legal consequences concerning innovative activities. The research is descriptive, qualitative, deductive, and bibliographical, based on academic, doctrinaire, legislation, and judicial decisions. Thus, economic freedom will be studied within the constitutional economic order, more precisely on free enterprise, and an economic freedom law at the infra-constitutional level. Afterward, innovative activities or disruptive innovation will be considered, as well as being identified as laws to encourage innovation in our legal system. Finally, a concrete case of the company buser will be analyzed, through two conflicting court decisions about the legality of the activity accomplished, to understand whether the judiciary is observing the rules relating to free enterprise and the mentioned promotion legislation. It was found that none of the decisions addressed properly addressed the issue of free enterprise and development legislation, especially regarding legal provisions that deal with innovative activities, being much debated as regulatory disciplines existing in the sector of activity. Thus, it is concluded that the scenario for innovative activities and disruptive innovation is still a scenario of legal uncertainty, and a faster and more effective analysis of the supe-

rior courts is required to consolidate a jurisprudence on the subject, in addition to the legislation of development addressed in this work need to be part of the discussions and foundations of these court decisions.

Keywords: Free enterprise. Innovative activities. Disruptive innovation. Economic Freedom Law. Startups.

Sumário: Introdução. 1. Da Liberdade Econômica. 1.1 Fundamentos Constitucionais. 1.2. Lei de Liberdade Econômica. 2. Das Atividades Inovadoras. 2.1. Conceito. 2.2. Legislações de Fomento. 3. Análise do Caso Buser. Conclusão.

Introdução.

O presente estudo trata o tema da liberdade econômica, trazendo a problemática da aplicação da livre iniciativa e seus desdobramentos legais e jurídicos em relação a atividades inovadoras, a fim de entender se os mecanismos legais que protegem a liberdade econômica e a inovação possuem eficácia e aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico.

A problemática se revela importante pois, nas últimas décadas, após a Revolução Digital, com o advento da internet e com os avanços da tecnologia, os processos de inovação têm se tornado cada vez mais céleres, impulsionando a destruição criativa, criando-se produtos, bens e serviços nunca antes imaginados, de forma revolucionária, disruptiva e extremamente rápida, principalmente com o advento das startups, que são modelos de negócios baseados na inovação.

A inovação pode ser definida como uma novidade ou melhoria que gera valor para indivíduos ou organizações e atualmente é a principal ferramenta para a competitividade e a concorrência no mercado capitalista.

As grandes riquezas do mundo moderno são provenientes do processo tecnológico e de inovação, sendo que hoje os dados armazenados em bancos de dados de grandes empresas de tecnologia são considerados o “novo petróleo”, e os sistemas de economia compartilhada ou colaborativa dominam o mundo.

Porém, o Brasil tem ficado para trás nessa corrida tecnológica dentro da economia mundial, sendo que até mesmo a importação de tecnologias amplamente utilizadas no mundo tem encontrado dificuldades para sua implementação em nosso país. No Relatório da Liberdade Econômica Mundial de 2018, do Fraser Institute, o Brasil ficou colocado na posição 144 de 162 países no critério geral de liberdade econômica, e ficou na posição 161 de 162 no critério de regulações existentes no país, e esses dados se refletem em outras pesquisas promovidas pela OCDE e do Banco Mundial, demonstrando a dificuldade dos negócios frente às barreiras regulatórias existentes.

Tal fato implica em dificuldades para a inovação em nosso país e, conseqüentemente, seu desenvolvimento econômico, pois a existência de diversas regulações implica na aplicação de normas jurídicas dos modelos tradicionais para os modelos disruptivos, que por vezes sequer eram imaginados no momento de criação das regulações.

Portanto, a problemática em estudo possui diversas implicações práticas em nossa economia e na relação dessas atividades inovadoras com o Estado, bem como possui importância fundamental para o desenvolvimento econômico do país, sem as amarras de um direito obsoleto.

Para isso, o início do trabalho será dedicado ao estudo da liberdade econômica, através do aprofundamento do princípio e fundamento constitucional econômico da livre iniciativa, buscando compreender o que esse fundamento representa de fato dentro da ordem econômica brasileira e como deve ser aplicado e interpretado. Em seqüência, será abordada a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19) e seus desdobramentos no nosso ordenamento jurídico,

principalmente em relação a atividades inovadoras, que fazem parte do tema do trabalho.

Após, o trabalho se afunilará no estudo das atividades inovadoras ou inovação disruptiva, compreendendo o contexto socioeconômico no qual elas estão inseridas, assim como seu conceito e função, além de serem exploradas as legislações de fomento existentes em nosso país em relação à inovação e sua importância.

Para entender a aplicação sistemática da livre iniciativa com as atividades inovadoras e suas legislações de fomento, será abordado um caso concreto da Buser Brasil Tecnologia LTDA, com nome fantasia de Buser, que é uma empresa que vem enfrentando problemas jurídicos e regulatórios ao aplicar inovação no seu modelo de negócios. O caso concreto será analisado a partir de duas decisões judiciais - uma que permitiu o exercício da atividade e outra que o proibiu, a fim de compreender se o poder judiciário está observando as normas atinentes à livre iniciativa e sabendo lidar com as inovações disruptivas, de acordo com as legislações de fomento existentes e os temas estudados no trabalho.

A hipótese trabalhada é de que os mecanismos legais que protegem a liberdade econômica e a inovação não possuem a eficácia e aplicabilidade devida em nosso ordenamento jurídico.

A pesquisa é descritiva, qualitativa, dedutiva e bibliográfica, pois é realizada através da análise do objeto de estudo, sendo esse composto por um material subjetivo de instrumentos técnicos, acadêmicos, doutrinários, legislações e decisões judiciais, partindo do raciocínio lógico de fundamentações amplas destes para resultar em determinada conclusão.

1. Da liberdade econômica.

O ilustre doutrinador Eros Graus trata a liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica como também denomina, como

uma das faces da livre iniciativa, como um direito de liberdade de desenvolvimento de atividade econômica cujo titular é a empresa, porém, ressalta que a livre iniciativa não pode ser resumida tão somente ao liberalismo econômico.²

A conceituação trazida é de extrema importância para compreensão de que o tema abordado trata tão somente desta faceta da livre iniciativa, voltada para a iniciativa privada ou para o capital.

1.1. Fundamentos Constitucionais Econômicos.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso IV, consagrou a livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conjuntamente com os valores sociais do trabalho. Por sua vez, o art. 170 da Carta Magna trouxe a livre iniciativa como um dos fundamentos da ordem econômica, além de estabelecer os seguintes princípios econômicos:

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

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (Redação dada

2 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2018.

pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003);

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País³.

Em comentário ao artigo supracitado, Muniz e Torres⁴ apontam a existência de duas ordens normativas, sendo elas: as normas estruturais, que servem de base ao mercado, representadas, no caso, pelos fundamentos da ordem econômica, sendo eles o da livre iniciativa e o da valorização do trabalho humano; e as normas de ajuste, que tratam sobre os limites e o modo de funcionamento do mercado, no caso representadas pelos princípios elencados nos incisos.

A livre iniciativa, então, assume papel central na ordem econômica brasileira, em um primeiro plano, ao lado da valorização do trabalho humano, devendo esses fundamentos observar e serem aplicados de acordo com os princípios elencados, sendo que, dentre eles, vale destacar o da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência e da defesa do consumidor, que estão intimamente ligados ao fundamento da livre iniciativa, sobre o qual se debruça este trabalho.

Ainda em abordagem ao art. 170 da Constituição Federal de 1988, Martins complementa que:

Para o controle da livre-iniciativa, que poderia descambar para competição selvagem e não social, estabeleceu dois polos de vigilância perma-

3 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Distrito Federal: Centro Gráfico, 1988.

4 MUNIZ, Tânia Lobo; TORRES, Gláucia Cardoso Teixeira. Da livre iniciativa e da confiança na relação empresa e consumidor. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 19, n. 1, p. 167-184, jun. 2015.

nente, na ponta do consumo, com o direito do consumidor assegurado, e na ponta da produção, com a punição ao abuso do poder econômico, com o que, disciplinada a livre concorrência, pudesse permitir a evolução da economia, de forma intraumática, objetivando que a competência, em sua condução, prevalecesse sobre eventuais distorções dos que violassem a ética que deve nortear o livre mercado.⁵

Dessa forma, a livre iniciativa não deve ser interpretada de forma isolada e absoluta, de modo a inibir a atuação do Estado na economia, sendo que as intervenções e limitações estatais são possíveis na ordem econômica brasileira, desde que estejam positivadas através de lei, conforme autorização constitucional prevista no parágrafo primeiro do art. 170 da Constituição Federal, e desde que não haja um ataque direto ou a abolição da livre iniciativa.⁶

Inclusive, esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do julgamento da ADI nº 1.950-3/SP, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, que tratou sobre o assunto:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO.
MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES
REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE

5 MARTINS, I. G. S. O direito econômico na constituição de 1988. In: PINTO, Alexandre Evaristo; NUSDEO, Fabio. *A ordem econômica constitucional* [livro eletrônico]: estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar. 1. ed. Brasil: Thomson Reuters, Versão Kindle, p. 818, 2020.

6 ANDRADE, J. M. A; PINTO, Alexandre Evaristo. Da livre-iniciativa na Constituição Federal de 1988. In: PINTO, Alexandre Evaristo; NUSDEO, Fabio. *A ordem econômica constitucional (livro eletrônico)*: estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar. 1. ed. Brasil: Thomson Reuters, Versão Kindle, p. 2250, 2020.

A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.⁷

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade

Em outro quadro, Eros Grau, além de ter sido Ministro do Supremo Tribunal Federal, também é um grande doutrinador pátrio, e ao abordar o tema em sua obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, infirmou que a livre iniciativa é um dos desdobramentos da liberdade, amplamente considerada como um direito natural do homem, que, porém, deve ser concebida no ambiente social e não em sua individualidade,⁸ motivo pelo qual está vinculada a todos os demais princípios.

Assim, a livre iniciativa foi meticulosamente inserida em nossa Constituição Federal, ao lado de outros fundamentos e princípios, a fim de formar a nossa ordem econômica. Portanto, deve ser considerada no momento de elaboração e aplicação de todas as normas infraconstitucionais.

1.2. Da Lei de Liberdade Econômica.

O fundamento da livre iniciativa, o da valorização do trabalho humano e os demais princípios, pela sua própria natureza, causam conflitos e colisões entre si. Portanto, cabe ao Poder Judiciário ponderá-los, identificando o “peso” de cada um destes e sua aplicação no caso concreto. Porém, esses fundamentos e princípios podem e devem obter concretude através de normas infraconstitucionais, como, a título de exemplo, foi dado anteriormente ao princípio da defesa do consumidor, através da edição do Código de Defesa do Consumidor. No caso do princípio da livre iniciativa, até a edição da Medida Pro-

1950/SP. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, *Diário da Justiça*, 02 jun. 2006. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Competência concorrente entre a união, estados-membros e o distrito federal para legislar sobre direito econômico. Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica. Mercado. Intervenção do estado na economia. Artigos 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da constituição do Brasil. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1748433>. Acesso em: 14 set. 2021.

8 GRAU, Eros Roberto, *Op. Cit.*

visória nº 881/2019 que deu origem à Lei nº 13.874/19, denominada como Lei de Liberdade Econômica ou Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, tal princípio não possuía concretude, motivo pelo qual Fábio Ulhoa Coelho acredita que a lei veio em momento oportuno e necessário, a fim de prover fundamentos e valores associados ao princípio da livre iniciativa, para obter uma ponderação mais precisa do Poder Judiciário.⁹

A vinculação dessa lei ao princípio da livre iniciativa é denotada pela redação de seu próprio art. 1º:

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.¹⁰

Dessa forma, nasceu a Lei de Liberdade Econômica, a fim de dar concretude ao princípio da livre iniciativa, bem como para dar diretrizes à dualidade existente entre o livre exercício da atividade econômica e a atuação do Estado como agente normativo e regulador, tanto para novas normas a serem criadas, como para os entendimentos a serem firmados pelo Poder Judiciário.

Sobre a função crucial da lei nas questões de ponderação, pode-se dizer que essa é uma norma de sobredireito. Segundo Neto,¹¹

9 COELHO, Fábio Ulhoa. Uma Lei Oportuna e Necessária. In: GOERGEN, Jerônimo (Org.). Liberdade econômica. O Brasil livre para crescer. *Coletânea de artigos jurídicos*, 2019. p. 28.

10 BRASIL. *Lei nº 13.874/2019 Lei de Liberdade Econômica*. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 14 set. 2021.

11 NETO, Marçal Justen. Abrangência e incidência da lei. In: NETO, Floriano Peixoto Marques; JÚNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários a Lei de Liberdade*

normas de sobredireito são aquelas que “na acepção de que não se destinam a disciplinar diretamente as condutas intersubjetivas dos sujeitos de direito, mas a dispor sobre as relações entre as próprias normas jurídicas”.¹²

Também podemos dizer que a Lei de Liberdade Econômica é fruto do princípio constitucional da livre iniciativa. Essa lei, por sua vez, elencou princípios que norteiam a si própria:

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I – a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II – a boa-fé do particular perante o poder público;

III – a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV – o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.¹³

Tais princípios têm como objetivo reforçar o princípio constitucional da livre iniciativa, além de estabelecer “garantias de livre mercado”, conforme consta na ementa da própria lei.

Porém, é importante entender o papel deste rol principiológico. Isso porque, por um lado, pode-se dizer que tais princípios são uma consequência lógica dos princípios constitucionais, constando inclusive no art. 170 da Constituição Federal que “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, inde-

Econômica: Lei 13.874/2019 [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 14.

12 *Ibidem*.

13 BRASIL. *Lei nº 13.874/2019 Lei de Liberdade Econômica*. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 14 set. 2021.

pendentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”, portanto, sendo desnecessários e inócuos. Por outro lado, há o entendimento de que é plausível a intenção do legislador ao reafirmar tais princípios diante de um suposto esquecimento, por parte do Estado, do princípio da livre iniciativa e seus desdobramentos práticos frente ao princípio da supremacia do interesse público, o que gerou, durante a vigência da Constituição, um exercício abusivo e arbitrário da função regulatória e fiscalizadora.¹⁴

O segundo entendimento narrado no parágrafo acima deriva de análises econômicas feitas por instituição do mercado financeiro sobre nosso país, como no Relatório da Liberdade Econômica Mundial de 2018, do Fraser Institute, em que o Brasil ficou colocado na posição 109 de 124 países no critério geral de liberdade econômica. E esses dados se repetem em outras pesquisas, como no Ranking Doing Business, promovido pelo Banco Mundial, no qual o Brasil está na 124ª posição de 190 países no ranking referente à facilidade de se fazer negócios.

Esses estudos demonstram que o Brasil possui um alto custo de transação, denominado popularmente como “Custo Brasil”, principalmente em razão da burocracia existente para uma nova empresa se legalizar no país. O custo é marcado pela falta de interligação entre os órgãos públicos responsáveis e pelas demasiadas exigências criadas por regulações existentes, além da complexidade de nosso sistema tributário, fatos esses que impactam negativamente o mercado em geral, de forma a atrasar e até afastar novos investimentos no país.¹⁵

14 LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na lei de liberdade econômica. *In*: NETO, Floriano Peixoto Marques; JÚNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários a Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 54.

15 MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti. Contribuições da análise econômica do direito para a lei de liberdade econômica: instituições e custos de transação. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, R. V. B; FRAZÃO, Ana. *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. p. 302, 2020.

Dessa forma, o objetivo da Lei de Liberdade Econômica, abstendo-se da discussão em relação a sua forma ou eficácia, foi de promover a desburocratização para o livre exercício das atividades econômicas, estimulando os negócios e investimentos. Tal conclusão pode ser extraída do Capítulo III da lei, denominado como *Das Garantias de Livre Iniciativa*, como entende Kormann:

Já a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) deixou claro que se pretende um regime jurídico mais inibitivo do exercício da regulação ao trazer em seu art. 4º vedações ao abuso do poder regulatório e instituir como princípio “a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas” (art. 2º, III).¹⁶

A lei também se expressa nesse sentido através de seu Capítulo II, denominado como *Da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*, no qual elenca, no artigo 3º, diversos direitos ao cidadão para promover a liberdade econômica. Dentre esses direitos, vale destacar um em específico, o qual se liga à facilitação da exploração de novas atividades, atividades inovadoras ou as denominadas inovações disruptivas, foco do presente trabalho:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:
VI - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços

16 KORMANN, Maria Eduarda. *Novas tecnologias e regulação: Inovações disruptivas e os desafios ao direito da regulação*. UFPR, 2020. Disponível em: <https://www.prppg.ufpr.br/signa/visitante/trabalhoConclusaoWS?idpessoal=78428&idprograma=40001016017P3&anobase=2020&idtc=166>. Acesso em: 20 set. 2021.

quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos.¹⁷

Como dispõe a redação legal, os termos para aplicação desse veículo seriam estabelecidos em regulamento próprio, e assim foi feito, através do Decreto nº 10.229/20,¹⁸ que expôs, por meio do seu artigo, 3º o direito estabelecido em relação à inovação:

Art. 3º É direito de toda pessoa, natural ou jurídica, desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, desde que não restringido em lei e que observe o seguinte:
I - na hipótese de existir norma infralegal vigente que restrinja o exercício integral do direito, o particular poderá fazer uso do procedimento disposto nos art. 4º ao art. 8º; e
II - na hipótese de inexistir restrição em ato normativo, a administração pública respeitará o pleno exercício do direito de que trata este artigo.¹⁹

O modo de exercício deste direito está devidamente regulamentado no referido Decreto, porém, não será objeto de abordagem

17 BRASIL. *Lei nº 13.874/2019 – Lei de Liberdade Econômica*. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm Acesso em: 14 set. 2021.

18 BRASIL. *Decreto nº 10.229, de 5 de fevereiro de 2020*. Disponível em: . Acesso em: 14 set. 2021.

19 *Ibidem*.

do presente trabalho. A facilitação e o incentivo à inovação também podem ser extraídos da redação do inciso IV do artigo 4º da Lei de Liberdade Econômica:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco²⁰.

2. Das Atividades Inovadoras.

Nas últimas décadas, após a Revolução Digital, com o advento da internet e com os avanços da tecnologia, os processos de inovação têm se tornado cada vez mais céleres, impulsionando a “destruição criativa”, termo criado por Joseph Alois Schumpeter, que descreve que o surgimento de novas tecnologias está vinculado a ondas, que implicam na criação de bens e serviços nunca antes imaginados, de forma revolucionária, disruptiva e extremamente rápida, destruindo as formas tradicionais, principalmente com o advento das *startups*, que são modelos de negócios baseados na inovação, de forma escalável e veloz²¹.

20 BRASIL. *Lei nº 13.874/2019 – Lei de Liberdade Econômica*. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 14 set. 2021.

21 SCHUMPETER, Joseph. A. *Business Cycles*. A Theoretical, Historical, and Statistical Analysis of the Capitalist Process. Nova York: Mc Graw-Hill, 1939. 2v, p. 94.

De forma simplificada, podemos dizer que as atividades inovadoras possuem as seguintes características:

As inovações disruptivas — cite-se o exemplo das recentes plataformas de economia colaborativa (Uber, AirBnb etc.) — incorporam padrões e esquemas novos de atuação, provocando o desarranjo dos esquemas de produção e regulatórios vigentes. Portanto, é sua chegada ao mercado que impõe maiores desafios ao regulador.²²

Como tratado na citação acima, essas atividades inovadoras são grandes desafios ao regulador, que deve buscar regular, dentro das suas competências, uma atividade que sequer possui o conhecimento pretérito em razão da sua inovação, devendo também atentar-se ao direito de liberdade econômica trazido no último capítulo. Para isso, foram desenvolvidos conceitos dessas atividades em legislações de fomento.

2.1. Conceito de Startups.

Ao falar sobre atividades inovadoras, certamente trataremos do difundido conceito de *startups*, porém, apesar de amplamente conhecido, não é uma fácil tarefa conceituá-lo. Contudo, alguns elementos deste tipo de empresa podem ser elencados como: a) empresa em estágio inicial; b) perfil inovador e disruptivo; c) busca de controle de gastos e custos; d) possui um produto mínimo viável; e) produto escalável; e) necessidade de capital de terceiros e f) utiliza tecnologia em seu modelo de negócios. Todavia, tais elementos não são absolutos e não há um entendimento unânime sobre seu conceito,

22 BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e até onde regular as novas tecnologias?: entre inovação e preservação, os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON Bruno. (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 121-150. p. 131.

exceto um elemento referente à inovação e disrupção, sendo esse o principal e essencial da *startup*,²³ ou, em uma análise mais simplista, pode ser definida como “uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza”.²⁴

A dificuldade em conceituar *startups* ou a inovação disruptiva pode ser observada pela opção do legislador ao criar o Marco Legal das Startups (Lei Complementar nº 182/2021), o qual definiu em seu artigo 4º que: “São enquadradas como startups as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados”.²⁵

Verifica-se que o legislador optou por apresentar um conceito genérico, sem muitas especificações, a fim de não excluir possíveis *startups* do conceito legal, impedindo seu amparo pelo Marco Legal das Startups.

2.2. Legislações de Fomento.

Antes de adentrar especificamente nas legislações de fomento às atividades inovadoras, inovação, inovação disruptiva e startups, conceitos próximos que se confundem em algumas ocasiões, é importante entender o papel do Estado dentro deste ecossistema.

Para Feigelson,²⁶ o Estado, para contribuir com o ecossistema de inovação, possui três papéis fundamentais, sendo eles o de edu-

23 FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. *Direito das startups*. 1 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 14.

24 RIES, Eric. *A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem sucedidas*. 1 ed. São Paulo: Lua de Papel, 2012. p. 8.

25 BRASIL. *Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp182.htm. Acesso em: 26 set. 2021.

26 FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. *Direito das startups*. 1 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

car, criar oportunidades e “sair da frente”. O papel da educação deve ser instrumentalizado através do ensino como um todo, voltado para a tecnologia e inovação. O papel de criar oportunidades consiste em tornar o empreendedor apto para desenvolver seu negócio e mantê-lo, através de programas e estímulos governamentais. Por fim, o papel de “sair da frente” está relacionado com a redução do aparato burocrático, diminuindo a carga legislativa existente sobre o empreendedor.

Frente a isso, podemos dizer que o Estado Brasileiro, visando ao cumprimento do seu papel dentro do ecossistema de inovação, possui três legislações de fomento que contribuem dentro dos papéis elencados acima: Lei de Inovação Tecnológica (Lei nº 10.973/2004), Marco Legal das Startups (Lei Complementar nº 182/2021) e a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019).

A Lei de Inovação Tecnológica (Lei nº 10.973/2004) tem como característica o cumprimento do papel da educação e criação de oportunidades:

Inspirada na Lei de Inovação francesa e no Bayh-Dole Act americano, a Lei no 10.973/2004 (Brasil, 2004) representa o marco legal da inovação no Brasil. Estruturada em sete capítulos, quatro dos quais voltados ao estímulo à atividade inovativa em diferentes esferas, a Lei de Inovação pode ser definida como um arcabouço jurídico-institucional voltado ao fortalecimento das áreas de pesquisa e da produção de conhecimento no Brasil, em especial da promoção de ambientes cooperativos para a produção científica, tecnológica e da inovação no país.²⁷

27 RAUEN, Cristiane Vianna. *O Novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa?* 2016. p. 1. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6051/1/Radar_n43_novo.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

Para Vetoratto,²⁸ a lei instrumentaliza o fomento à inovação tecnológica através de três eixos principais, sendo eles: o do estímulo à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação (art. 3º ao art. 5º); o do estímulo à participação das Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICT's), no processo de Inovação (art. 6º ao art. 18º); e o do estímulo a inovação nas empresas (art. 19º ao art. 21), dando grande destaque às ICT's como instrumentos de contribuição para a criação de oportunidades, cujo objetivo é atribuir ao setor de produção a responsabilidade pelo desenvolvimento científico e tecnológico, contribuindo para um papel há tempos desempenhado exclusivamente pelas universidades.

O Marco Legal das Startups (Lei Complementar nº 182/2021), por sua vez, também cumpre papéis semelhantes aos da Lei de Inovação Tecnológica, porém, adistrito à criação de oportunidades para o empreendedor. Sobre sua função dentro do ecossistema de inovação:

Como lemos no artigo que abre a lei, o Marco Legal das Startups cumpre duas funções principais:

- a) apresenta medidas de fomento ao ambiente de negócios e ao aumento da oferta de capital para investimento em empreendedorismo inovador; e
- b) disciplina a licitação e a contratação de soluções inovadoras pela administração pública.²⁹

Por fim, apesar da existência de legislações esparsas sobre o tema, vale mencionar a Lei de Liberdade Econômica, já abordada no presente trabalho, sendo que essa, dentre os papéis elencados do Es-

28 VETTORATO, J. L. Lei de Inovação Tecnológica: Os aspectos legais da inovação no Brasil. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 3, n. 3, p. 60-76, 2008.

29 PINTO, Rodrigo de Abreu. *Ao redor do Marco Legal das Startups*. 2021, p. 3. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/65780669/Ao_redor_do_Marco_Legal_das_Startups-wit-h-cover-page-v2.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

tado dentro do ecossistema de inovação, contribui com o papel de “sair da frente”, isso porque busca a desburocratização para o empreendedor, contribuindo, direta e indiretamente, para o ecossistema de inovação. Sobre o tema:

O artigo 3º como um todo (e, em especial o inciso V) tem como propósito assegurar espaço de tolerância jurídica para empreendimentos privados com tendências disruptivas, experimentalistas e inovadoras – seja em casos de interpretações dúbias de dispositivos legais, seja na ausência de menção na legislação: esse poderia ser, então, o conteúdo geral de uma “liberdade para inovar”, uma das liberdades econômicas construídas pela lei; o dispositivo reflete diretivas constitucionais expressas que tratam da legalidade em sentido amplo e do dever do Estado de fomentar a inovação (respectivamente, art. 5º, II e art. 218).³⁰

Assim, ficam evidentes as tentativas do poder legislativo em criar legislações e instrumentos que fomentem o ecossistema de inovação em nosso país. Porém, conforme pode se observar, a maioria dessas legislações é nova ou foi recentemente alterada, portanto, sua aplicação prática ainda pode ser um desafio para os empreendedores e operadores do direito.

3. Análise do Caso Buser.

Para entender a aplicação destes conceitos, fundamentos, princípios e leis tratados neste trabalho, será feita a análise de um

30 TOSTA, André Ribeiro. Liberdade de inovação. *In*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; JÚNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários a Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 81.

caso concreto, visando a compreender seu alcance e eficácia em casos reais em nosso país. Para isso, o caso tratado será da Buser Brasil Tecnologia LTDA, com nome fantasia de Buser, que atua na intermediação de pessoas, no caso, passageiros, para fretamento de um ônibus para o transporte coletivo, através de um “fretamento coletivo”. Sobre sua atividade, a própria empresa descreve que:

[...] conectamos pessoas que querem viajar para o mesmo destino com empresas de fretamento executivo. Nossa tecnologia compartilhada e sustentável fomenta a mobilidade no Brasil, criando uma nova opção de transporte segura, de qualidade e a preços justos.³¹

A ideia de intermediação ou conexão de pessoas é a ideia central da economia compartilhada ou colaborativa, que trata de uma nova economia de consumo, a qual conecta pessoas, alguém que oferece um produto ou serviço a quem deseja adquiri-lo, geralmente através de sites, aplicativos e tecnologia, a exemplo da Uber, que conecta pessoas que querem um transporte urbano a um prestador deste serviço, definindo as regras do negócio, inclusive o valor da viagem.³²

A economia compartilhada ou colaborativa é a principal forma de inovação disruptiva dos tempos atuais, classificada, portanto, como uma atividade inovadora, de forma a criar novas formas para prestação de serviços antigos, na ideia de destruição criativa.³³ Afir-

31 BUSER. *Sobre nós*. Disponível em: <https://www.buser.com.br/sobre>. Acesso em: 26 set. 2021.

32 TEODORO, Maria C. Máximo *et al.* Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber. *Revista Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 20, n. 39, p. 1-30, 2017. p. 8.

33 BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e até onde regular as novas tecnologias?: entre inovação e preservação, os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON Bruno. (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, p. 121-150, 2017. p. 126.

mação disso é que as grandes *startups* atuais são oriundas deste tipo de negócio, a exemplo da Uber, Ifood, 99Taxi e Airbnb.

Portanto, a Buser se enquadra como uma atividade inovadora e uma *startup*, dentro do conceito trazido anteriormente, em razão de seu serviço inovador e disruptivo, enquadrando-se até mesmo no conceito legal trazido no art. 4º do Marco Legal das Startups (Lei Complementar nº 182/2021), pois utiliza inovação aplicada ao seu modelo de negócios e no serviço ofertado.

Nesse cenário de inovação, o modelo de negócios utilizado pela Buser vem enfrentando problemas jurídicos e regulatórios perante o órgão governamental responsável pela fiscalização da infraestrutura de transporte, denominado como Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, bem como perante empresas prestadoras de serviço de transporte coletivo regular de passageiros e associações, que alegam a ilegalidade e a clandestinidade do modelo de negócios da Buser, através da propositura de diversas demandas judiciais que visam à interrupção da operação da empresa, afirmando que a empresa atua no sistema regular de passageiros sem autorização do governo federal.³⁴

A própria empresa, em defesa institucional em seu site, afirma que é um serviço legítimo, fundamentando que é uma plataforma de fretamento colaborativo que intermedia viagens, não sendo uma empresa de ônibus, e que não possui nenhum ônibus ou frota, sendo, por isso, totalmente legal, pois não é regulada como uma empresa de transporte, mas como uma *startup* que intermedia negócios, bem como pelo fato de que cumpre todas obrigações burocráticas, realiza o pagamento de impostos e promove viagens seguras.³⁵

34 GAZETA ARCADAS. *Você conhece a Buser?: O fretamento colaborativo e seus questionamentos legais*, 18 de set. 2019. Disponível em: <https://gazetaarcadas.com/2019/09/18/voce-conhece-a-buser-o-fretamento-colaborativo-e-seus-questionamentos-legais/>. Acesso em: 26 set. 2021.

35 BUSER. *Sobre nós*. Disponível em: <https://www.buser.com.br/sobre>. Acesso em: 26 set. 2021.

Pelo fato da atividade exercida pela Buser ser recente, o tema ainda está sendo discutido pelo poder judiciário, que ainda não possui um entendimento unificado e consolidado sobre o tema. Ou seja, não há uma jurisprudência definitiva sobre a legalidade dos serviços prestados. Em razão da existência de diferentes conflitos judiciais por todo o território brasileiro, a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros (ABRATI), em 28/03/2019, ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 574 no Supremo Tribunal Federal (STF), apontando seis processos dos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 3ª e 4ª Regiões e dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, em primeira e segunda instância, ficando sob a relatoria do Ministro Edson Fachin. Porém, em abril de 2021, a autora fez um pedido de desistência da demanda, que foi homologado pelo Supremo Tribunal Federal.³⁶

Para colaborar com os estudos do presente trabalho, serão analisadas duas decisões, escolhidas por serem as mais recentes e paradigmáticas sobre o caso: uma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos nº 5003810-65.2021.4.02.0000/RJ, de relatoria do Desembargador Federal José Antonio Lisbôa Neiva, publicada em 19/04/2021, nos quais foi atribuído efeito suspensivo à apelação interposta pela Buser contra uma decisão que forçava a empresa a se submeter aos regulamentos editados pela ANTT, ou seja, de forma favorável a Buser. A outra decisão é do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos nº 5027566-06.2018.4.04.7000/PR, de relatoria do Desembargador Federal Rogerio Favreto, publicada em 31/08/2021, que negou provimento às apelações da ANTT e da Buser, a fim de declarar a ilegalidade da atividade exercida por esta, de forma a proibir o serviço prestado no Estado do Paraná.

A primeira grande discussão, em ambas as decisões, é se a Buser atua meramente na intermediação da contratação de viagens

36 MIGALHAS. *Abrati desiste de processo contra a Buser no STF*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/344223/abrati-desiste-de-processo-contra-a-buser-no-stf>. Acesso em: 26 set. 2021.

rodoviárias ou se atua no sistema regular de passageiros, sem autorização do governo federal. Inclusive, esse é o ponto chave da discussão, pois, caso entendido que a empresa atua meramente na intermediação, não se aplica a disciplina regulatória padrão. Mas, caso haja o entendimento de que atua no sistema regular de passageiros, a atividade pode ser considerada ilegal e clandestina.

Na decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos nº 5003810-65.2021.4.02.0000/RJ, de relatoria do Desembargador Federal José Antonio Lisboa Neiva, publicada em 19/04/2021, ficou entendido que a Buser atua como intermediária, não estando englobada na esfera de atuação da ANTT e suas regulações, conforme trechos da decisão judicial:

A empresa Buser Brasil Tecnologia Ltda. atua como intermediária na contratação de viagens rodoviárias coletivas através de uma plataforma digital acessada por aplicativo ou website.

[...]

Observa-se que, pelas suas peculiaridades, a atividade econômica exercida pela ora requerente distingue-se do transporte regular ou de fretamento, sobretudo porque não exerce o transporte propriamente dito, sendo a sua atuação limitada ao intermédio de pessoas ou grupos interessados no serviço de transporte prestado por terceiros.

Assim, em se tratando de serviço alheio à esfera de atuação da ANTT (art. 22 da Lei n.º 10.233 de 2001), afigura-se, no mínimo, duvidosa a possibilidade de restrição desta atividade privada pelo seu poder regulatório, mais especificamente através da Resolução n.º 4.777/2015, que define as diferentes modalidades de fretamento.³⁷

37 BRASIL. Tribunal Regional Federal Da 2ª Região. Pedido de efeito suspensivo à apelação nº 5003810-65.2021.4.02.0000/RJ. Relator: Desembargador Federal José Antonio Lisboa Neiva.

Ainda, na mesma decisão, invocou-se a ordem econômica constitucional, ao se dizer que “Soma-se, a isto, o dever de assegurar a todos o livre exercício da atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da CF/88)”,³⁸ no entanto, sem se aprofundar no fundamento da livre iniciativa, nos princípios constitucionais, e sequer houve citação da Lei de Liberdade Econômica, abordada neste trabalho.

Em sentido contrário, a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos nº 5027566-06.2018.4.04.7000/PR, de relatoria do Desembargador Federal Rogerio Favreto, publicada em 31/08/2021, entendeu que a atividade da Buser é irregular. De início, afirmou que a Buser atua no sistema regular de passageiros, fundamentando que:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. PLATAFORMA DIGITAL DE VENDA DE PASSAGENS. MODELO DE FRETAMENTO OFERECIDO EM CIRCUITO ABERTO, COM CARÁTER REGULAR OU PERMANENTE, DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. IRREGULARIDADE. CONCORRÊNCIA POTENCIALMENTE DESLEAL COM AS EMPRESAS ADEQUADAMENTE AUTORIZADAS PARA O TRANSPORTE DE PASSAGEIROS NA MODALIDADE REGULAR.

1. Verifica-se que, o que a plataforma digital da BUSER oferece, não se limita à mera intermediação de transporte interestadual em regime de fretamento regularmente previsto, porque: (1) são disponibilizados diversos trajetos diários, com preço individual e horários fixos, em circuito

[S.l.], 19 abr. 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/4/D8EF696DB3765E_Documento_20000452373.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

38 *Idem*.

aberto (só ida), e sem informação quanto à empresa responsável pelo transporte; (2) a regularidade na oferta dos serviços (viagens diárias, no mesmo horário), a venda de bilhetes individuais e a compra facultativa da passagem de volta (circuito aberto) revelam que não se trata de serviço de caráter ocasional, mas sim de "estabelecimento de serviços regulares ou permanentes"; (3) as empresas cadastradas na plataforma da ré possuem apenas autorização para fretamento no circuito fechado.

2. A empresa BUSER possui plataforma digital que oferece transporte irregular, em desacordo com as normas atinentes à matéria. Da mesma forma as empresas parceiras são cadastradas exclusivamente para fretamento e em sistema de circuito fechado - consoante art. 36, caput e § 1º do Decreto n. 2.521/1998. Logo, não possuem autorização para atuar na forma no serviço de circuito aberto, com caráter regular ou permanente, de transporte interestadual de passageiros.

3. O serviço ofertado pela BUSER, no referido formato, trata-se de modelo irregular de fretamento instaurado pela ré que, inegavelmente, cria um mercado de transporte interestadual paralelo àquele regulamentado pelo poder público, gerando um sistema de concorrência desleal àquelas empresas que atuam de forma regular e previamente autorizada.

4. A atuação de um agente de mercado e a livre concorrência não são princípios absolutos da atuação empresarial, restando esta limitada pela regulamentação estatal acerca do serviço prestado que, no caso do transporte de passageiros, prevê outras obrigações às empresas de transporte na modalidade regular, das quais estariam à margem a BUSER e as transportadoras a ela asso-

ciadas via plataforma digital. Significa dizer que a oferta do serviço via plataforma da BUSER implica em concorrência potencialmente desleal com as empresas adequadamente autorizadas para o transporte de passageiros na modalidade regular.

5. A infringência às normas reguladoras do sistema de transporte interestadual se verifica em dois planos: i) na comercialização irregular das passagens, em desacordo com as normas legais e disciplinas da ANTT, mesmo que se considere possível a utilização de plataformas digitais, desde que previamente previstas e autorizadas pelo agente regulador; ii) na operação - no mínimo indireta - do próprio serviço de transporte, visto que firma parceria com empresas de fretamento.

6. O serviço ofertado, comercializado e executado pela plataforma agravante e suas parceiras não possui autorização estatal, visto que utiliza indevidamente viagens de fretamento, por meio de burla com empresas cadastradas para serviço de circuito fechado, executando sistema diverso para atender a demanda da empresa BUSER.³⁹

Em suma, essa decisão judicial, por entender que a Buser não se limita à mera intermediação, concluiu que a empresa está em desacordo com as normas atinentes à matéria. Para chegar em tal entendimento, utilizou as regras e normativas existentes na esfera de atuação da ANTT e suas regulações. Afastou o princípio da livre concorrência, fundamentando que este não é absoluto, porém, em nenhum momento foi aprofundado o fundamento constitucional econômico

39 BRASIL Tribunal Regional Federal Da 4ª Região. Apelação/Remessa Necessária nº 5027566-06.2018.4.04.7000/PR. Relator: Desembargador Federal Rogério Favreto. Porto Alegre, *Diário de Justiça Eletrônico*, 31 ago. 2021. Disponível em: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=41630498759625058493533769192&evento=41630498759625058493533779623&key=6e701b8ad7f28b4559561f9d1a7f96aee5de15ee62433d281408621393914f98&hash=5d583b3e8a41d0abd62778f92db6072c. Acesso em: 21 set. 2021.

da livre iniciativa, a Lei de Liberdade Econômica ou o Marco Legal das Startups, sendo que essas leis já estavam todas vigentes na publicação do acórdão. Na sequência, estabeleceu que:

7. Não se aplica ao caso em tela, o precedente do STF sobre a plataforma UBER - ADPF 449. Primeiro, que o modelo da plataforma UBER não trata de serviço público delegado, mas sim particular, que apenas sofre regulamentação do Estado. Segundo, o sistema BUSER disponibiliza efetivo serviço público, que funciona em rede regulamentada pelo Poder Público e com normas específicas. Terceiro, no sistema de transporte interestadual e internacional de passageiros, as empresas atuam como delegatárias e prestam serviço público em rotas e itinerários pré-determinados e exigidos pelo Estado. Quarto, segundo a legislação e normativas da ANTT, o serviço de fretamento opera em circuito fechado (ida e volta, sem paradas e alternância de passageiros), sem os mesmos requisitos do sistema de transporte regular, não podendo querer assemelhar-se para contornar a execução das viagens via plataforma eletrônica de anúncio e venda.

8. Não há falar em proibição judicial que estaria interferindo na autonomia privada das empresas interessadas em prestar o serviço. Por se tratar de serviço público preceituado na Constituição Federal, resta afastada a pretendida liberdade econômica por absoluta impossibilidade e necessidade de regulação e delegação do Estado.

9. Por se tratar de inovação na prestação de serviço de transporte interestadual, cabe ao órgão fiscalizador (ANTT) atualizar seus instrumentos normativos para melhor exercício do poder de polícia. Enquanto isso, incidem as disposições atuais que devem obstar a prestação de serviços

não disciplinados e, em prejuízo às empresas autorizadas legalmente.

10. Tudo indica que a tendência seja a adequação da legislação em atendimento às inovações do mercado de transporte, seja para regular a modalidade de serviços alternativos, seja para coibir de forma mais expressa seus limites e conflitos com outras formas já existentes, como ocorrem em outras áreas conhecidas pelo uso e incorporação de novas tecnologias eletrônicas. Contudo, enquanto ausente disciplina legal específica, cabe aplicar a legislação vigente e obstar o exercício irregular da atividade atacada⁴⁰

Ao distinguir o caso da Buser com o da Uber, focou tão somente nas regulamentações, não levando em consideração a ideia central de ambos os casos, do uso da economia compartilhada ou colaborativa através da intermediação ou conexão de pessoas. A referida decisão também ressaltou que, por se tratar de inovação, caberia ao órgão fiscalizador (ANTT) atualizar os instrumentos normativos para possibilitar a atuação da Buser e que, enquanto ausente disciplina legal específica, cabe aplicar a legislação vigente e obstar o exercício irregular da atividade atacada.

Porém, tais decisões ainda não põem fim ao conflito jurídico, que se estende aos demais estados e promove a insegurança jurídica para a própria empresa, para os consumidores e todo o mercado ao seu entorno.

Conclusão.

A fim de chegar à conclusão final, na primeira parte do presente trabalho, foram abordados o princípio e fundamento constitu-

⁴⁰ *Ibidem*.

cional econômico da livre iniciativa, nos quais se identificou que a livre iniciativa não deve ser interpretada de forma isolada e absoluta, devendo ser interpretada ao lado dos valores sociais do trabalho, além dos princípios constitucionais elencados, sendo possíveis e necessárias intervenções e limitações estatais na ordem econômica brasileira. Porém, tal fundamento constitucional não pode ser esquecido ou abolido, e para reforçar sua eficácia, foi-lhe dada concretude através da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19), que trouxe novos princípios infraconstitucionais, como a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas, além de criar direitos para os empreendedores em seu artigo 3º. Dentre eles foi destacado o direito de explorar novas modalidades de produtos e de serviços, quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico, bem como criando deveres para administração pública em seu artigo 4º, a fim de evitar o abuso do poder regulatório.

Em um segundo momento, foi abordado o conceito das atividades inovadoras dentro do contexto de inovação disruptiva, trazendo o conceito de destruição criativa de Joseph Alois Schumpeter, bem como o conceito de inovação disruptiva e *startups*. Neste ponto, foram trazidas as legislações de fomento à inovação, dentre elas foram citadas a Lei de Inovação Tecnológica (Lei nº 10.973/2004), o Marco Legal das Startups (Lei Complementar nº 182/2021) e a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), mostrando suas ferramentas para promoção da inovação em nosso país.

Na parte final do artigo, analisou-se um caso concreto da Buser Brasil Tecnologia LTDA, com nome fantasia de Buser, no qual se identificou que a empresa atua através de fretamento coletivo, com a ideia de intermediar ou conectar pessoas - no caso, passageiros - até empresas de transporte coletivo, através de uma plataforma digital.

Neste tocante, conclui-se que a Buser deve ser enquadrada como uma atividade inovadora e uma *startup*, pois atua com inovação aplicada ao seu modelo de negócios dentro do modelo econômico denominado de economia compartilhada ou colaborativa, que é

uma das principais formas de inovação disruptiva nos tempos atuais, como a exemplo da Uber, Ifood, 99Taxi e Airbnb.

Dentro deste contexto, verificou-se que a Buser vem enfrentando uma série de problemas jurídicos e regulatórios, em razão de demandas judiciais promovidas por órgãos governamentais e empresas prestadoras de serviço de transporte coletivo regular de passageiros, e associações.

Ao analisar duas decisões judiciais, uma do Estado do Rio de Janeiro, que permitiu as atividades da empresa, e outra do Estado do Paraná, que proibiu a empresa de exercer suas atividades, verificou-se um cenário de extrema incerteza e insegurança jurídica em relação ao tema.

Pode-se observar também que as decisões pouco ou sequer se aprofundaram nos temas da livre iniciativa ou nas legislações de fomento tratadas no presente trabalho, pontuando-se que o Marco Legal das Startups não estava em vigência no momento de publicação da primeira decisão.

Somente a decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região reconheceu que a atividade exercida se distinguia do transporte regular propriamente dito, regulado pela ANTT, porém, sem adentrar no mérito de que a *startup* exerce uma atividade inovadora, sem qualquer menção aos institutos tratados no presente trabalho, excetuando-se o fundamento constitucional da livre iniciativa.

A decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em nenhum momento tratou, com a seriedade exigida ao tema, sobre a livre iniciativa ou sobre as legislações de fomento abordadas neste trabalho. Pelo contrário, afunilou-se nas normas regulatórias previamente existentes a fim de declarar a irregularidade do serviço prestado pela Buser. No decorrer de sua fundamentação, apesar de reconhecer que a atividade se trata de inovação na prestação de serviço de transporte, disse que caberia ao órgão fiscalizador atualizar os instrumentos normativos a fim de atender às inovações do mercado, e que até que isso ocorresse, caberia aplicar a legislação vigente e obstar o exercício irregular da atividade.

Portanto, em nenhum momento foram discutidos os dispositivos legais trazidos pela Lei de Liberdade Econômica, especialmente aqueles afetos a atividades inovadoras, trazidos no art. 3º, inciso VI e no art. 4º, inciso IV, bem como no Decreto nº 10.229/20 que regulamentou o direito de desenvolver, executar, operar ou comercializar produto ou serviço em desacordo com a norma técnica desatualizada de que trata o inciso VI do caput do art. 3º da Lei de Liberdade Econômica, o que demonstra a falta de atenção dos operadores do direito a esses instrumentos legais.

Também não foram discutidos os dispositivos do Marco Legal das Startups. Porém, como afirmado anteriormente, este foi editado em 1º de junho de 2021, portanto, ainda não está englobado dentro dos limites da discussão jurídica existentes nestes processos, mas pode e deve ser trazido à tona nas próximas discussões.

Por fim, vale destacar que este cenário gera insegurança jurídica não somente para a empresa Buser, mas para seus usuários e ao mercado em geral, principalmente para outros negócios baseados na economia compartilhada ou colaborativa, tendo em vista a incerteza da regularidade do exercício da atividade dentro do sistema jurídico brasileiro, principalmente no tocante à interpretação dos tribunais. Portanto, é necessário que o caso seja analisado, com rapidez, pelos Tribunais Superiores, a fim de consolidar um entendimento sobre o tema, para que se possa criar um cenário propício ao livre desenvolvimento de novas atividades econômicas, através da inovação disruptiva, seja pela economia compartilhada ou colaborativa ou por outros mecanismos de inovação, de forma a propiciar um crescimento de nossa ordem econômica, acompanhando a evolução mundial.

