



Agravo de Instrumento nº 0049534-39.2022.8.19.0000

.1

13ª Vara de Fazenda Pública da Capital
Agravante: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
Agravado: PEDRO DUARTE DOS SANTOS SOARES JÚNIOR
Relator: DES. MILTON FERNANDES DE SOUZA

ACÓRDÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS. AÇÃO POPULAR EM FACE DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. INICIAL IMPUGNANDO O IMPLEMENTO DE FERRAMENTA TECNOLÓGICA PELA MUNICIPALIDADE (APLICATIVO “VALEU”) PARA APROXIMAÇÃO DE FORNECEDORES DO RAMO ALIMENTÍCIO E CONSUMIDORES POR MEIO DO SERVIÇO DE *DELIVERY*, SOB A ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DA INICIATIVA POR INCOMPATÍVEL COM PRINCÍPIOS DE INTERVENÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA. DECISÃO DO JUÍZO A *QUO* DEFERINDO ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA, PARA SUSPENSÃO DO FUNCIONAMENTO DO DISPOSITIVO. NATUREZA/CONTORNOS DO EMPREENDEDORISMO ESTATAL EM CHEQUE, HIPÓTESES TAXATIVAS TÍPICAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO (ART.173, CF), BEM COMO DÚVIDA RAZOÁVEL QUANTO À LEGITIMIDADE NORMATIVA DO PLEXO ORDINÁRIO LOCAL QUE FUNDAMENTA A INTERVENÇÃO ATRAVÉS DA FERRAMENTA, QUE CONSTITUEM APARENTES INDÍCIOS DE POSSÍVEL CONCORRÊNCIA DESLEAL, SENDO CERTO, AINDA, QUE O PRÓPRIO DECISÓRIO COMBATIDO CONTÉM COMANDO EXPRESSO DE DISPONIBILIZAÇÃO DE MAIORES INFORMAÇÕES PELO MUNICÍPIO, OBRIGAÇÃO DE FAZER AINDA NÃO DEVIDAMENTE CUMPRIDA, PREMISSA HEURÍSTICA QUE SE AFIGURA EM CONDICIONANTE À REANÁLISE DA LIMINAR DEFERIDA PELO JUÍZO A *QUO*, DE MODO QUE NÃO DELINEADO O REQUISITO DA *PROBABILIDADE DO DIREITO. PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO DO PROCESSO* TAMBÉM NÃO CONFIGURADOS, UMA VEZ QUE SUFICIENTEMENTE EFICIENTES AS PLATAFORMAS DIGITAIS JÁ OPERANTES NO MERCADO, INEXISTINDO QUALQUER POTENCIAL PREJUÍZO À MASSA DE FORNECEDORES E CONSUMIDORES, ATÉ QUE SEJA PROMOVIDA MAIOR DILAÇÃO PROBATÓRIA SOBRE A MATÉRIA. REQUISITOS DO PROVIMENTO DE URGÊNCIA EM SEDE RECURSAL NÃO DEMONSTRADOS (ART.300, CPC). VERBETE SUMULAR Nº 59/TJRJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. IMPROVIMENTO AO AGRAVO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Agravo de Instrumento nº 0049534-39.2022.8.19.0000**, em que é Agravante **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO** e Agravado **PEDRO DUARTE DOS SANTOS SOARES JUNIOR**,



Agravo de Instrumento nº 0049534-39.2022.8.19.0000

.2

Acordam os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, nos termos do voto do Relator.



Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO** – Corrêu, juntamente com **EMPRESA MUNICIPAL DE INFORMÁTICA S/A. - IPLANRIO** e **PREFEITO DO RIO DE JANEIRO**, nos autos da Ação Popular ajuizada por **PEDRO DUARTE DOS SANTOS SOARES JÚNIOR**, por meio da qual alega o Parlamentar local, em resumo, a ilegitimidade de iniciativa tomada pela Administração Municipal com o implemento de ferramenta tecnológica (aplicativo de *delivery* para dispositivos eletrônicos denominado “Valeu”) com vistas à aproximação entre fornecedores de produtos alimentícios/clientes para fomento econômico pós-pandemia no âmbito do Município, medida contra a qual suscita o Demandante incompatibilidade com princípios e requisitos constantes da CF (arts.37, 170, IV, 173 e 174), Lei Orçamentária Anual, Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Liberdade Econômica e legislação aplicável do município, havendo pleiteado provimento de urgência para (i) obtenção de maiores informações sobre o dispositivo e (ii) sobrestamento da plataforma até decisão final de mérito –, voltando-se a irrisignação do Ente Municipal contra decisão proferida pelo Juízo *a quo* (Anexo I - IE nº 00001) nos seguintes termos:

“PEDRO DUARTE DOS SANTOS SOARES JUNIOR, ajuizou a presente Ação Popular em face da EMPRESA MUNICIPAL DE INFORMÁTICA S/A. – IPLANRIO, do MUNICÍPIO DE RIO DE JANEIRO e do PREFEITO DO RIO DE JANEIRO - EDUARDO PAES, objetivando, em apertada síntese, a decretação de nulidade do ato do Poder Público Municipal do Rio de Janeiro, que instituiu o lançamento do aplicativo de entrega de alimentos “Valeu” pela Secretaria Municipal de Fazenda e Planejamento em parceria com a Empresa Municipal de Informática do Rio - IPLANRIO, veiculado pelo Decreto nº 50.520 de 30 de março de 2022.

Alega que o ato praticado pelo Poder Público Municipal, que instituiu novo aplicativo de delivery, violou “os princípios e requisitos dos arts.37, 170, IV, 173 e 174 da Constituição Federal, a Lei Orçamentária Anual do Município do Rio de Janeiro de 2022, os arts.16 e 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o art. 2º, IV, da Lei de Liberdade Econômica, o art.7º, §2º, II do Decreto Municipal 44.698/18, o Decreto Municipal 45.385/18, o art.2º da Lei Municipal 1.562/90 e art.8º da Lei Municipal 2.689/98” (ind. 7).

Afirma que (i) a Iplan Rio não possui atribuição para criar e administrar aplicativo de delivery de comida; (ii) não há indicação do interesse público; (iii) há vício de motivação e de desvio de finalidade na criação do aplicativo; (iv) não houve estudo de impacto econômico, tampouco indicação da fonte de custeio do aplicativo; (v) o oferecimento de descontos aos restaurantes e de repasse aos entregadores representa



Agravo de Instrumento nº 0049534-39.2022.8.19.0000

.3

concessão disfarçada de subsídio pelo Poder Público; e (vi) a intervenção do Poder Público em setor da economia, quando não há interesse público, representa abuso de poder econômico e de posição dominante, diante das vantagens competitivas indevidas sobre os demais concorrentes.

Prossegue, asseverando que “o ato da Prefeitura e do IPLANRIO vai na contramão do que estabelece o art.173 da Constituição da República, no sentido de que o Poder Público somente pode explorar atividades de relevante interesse coletivo. Isso porque há verdadeira intervenção do Poder Público no mercado de serviço de entregas para restaurantes com o conseqüente sufocamento de outras plataformas privadas, sem qualquer demonstração de interesse público, em violação à livre iniciativa e à livre concorrência” (ind.10).

Também argumenta que não foram observados princípios orçamentários bem como de transparência e publicidade, violando o ato impugnado os preceitos contidos na lei nº 18.874/19.

Alerta para o fato de que a empresa pública, IPLANRIO, não possui, dentre suas atribuições a criação e a administração de aplicativos de entrega (art.2º da Lei 1.562/90 e art.8º da Lei 2.689/98).

Ao final, requer, em sede de tutela de urgência, a disponibilização imediata das informações online bem como a suspensão do funcionamento do aplicativo “Valeu”.

Junta documentos nos index.37/282.

No index.438, foi determinado a intimação do réu para manifestar-se sobre o pedido de tutela.

Manifestação do réu no índex.456, sustentando a inexistência dos fundamentos para a concessão da tutela provisória, uma vez que não há o mínimo de lastro probatório das acusações postas, restando configurado, ao revés, verdadeiro risco ao interesse público caso concedida a medida pretendida.

Sustenta que a Empresa Municipal de Informática – IPLANRIO, no exercício das atribuições previstas na Lei 2.689/98, vem, por seus próprios profissionais, desenvolvendo diversas plataformas eletrônicas que visam auxiliar a Administração Pública e os municípios, como os aplicativos Taxi.Rio e Carioca Digital, também disponíveis na versão app para download nos telefones celulares, informando que o mais recente app apresentado, e em fase de teste, é o aplicativo Valeu, uma plataforma digital que permite a intermediação entre consumidores e bares e restaurantes, incentivando a circulação econômica.

Ressaltam que a utilização do aplicativo não implica em remuneração à IplanRio ou ao Município do Rio de Janeiro, cabendo à plataforma digital “Valeu” promover a intermediação entre usuários - possíveis consumidores, e os estabelecimentos alimentícios, permitindo-se, tão somente, solicitação do pedido, mas não o seu pagamento. Da mesma maneira, o aplicativo



Agravo de Instrumento nº 0049534-39.2022.8.19.0000

.4

não possui funcionalidade para entregadores, nem quadro de entregadores, responsabilidade dos próprios estabelecimentos alimentícios.

Afirmam que o aplicativo desenvolvido, ao invés de intervir abusivamente na economia, violar a livre iniciativa, ou competir de forma privilegiada com grandes empresas do setor, visa fomentar determinada atividade econômica (art.174, CF/88), no caso, o comércio local de bares e restaurantes da Cidade.

Por fim, requereram o indeferimento do pedido de tutela provisória.

Manifestação da parte autora no index. 725.

Regularmente citado, o MRJ apresentou contestação, no index 725, arguindo, preliminarmente, a ausência de interesse processual por inadequação da via eleita e por inexistência do dano. No mérito, sustentou, em síntese, que o aplicativo "VALEU" é uma porta de entrada vislumbrada pela Administração Pública para possibilitar que diversas oportunidades sejam viabilizadas por meio da política pública em apreciação e, mais ainda, irradiar proposições tecnológicas, inovadoras e úteis não só à Administração Pública, mas a toda população carioca. Apontou, ainda, que o objetivo do aplicativo é reduzir o agravamento da crise econômica enfrentada pelo Município do Rio de Janeiro, sobretudo com o surgimento da situação de emergência de saúde pública, através da aplicação de um modelo de incremento de produtividade, produção da igualdade e melhora de bem estar na vida dos cidadãos com a utilização de tecnologias aplicadas a serviços.

Informaram também que o Decreto Municipal nº 50.520/2022 instituiu o Conselho Consultivo no âmbito do "VALEU", cujo objetivo é de "analisar apreciar e recomendar, de acordo com as políticas públicas municipais, os campos e enfoques de atuação do VALEU" (art. 2º do Decreto).

Afirmou, inclusive, que o aplicativo desenvolvido, ao invés de intervir abusivamente na economia, violar a livre iniciativa, ou competir de forma privilegiada com grandes empresas do setor, visa fomentar determinada atividade econômica (art.174, CRFB/88), no caso, o comércio local de bares e restaurantes. Por fim, narrou que o aplicativo em questão não representa exploração de atividade econômica por parte do Poder Público, uma vez que nem a Iplan, nem o Município auferem qualquer remuneração ao disponibilizar o app, que apenas intermedia estabelecimentos parceiros e consumidores cadastrados, sem qualquer caráter de exclusividade.

Os custos das entregas, se existentes, serão pactuados entre consumidores e fornecedores, sem a utilização do aplicativo como meio de pagamento. Ao final, requereu, inicialmente, o indeferimento do pedido de tutela provisória pleiteado e, no mérito, pugnou pela improcedência dos pedidos.

No index.770, foi determinada a intimação da empresa IPLANRIO - EMPRESA MUNICIPAL DE INFORMÁTICA para que se manifestasse sobre o pedido liminar.



Manifestação da IPLANRIO no index.778 acerca do pedido liminar. No index.821, apresentou sua resposta, arguindo preliminarmente a ausência de interesse processual por inexistência do dano. No mérito sustentou que criou, a pedido da Municipalidade, o aplicativo "Valeu" como uma prova de conceito, atualmente em fase de validação (beta 6), com vistas a testar a viabilidade de implementação de políticas integradas de fomento ao comércio e ao serviço e reduzir o agravamento da crise econômica por que passa o município, sobretudo com o surgimento da situação de emergência de saúde pública, através da aplicação de um modelo de incremento de produtividade, produção de igualdade e melhoria de bem estar na vida dos cidadãos com a utilização de tecnologias aplicadas a serviços.

Informou que o aplicativo "Valeu" é a ferramenta de intermediação de pedidos, entre os estabelecimentos e os utilizadores (clientes) que se dará por meio da própria plataforma de gestão e administração, sendo a responsável por possibilitar a solicitação do pedido, mas não o seu pagamento, que fica de inteira responsabilidade do estabelecimento e do entregador através da "maquininha", sem qualquer tipo de repasse à IPLANRIO ou Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Acrescentou que o aplicativo não possui a funcionalidade de entregadores e nem quadro de entregadores parceiros, ou seja, todos os entregadores são de responsabilidade dos próprios estabelecimentos registrados, servindo o aplicativo, exclusivamente, como intermediador entre o estabelecimento e o usuário/consumidor. Sustentou que a criação e manutenção do aplicativo "Valeu" não se considera uma atividade de monopólio tampouco pretende "competir [ou sufocar] com outras plataformas de entrega já existentes, tais como IFood e Rappi", e de longe não se trata de qualquer dominação do mercado, nem sendo esse o interesse, considerando-se, inclusive, a existência de outros aplicativos na mesma seara, inclusive se tratando de grandes empresas multinacionais com poderio econômico e com especialização bem maior que a de um ente estatal. Postulou, ao final, pelo indeferimento do pedido de tutela e pela improcedência dos pedidos.

Juntou documentos no index.789/819.

É O BREVE RELATÓRIO. PASSO a examinar A TUTELA de urgência.

Trata-se de ação popular em que pretende a parte autora, em sede de tutela de urgência, a disponibilização imediata das informações online bem como a suspensão do funcionamento do aplicativo "Valeu" instituído pelos réus.

Alega que o ato praticado pelo Poder Público Municipal, que instituiu novo aplicativo de delivery, violou "os princípios e requisitos dos arts.37, 170, IV, 173 e 174 da Constituição Federal, a Lei Orçamentária Anual do Município do Rio de Janeiro de 2022, os arts.16 e 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o art.2º, IV, da Lei de Liberdade Econômica, o art.7º, §2º, II do Dec. Municipal



44.698/18, o Dec. Municipal 45.385/18, o art.2º da Lei Municipal 1.562/90 e art.8º da Lei Municipal 2.689/98" (ind. 7).

Afirma, em linhas gerais, que (i) a lplan Rio não possui atribuição para criar e administrar aplicativo de delivery de comida; (ii) não há indicação do interesse público; (iii) há vício de motivação e de desvio de finalidade na criação do aplicativo; (iv) não houve estudo de impacto econômico, tampouco indicação da fonte de custeio do aplicativo; (v) o oferecimento de descontos aos restaurantes e de repasse aos entregadores representa concessão disfarçada de subsídio pelo Poder Público; e (vi) a intervenção do Poder Público em setor da economia, quando não há interesse público, representa abuso de poder econômico e de posição dominante, diante das vantagens competitivas indevidas sobre os demais concorrentes.

Os réus, por sua vez, levantam a preliminar de inépcia da inicial por ausência de indicação precisa de lesão ao erário público. No mérito, argumentam, em síntese, que o aplicativo "VALEU" é uma porta de entrada vislumbrada pela Administração Pública para possibilitar que diversas oportunidades sejam viabilizadas por meio da política pública em apreciação e, mais ainda, irradiar proposições tecnológicas, inovadoras e úteis não só à Administração Pública, mas a toda população carioca. Apontou, ainda, que o objetivo do aplicativo é reduzir o agravamento da crise econômica enfrentada pelo Município do Rio de Janeiro, sobretudo com o surgimento da situação de emergência de saúde pública, através da aplicação de um modelo de incremento de produtividade, produção da igualdade e melhora de bem estar na vida dos cidadãos com a utilização de tecnologias aplicadas a serviços.

Informaram também que o Decreto Municipal nº 50.520/2022 instituiu o Conselho Consultivo no âmbito do "VALEU", cujo objetivo é de "analisar apreciar e recomendar, de acordo com as políticas públicas municipais, os campos e enfoques de atuação do VALEU" (art. 2º do Decreto).

Afirmou, inclusive, que o aplicativo desenvolvido, ao invés de intervir abusivamente na economia, violar a livre iniciativa, ou competir de forma privilegiada com grandes empresas do setor, visa fomentar determinada atividade econômica (art.174, CRFB/88), no caso, o comércio local de bares e restaurantes. Por fim, narrou que o aplicativo em questão não representa exploração de atividade econômica por arte do Poder Público, uma vez que nem a lplan, nem o Município auferem qualquer remuneração ao disponibilizar o app, que apenas intermedia estabelecimentos parceiros e consumidores cadastrados, sem qualquer caráter de exclusividade.

Os custos das entregas, se existentes, serão pactuados entre consumidores e fornecedores, sem a utilização do aplicativo como meio de pagamento. Ao final, requereu, inicialmente, o indeferimento do pedido de tutela provisória pleiteado, e a improcedência dos pedidos.



Quanto à alegada inépcia da inicial, o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, já decidiu sobre a dispensabilidade de comprovação de dano ao erário público para cabimento da ação popular. A esse respeito, confira-se a ementa:

Direito Constitucional e Processual Civil. Ação popular. Condições da ação. Ajuizamento para combater ato lesivo à moralidade administrativa. Possibilidade. Acórdão que manteve sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender que é condição da ação popular a demonstração de concomitante lesão ao patrimônio público material. Desnecessidade. Conteúdo do art.5º, LXXIII, da CF. Reafirmação de jurisprudência. Repercussão geral reconhecida. 1. O entendimento sufragado no acórdão recorrido de que, para o cabimento de ação popular, é exigível a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, diverge do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A decisão objurgada ofende o art.5º, LXXIII, da CF, que tem como objetos a serem defendidos pelo cidadão, separadamente, qualquer ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico. 3. Agravo e recurso extraordinário providos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência. (REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 824.781 MATO GROSSO, Rel. MIN. DIAS TOFFOLI, DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 09/10/2015).

Rejeito, portanto, a preliminar de inépcia da inicial.

Passo a examinar o pedido de tutela de urgência requerido na inicial.

As questões fáticas e jurídicas componentes da causa de pedir bem como das manifestações apresentadas pelos réus conduzem, de plano, a refletir sobre os limites de atuação do Poder Público no domínio econômico à luz da disciplina constitucional prevista nos arts.170 inciso IV e parágrafo único e 173 caput e §4º, ambos da Constituição Federal.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

“Atuar é intervir na iniciativa privada. Por isso mesmo, a atuação estatal só se justifica como exceção à liberdade individual, nos casos expressamente permitidos pela Constituição e na forma que a lei estabelecer. O modo de atuação pode variar segundo o objeto, o motivo e o interesse público a amparar. Tal interferência pode ir desde a repressão a abuso do poder econômico até as medidas mais atenuadas de controle do abastecimento e de tabelamento de preços, sem excluir outras formas que o Poder Público julgar adequadas em cada caso particular. O essencial é que as medidas interventivas estejam previstas em lei e sejam executadas pela União ou por seus delegados legalmente autorizados.”

Quanto às modalidades de intervenção do Estado na economia, elucida Diogo de Figueiredo Moreira Neto:



“Essas instituições interventivas se classificam em quatro modalidades: regulatórias, concorrenciais, monopolistas e sancionatórias. Pela intervenção regulatória, em que o Estado impõe uma ordenação coagente aos processos econômicos; pela intervenção concorrencial, em que o Estado compete com a sociedade no desempenho de atividades econômicas empresariais; pela intervenção monopolistas, em que o Estado se impõe com exclusividade na exploração econômica de certos bens ou serviços; e pela intervenção sancionatória, em que o Estado pune os abusos e excessos praticados contra a ordem econômica e financeira, incluída a economia popular e interesses gerais correlatos”.

O Ministro Luiz Roberto Barroso em seu artigo intitulado “Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira” pontua que:

24. A exploração da atividade econômica pelo Estado, em um regime de livre iniciativa, é a exceção, somente se admitindo nas seguintes hipóteses previstas constitucionalmente:

- a) imperativo da segurança nacional (art.173, caput);
- b) relevante interesse coletivo (art.173, caput);
- c) monopólio outorgado à União (art.177: ciclos econômicos do petróleo e dos minérios e minerais nucleares).

25. A exploração da atividade econômica pelo Estado poderá se dar em dois regimes:

- a) monopolizado
- b) concorrencial”

26. No caso da exploração de atividade econômica em regime concorrencial, o Estado atuará sob a forma de sociedade de economia mista ou de empresa pública. Nesse regime não se impede o desempenho da mesma atividade pelo particular e se exigem condições de competitividade equivalentes, vedado o favorecimento à empresa estatal. Nessa linha, a Constituição prevê:

- a) Art.173, II: sujeição ao mesmo regime das empresas privadas, inclusive em matéria de direito civil, comercial, trabalhista e tributário;
- b) Art.173, §2º: vedação de privilégios fiscais não extensíveis ao setor privado”.

A rigorosa aplicação do artigo 173 da CF, como adverte o autor Felipe do Canto Zago, impõe ao Estado reconsiderar o fundamento jurídico de suas respectivas empresas estatais “e, por certo, haverá muitas delas concorrendo inconstitucionalmente em atividades econômicas reservadas ao setor privado, como na construção civil, na mineração, na fabricação de produtos não monopolizados, nos transportes, etc.”

De qualquer forma, “é fato que somente dentro das limitadas hipóteses constitucionais o Estado pode ser empresário, se houver interesse coletivo relevante ou pela manutenção da soberania nacional.”

A título de ilustração, nos autos da ADI n 4829/2012, reconheceu a Ministra Rosa Weber a existência de evidente interesse público a justificar que os



serviços de tecnologia de informação fossem prestados, com exclusividade, por empresa pública federal criada para tal finalidade.

Naquela ADI, defendeu a Associação das Empresa Brasileira de Tecnologia e Informação, em síntese, a inconstitucionalidade formal do art.67 da lei nº 12.249/2010 com base nos arts.22 XXIII e 246 da Lei Maior bem como material à luz dos arts,2º, 37,XXI e 173 caput e par. 4º da Carta Política.

Ressaltou a relatora Ministra Rosa Weber da referida ADI que:

“os arts.170 parágrafo único, e 173, caput, da Constituição da República autorizam o legislador a, preservado o seu núcleo essencial, estabelecer restrições ao livre exercício de atividade econômica quando necessárias para a preservação de outros direitos e valores constitucionais, tais como a segurança nacional e a soberania. Eis o seu teor:

“Art.170. (...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

“Art.173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

O sentido constitucional da livre iniciativa de modo algum exclui a possibilidade de sua conformação mediante legítima atividade normativa e reguladora do Estado. Imperativos relacionados à segurança nacional, à soberania e ao interesse coletivo, bem como à exigência de preservação da privacidade na custódia dos dados pessoais dos brasileiros, legitimam a escolha do legislador no sentido de afastar do mercado a prestação, à União, de determinados serviços de tecnologia da informação reconhecidos como estratégicos”.

Asseverou, ainda:

Não há dúvida de que a Constituição, tomada como sistema, autorize o Estado a impor limitações aos direitos fundamentais, em face da necessidade de conformá-los com outros direitos, princípios e valores constitucionais igualmente protegidos. Assim, o direito fundamental à livre iniciativa consagrado nos arts.1º, IV, e 170, caput, da Lei Maior como fundamento da República Federativa do Brasil e princípio geral da ordem econômica não impede a imposição, pelo Estado, de condições e limites para a exploração de atividades privadas, tendo em vista a necessidade de sua compatibilização com os demais princípios, garantias, direitos fundamentais e valores protegidos pela Constituição, destacando-se, no caso de serviços estratégicos de tecnologia da informação contratados pela União, a soberania e a segurança nacional, bem como a privacidade de contribuintes e destinatários de programas governamentais.

Em sentido convergente, destaque, ainda, o seguinte precedente deste Plenário:



“COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. NORMAS GERAIS. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO. CESSÃO DE DIREITOS DE EXPLORAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS PELA PETROBRÁS. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO, DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL, DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA SEPARAÇÃO DE PODERES, DA MORALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DELEGADA PELA LEI 9.478/99. PROCESSO SELETIVO DE CESSÃO DE DIREITOS CONSTITUI ATIVIDADE ESPECÍFICA DA COMPANHIA, CUJA SUBMISSÃO ÀS REGRAS DA LEI 13.303/16 PODERIA COMPROMETER SEU CARÁTER COMPETITIVO. DECRETO Nº 9.355/2018. CF/88, ARTS.2º; 5º, II; 22, XXVII; 37, CAPUT, E XXI; 48, CAPUT, E V; 84, IV; 173, §1º, III. AÇÃO CONHECIDA E JULGADO IMPROCEDENTE O PEDIDO. 1. (...) 6. A deferência ao desenho normativo escolhido pelo poder público para contratações específicas de empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero baseia-se no caráter político e técnico do setor economicamente estratégico. Precedente: ADI 3273, Relator Min. Carlos Brito, Relator p/ Acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, Julgado em 16/03/2005, DJ 02-03-2007. 7. (...) 9. A inexistência de licitação quanto às operações de cessão de direitos de exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos não se equaliza com a inobservância dos princípios da Administração Pública, máxime porque outras formas de seleção proba, objetiva e eficiente de contratação podem ser cogitadas, antes coaduna-se às especificidades desse tipo de operação, de modo que não há que se falar em inovação por decreto ou violação à separação de poderes, afastando as alegações de violação aos artigos 2º; 5º, II; 48, V; e 84, IV, da CRFB. 10. Ação conhecida e julgado improcedente o pedido.” (ADI 5942, Relator Ministro Marco Aurélio, Redator do acórdão Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 13.10.2020, DJe 08.02.2021, destaquej).

Afasta-se, pois as alegadas violações dos arts.2º, 37, XXI, e 173, caput e §4º, da Constituição da República.

Eis a íntegra da ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART.67 DA LEI Nº 12.249/2010, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART.2º, §1º, DA LEI Nº 5.615/1970 (LEI DO SERPRO). CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 472/2009. DISPOSITIVO INCLUÍDO POR EMENDA PARLAMENTAR. QUESTÃO JÁ DECIDIDA NO JULGAMENTO DA ADI 5127. SERVIÇO NACIONAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS – SERPRO. SERVIÇOS ESTRATÉGICOS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA. LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. ASSEPRO NACIONAL. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTS.22, XXVII, E 246 DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTS.2º, 37, XXI, E 173, CAPUT E §4º, DA CF. SEPARAÇÃO DOS PODERES. LEGALIDADE. LIVRE INICIATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. RESTRIÇÕES FUNDADAS NA SOBERANIA NACIONAL, NA INVIOABILIDADE DO SIGILO E NA SEGURANÇA DA SOCIEDADE E DO ESTADO. ARTS.1º, I, 5º, XII E XXXIII, E 170, I, DA CF. PRECEDENTES.



IMPROCEDÊNCIA. 1. Em 15.10.2015, no julgamento da ADI 5127, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo formalmente inconstitucional, a teor dos arts.1º, caput e parágrafo único, 2º, caput, e 5º, LIV, da Carta Política, a inclusão de emenda, em projeto de conversão de medida provisória em lei, versando conteúdo divorciado do seu objeto originário, afirmou, forte no princípio da segurança jurídica, a validade dos preceitos normativos resultantes de emendas a projetos de lei de conversão, ainda que sem relação com o objeto da medida provisória, aprovados antes da data daquele julgamento. 2. Ao versar hipótese de dispensa de licitação, o art.67 da Lei nº 12.249/2010 observa a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação (art.22, XXVII, da Constituição da República). 3. A modificação operada na redação do art.22, XXVII, da CF pela EC nº 19/1998 não trouxe alteração substancial ao seu conteúdo, na fração de interesse, a afastar a alegada violação do art.246 da Carta Política. Precedentes: ADI 3090 (Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 26.10.2007), ADI 1975 (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJe 14.12.2001) e RE 487475 (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 06.8.2010). 4. Ao especificar hipótese de dispensa de licitação na contratação de serviços de tecnologia da informação estratégicos, o art.67 da Lei nº 12.249/2010, lei em sentido formal e material, atende à exigência dos arts.2º, 5º, II, e 37, caput e XXI, da CF, observados os postulados da separação de Poderes e da legalidade. O Plenário desta Suprema Corte já assentou que razões econômicas e políticas são aptas a legitimar restrições à regra geral das licitações. Precedentes: ADI 2452/SP (Relator Ministro Eros Grau, DJe 17.9.2010) e ADI 5942 (Redator p/acórdão Ministro Luiz Fux, DJe 08.02.2021) 5. Os postulados constitucionais da inviolabilidade do sigilo de dados pessoais (art.5º, XII e XXXIII, da CF) e da soberania nacional (arts.1º, I, e 170, I, da CF) reclamam a imposição de restrições ao tratamento de dados pessoais, por entidades privadas, para fins de segurança pública, defesa nacional ou segurança da informação do Estado e dos administrados. 6. Os arts.170, parágrafo único, e 173, caput, da CF autorizam o legislador a restringir o livre exercício de atividade econômica para preservar outros direitos e valores constitucionais, destacando-se, no caso de serviços estratégicos de tecnologia da informação contratados pela União, os imperativos da soberania, da segurança nacional e da proteção da privacidade de contribuintes e destinatários de programas governamentais. Interesse público a legitimar decisão do legislador no sentido da prestação de serviços estratégicos de tecnologia da informação com exclusividade por empresa pública federal criada para esse fim. Inocorrência de vulneração aos arts.2º, 22, XXVII, 37, XXI, 173, caput e §4º, e 246 Constituição da República. 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.829 DISTRITO FEDERAL, RELATORA MIN. ROSA WEBER, DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 12/04/2021)



Tais ponderações nos levam a concluir, em breve síntese, que o legislador constitucional estabeleceu, com clareza, uma reserva legal qualificada com precisa e adequada exposição do interesse coletivo, que pretende resguardar o Estado, para legitimar a sua atuação no domínio econômico, sob pena de caracterizar-se ofensa ao princípio da livre iniciativa. Justamente porque excepcional e em caráter subsidiário, a atuação empresarial do Estado deve ser disciplinada por lei em sentido formal, não só por imperativo constitucional, mas, notadamente, para permitir o controle social da intervenção econômica, que ingressa em área reservada ao setor privado.

Como destacado pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos ADPF nº 794/DF:

“o princípio constitucional da subsidiariedade prescreve que a intervenção direta do Estado no domínio econômico por meio do figurino empresarial é absolutamente supletiva e excepcional, admissível somente nos estritos limites daquilo que não pode ser provido satisfatoriamente pela iniciativa privada (Por todos, cf. MEIRELLES, Hely Lopes. O Estado e suas empresas. Revista de Informação Legislativa. v.19, n.76, 1982, p.168). Referido princípio, como bem esclarecido por Luís S. Cabral Moncada, foi transferido para o domínio dos direitos fundamentais muito embora de conteúdo econômico, deixando a Constituição de encará-lo como um mero princípio objetivo de organização econômica (MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito Económico. Coimbra: Editora Coimbra, 1998, p.140)”.

Voltando ao caso dos autos, ainda que, em linha de princípio, não resulte caracterizado o desvio de finalidade à luz das competências atribuídas à empresa pública Iplan Rio, parece-nos, à primeira vista, ter havido indevida intervenção na ordem econômica em condições não competitivas, adotando o réu modelo concorrencial incompatível com o texto constitucional.

Neste sentido, o Iplan Rio, ao exercer uma atividade de forma gratuita ou a baixíssimo custo, aparentemente, está agindo prejudicialmente à livre concorrência.

Também chama a atenção deste Juízo o fato de que a intervenção na ordem econômica efetivou-se por meio de decreto municipal (Decreto nº 50520 de 30/03/2022), que não substitui à edição de lei em sentido formal, como exigido no art. 173 caput, in fine, da Constituição Federal.

Enfim, presentes, de um lado, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* bem ausente o perigo de irreversibilidade fática, impõe-se a concessão da tutela de urgência.

Isto posto, defiro a tutela de urgência requerida na inicial para determinar, por ora, a disponibilização imediata das informações online bem como a suspensão do funcionamento do aplicativo “Valeu” instituído pelos réus.

Certificado nos autos a tempestividade das contestações, intimem-se as partes para se manifestarem em provas. Em seguida, remetam-se os autos ao Ministério Público.



P.I. Cientifique-se o Ministério Público.”

Sustenta o Município/Agravante o provimento ao recurso e reforma da decisão, alegando, em síntese, que: *“o setor de bares e restaurantes foi um dos que mais sofreu com a pandemia da COVID-19, com centenas de estabelecimentos fechados, empregos perdidos e tributos que deixaram de ser arrecadados. Sensível a esta situação de fato, a Administração Municipal, por meio da Empresa Municipal de Informática, na esteira de experiências bem sucedidas dos aplicativos taxi.rio e carioca digital, iniciou o desenvolvimento do aplicativo ‘Valeu’, ferramenta eletrônica que permite a intermediação entre consumidores e bares e restaurantes, incentivando a oferta de bens e serviços de forma célere, eficaz e prática, tanto ao usuário quanto ao vendedor”; “até o momento, o projeto, suspenso pela r. decisão recorrida, encontra-se como prova de conceito e se encontra em fase de validação (modelo beta), com vistas a testar a viabilidade de implementação de políticas integradas de fomento ao comércio e ao serviço”; “somente após a fase experimental é que se poderá chegar a uma conclusão acerca da viabilidade ou não da manutenção da política pública. Assim, caso tal solução apresente resultados considerados positivos, caberá ao gestor público decidir pela sua implementação de forma integral, plena e irrestrita, mediante os procedimentos e formas necessárias para tal”; “importante destacar que a intervenção na ordem econômica apontada na decisão não se verificou por intermédio de decreto municipal, tratando-se de premissa adotada de forma inadequada (...), o Decreto Municipal nº 50.520 de 30/03/2022, apenas regulamenta o funcionamento do Conselho Consultivo do VALEU, que possui a função de “analisar apreciar e recomendar, de acordo com as políticas públicas municipais, os campos e enfoques de atuação do VALEU, atuando nos termos deste Decreto.” (art.2º). O fundamento de validade para a criação do aplicativo se encontra justamente na legislação que permitiu a criação da Empresa Municipal de Informática - IplanRio, a Lei Municipal nº 1.562/1990 com as modificações trazidas pela Lei Municipal nº 2.689/1998, que confere à empresa pública a atribuição de elaborar soluções de tecnologia, incluindo a criação de aplicativos, de acordo com sua expertise, área de atuação, utilizando-se da sua força de trabalho com capacitação nas mais diversas áreas de Tecnologia da Informação e Comunicação (...), não há como desvencilhar a criação de um aplicativo da atividade de informática, que é objeto social da IPLANRIO (Empresa Municipal de Informática), prevista em lei, conforme devidamente demonstrado”; “a Constituição Federal atribui aos entes federados a competência para proporcionar meios de acesso e incentivo à inovação e ao desenvolvimento tecnológico”; “há manifesto equívoco conceitual adotado pelo r. Juízo recorrido, confundindo a atividade de fomento, representada pelo aplicativo ‘Valeu’, com a alegada violação à livre concorrência (...), o Estado poderá intervir na ordem econômica por diferentes modos: atuar de forma direta, quando produz bens e serviços (estado empresário); ou de forma indireta, por meio das atividades de regulação, fomento, planejamento ou repressão do abuso do poder econômico (...) nesse sentido, o fomento pode ser definido como “incentivos estatais, positivos ou negativos, que induzem ou condicionam a prática de atividades desenvolvidas em*



determinados setores econômicos e sociais, com o intuito de satisfazer o interesse público (...), destarte, o aplicativo, ao invés de intervir abusivamente na economia, violar a livre iniciativa, ou competir de forma privilegiada com grandes empresas do setor, como alega o r. Juízo de primeiro grau [fugindo ao objeto e aos limites da ação popular], visa fomentar determinada atividade econômica (art.174, CRFB/88), no caso, o comércio local de bares e restaurantes”; “o aplicativo ‘Valeu’ não representa a exploração de atividade econômica por parte do Poder Público, uma vez que nem a IPLANRIO, nem o Município auferem qualquer remuneração ao disponibilizar o app, que apenas realiza a intermediação estabelecimentos parceiros e consumidores cadastrados, sem qualquer caráter de exclusividade. Os custos das entregas, se existentes, serão pactuados entre consumidores e fornecedores, sem a utilização do aplicativo como meio de pagamento (...) o aplicativo em tela não se equipara a outros existentes no mercado, como os muito difundidos ifood e rapi, vez que o ‘Valeu’ não funciona como meio de pagamento, não ofertando, do mesmo modo, descontos ou promoções (...) a entrega é gerenciada pelos próprios estabelecimentos e seus entregadores, ao contrário dos renomados aplicativos antes mencionados”; “a r. decisão agravada, determinou a “disponibilização imediata das informações online” (fl.989), no entanto, não houve qualquer fundamentação acerca da suposta (e inexistente) falta de transparência em relação ao desenvolvimento do aplicativo, portanto, trata-se de medida completamente inócua e dotada de vagueza, sem qualquer objetividade ou proveito (...) todas as informações foram prestadas ao autor da presente ação popular quando requeridas, conforme é possível verificar no Ofício nº IPL-OFI-2022/00158, que atende as solicitações formuladas e referenciadas nos documentos”; “a decisão do r. Juízo a quo entendeu pela urgência para a concessão da tutela provisória em favor do vereador baseando-se unicamente nos argumentos exarados na petição inicial, ignorando o cotejo fático e jurídico apresentado pelo Município e pela IplanRio (...), sob a rubrica da livre concorrência, a decisão recorrida impede o funcionamento de uma política pública relevante sem ao menos indicar de forma precisa como, de que modo e qual o impacto da decisão, ainda que provisória”.

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso para que seja garantida “a plena operação da fase de testes do aplicativo ‘Valeu’” e, ao final, a confirmação da liminar com o provimento do Agravo e reforma da decisão, pré-questionando dispositivos que entende violados.

Decisão desta Relatoria (fls.61/75), indeferindo efeito suspensivo ao recurso.

Contrarrazões pelo Agravado (fls.77/95), pugnano pelo conhecimento parcial e improvimento ao recurso.

Parecer do MP (fls.117/120), opinando pelo improvimento ao Agravo.

É o breve Relatório.



VOTO

O recurso é cabível, porquanto presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, encontrando a hipótese subsunção ao tipo processual contido no artigo 1.015, I, CPC a tratar de “*decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias*”.

Ainda em sede prefacial, releva anotar que o âmbito de conhecimento da presente irresignação circunscreve-se ao exame dos requisitos legais para o provimento jurisdicional *in limine litis*, de viés eminentemente processual portanto.

Como dispõe o CPC/2015 especificamente quanto ao Agravo de Instrumento, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo ou deferimento da pretensão recursal em tutela de urgência tem previsão legal no art.1.019, I, desde que presentes elementos que evidenciem verossimilhança da tese e risco associado ao interesse defendido ou à eficácia de eventual tutela futura, como disposto no art.300, CPC (g.n.):

“Art.300- A tutela de urgência será concedida quando *houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*”

Como constatado por esta Relatoria em sede liminar, inobstante os fins teleológicos da medida de fomento à economia local relacionada ao nicho de comércio objeto da política questionada (bares/restaurantes) e afora todas as demais questões atinentes ao mérito da controvérsia, que a decisão impugnada encontra-se aparentemente baseada em relevantes elementos de direito/de fato a merecerem amadurecimento através de maior debate concernente (i) à natureza/contornos do empreendedorismo estatal em cheque, (ii) às restritas hipóteses típicas de atuação do Estado no domínio econômico (art.173, CF), bem como (iii) à legitimidade normativa do plexo ordinário local que fundamenta a intervenção através do implemento da ferramenta (aplicativo “*Valeu*”), sendo certo, ainda, que o próprio decisório combatido contém comando expresso de disponibilização de maiores informações pelo Município, obrigação de fazer, ao que tudo indica ainda não devidamente cumprida, premissa heurística que se afigura em condicionante à reanálise da liminar deferida pelo Juízo a quo, de modo que não delineado o requisito da *probabilidade do direito*.

Neste sentido, o lúcido parecer do Ministério Público junto à Câmara:

“(…)

No caso dos autos, verifica-se a presença dos mencionados pressupostos que justificam a concessão da tutela deferida na decisão recorrida.



Isso porque, conquanto o Município recorrido alegue que a plataforma digital “Valeu” busque apenas promover a intermediação entre usuários - possíveis consumidores e estabelecimentos comerciais alimentícios -, não possuindo funcionalidades para entregadores e não podendo ser usado como meio de pagamento, notícia constante do site da Prefeitura 1 na ocasião do lançamento do aplicativo festejavam justamente o diferencial da remuneração para entregadores cadastrados na plataforma, com possibilidade de incremento de até 100%.

Por outro lado, a mesma notícia também informava que Prefeitura não cobraria taxa de manutenção do serviço sobre compras até R\$100,00, e que a partir deste valor, a cobrança seria escalonada, fixada em 2% sobre os que variarem entre R\$100,00 e R\$200,00 e 5% nos acima de R\$200,00, ou seja, em patamares muito inferiores aos praticados pelos aplicativos concorrentes.

Destarte, em que pese a aparente boa intenção na criação do aplicativo “Valeu”, como forma de incremento da economia após amplo período de crise em decorrência da pandemia de Covid-19, há indícios de indevida intervenção do ente público na ordem econômica, criando condições não competitivas, em afronta à livre concorrência estabelecida na Constituição Federal.

Portanto, diante da possível existência de concorrência desleal, em flagrante prejuízo às plataformas digitais do mesmo gênero atuantes no mercado, impõe-se a manutenção da decisão recorrida, até que seja promovida maior dilação probatória sobre a matéria debatida nos autos originários. (...)”

Sob outro aspecto, reconhecida pela própria municipalidade/Recorrente a incipiência da plataforma impugnada *“ainda em fase de teste”* e com relativa baixa adesão – circunstância associada, em polo oposto, à aparente suficiência dos prestadores já atuantes no mercado de *delivery* no âmbito do município –, exsurge como ainda inconcreto o *perigo de dano grave imediato* ou *risco ao resultado do processo* ante a não demonstração de potencial prejuízo a fornecedores/consumidores em decorrência do sobrestamento provisório do dispositivo ou mesmo à eventual eficácia de provimento jurisdicional futuro favorável, pelo que se afigura mais prudente, por ora, a manutenção do *status quo* inaugurado com o decisório combatido.

Por fim, oportuno anotar o entendimento pretoriano cristalizado no âmbito desta Corte no sentido de reformarem-se decisões proferidas em sede liminar apenas quando contiverem grave incoerência silogística em sua fundamentação, evidente contrariedade ao ordenamento jurídico posto ou ao incipiente contexto probatório, hipóteses não ocorrentes *in casu*:



Agravo de Instrumento nº 0049534-39.2022.8.19.0000

.17

Súmula nº 59/TJRJ: ***“Somente se reforma a decisão concessiva ou não, da tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, se teratológica, contrária à lei, notadamente no que diz respeito à probabilidade do direito invocado, ou à prova dos autos.”***

Por tais fundamentos, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao Agravo.

Rio de Janeiro, na data da sessão eletrônica.

DESEMBARGADOR MILTON FERNANDES DE SOUZA
Relator