



Guilherme Grunfeld Zenicola Mendes

**ANÁLISE CRÍTICA DA
REGULAÇÃO SOBRE OS
NOVOS SERVIÇOS DIGITAIS**


AYA EDITORA
2021

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autor

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes

Capa

AYA Editora

Revisão

O Autor

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Direito

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.º Me. José Henrique de Goes

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Me. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Me. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Parauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Ma. Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda

Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

Prof.º Dr. Valdoir Pedro Wathier

*Fundo Nacional de Desenvolvimento Educacional,
FNDE*

© 2021 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelas autoras para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição Creative Commons 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas desta obra são integralmente de responsabilidade de seu autor.

M5381 Mendes, Guilherme Grunfeld Zenícola

Análise crítica da regulação sobre os novos serviços digitais [recurso eletrônico] / Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes. -- Ponta Grossa: Aya, 2021. 64 p. --ISBN: 978-65-88580-83-7

Inclui biografia
Inclui índice
Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader.
Modo de acesso: World Wide Web.
DOI 10.47573/aya.88580.1.22

1 Direito administrativo - Brasil. 2. Inovações tecnológicas - Legislação - Brasil. I. Título

CDD: 342.81

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações
de Periódicos e Editora EIRELI**

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
INTRODUÇÃO	8
Constituição, serviço Público e atividade econômica strictu sensu	10
Espécies de intervenção do Estado na ordem econômica	10
Atividade Econômica	12
Crítérios para distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito	19
Serviços de interesse coletivo	21
Direito Regulatório	22
Estado e Ordem Economica: Estado Liberal, Estado Social e Estado Regulador	23
Conceito de regulação	26
Formas de Regulação: regulação estatal, regulação pública não estatal, regulação pelo mercado (autorregulação) e desregulação	29
Agências Reguladoras.	31
Serviços Regulados x Não Regulados e Aspectos Concorrencias.	35
Ordem Econômica	35

Falhas de Mercado e de Governo.	40
Inovação Tecnológica e Regulação.	42
Inovação Tecnológica	43
O impacto da inovação tecnológica	45
Assimetria Regulatória	46
Os desafios e as eventuais alternativas para a regulação.	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS	61
SOBRE o AUTOR	63

APRESENTAÇÃO

Atualmente, vivenciamos um contexto de Revolução Tecnológica que transforma nossa realidade social na medida em que cada atividade econômica é criada. Nesse contexto digital, a regulação dessa economia inovadora trata-se de grande e relevante questão a ser estudada, pois em virtude dessa constante evolução tecnológica cria-se o que os especialistas do tema chamam de “inovação disruptiva”, estes novos serviços inovadores questionam e contestam os serviços regulados então vigentes. Ocorre que, por ter a “inovação disruptiva” característica revolucionária, ela surge livre de regulação, como consequência, quando a inovação entra em confronto com atividades não reguladas, o próprio mercado absorve, por outro lado, quando há o embate com serviços fortemente regulados, como o caso dos serviços públicos, isso desafia o papel do regulador que consiste, diretamente, na proteção do mercado, e, indiretamente, na do usuário. Em virtude disso, analisar e estudar como o Estado e o regulador devem se posicionar diante dessas inovações torna-se uma relevante questão de interesse público.

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes

INTRODUÇÃO

Atualmente vivemos em um acelerado cenário de convergência digital a nível global. Novas possibilidades nos são apresentadas a cada dia, novos serviços estão cada vez mais sendo incorporados a nossa rotina. Como exemplos podemos citar que hoje é possível assistir TV pela internet (Netflix), é viável se comunicar a baixo custo ou até mesmo de graça por Skype ou WhatsApp, é simples solicitar um transporte por um aplicativo de celular como o Uber, dentre outros exemplos.

Em recente palestra proferida no II Congresso Brasileiro de Internet¹, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrichi, sintetizou o atual momento da seguinte forma:

Nas últimas décadas a humanidade modificou significativamente a forma de se relacionar e interagir. O surgimento de novas tecnologias e a difusão da comunicação digital redimensionaram o fenômeno da globalização, lançando nova dinâmica sobre as relações sociais, que passaram a ocorrer em volume, formato e tempo jamais imaginados. A nova realidade surgida a partir dessas transformações deve estar refletida também na maneira como o Estado se relaciona com os seus cidadãos, especialmente a forma como ele interage com os empresários e com os consumidores, na chamada economia digital, ou convergência empresarial, na qual as relações negociais se expandiram ou até mesmo migraram do ambiente presencial para o digital.²

Na medida em que as alterações tecnológicas chegam a nosso conhecimento, proporcionalmente, também nos demandam, um peculiar estudo sobre suas implicações quanto às novas relações jurídicas que se formam entre os atores envolvidos. Isso porque, de forma repentina, serviços inovadores passam a ingressar em mercados de serviços tradicionais, ocasionando um choque de regulação. Esse encontro entre serviços regulados e serviços não regulados dentro de um mesmo mercado relevante requer um ajuste regulatório a fim de corrigir a assimetria criada, em outras palavras, serviços públicos exercidos pelo Estado ou delegados a particulares sofrem forte regulação estatal e, quando a evolução tecnológica surge com novos modelos de serviços dentro desses mercados, os “velhos” agentes econômicos clamam por regulação.

A tecnologia não respeita marcos regulatórios, nem fronteiras geográficas, ela devasta o que está a seu alcance, por essa razão, com a convergência tecnológica nos deparamos com o fenômeno da “inovação disruptiva”³. De fato, antes desse fenômeno de convergência digital, as funções e papéis desempenhados pelos atores

¹ Palestra proferida no II Congresso Brasileiro de Internet (Painel “Internet das normas: quais discussões têm sido objeto de debates jurídicos no Brasil?”), promovido pela Associação Brasileira de Internet (Abranet). Brasília, 24 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://parceirosbr.com/uber-legal/>>. Acesso em: julho, 2016.

² Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/60773/60068>>. Acesso em: 23/10/2016.

³ A expressão, o fenômeno e o impacto na economia serão destrinchados no capítulo 05 do presente trabalho.

do jogo estavam definidos, delimitados e regulados. Ocorre que, no contexto atual, a legislação em vigor não está apta a solucionar as mudanças trazidas pelo os novos serviços, razão pela qual faz se necessário a avaliação da necessidade de novas regras jurídicas condizentes com a nova realidade.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é, de um lado, averiguar se, e como, a convergência tecnológica e a inovação disruptva impactam nos mercados relevantes dos serviços tradicionais regulados e, de outro, avaliar a necessidade de regulação destes novos serviços e, em caso afirmativo, como deverá ser entendida.

Para alcançar esse objetivo e de modo a trazer à baila um estudo empírico para o tema, buscar-se-á desvendar o núcleo principal de proteção das normas constitucionais relativo aos setores estudados bem como, identificar as políticas públicas que servem como diretriz para as agências reguladoras e as falhas de mercado dos setores a serem estudados, mormente, audiovisual, transporte e telecomunicações.

Inegável é a relevância do tema, visto que se trata de grande desafio contemporâneo para juristas e legisladores diminuir a incerteza jurídica que paira atualmente sobre o objeto de estudo assim como, criar um ambiente regulatório capaz de anestesiar as mazelas da assimetria regulatória, sob pena de insegurança jurídica e prejuízo à sociedade. Vale ainda apontar a relevância política e econômica do estudo, visto que o tema está inserido na atuação do Poder Público, especificamente, nas políticas públicas de regulação e na intervenção do Estado no contexto socioeconômico, uma vez que o Estado por ser um ente abstrato criado para satisfazer os anseios da sociedade, tem o poder dever de realizar os devidos ajustes regulatórios em prol da coletividade.

No que concerne à metodologia a ser empenhada, a pesquisa será realizada a partir de uma análise concreta e prática das assimetrias regulatórias existentes nos estudos de casos propostos. Posto isso, como demonstrado até aqui, em virtude de não haver ainda desenvolvimento suficiente na doutrina, legislação e jurisprudência, o método a ser adotado pela presente é o hipotético-indutivo. Tal investigação indutiva, portanto, se utilizará de uma metodologia de procedimento empírica.

Diante de todo o exposto, com o fim de alcançarmos o objetivo proposto, o trabalho será dividido em 04 capítulos.

Iniciaremos no segundo capítulo o estudo a partir do título da ordem econômica previsto na Constituição para que possamos analisar as espécies de intervenção do Estado na economia, especificadamente, a intervenção direta do Estado na economia. Após essa etapa, analisaremos as principais diferenças existentes entre os serviços públicos e a atividade econômica em sentido estrito com o fim de dar substância

para análise da inovação disruptiva.

No terceiro capítulo iremos nos ater a uma importante espécie de intervenção indireta, qual seja, a regulação setorial realizada pelas agências reguladoras. Nessa linha, importante observar o contexto histórico do Estado Regulador, as formas de regulação e por fim, uma noção geral sobre as agências reguladoras, com foco nas agências que serão estudadas durante o trabalho (ANCINE e ANATEL).

Posteriormente, no quarto capítulo, analisaremos os princípios gerais da ordem econômica, principalmente, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Em seguida, estudaremos outra importante espécie de intervenção indireta na economia, a regulação concorrencial e seu papel como protetora das falhas de mercado.

Por fim, no quinto e último capítulo, com todas essas noções básicas exauridas examinaremos o conceito de inovação disruptiva e como são suas implicações no mercado, nos agentes econômicos e na regulação então vigente. Após, sairemos da teoria para verificarmos na prática a inserção das inovações disruptivas no contexto brasileiro, quais sejam: (i) UBER vs Táxi; (ii) NETFLIX vs Prestadoras de SEAC (televisão por assinatura) e Empresas de Telecomunicações.

Dessa forma, com os capítulos finalizados, poderemos discutir com maior robustez o papel do Estado e do regulador diante da convergência tecnológica, além de entender como a inovação disruptiva desafia os operadores do direito.

CONSTITUIÇÃO, SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA STRICTU SENSU

No presente capítulo, iremos abordar, inicialmente, as espécies de intervenção do Estado na ordem econômica, para que possamos nos aprofundar, posteriormente, sobre os conceitos e principais diferenças existentes entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público. As diferenças apontadas nos darão substância para entender a consequência da entrada da “inovação disruptiva” no mercado brasileiro, que por sinal, nos antecipando, se caracterizam como atividades econômicas em sentido estrito.

Espécies de intervenção do Estado na ordem econômica

A intervenção do Estado na economia pode se dar por duas categorias, a saber: direta e indireta. A intervenção direta é a que está disposta no art. 173 e 175 da Constituição, no qual o Estado atua, ora, como produtor de bens e serviços, ora, delegando serviços públicos. Por sua vez, a intervenção indireta ou normativa na ordem econômica se dará quando o Estado, através da lei, exercer sua competência para

fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica, sendo determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, na forma do art. 174 da CF. A intervenção indireta pode se dar através de dois tipos de regulação, a regulação concorrencial e a setorial. Neste capítulo estudaremos a intervenção direta do Estado na economia.

Nesse sentido, segue o entendimento⁴ da Suprema Corte brasileira sobre o tema:

A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988). Nesse sentido, confira-se abalizada doutrina: As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em conseqüência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social. A intervenção está, substancialmente, consagrada na Constituição Federal nos arts. 173 e 174. Nesse sentido ensina Duciran Van Marsen Farena (RPGE, 32:71) que “O instituto da intervenção, em todas suas modalidades encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o poder para exercer, na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado”. Pela intervenção o Estado, com o fito de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social (art. 170 da CF), pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certa área da atividade econômica. Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção não de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa. Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que “As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (DIÓGENES GASPARINI, in Curso de Direito Administrativo, 8ª Edição, Ed. Saraiva, págs. 629/630, cit., p. 64). (...)

(RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 24-3-2006).
[RE 632.644 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 10-4-2012, 1ª T, DJE de 10-5-2012.]

Em relação às espécies de intervenção do Estado na economia propostas por infinitos autores⁵, no presente trabalho, iremos utilizar três espécies propostas pelo

⁴ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1688>>. Acesso em: outubro, 2016.

⁵ Não há consenso no elenco dos instrumentos de intervenção econômica. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por exemplo, menciona quatro espécies de intervenção: a) regulatória; b) concorrencial; c)

autor Alexandre Aragão ⁶.

A primeira espécie é a do Estado Regulador, na qual o Estado intervém indiretamente na ordem econômica reprimindo e promovendo os agentes econômicos com o objetivo de satisfazer o interesse social. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que impõe deveres de abstenção, promove deveres de fazer. Na visão de Calixto Salomão, o Estado Regulador tem a seguinte perspectiva:

(...) decide retirar-se da intervenção econômica direta (através da prestação de uma gama bastante variada de serviços) para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado, reconhece ser para tanto insuficiente o mero e passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados. ⁷

A segunda figura elencada pelo autor é a do Estado Fomentador, nesta o Estado também interfere de forma indireta concedendo incentivos positivos ou negativos que induzem ou condicionam, respectivamente, a prática de atividades privadas, com o objetivo de alcançar o interesse público. Este fomento pode se dar via Administração Pública direta ou por entidades públicas ou privadas da Administração indireta.

Por fim, a terceira espécie é a do Estado Empresário, o Estado atua no mercado como produtor de bens e serviços, explorando diretamente a atividade econômica através da criação de empresas públicas ou de sociedades de economia mista bem como, delegando aos particulares a concessão, permissão e autorização para exercerem os serviços públicos.

Nesta abordagem procurou-se trazer noções preliminares e diferenças estruturais entre os tipos de Estados interventores: Empresário; Fomentador e Regulador. Nesse sentido, o enfoque no capítulo atual é destrinchar de modo mais aprofundado o Estado Empresário e sua forma de intervenção direta na ordem econômica que possui como vertentes o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito.

Atividade Econômica

Inicialmente, destacamos que a doutrina e a jurisprudência diferenciam a atividade econômica em sentido amplo e estrito, conforme trecho da obra de Alexandre Aragão *apud* Eros Grau:

monopolista; e d) sancionatória (Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 401). Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, indica três formas de intervenção: a) poder de polícia; b) incentivos à iniciativa privada; e c) atuação empresarial (Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 757). Marcos Juruena Villela Souto, por fim, menciona quatro mecanismos de intervenção: a) planejamento do desenvolvimento econômico; b) incentivo (fomento público); c) repressão ao abuso de poder econômico; e d) exploração direta da atividade econômica (Direito administrativo da economia. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 16). OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. Curso de direito administrativo. 3ª Ed. rev., atual e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015. p. 847.

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 202.

⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. p. 14

De acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias, com as quais concordamos, a Constituição de 1988 distingue claramente o serviço público da atividade econômica stricto sensu explorada pelo Estado, que em seu conjunto constituem as atividades econômicas lato sensu⁸.

Na mesma linha de pensamento, o Professor Daniel Sarmento;

De todo modo, a doutrina e jurisprudência nacional aludem à existência de dois campos distintos da atividade econômica em sentido amplo, sujeitos a regimes constitucionais significativamente diversos: a atividade econômica em sentido estrito, campo de atuação prioritária da iniciativa privada, e o serviço público, setor titularizado pelo Estado⁹.

Atividade econômica em sentido estrito

No que se refere à atividade econômica em sentido estrito, em regra quem irá explorar é a iniciativa privada, entretanto, o Estado pode explorar esta atividade mediante três modalidades, ou cria-se uma entidade administrativa para competir com o setor privado no regime de concorrência, ou atua-se de forma exclusiva no regime de monopólio, ou ainda poderá haver um regime de parceria público-privado.

Quanto à atuação exclusiva do Estado em regime de monopólio, esta deverá possuir caráter de subsidiariedade, ou seja, deverá ser sempre excepcional¹⁰, conforme se depreende da leitura do artigo 173 da Constituição:

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.

No que tange à atividade econômica explorada pelo Estado de modo não exclusivo, via de regra, se dá por meio das empresas públicas e das sociedades de economia mista que irão atuar em concorrência com as atividades privadas exercidas pelos particulares. No âmbito constitucional (art. 173, §1º, CF), esta atuação é possível desde que seja voltada para atender aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

A respeito do tema, o STF¹¹ já se pronunciou:

Quer dizer, o art. 173 da CF está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos, então, do citado art. 173, aplicam-se com observância do comando constante do caput. Se não houver concorrência – existindo monopólio, CF, art. 177 – não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173. [RE 407.099, voto do rel. min. Carlos Velloso, j. 22-6-2004, 2ª T, DJ de 6-8-2004.]

8 ARAGÃO, Alexandre. 2012. p. 377.

9 SARMENTO, Daniel. Parecer de 10 de julho de 2015. Disponível em: <<http://parceirosbr.com/uber-legal/>>. Acesso em: julho, 2016.

10 O artigo 177 da CFRB/88 traz as hipóteses em que a União exercerá a atividade econômica sob regime de monopólio.

11 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em: setembro, 2016.

Nota-se, portanto, em uma leitura conjugada entre o artigo 170¹² e 173, a Constituição prevê como regra a livre iniciativa e a livre concorrência¹³, admitindo o Estado atuar diretamente sobre a ordem econômica de forma taxativa e restrita, típico do sistema capitalista. Isso se deve uma vez que o conceito de atividade econômica em sentido estrito, segundo Marçal Justen Filho se fundamenta nos princípios da exploração empresarial, livre iniciativa e da livre concorrência, pressupondo-se que os agentes possam organizar os fatores da produção para obtenção de lucro¹⁴.

Desse modo, em regra, quem explora a atividade econômica em sentido estrito são os particulares que depositam seus recursos visando o lucro, ocorre que algumas atividades poderão sofrer variações, em virtude de sua relevância pública. Nas palavras de Daniel Sarmento:

O Estado pode, é certo, instituir limites para essas atividades, visando à preservação de direitos de terceiros ou de interesses da coletividade, mas não pode se substituir aos particulares em suas decisões empresariais legítimas, privando-os, por exemplo, da possibilidade de inovar, de criar um novo negócio e oferecê-lo ao mercado consumidor¹⁵.

A partir do trecho trazido à baila, podemos concluir que, a depender da atividade econômica em sentido estrito a ser exercida pelos particulares, o Estado tem o poder dever de restringi-la para satisfazer os interesses da coletividade, desde que respeitado os princípios constitucionais balizadores do artigo 170 da CF. Trata-se de uma terceira espécie da atividade econômica em sentido amplo, denominada como “serviço de interesse coletivo” que será explicada de modo aprofundado no item que demarca a distinção entre atividade econômica strictu sensu e serviço público.

Serviço Público

Preliminarmente, este importante instituto de direito administrativo é marcado na história por dois importantes modelos de prestação do serviço público, nessa linha, vale ressaltar as palavras de Luis Roberto Barroso¹⁶:

12 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; 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 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 brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995); 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.

13 Como será visto no capítulo subsequente, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são os princípios diretores da ordem econômica.

14 JUSTEN FILHO, Marçal. 2005. p. 459.

15 SARMENTO, Daniel. Parecer de 10 de julho de 2015.

16 Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/>

dePeso/16,MI199284,71043Estado+e+livre+iniciativa+na+experiencia+constitucional+brasileira>. Acesso em: 30/11/2016.

(...) os dois modelos de prestação de serviço público que disputaram a primazia ao longo do século XX, mesmo nos países capitalistas: o francês e o americano.

A. O modelo francês identifica a prestação dos serviços públicos com a soberania estatal. Nesse modelo, o serviço público é cometido ao Estado, sem participação direta da iniciativa privada, em um regime não concorrencial. Com o tempo, o Estado, sem perder a titularidade, passou a poder delegar, em certos casos, a prestação do serviço a empresas privadas.

B. O modelo americano de public utilities gira em torno da prestação privada dos serviços, em regime concorrencial. O Estado, no entanto, participa como regulador. O que dá o toque público ao serviço é a sua regulação muito mais extensa e profunda, e não a titularidade do Estado.

Em breve explanação, o serviço público brasileiro sempre se notabilizou durante a história pela grande influência da escola de serviço público francesa, tendo um forte caráter estatal e intervencionista, no qual o regime de direito público prevalecia. Todavia, podemos perceber que, após o período de desestatização e privatização, nosso país começa a adquirir características do serviço público americano (public utilities), o qual possui, via de regra, a livre iniciativa e a livre concorrência e, por consequência, a predominância do regime jurídico privado. Hoje, nossa Constituição prevê estes postulados, trazendo, como regra, a livre iniciativa como princípio diretor da ordem econômica, o que faz acarretar no predomínio da execução das atividades econômicas pela iniciativa privada.

Feita esta digressão, passamos para uma análise mais aprofundada do instituto. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷, a noção de serviço público deve ser composta por dois elementos: material e formal.

O substrato material da noção de serviço público consiste na:

prestação consistente no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo, etc.) singularmente fruíveis pelos administrados que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico.

Por sua vez, o elemento formal diz respeito ao regime jurídico adotado, nas palavras de Celso Antônio: “[...] a submissão a um regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo, é que confere caráter jurídico à noção de serviço público”.

No entanto, para alguns doutrinadores, dentre eles Marçal Justen Filho, considera-se o elemento subjetivo como terceiro elemento da noção de serviço público, de acordo com o autor, “sob o ângulo subjetivo, trata-se de atuação desenvolvida pelo Estado (ou por quem lhe faça às vezes)”. Não obstante o próprio autor pondera que, é inverídico afirmar que todo serviço prestado pelo Estado seja serviço público, tampouco seja correto afirmar também que o serviço se qualifica como público porque o

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. 2014. p. 698

titular é o Estado. Na verdade, Justen Filho sustenta que o serviço é público antes de ser estatal, ou seja, o serviço é de titularidade do Estado por ser público¹⁸.

Segundo a doutrina dominante, a noção de serviço público advém de seu aspecto material. Em síntese, a atividade será considerada como serviço público quando tiver como fim satisfazer os interesses coletivos, e como consequência, essa atividade será submetida ao regime de direito público e terá como titular o Estado, na maioria dos casos.

Desse modo, Bandeira de Mello define o serviço público da seguinte maneira:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais-, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo¹⁹.

Dessa forma, a partir dos pontos suscitados, observamos que a Constituição por entender que tais serviços não poderiam ficar a mercê da livre iniciativa e da livre concorrência dada sua relevância pública, impuseram ao Estado o dever de assumi-lo, não obstante ter lhe facultado a possibilidade de delegação, mediante concessão, permissão e autorização à iniciativa privada (Art. 175, CF). Por essa razão, Bandeira de Mello aponta que os serviços públicos se submetem “a uma disciplina jurídica específica, preordenada a garantir a proteção aos interesses coletivos nelas encarnados²⁰”.

Ora, mas o que podemos depreender acerca do conceito indeterminado de relevância pública? Segundo Alexandre Aragão²¹, estaremos diante de um serviço público quando determinada atividade econômica for essencial para satisfazer as necessidades básicas da coletividade, mas quando explorada pela iniciativa privada não a atender de forma adequada. Ou seja, o setor de medicamentos, a despeito de ser necessário para atender as necessidades básicas, é oferecido pela iniciativa privada de forma aceitável, razão pela qual não há a necessidade de caracterizá-lo como serviço público.

Além dos critérios mencionados acima, o ilustre professor afirma ser imprescindível que o ordenamento jurídico pátrio (Constituição ou a lei) determine que tal atividade seja caracterizada como serviço público. De modo prático, o artigo 21 da CF/88 dispõe que o setor de radiodifusão de sons e imagens deverá ser exercido diretamente ou delegado a particulares bem como, a água, luz, gás, telefone, transporte

18 JUSTEN FILHO, Marçal. 2005. p. 481.

19 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. 2014. p. 695

20 *Idem.* p. 691.

21 ARAGÃO, Alexandre. 2012. p. 360.

coletivo, dentre outros²².

Logo, depreende-se que, mesmo que determinada atividade exercida pela iniciativa privada atenda de forma satisfatória à sociedade, o Estado poderá entender que, tamanho o relevo que lhe é designado, não poderá ser fiscalizada somente através do poder de polícia, de modo que ao assumir a titularidade, o Estado passará a discipliná-la ora sob o regime de Direito Público (exercido diretamente), ora sob o regime parcialmente Público, parcialmente privado (por meio da delegação).

Princípios

Com relação aos princípios inerentes ao serviço público, não há consenso na doutrina e na jurisprudência, embora seja possível constatar a frequente presença de alguns deles, tais como: o princípio da Continuidade do Serviço Público; princípio da Mutabilidade do Regime Jurídico; princípio da Igualdade.

Em suma, nas palavras de Marçal Justen Filho, podemos defini-los da seguinte forma:

A continuidade significa que a atividade de serviço público deverá desenvolver-se regularmente, sem interrupções. Dela derivam inúmeras consequências jurídicas, entre as quais a impossibilidade de suspensão dos serviços por parte da Administração ou do delegatário e a responsabilização civil do prestador do serviço em caso de falha (...) também justifica a utilização do poder de coação estatal para assegurar (...) a atividade em funcionamento. (...)

A igualdade envolve o tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários. Não se pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontrem em igualdade de condições. (...) Os desdobramentos da igualdade são a universalidade e a neutralidade. (...)

A mutabilidade retrata a vinculação do serviço público à necessidade a ser satisfeita e às concepções técnicas de satisfação. É da essência do serviço público sua adaptação conforme a variação das necessidades e a alteração dos modos possíveis de sua solução. Há um dever para a Administração de atualizar a prestação do serviço (...).²³

Dessa maneira, podemos concluir que, o princípio da continuidade dá ao Estado o direito de Retomar a Prestação do Serviço, quando a sua prestação delegada

²² Art. 21. Compete à união: (...) Xi - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; Xii - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de estado ou território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. 2005. p. 489/490.

a terceiros estiver comprometida no que se refere a seu desempenho e adequação. Quanto ao princípio da igualdade, são considerados seus desdobramentos os princípios da universalidade, neutralidade e isonomia das tarifas, uma vez que o serviço público deverá ser prestado a todos os sujeitos de modo indeterminado, sem privilégios e com valores tarifários idênticos para os usuários, respectivamente. Por fim, quanto ao princípio da mutabilidade, este deverá ser o norte, haja vista que toda prestação de serviço público deverá sempre satisfazer seu destinatário final, o público.

Ademais, Bandeira de Mello elenca como princípios do serviço público, além dos já citados: o dever inescusável do Estado em promover-lhe a prestação, a supremacia do interesse público, impessoalidade, transparência, motivação, modicidade das tarifas, controle.

Sobre o tema, a Lei n. 8.987/1995, lei que regula as concessões e permissões de serviços públicos, expressamente determina, em seu art. 6º, §1º: “Serviço adequado é o que satisfaz. As condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. (sem grifo no original).

Classificação

Com base nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelhes²⁴, a classificação dos serviços públicos se difere quanto à (ao): natureza da atividade, objeto do serviço público; modo de fruição; e a forma como concorrem seus prestadores.

Quanto à natureza da atividade, podemos ter a classificação dividida em Serviço Público Próprio e Serviço Público Impróprio: o primeiro refere-se aos serviços criados pelo Estado e assumidos por ele, que os presta direta ou indiretamente. Ex.: Petrobrás, Caixa Econômica Federal, concessionárias dos serviços de radiodifusão de sons e imagens (TV aberta), concessionárias de transporte público. Por seu turno, o segundo refere-se a atividades privadas, prestadas por particulares, mas que atendem ao interesse coletivo, sem que sejam consideradas essenciais. Não são serviços públicos propriamente ditos, são apenas autorizados pelo Estado (Art. 170, §único da CFRB/88²⁵). Ex. bancos, táxi, prestadoras dos serviços de Telecomunicações, prestadores dos Serviços de Acesso Condicionado – SeAC (TV fechada).

Quanto ao objeto do serviço público, temos os seguintes serviços: Serviços Públicos administrativos utilizados para atender conveniências internas da administração

²⁴ HELY LOPES MEIRELLES; [atualização de] Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 366-369.

²⁵ 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: 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. (grifo nosso)*

ou para preparar outros serviços públicos; Serviços Públicos sociais visam concretizar os postulados do bem-estar e da justiça social, mitigando ou eliminando as desigualdades sociais. Serviços industriais ou comerciais, prestados no âmbito das atividades econômicas, são onerosos, prestados através de delegação contratual (concessionárias ou permissionárias). Ex. Telecomunicações, serviço postal.

Quanto ao modo de fruição do serviço, possuímos os Serviços Públicos individuais (singulares, “uti singuli”) fruídos diretamente pelo usuário, são a maioria dos serviços públicos. Ex. Telecomunicações; e os Serviços gerais (universais, “uti universi”) usufruídos pela coletividade, o indivíduo os utiliza indiretamente, não podendo ser onerados por taxa. Ex. iluminação, radiodifusão de sons e imagens (TV), radiodifusão sonora (rádio).

Quanto à forma como concorrem seus prestadores, a classificação é feita entre os Serv. Públicos Exclusivos do Estado e os Serv. Públicos Não Exclusivos. Com relação ao primeiro, são serviços que o Estado detém a titularidade, exercendo-o direta ou indiretamente, só o Estado pode prestá-lo, já quanto ao segundo, o próprio particular pode prestar o serviço em seu próprio nome, como se dele fosse, sujeito, entretanto, ao Poder de Polícia do Estado. O Estado poderá prestá-lo concorrentemente com o particular. Ex. Educação e saúde.

Delimitados os conceitos de atividade econômica em sentido estrito e serviços públicos, percebe-se a importância prática de se enquadrar uma determinada atividade em um ou outro campo, uma vez que tais institutos por serem espécies da atividade econômica em sentido amplo tendem a conter mais similaridades do que diferenças, o que requer do intérprete uma precaução para distingui-los. Por essa razão, averiguaremos, a seguir, “os fatores que permitem a identificação de uma atividade como serviço público, sendo certo que, sempre que isso não ocorrer, ela será enquadrada como atividade econômica em sentido estrito”²⁶.

Crítérios para distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito

De início, vale ressaltar que o presente item é de extrema relevância para o presente trabalho, visto que quanto mais sólido for o seu conhecimento, mais fácil será demarcar em que campo (atividade econômica em sentido estrito ou serviço público) determinada atividade econômica estará presente. Em outras palavras, uma das maiores celeumas do presente estudo advém do fato dos novos serviços digitais utilizarem um novo meio para serem propagados - a internet -, de modo que isso dificulta uma análise preliminar. Portanto, possuir os conceitos dos itens anteriores bem delineados, sem dúvida, será um catalisador para o processo de identificação do cam-

²⁶ SARMENTO, Daniel. Parecer de 10 de julho de 2015. p. 17

po das atividades econômicas *latu sensu* a serem analisados no capítulo 05 (UBER e NETFLIX). Pois bem, feita esta consideração, passaremos a elencar as principais diferenças entre a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público.

Em primeiro lugar, observamos uma diferença no tocante à titularidade do serviço – o que não se confunde com a titularidade da prestação do serviço -. Os serviços públicos possuem como titular o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), enquanto que as atividades econômicas *strictu sensu* têm como seu titular a iniciativa privada. Como consequência, naqueles irá preponderar o regime de direito público, já para estes irá sobressair o regime privado, embora haja serviços que estudaremos adiante que possuem o regime híbrido.

Quanto ao regime jurídico, o serviço público só tem razão de existir se for prestado sob um sistema de princípios e regras — o regime jurídico de direito público — como os princípios da mutabilidade, igualdade, regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Já a atividade econômica *strictu sensu* deve atender aos princípios constitucionais da ordem econômica e do direito privado, como os princípios da livre iniciativa, livre concorrência, autonomia da vontade, defesa do consumidor, propriedade privada, dentre outros.

Tendo isso em vista, por ser regido pelo Direito Público, o Estado e as agências reguladoras irão disciplinar os serviços públicos com maior detalhe, isto é, sua atuação normativa terá maior liberdade para atuar comparada ao âmbito da atividade econômica em sentido estrito. Na prática, o Estado poderá decidir o modo de prestação do serviço público, os direitos e deveres dos usuários, mesmo sob os serviços delegados, fixando o valor das tarifas cobradas pelos particulares ou as limitando com o fim de proteção do princípio da modicidade tarifária.

Por outro lado, esta mesma regra não se aplica para as atividades sob o regime privado, já que a atuação normativa do Estado e das agências reguladoras é limitada pelos princípios norteadores da ordem econômica, nomeadamente, a livre iniciativa e a livre concorrência. Com o advento da Constituição de 88, optou o constituinte por escolher o regime capitalista. Por essa razão a ingerência sobre a atividade privada deverá ser restrita, pois a regra é a liberdade do particular para fixar o montante da produção, da comercialização, dos preços, para que no fim possa auferir o lucro máximo.

Destaque-se, ademais, como assinala Justen Filho²⁷, que “A instituição de um serviço público depende do reconhecimento jurídico da pertinência daquela atividade para a satisfação dos direitos fundamentais”. Com efeito, para que o Estado

²⁷ JUSTEN FILHO, *Marçal*. 2005. p. 483.

qualifique determinada atividade econômica como serviço público este ato deverá estar contido em lei, a doutrina pátria costuma mencionar esta característica imprescindível dos serviços públicos como “publicatio”. Logicamente, portanto, na ausência da publicização legislativa, a atividade não poderá ser considerada como serviço público, restando ser qualificada como atividade econômica strictu sensu²⁸.

Finalmente, a última diferença relevante constatada é a de que estaremos diante de um serviço público quando determinada atividade econômica for essencial para satisfazer as necessidades básicas da coletividade e preservar os direitos fundamentais (Ex.: Dignidade da pessoa humana), visto que os menos favorecidos não dispõem de condições para fruir essas utilidades por meio do funcionamento espontâneo do mercado. Isso decorre da diferença entre o objetivo final de cada instituto, pois nas atividades econômicas em sentido restrito o objetivo é o lucro, por sua vez, os serviços públicos têm como missão servir o público de forma universal.

Nessa linha, Marçal Justen Filho²⁹:

O modelo regulatório propõe a extensão ao setor dos serviços públicos de concepções desenvolvidas na atividade econômica privada. Somente incumbe ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que a atuação da iniciativa privada, orientada à acumulação egoística de riqueza, colocar em risco valores coletivos ou for insuficiente para propiciar sua plena realização. O Estado deve manter a participação no âmbito da segurança, da educação e da seguridade social, evitando a mercantilização de valores fundamentais.

Diante do contexto delineado, a diferença entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito é bem clara e perceptível. O problema ocorre com a terceira espécie da atividade econômica latu sensu, “que não está formalmente referida na Constituição, mas que resulta do sistema jurídico.³⁰”.

Serviços de interesse coletivo

Os serviços de interesse coletivo são denominados e conceituados pela doutrina sob variadas formas. De acordo com Alexandre Aragão são:

Atividades privadas regulamentadas, também chamadas de serviços públicos impróprios ou virtuais, de atividades privadas de interesse público, ou de atividades privadas de relevância pública, constituem a linha fronteira entre a esfera público-estatal (serviços e monopólios públicos) e a esfera privada (livre mercado). (...)

São atividades da iniciativa privada para as quais a lei, em face da sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo-se ainda a sua contínua sujeição à regulação da autoridade pública através de um ordenamento jurídico setorial (Ex.: distribuição de combustíveis, geração de energia eólica, bancos, planos de saúde, seguros, produção de sementes transgênicas, táxis, indústria hoteleira).

28 *Idem.*

29 *Idem.* p. 450

30 JUSTEN FILHO, Marçal. 2005. p. 459.

ra, portos privativos etc...)³¹.

Já para Marçal Justen Filho:

Trata-se de um conceito intermediário entre serviço público e atividade econômica em sentido restrito. Abrange atividades que apresentam características peculiares a ambos os conceitos e cujo regime jurídico não é integral ou exclusivamente de direito público nem de direito privado³².

Ainda sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello analisa:

Assim, hipóteses existirão em que, por força de lei, uma dada atividade econômica, isto é, pertinente aos particulares – e não ao Estado, deva ser precedida de autorização; ou seja de uma prévia manifestação administrativa, destinada a verificar, no exercício de “polícia administrativa”, se será desempenhada dentro de condições compatíveis com o interesse coletivo. Nem por isso tais atividades, como resulta do preceptivo citado, deixam de se constituir em exploração de atividade econômica, em atividade privada, integrante do reino da livre iniciativa³³

Nesse sentido, os chamados serviços de interesse coletivo são atividades privadas exercidas pelos particulares sob um regime híbrido, dado que sua atividade flutua entre o regime de direito público e de direito privado. Como visto, tais atividades ao serem submetidas à exigência de uma prévia autorização, sofrerão uma permanente e forte regulação do Estado e das agências reguladoras, disciplinando e orientando a atividade particular em prol do interesse coletivo.

Como exemplo, podemos citar a autorização prévia que os prestadores devem possuir para poder executar o Serviço de Acesso Condicionado – SEAC, que, na linguagem popular é conhecido como a televisão por assinatura. Trata-se de um serviço de telecomunicações de interesse coletivo, prestado sob regime jurídico de direito privado.

Sendo assim, podemos distinguir esta figura *sui generis* dos serviços públicos e das atividades econômicas *strictu sensu* sob o prisma do direito fundamental da livre iniciativa privada. Os serviços de interesse coletivo ainda que sofram maior restrição quanto ao desenvolvimento de sua atividade privada em relação às atividades econômicas *strictu sensu*, são protegidos pela livre iniciativa, prerrogativa que os serviços públicos não possuem.

DIREITO REGULATÓRIO

Abordaremos neste capítulo um dos tipos de intervenção indireta do Estado na economia, conhecida como Regulação. Trata-se de tema recente do Direito Público, mormente, do direito Administrativo e Constitucional, que tem despertado grande

31 ARAGÃO, Alexandre. 2012. p. 379.

32 JUSTEN FILHO, Marçal. 2005. p. 459.

33 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 2015. p. 709.

atenção de juristas, legisladores e da sociedade no atual cenário³⁴. Como já exposto, com a transformação do predomínio da escola francesa para a americana no tocante à prestação do serviço público, isso faz com que a função regulatória ganhe importância, haja vista que passa a ser um relevante instrumento de fiscalização estatal. Ademais, o momento de constantes transformações tecnológicas e em como isso impactará na regulação dos serviços já regulados, nos demanda, inicialmente, pesquisarmos de forma mais aprofundada sobre o direito regulatório.

Estado e Ordem Econômica: Estado Liberal, Estado Social e Estado Regulador

Partindo da premissa de que a regulação é um dos instrumentos de intervenção do Estado na ordem econômica, traçaremos a partir de agora o contexto histórico e econômico do Estado.

Segundo Luis Roberto Barroso³⁵, o Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases diversas e bem definidas; Estado Liberal, Estado de Bem Estar Social e Estado Regulador.

A fase da pré-modernidade tinha no modelo liberal clássico de Adam Smith o Estado com funções bem reduzidas, restritas à: (i) proteger a sociedade da violência e da invasão por outros Estados; (ii) estabelecer uma adequada administração da justiça; e (iii) dever de realizar obras públicas e prestar serviços públicos que são economicamente desinteressantes para os particulares.

Percebe-se que no contexto da época, virada do século XIX para o XX, o objetivo liberal era reduzir a esfera de atuação do Estado para garantir a livre iniciativa, a propriedade privada e o livre mercado. O mercado se autorregulava. Este típico modelo estatal advém dos países capitalistas que tinham como princípio basilar a defesa do Estado mínimo para que o mercado pudesse se desenvolver de acordo com suas leis naturais.

A segunda fase é a do Estado de Bem Estar Social (welfare state), isto é, o Estado como organizador político-econômico, agente da promoção social e organizador da economia. Esse conceito se consolidou após a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929, quando foi instaurado um verdadeiro caos no mundo capitalista em razão da livre especulação do mercado. Como forma de estancar a sangria da crise econômica causada pelo mercado, o Estado passara a ser protagonista e intervir

³⁴ “*Emerge, assim, nesse contexto, o termo cujo uso vem se expandindo nos últimos tempos: regulação. Há pouco, regulação estava ausente do vocabulário do Direito Constitucional e Administrativo, sendo de uso mais freqüente no Direito Econômico. Hoje, além do uso freqüente, suscita estudos e discussões.*” Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46658/44479>>. Acesso em: julho, 2016.

³⁵ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático com introdução de Luis Roberto Barroso*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 16

de forma direta na economia.

O protagonismo estatal teve como principal defensor John Keynes. No modelo keynesiano, os governos usariam medidas fiscais e monetárias para suavizar os efeitos adversos dos ciclos econômicos – recessão e depressão. Nesta perspectiva, a escola keynesiana não negava o capitalismo, mas afirmava que o ciclo econômico não deveria ser autorregulado como pensavam os liberais.³⁶ Percebe-se um Estado desenvolvimentista e distributivista com foco em diminuir falhas de mercado para que fosse possível igualar as condições dos que estavam à margem do desenvolvimento econômico.

A terceira e última fase corresponde ao período neoliberal, que surge no início dos anos 70 e 80³⁷. O Estado, outrora protagonista do progresso econômico e social, começa a perder prestígio, passando a ser visto como ineficiente, burocratizado, moroso, corrupto e irresponsável no que tange à destinação de seus recursos. Nesse cenário, ganha força o discurso da privatização visando “retirar a mão estatal” dos setores econômicos e sociais.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “a velha intervenção pesada, pró-Estado, se transforma na nova intervenção leve, pró-sociedade. Não se trata de um movimento para chegar a um Estado mínimo, como se poderia pensar, mas para torná-lo um Estado melhor.”³⁸

É nesse contexto que surge o Estado Regulador, muito embora, possamos perceber que a regulação já estava presente, de forma discreta, no período do liberalismo econômico com a figura das concessões de serviços públicos, e no período intervencionista, com a regulação pelo Estado para corrigir o funcionamento da concorrência, transformando o mercado regulador em mercado regulado.

Portanto, após enumerarmos as três fases do Estado *latu sensu* de acordo com a doutrina, passaremos a analisar doravante o cenário do Estado brasileiro no âmbito dessas três fases.

Para Luís Roberto Barroso³⁹, o Brasil chegou ao neoliberalismo sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno. Segundo o autor, no período liberal, o Estado brasileiro nunca deixou de estar presente e, por razões históricas, desde os tempos de período colonial, passando pelo Império e chegando à República Velha, a socieda-

36 Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7070f9088e456682>>. Acesso em 21/10/2016.

37 A queda do muro de Berlim tornou-se símbolo imponente do desmoronamento do sistema econômico intervencionista, socialista.

38 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático com introdução de Luís Roberto Barroso*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74.

39 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático com introdução de Luís Roberto Barroso*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 19

de brasileira sempre foi dependente do poder estatal.

Sob influencia da queda da Bolsa de Nova Iorque em 1929, surge o Estado de Bem Estar Social Brasileiro. Segundo Barroso⁴⁰, o protagonismo do Estado brasileiro é um processo contínuo de muitas décadas, no qual se considera como marco inicial a Revolução de 30, tendo como apogeu a criação de mais de 300 empresas estatais durante o período militar, encerrando-se com a entrada em vigor da Constituição de 1988.

No período neoliberal, há a reordenação do papel do Estado brasileiro na economia. Ao longo da década de 90, a sociedade brasileira manifestava insatisfação com o agigantamento do Estado brasileiro. O Brasil vivia uma época de crise econômica com a inflação alta e juros altos. Nesse sentido, como forma de reduzir a intervenção estatal e acabar com a crise instaurada, inicia-se o período de reformas.

A primeira reforma econômica⁴¹ previa a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro para facilitar a abertura da economia. A segunda reforma na ordem econômica brasileira foi a denominada flexibilização dos monopólios estatais. E, por fim, a terceira mudança ocorreu por meio do Programa Nacional de Privatizações. Todas essas mudanças redefiniram a posição do Estado na economia, concedendo à iniciativa privada atividades que antes eram somente exercidas pelo Poder Público.

Entretanto, ao contrário do que parece, a atuação do Estado como agente econômico não passou a ser passiva, como analisa Barroso:

A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas se deslocou a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos⁴².

É nesse contexto que surge o Estado Regulador, como exposto, o Estado passa a ser interventor indireto das relações sociais e econômicas tendo como principais funções, de acordo com Constituição de 1988, o planejamento, a fiscalização e a regulação⁴³.

Segundo Marçal Justen Filho⁴⁴, o modelo do Estado Regulador possui 04 características distintas do modelo clássico de Estado Social. A primeira diferença consiste na abrangência das atividades sujeitas aos regimes de direito público e de di-

40 *Idem.*

41 *Emendas Constitucionais nº 06 e 07.*

42 *NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático com introdução de Luís Roberto Barroso. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 25*

43 *Para viabilizar esse novo formato é que surgem as agências reguladoras.*

44 *JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 450/451.*

reito privado, no novo modelo há a desestatização das atividades desenvolvidas pelo Estado. A segunda característica do Estado Regulador é a inversão da relevância do instrumento interventivo, isso porque passa a ser exercido o modelo interventivo indireto. A terceira particularidade reside na forma da atuação regulatória do Estado, uma vez que anteriormente essa atuação visava somente atenuar ou eliminar as falhas de mercado, ao passo que o modelo regulatório visa, além disso, alcançar valores sociais. Na opinião do autor, isto impede a prevalência da pura e simples busca do lucro. Por fim, a quarta peculiaridade consiste na institucionalização de mecanismos de disciplina permanente das atividades reguladas, segundo o autor o regramento deixa de ser estático e passa a ser dinâmico.

Para Aragão⁴⁵, as três espécies sempre coexistirão, porém podem ser mais ou menos importantes de acordo com a estratégia de intervenção adotada. Nesse sentido, segundo o autor – e para a maioria da doutrina – o momento atual de predominância é do Estado Regulador.

Após essa nota introdutória e histórica sobre a intervenção estatal, tanto no plano internacional, como no plano nacional, bem como em que contexto passa a reverberar de forma mais aparente o Estado Regulador, passaremos a analisar o conceito de regulação, tanto pela ótica econômica, quanto pela social.

Conceito de regulação

Preliminarmente, para contextualizar a origem da regulação Di Pietro cita Antonie Jeammaud⁴⁶. Segundo ele, a regulação teve origem nas ciências físicas e biológicas, definida como o “trabalho consistente em introduzir a regularidade em um objeto social, assegurar a sua estabilidade, sua perenidade, sem fixar-lhe todos os elementos, nem o integral desenvolvimento, portanto sem excluir mudanças.”.

A partir desse conceito inicial, podemos extrair duas noções básicas: regularidade e mudanças. Assim sendo, a regulação almeja atingir um grau de estabilidade para o seu objeto, mas não o restringe de forma completa, de modo que há a possibilidade de atualizá-lo de acordo com os anseios da sociedade em benefício da estabilidade⁴⁷.

Como já vimos, a regulação surge no direito brasileiro com a privatização das empresas estatais e com a concessão de serviços públicos para empresas privadas. Essas atividades que antes eram exercidas pelo Estado precisavam ser reguladas

45 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 202.

46 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. / Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2ª Ed. Rev e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 19

47 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. / Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2ª Ed. Rev e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 19

para que o poder público pudesse assegurar a regularidade na sua prestação, bem como para que fosse possível estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado.

Conforme lição de Di Pietro⁴⁸, no âmbito jurídico, a regulação poderá abranger outras áreas, tais como, os serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado. Entre os serviços públicos exclusivos, como os de concessão, permissão ou autorização, o objeto da regulação poderá ser a garantia da competição ou a fixação de regras e condutas para execução do serviço. Já para os serviços públicos não exclusivos do Estado, aqueles prestados na área social, como por exemplo, saúde, educação, cultura, a finalidade da regulação não será econômica, mas de ordem social, com o fim de garantir o interesse público.

Ademais, cumpre registrar, que embora a regulação seja um instituto oriundo da economia, resta claro que esta poderá incidir tanto na ordem econômica, como na ordem social. Tendo isso em vista, importante notar que tanto a regulação econômica como a social possuem duas características idênticas, quais sejam, estabelecer regras de conduta e controlar a atividade privada pelo Estado. Contudo, se diferenciam quanto à finalidade pública, enquanto a econômica a finalidade é estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado, a social tem como objetivo proteger o interesse do usuário dos serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado⁴⁹.

Essa dicotomia é extremamente relevante quando estivermos diante de um caso concreto, visto que, caso optemos pela regulação econômica, estaremos dando preferência ao mercado, caso escolhermos a regulação social, daremos maior peso a importância do interesse do usuário, do consumidor⁵⁰.

Com essa breve introdução, já podemos citar alguns conceitos de regulação propostos por grandes juristas. Para Di Pietro, a regulação “constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público.”⁵¹

Já para Alexandre Aragão a regulação consiste no:

Conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, con-

48 *Idem.* p. 22.

49 *Nesse sentido, Marçal Justen Filho aponta que: Embora seja costumeira a alusão a “regulação econômica”, isso não significa que a regulação seja dotada de uma única dimensão. Toda regulação é concomitantemente econômica e social. Isso significa que a intervenção estatal no âmbito econômico corresponde sempre à promoção de valores sociais. Toda e qualquer atuação regulatória consiste num conjunto de providências econômicas e sociais. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 447*

50 *Essa reflexão será melhor aprofundada quando estivermos diante dos estudos de caso do UBER, NETFLIX e WHATSAPP.*

51 *DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Regulatório: temas polêmicos. / Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2ª Ed. Rev e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 22*

trola, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis.⁵²

Segundo Marçal Justen Filho, a regulação econômico-social:

consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.⁵³

De acordo com os ensinamentos da doutrina, podemos concluir que para que toda intervenção estatal na ordem econômica seja eficiente e legítima, esta deverá almejar, sempre, os valores sociais da sociedade, de modo que, a regulação que não tenha como objetivo promover bons valores sociais será benéfica somente para os interesses do mercado.

Antes de prosseguirmos para o próximo tópico, importante ressaltar a diferença existente entre regulação e regulamentação, visto que rotineiramente, há confusão entre os termos, e ainda, a distinção entre regulação e poder de polícia.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que a regulação é uma atividade mais ampla e complexa do que a atividade regulamentar ou normativa. A regulação pode exercer as funções normativa, executiva ou judicante, enquanto que a regulamentação é exclusiva do Poder Executivo, caracterizada como função política que está circunscrita a edição de atos cujo propósito é regulamentar a lei. Essa distinção está de forma clara na redação do art. 174 da CRFB onde dispõe que o Estado deverá atuar como “agente normativo e regulador”, ou seja, regulamentador e regulador, respectivamente⁵⁴.

No que concerne ao antagonismo entre regulação e poder de polícia, a regulação possui sentido mais amplo. O poder de polícia incide somente sobre o campo das atividades privadas, limitando a liberdade dos que possuem relação genérica com a Administração, enquanto que na regulação, esta atinge também os que possuem relação especial com a Administração, como é o caso dos concessionários de serviço público, por exemplo. Nesses casos, como destaca Aragão, a atividade não possui liberdade de iniciativa, pois é estritamente estatal, sendo assim, o Estado não está limitando a liberdade privada, como faz no poder de polícia. Dessa forma, a despeito dos conceitos serem próximos, a regulação abrange, além das atividades econômicas privadas, os serviços e monopólios públicos exercidos por particulares⁵⁵.

52 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 208.

53 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 447

54 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Curso de direito administrativo*. 3ª Ed. rev., atual e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015. p. 800/801.

55 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 206.

Formas de Regulação: regulação estatal, regulação pública não estatal, regulação pelo mercado (autorregulação) e desregulação

Como visto no capítulo anterior, a regulação fiscalizará e incentivará o comportamento dos agentes econômicos com o fim de alcançar os ideais sociais definidos na Constituição. No presente tópico iremos trabalhar as quatro formas da regulação em sentido amplo⁵⁶, com base na doutrina de Alexandre Aragão⁵⁷.

Em primeiro lugar, temos a forma clássica conhecida como regulação estatal. Este modelo ora é exercido pela Administração Pública, ora pelas entidades da Administração Indireta, tais como as agências reguladoras. Aragão classifica a regulação estatal quanto aos meios; à finalidade e ao objeto⁵⁸.

O segundo modelo é caracterizado pela regulação pública não estatal, na qual a regulação é levada a cabo por entidades privadas oriundas de delegação do Poder Público. Trata-se da também chamada autorregulação regulada, pois, embora a regulação não seja desempenhada pelo Estado, há evidente participação do mesmo. Como exemplo dessas entidades privadas da sociedade, temos a Confederação Brasileira de Futebol – CBF, cujo art. 207, I da CFRB assegura a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento, isto é, há manifesta chancela estatal. Além desta, podemos observar ainda, outras entidades privadas utilizando-se de normas para regular determinado setor do mercado, tais como a Academia Brasileira de Letras - ABL, a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. Todas essas entidades são exemplos de associações de direito privado, sem fins lucrativos, criadas pelo Estado, mas alheias a sua ingerência, que editam normas que, por chancela legal, se impõem coercitivamente aos seus destinatários, mesmo que não sejam seus associados.

Sob essa perspectiva, podemos observar que na regulação estatal há uma manifesta distinção entre agentes reguladores e regulados, enquanto que na autorre-

⁵⁶ Segundo Alexandre Aragão, a regulação propriamente dita exclui a regulação pelo mercado, denominada como autorregulação e a desregulação, por não possuírem influência estatal. Para fins didáticos, iremos abordar a regulação em sentido amplo.

⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 204 e 205.

⁵⁸ Quanto aos meios a regulação pode ser direta, quando o Estado se vale de instrumentos jurídicos-coercitivos visando obter uma ação, omissão ou prestação, ou indireta, quando o estado se vale não da coerção, mas de mecanismos consensuais, econômicos, financeiros ou meramente materiais. Quanto à finalidade, o Estado regulará de forma imediata quando visar objetivos econômicos propriamente ditos (fixação do valor de tarifas) ou de forma mediata, quando a atuação estatal estiver voltada, primeiramente, para a realização de finalidades sociais do estado (A ANVISA veda a presença de substância nociva em alimentos, com o fim de proteger a saúde da sociedade). Finalmente, quanto ao objeto, classificação cunhada por Floriano de Azevedo Marques Neto, a regulação pode ser setorial, quando incidir sobre as atividades econômicas com objeto específico (petróleo, energia, alimentos), ou transversal, quando incidir sobre determinados aspectos de todas as atividades econômicas (regulação ambiental, direitos dos consumidores, direito da concorrência).

regulação regulada os próprios agentes exercem o papel de regular a atividade econômica, caracterizando-se como uma forma de regulação coletiva, com a chancela ou reconhecimento do Estado

De forma diversa, é a regulação pelo mercado, ou, autorregulação. Esta consiste em instituições privadas, geralmente associativas, que com ausência de delegação ou chancela estatal criam normas que serão submetidas e respeitadas por seus associados, de forma autônoma e voluntária. É o caso, por exemplo, do Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br, entidade despersonalizada, integrada por entes estatais, por representantes do setor empresarial, do Terceiro Setor e da comunidade científica, que, voluntariamente, se submetem as normas e diretrizes criadas para o uso e desenvolvimento da Internet no Brasil⁵⁹. Importante ressaltar – e esta é a grande diferença para a regulação exercida pelo ou com participação do Estado – que as normas criadas por essas associações não podem ser impostas a pessoas físicas ou jurídicas não associadas, pois carecem de coercitividade⁶⁰, característica essencial do Poder de Polícia.

Finalmente, a quarta forma de regular é a desregulação, este modelo ganhou força no Brasil no início dos anos 90 com os planos de desestatização e privatização. Para Alexandre Aragão o termo desregular consiste na ausência de normas estatais ou oriundas de instituições privadas, deixando que os agentes econômicos fiquem submetidos apenas ao livre desenvolvimento do mercado. Entretanto, parte da doutrina entende diferente, como é o caso de Di Pietro. Para a autora, desregulação não significa ausência de normas, mas a diminuição do regramento da atividade privada.

Com efeito, podemos constatar que todas as formas citadas estão presentes no cotidiano das atividades econômicas, o que nos faz questionar qual seria a forma ideal de regular. Ao analisarmos o cenário brasileiro, entendemos que a forma de regulação deverá estar em harmonia com o setor da economia, o serviço público e a atividade econômica *strictu sensu* que a estiver regulando, de modo que, a regulação deverá ser intensificada quando estivermos diante de atividades que possuam contratos que envolvam delegação de serviço público, em virtude da presença do regime de direito público.

Definidas as formas da regulação, iremos decompor o papel das agências reguladoras no Brasil.

59 O CGI.br foi criado pelo Decreto n.º 4.829, de 3 de setembro de 2003.

60 *Coercitividade: é a imposição coativa do ato de polícia ao particular. Ele é imperativo, obrigatório para o particular, independentemente da sua anuência para ser imposto. Ao contrário das relações privadas, em que as obrigações decorrem do acordo de vontades, que é apenas respeitado e protegido pela lei, no Direito Administrativo, por decorrerem diretamente da lei, prescindem da vontade dos seus sujeitos passivos. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 195.)*

Agências Reguladoras.

Primeiramente, como vimos no tópico anterior, o exercício da atividade regulatória pelo Estado pode ser realizado por diversos meios, e não pressupõe a exigência de criação de uma agência reguladora independente, podendo ser exercido até mesmo no âmbito da Administração Direta, como é o exemplo das secretarias municipais de transporte ao regular o táxi, um serviço público de transporte público individual de passageiros delegado aos particulares.

A regulação ainda pode ser exercida por empresas estatais, é o caso da estatal que atua no mercado em regime concorrencial e, intencionalmente, abaixa os preços como forma de controlar os preços dos agentes privados do mesmo setor.

Regime Jurídico

Em apertada síntese, é digno de nota o importante histórico jurisprudencial acerca do regime jurídico das Agências Reguladoras. Em outros tempos, através de via legislativa, os dirigentes das autarquias de regime especial (Agências Reguladoras) ⁶¹ eram nomeados pelo Chefe do Poder Executivo com a garantia de mandato a termo, desse modo, limitava-se o poder de exoneração que detinha o Chefe do Poder Executivo.

Contudo, na época, o STF entendeu ser inconstitucional tal restrição, sob o argumento de que se tratava de clara violação ao poder de direção do Presidente da República, conferido pelo Art. 84, inciso II da Constituição⁶². A Súmula nº. 25 reforçava esse posicionamento: “A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente da autarquia”. Ocorre que, após o julgamento da liminar requerida na ADIN nº. 1.949-0 de relatoria do Ministro Nelson Jobim, essa jurisprudência fora alterada.

O STF decidiu conferir as agências reguladoras, autonomia orgânica, mediante a vedação da exoneração ad nutum de seus dirigentes, e autonomia funcional, por meio da inexistência de ingerência hierárquica da Administração Pública Central sobre seus atos decisórios, sendo incabível, por exemplo, o recurso hierárquico impróprio, ferramenta que o administrado utilizava para recorrer à autoridade do Poder Executivo, em caso de sucumbência na decisão técnica e especializada das autarquias.

Neste contexto, com as agências dotadas de consistente autonomia frente ao Estado, sua atividade regulatória, em tese, passaria a conferir maior tratamento técnico e segurança jurídica para os setores regulados, uma vez que, seus dirigentes

⁶¹ Oportuno ressaltar que as agências são necessariamente constituídas sob a forma de autarquia (pessoa jurídica de direito público) em virtude da natureza da atividade que exercem.

⁶² Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

tes deveriam ser nomeados em razão de sua especialidade técnica e reputação no setor específico, proporcionando às agências, maior prestígio, legitimidade, eficácia e eficiência. Essa peculiaridade passou a ser denominada como “despolitização” das agências reguladoras⁶³.

No que se refere à sua conceituação, as agências reguladoras brasileiras são consideradas para Alexandre Aragão como:

Autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício, em última instância administrativa, do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Chefe do Poder Executivo, após prévia aprovação pelo Poder Legislativo, vedada a exoneração ad nutum. ⁶⁴

Já para Marçal Justen Filho⁶⁵, a agência reguladora “é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial.”

No que tange ao regime a que se submete a agência reguladora, não há uma lei única que estabeleça características gerais a tais entidades, de modo que a lei que a instituir definirá seu regime jurídico. Acerca do tema, Marçal Justen Filho pondera que “Não há perfil jurídico único para as agências reguladoras. Cada agência apresenta estrutura, função, e regime jurídico próprios.” ⁶⁶.

A despeito dessa constatação, é possível elencarmos as principais características das agências reguladoras.

Características.

Diante do que já foi visto, as agências reguladoras gozam das seguintes prerrogativas: (i) poder normativo primário para editar normas técnicas no setor regulado; (ii) vedação à exoneração ad nutum dos dirigentes; (iii) mandatos dos dirigentes não coincidentes com os do Chefe do Executivo; (iv) nomeação submetida à prévia aprovação do Senado Federal; (v) inexistência de ingerência hierárquica da Administração Pública sobre seus atos decisórios; (vi) autonomia financeira; (vi) autonomia frente aos agentes regulados;

Nessa linha, Luis Roberto Barroso⁶⁷ cita as principais funções das agências reguladoras:

⁶³ Hoje, infelizmente, constatamos que o trato da coisa pública carece de ética, haja vista os inúmeros casos de nepotismo e apadrinhamento político nos cargos de direção das agências reguladoras.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 211.

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 466

⁶⁶ *Idem*. p. 464.

⁶⁷ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199284,71043-Estado+e+livre+iniciativa+na+experiencia+constitucional+brasileira>>. Acesso em:

As agências têm como suas principais funções: 1. Regular o setor, nos limites da lei; 2. Fiscalizar cumprimento dos contratos, inclusive e notadamente as metas de universalização, quando existentes; 3. Controlar tarifas e preços; 4. Fomentar a competição; e 5. Arbitrar conflitos entre poder concedente, concessionário e usuários.

Embora já tenhamos feito considerações referentes a algumas características, adiante teceremos breves comentários a respeito do poder normativo das agências, sua autonomia financeira e sua autonomia frente aos agentes regulados.

Quanto ao poder normativo das agências reguladoras este é objeto de debate, na doutrina, que se divide em duas vertentes. Há aqueles que defendem a constitucionalidade de tal atribuição e há outros que sustentam a inconstitucionalidade. Para a primeira corrente⁶⁸, o fundamento do poder normativo das agências reguladoras é base do fenômeno da deslegalização, isto é, o legislador transfere para as agências reguladoras a incumbência de legislar sobre determinado setor, para conferir tratamento técnico e despolitizado. Todavia, para a segunda vertente⁶⁹, há manifesta violação ao princípio da legalidade administrativa, pois só a lei pode criar direitos e deveres, além disso, aduzem que o legislador faz uma delegação normativa inominada ao atribuir poder normativo técnico às agências reguladoras, o que só seria possível mediante Medida Provisória e Lei Delegada.⁷⁰

No que tange a autonomia financeira, as agências reguladoras possuem recursos financeiros próprios, por meio de arrecadação e administração. Como exemplos, podemos citar o procedimento adotado pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), a Agência ao verificar suposta infração, lavra auto de infração e aplica multa ao agente regulado, esta prática arrecada dinheiro para ser utilizado em suas atividades institucionais. O mesmo se aplica à Agência Nacional do Cinema (Ancine) ao cobrar dos agentes econômicos taxa de Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (CONDECINE). A cobrança de taxa regulatória, instituída por lei, é o principal instrumento de arrecadação das agências reguladoras, o que faz gerar acalorados debates acerca de sua natureza jurídica⁷¹.

No que se refere à autonomia frente aos agentes regulados, esta característica é essencial para que as agências reguladoras possam atingir um de seus principais

68 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Alexandre Aragão, Marcos Juruena, José dos Santos Carvalho Filho e Rafael Oliveira defendem esta corrente.

69 Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Di Pietro, e Marçal Justen Filho defendem a corrente da inconstitucionalidade.

70 Entendemos que há constitucionalidade em tal atribuição, pois a lei ao atribuir às agências reguladoras o poder normativo, visa delegar às agências reguladoras tal prerrogativa em virtude do conhecimento técnico que a mesma tem sobre o setor. Não obstante o poder normativo seja primário, as normas editadas deverão sempre respeitar aos parâmetros estabelecidos na lei, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

71 Em resumo, parte da doutrina entende-se tratar de taxa regulatória, em virtude de ser instituída por lei, com base no exercício do poder de polícia. Em sentido oposto, há quem diga que a natureza jurídica irá depender da atividade exercida pela agência, a taxa cobrada pelas agências que regulam atividades econômicas teria natureza de tributo, em decorrência do fato gerador ser exercício do poder de polícia, por sua vez, as que regulam os serviços públicos concedidos, a taxa regulatória possui natureza de tarifa, preço público, pois sua arrecadação teria como fim

objetivos, qual seja, prevenir os conflitos do mercado. Com isso, os agentes regulados do setor específico deverão sempre obedecer as diretrizes, normas e sanções dos entes reguladores. Nessa linha, Odete Medauar *apud* Marcos Juruena:

“Na literatura brasileira, Marcos Juruena Villela Souto (Agências reguladoras, in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, 216, abr/jun. 1999, p. 130) nota que na função de regular, a ideia é sempre harmonizar o interesse do consumidor, na obtenção do melhor preço e da melhor qualidade do serviço, com os do fornecedor do serviço, que deve ter preservada a viabilidade da sua atividade, como forma de se assegurar a continuidade do atendimento dos interesses sociais. Daí porque a prevenção dos conflitos é um dos principais aspectos da regulação através da elaboração de diretrizes que traduzem os conceitos de eficiência técnica e financeira para o caso concreto do segmento regulado.”⁷².

Entretanto, embora as agências possuam tal autonomia, há o constante perigo de serem “capturadas” pelos agentes regulados, deixando de lado o interesse dos consumidores, conforme lição de Alexandre Aragão:

O problema, certamente, não é específico das agências reguladoras, ocorrendo, em maior ou menor grau, em toda a Administração Pública, aqui e alhures. Todavia, quando um ordenamento é setorizado, os seus dirigentes, inclusive pela formação técnico-profissional especializada no setor, tendem a ter um contato mais estreito e frequente com os agentes econômicos regulados, o que, se por um lado é positivo, por outro, se não forem criados os instrumentos necessários, poderá levar à parcialidade das suas decisões e omissões⁷³.

Antes de seguirmos para o próximo subtópico, relevante fazer uma ressalva acerca da autonomia das agências reguladoras. Não obstante a autonomia das agências reguladoras seja mais contundente em comparação com as demais autarquias, não quer significar que esta seja ilimitada. Com efeito, as agências reguladoras deverão se submeter ao previsto pela Constituição, ao determinado pela lei que as cria e, por fim, às políticas públicas impostas pelo Governo Federal, como é o caso, por exemplo, da Agência Nacional de Cinema (ANCINE) cuja execução deverá se submeter a política nacional de cinema estabelecida pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001.

Classificação.

Segundo a classificação adotada por Alexandre Aragão⁷⁴, as agências reguladoras podem ser divididas, dentre outros critérios, quanto: a esfera federativa; especialização setorial; autonomia organizacional; natureza das atividades reguladas. Iremos abordar as que julgamos mais relevantes.

Quanto à esfera federativa, podem ser classificadas como agências municipais, estaduais e federais. No que tange as federais pertinentes ao tema deste traba-

⁷² MEDAUAR, Odete. *R. Dir. Adm. Rio de Janeiro*. 228: p. 123-128. Abr./Jun. 2002

⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 222/223

⁷⁴ *Idem*. p. 218/219

lho, temos atualmente as seguintes agências: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

No que se refere à natureza das atividades reguladas, verificamos quatro tipos: agências reguladoras da prestação de serviços públicos (ex.: ANATEL, ANTT); agências reguladoras da exploração de monopólios públicos; agências reguladoras de bens públicos; agências reguladoras de atividades econômicas privadas (ex.: ANCINE).

Dessa forma, antecipando o que veremos no decorrer do trabalho, faz-se necessário pontuar que o serviço de táxi é serviço público autorizado cuja regulação é exercida pelas Secretarias Municipais de transporte, por sua vez, o setor de cinema é regulado pela ANCINE e a ANATEL tem competência para regular o setor de telecomunicações.

SERVIÇOS REGULADOS X NÃO REGULADOS E ASPECTOS CONCORRENCIAS.

No presente capítulo, iremos abordar outra importante espécie de intervenção indireta na economia, trata-se da denominada regulação concorrencial, que se difere da chamada regulação setorial, estudada no capítulo 03. Abordaremos os princípios gerais da ordem econômica, com destaque para os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Verificaremos a partir deste último, o papel do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE na promoção da concorrência. Posteriormente, conceituaremos quais são as principais falhas de mercado e de governo.

Ordem Econômica

Princípios gerais da atividade econômica.

A Constituição Brasileira possui título destacado para tratar da ordem econômica, a partir da leitura do caput do art. 170 da CRFB/88 (“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:”) observamos que a ordem econômica, constituída na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem como objetivo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames sociais.

Assim sendo, a ordem econômica possui dois fundamentos. O primeiro diz respeito à valorização do trabalho humano, a proteção do trabalhador, o segundo, por sua vez, visa conferir liberdade para o desenvolvimento da atividade econômica

através da livre iniciativa, isto é, como prevê o art. 173, o Estado somente irá intervir na atividade econômica para proteger a dignidade da pessoa humana ou com o fim de assegurar a justiça social. Como bem observa Celso Antonio Bandeira de Mello⁷⁵, o constituinte fez questão de frisá-los na Carta Maior, visto que além de serem fundamentos da ordem econômica, também são fundamentos da República, na forma do art. 3º.

Nesse diapasão, o art. 170 destaca os princípios da ordem econômica, quais sejam:

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; 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 País.

No presente trabalho, daremos maior atenção aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, uma vez que, a partir deles, há interessantes repercussões quanto à intervenção do Estado na economia e a regulação.

Livre Iniciativa

Preliminarmente, cumpre observar que embora o princípio da livre iniciativa revele a adoção de um regime capitalista, com base na economia de mercado, consagrando a iniciativa privada como princípio básico da ordem capitalista, interessante notar que a própria Constituição disciplina a intervenção estatal no domínio econômico. Embora a regra seja a economia atuar de forma livre, há a possibilidade de intervenção Estatal para garantir, dentre outros princípios, a finalidade da ordem econômica, qual seja: preservar a dignidade da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social.

Dessa forma, a livre iniciativa é limitada pela justiça social, pelo direito do consumidor, pela defesa do meio ambiente e pelos demais princípios expressos na Constituição Federal de 1988, portanto, a regra é que o Estado só possa limitá-la nas hipóteses previstas na lei ou na Constituição. Por essa razão, o parágrafo único do art. 170 estabelece que, “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”, o núcleo principal dessa norma é a proteção da justiça social e do bem-estar coletivo, dado que, como já visto, algumas atividades econômicas possuem relevância pública que deverão ser reguladas para que o Estado possa controlar os agentes econômicos na exploração dessas atividades.

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 815.

Nessa linha, decidiu o STF:

“É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 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. 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 arts. 1º, 3º e 170. 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. 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 (arts. 23, 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. (...)” (ADI 1.950, rel. min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.)

Sob essa perspectiva, a CRFB, em seu art. 5º, inciso VIII, prevê, em consonância com a livre iniciativa, o livre exercício de qualquer trabalho (“XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”).

Livre concorrência

O princípio da livre concorrência, embora considerado por muitos como desdobramento da livre iniciativa, recebeu tratamento de princípio da ordem econômica pela CFRB/88. Esta designação especial pelo constituinte de 88 demonstra a importância que este princípio tem no cumprimento das finalidades e objetivos da ordem econômica.

Isso se deve, haja vista que segundo André Ramos Tavares⁷⁶, a livre concorrência é um dos fundamentos do sistema capitalista, pois, “sendo livre a concorrência, as leis de mercado determinarão as circunstâncias em que haverá ou não o êxito do empreendedor (livre iniciativa)”.

Segundo o princípio da livre concorrência, o mercado que detêm a concorrência perfeita, é aquele que possui a maior quantidade de agentes econômicos possíveis para que sejam garantidos preços baixos, liberdade de escolha dos melhores produtos e serviços para os consumidores, desenvolvimento tecnológico e de produção devido à alta competitividade, dentre outros fatores que façam maximizar o eficiente funcionamento do mercado. Ou seja, a livre concorrência propicia e incentiva o desenvolvimento de um mercado extremamente eficiente e competitivo, que como consequência final beneficiará o consumidor.

76 Tavares, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2011. p. 256.

Diante desse contexto, a CRFB/88 se preocupou em proteger este importante bem jurídico, o mercado, o §4º do art. 173⁷⁷, estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Desse modo, há atualmente duas leis que visam tutelar a concorrência no Brasil, a Lei 12.529/2011⁷⁸ que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Lei 9.279/1996 que visa regular a propriedade industrial. A primeira cria normas contra o abuso do poder econômico, com o fim de proteger o mercado competitivo e eficiente, já a segunda cria normas contra a deslealdade competitiva, com o objetivo de tutelar a lealdade dos agentes econômicos concorrentes no desenvolvimento de suas atividades econômicas.

Em virtude do presente trabalho não se tratar de questões relacionadas à propriedade industrial, nos restringiremos a analisar somente a Lei Antitruste e o papel do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE na promoção da concorrência.

O papel do CADE na promoção da concorrência

Preliminarmente, conforme prevê o artigo 3º da Lei 12.529/2011, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda.

A SEAE possui como competência promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade. O art. 19 prevê suas atribuições, dentre as quais julgamos ser relevante a possibilidade desse órgão propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos que afetam ou possam afetar a concorrência.

O CADE é entidade judicante com jurisdição⁷⁹ em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

No tocante à territorialidade, relevante destacar que, de acordo com o art. 2º, a Lei de proteção contra o abuso do poder econômico aplica-se às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional, isto é o local da ação é considerado, mas também – como deve ser, já que sua função é a proteção do mercado brasileiro

⁷⁷ § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

⁷⁸ “Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

⁷⁹ Trata-se aqui de aplicação administrativa da legislação, assim como as agências reguladoras exercem. Não se está aqui a falar sobre processo judicial, somente processo administrativo.

- aplica-se às práticas que nele produzam ou possam produzir efeitos. Dessa forma, mesmo que as condutas sejam praticadas em outros países por multinacionais ou por empresas que exercem atividades econômicas globais, tais como o UBER, WHATSA-PP e NETFLIX, o CADE possui competência para atuar.

Para atingir a promoção da concorrência, o CADE poderá atuar de forma⁸⁰:

Preventiva: analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência.

Repressiva: investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência.

Educativa: instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas. (grifado no original)

Em virtude dessas atribuições, Fabiano Mazzo⁸¹ entende que o SBDC representa um tipo de atuação indireta do Estado no domínio econômico, argumenta o autor que a partir da leitura das competências dos vários órgãos criados, resta evidente o controle do mercado pelo Estado, ainda que não se trate de regulação setorial de um mercado específico como fazem as agências reguladoras⁸².

80 Brasil, Cade, Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna>. Acesso em: 24/10/2016.

81 Mazzo, Fabiano. 2016. p. 164.

82 No tocante à distinção existente entre regulação setorial e concorrencial, “em setores sujeitos à regulação do Estado, o cumprimento da multiplicidade de regras impostas às empresas não é uma tarefa trivial. Não é incomum que as empresas tenham, até mesmo, que procurar formas de conciliar deveres aparentemente contraditórios. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando houver certa tensão entre as regras relativas à regulação da atividade econômica e as regras relativas à proteção à livre concorrência. Pense-se nos casos em que a regulação impõe preços mínimos, máximos ou fixos (os chamados preços administrados), a divisão territorial de um mercado ou, ainda, critérios mínimos de segurança ou qualidade. Nessas situações, a questão que surge é: até que ponto o cumprimento de determinações regulatórias poderia, ao mesmo tempo, violar a legislação concorrencial? Recentemente, no contexto de ACP ajuizada contra distribuidoras de gás em Porto Alegre e Canoas, o STJ reformou decisão do TRF da 4ª região, que condenou as empresas por formação de cartel mediante a prática de preços tabelados e rodízio para a comercialização de produtos (REsp 1.390.875/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 9/6/15). De acordo com a 1ª turma do STJ, não é possível considerar que a atuação das distribuidoras de gás seria ilícita, uma vez que os preços do produto eram tabelados pelo próprio Poder Público e o mencionado rodízio, estruturado por meio do Sistema Integrado de Abastecimento, autorizado pelo Departamento Nacional de Combustíveis. Isto é, uma vez que a atuação dos particulares foi essencialmente pautada pelas determinações do agente regulador, sem a possibilidade de qualquer flexibilização, sua conduta não poderia ser considerada ilícita. Segundo o STJ, a conduta das empresas seria imune à legislação de defesa da concorrência, por conta de doutrina conhecida nos Estados Unidos como State Action Doctrine, por vezes equiparada, no direito brasileiro, à excludente de ilicitude decorrente da inexigibilidade de conduta diversa. Seguindo orientação já presente na doutrina, o STJ decidiu que uma conduta não configura infração à ordem econômica se (i) houver regulação estatal a seu respeito, (ii) tal regulação tenha por objetivo atender a uma finalidade de política pública e (iii) o Estado efetivamente obrigue e supervise o cumprimento da regulação. Ou seja, para que não haja conduta ilícita, é preciso que exista disposição regulatória expressa, cujo cumprimento esteja sujeito à supervisão estatal, e que se sobreponha às normas de proteção da concorrência. Quando todos esses requisitos se fizerem presentes, não pode a autoridade antitruste interferir no mercado regulado em questão por meio do controle de condutas anticompetitivas.” Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224286,11049Regulacao+e+concorrenca+um+posicionamento+do+STJ>>. Acesso em: outubro, 2016.

Além disso, cumpre ressaltar que, da mesma forma como fora abordado sobre a livre iniciativa, a livre concorrência não se trata de direito absoluto, não se constitui um fim em si mesmo, pelo contrário, a concorrência é um instrumento, pois serve de meio para resguardar que o mercado competitivo e eficiente possa garantir os objetivos e princípios da ordem econômica.

Com efeito, o STF já se pronunciou sobre o tema:

A defesa da livre concorrência é imperativo de ordem constitucional (art. 170, IV) que deve harmonizar-se com o princípio da livre iniciativa (art. 170, caput). Lembro que “livre iniciativa e livre concorrência, esta como base do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa (cf. Farina, Azevedo, Saes: Competitividade: Mercado, Estado e Organizações, São Paulo, 1997, cap. IV). Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços ...” Calixto Salomão Filho, referindo-se à doutrina do eminente Min. Eros Grau, adverte que “livre iniciativa não é sinônimo de liberdade econômica absoluta (...). O que ocorre é que o princípio da livre iniciativa, inserido no caput do art. 170 da CF, nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada”. [AC 1.657 MC, voto do rel. p/ o ac. min. Cezar Peluso, j. 27-6-2007, P, DJ de 31-8-2007.]

Ressalte-se, igualmente, que o CADE tem o poder dever de, assim como a regulação setorial das agências reguladoras, corrigir as falhas do mercado e de governo para preservar os interesses da coletividade.

Falhas de Mercado e de Governo.

Os fundamentos da regulação se restringiam a duas linhas de pensamento denominadas como a Escola do Interesse Público e a Escola de Chicago. De forma sucinta, segundo a primeira teoria, a regulação deve estar voltada e justificada pela necessidade de satisfação do interesse público ou do bem comum, enquanto que a Escola de Chicago afirma que a regulação deve ter como finalidade o adequado funcionamento do mercado, corrigindo suas ocasionais falhas⁸³.

Segundo a Escola de Chicago, o mercado possui quatro falhas, quais sejam: Monopólio e poder de mercado; externalidades; bens coletivos e assimetria de informação. Nesse sentido, a razão principal para aumentar a atividade da regulação surgia da falta de habilidade do mercado em solucionar suas próprias falhas, isto é, a autorregulação privada não dava equilíbrio ao mercado.

Uma das justificativas para a regulação estar presente é quando houver a necessidade de controle do monopólio ou do poder de mercado. O monopólio surge quando há uma única empresa responsável pelo fornecimento ou prestação do serviço, o que poderá acarretar no aumento de preço muito além do custo de sua

83 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. 2015. p. 802.

produção, com o fim exclusivo de maximização de seus lucros. Além disso, os monopolistas não têm incentivos para investir em inovação tecnológica e melhora de seus produtos ou serviços o que restringe os ganhos de produtividade da economia. Como exemplo, observamos a situação do serviço de táxi, um serviço monopolizado que por consequência desestimula a evolução, a melhora do serviço. A regulação setorial e concorrencial deverá atuar sempre que possível para coibir barreiras de entrada para novos agentes econômicos.

A externalidade também é outra justificativa para a regulação. Por esse conceito, entende-se que os custos e benefícios gerados por determinada atividade econômica não incidem somente sobre seus produtores e consumidores, mas também a terceiros que não estão presentes na relação inicial. Dentre as externalidades positivas, a inovação tecnológica traz inúmeras delas, como por exemplo, o fato do WHAT-SAPP possibilitar que o usuário do aparelho celular faça ligações de voz gratuitas, enquanto que as ligações das operadoras de telecomunicações são onerosas. Quanto às externalidades negativas, Calixto Salomão esclarece que a poluição é uma externalidade negativa oriunda da poluição industrial, uma vez que não atinge somente os produtores e consumidores do bem produzido, mas também aos moradores próximos de determinada fábrica⁸⁴.

Quanto aos bens coletivos ou públicos, seriam bens não rivais, o consumo de um bem público por um indivíduo não reduz o consumo por outra pessoa, e bens não exclusivos, o que significa que esse bem não pode ser mantido fora do alcance de qualquer membro de um grupo uma vez que tenha sido fornecido para o grupo. Os exemplos mais comuns de bens públicos são a defesa nacional e a iluminação pública. Nesse diapasão, a Constituição de 88 considera o desenvolvimento científico e tecnológico como um exemplo de bem coletivo, uma vez que os incentivos financeiros estatais à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico servem para estimular setores que são preteridos pelo mercado, in verbis.

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

Por fim, a assimetria de informação também faz parte do rol das falhas de mercado. Para que o mercado funcione de forma adequada as partes precisam ter acesso a informações equilibradas, de modo que, se houver assimetria na prestação de tais informações, como por exemplo a qualidade do produto, poderão ocorrer condutas malélicas, oportunistas por uma das partes, em outras palavras, a assimetria de informação ocorre quando o vendedor ou o comprador possui uma informação

84 SALOMÃO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 27.

que o outro não possui. Como exemplo, podemos citar a grave crise existente no setor de táxi ao redor dos aeroportos e rodoviárias, onde há um claro desequilíbrio de informação em relação ao preço do serviço, não se sabe quanto irá custar a viagem previamente. Sem dúvida, um dos fatores cruciais para que a sociedade, em geral, esteja contente com a entrada do UBER, um novo agente econômico que traz a concorrência necessária para o setor de transporte individual de passageiros.

Conforme assinala Mitchell citado por Rafael Oliveira⁸⁵, não obstante haja as falhas de mercado, podemos observar também as designadas falhas de governo:

A intervenção “forte” do Estado na ordem econômica, em virtude da assimetria de informações entre Estado e mercado, pode gerar as denominadas falhas de governo.

As falhas de governo são apresentadas pela Teoria da Escolha Pública, segundo a qual o governo e o mercado são instituições que buscam a maximização de seus próprios interesses. O objetivo principal dos governantes seria a obtenção do maior número de votos em eleições, e não necessariamente o atendimento interesse público.

Como exemplo dessas falhas de governo, podemos citar: o paternalismo estatal ou Estado Babá, que consiste na redução significativa da autonomia dos indivíduos; a teoria da captura, segundo a qual os agentes regulados capturam os agentes reguladores, para que a regulação satisfaça o interesse dos grandes grupos econômicos em detrimento do interesse público e dos consumidores; asfixia regulatória, que consiste, como o próprio nome sugere, no excesso de normas e restrições estatais, ocasionando na inviabilidade de permanência da atividade econômica.

Embora a intervenção “forte” possua falhas, a intervenção “leve” na economia não foge desta regra, podendo, também, ocasionar as falhas de mercado. Neste contexto, eventuais falhas são mais do que justificativa para a necessidade da regulação, trata-se aqui de um verdadeiro “socorro” para que o Estado intervenha em prol do interesse público. Contudo, como visto, esta intervenção deverá possuir a dose exata, sob pena de corrigir acidentais falhas de mercado, mas trazer as mencionadas falhas de governo, tapando, assim, o sol com a peneira.

INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E REGULAÇÃO.

Conforme falamos na introdução, estamos diante de uma Revolução Tecnológica Digital. Como destrinchado durante o trabalho, examinar a ordem econômica e as espécies de atividade econômica bem como, estudar a regulação setorial das agências reguladoras e a regulação concorrencial, sem dúvida, nos dá base para iniciarmos o estudo do impacto da inovação disruptiva em todo esse ecossistema.

⁸⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. 2015. p. 803 e 850.

Desse modo, o presente capítulo irá analisar o conceito de inovação disruptiva e o impacto da convergência tecnológica nos diversos setores e agentes, demonstrando, em seguida, a assimetria regulatória criada. A título de ilustração, iremos analisar o descompasso regulatório criado por inovadoras atividades, tais como, UBER e NETFLIX, em seus respectivos setores da economia, transporte, audiovisual e telecomunicações, respectivamente. Após, pretende-se demonstrar os mecanismos jurídicos que possam atingir as finalidades do interesse público, do consumidor, do mercado e das políticas públicas setoriais para que se obtenha resultados eficientes a fim de atenuar a celeuma instaurada.

Inovação Tecnológica

O fenômeno da “inovação disruptiva” é definido como um movimento de efervescência no processo criativo de novas tecnologias que surgem de modo revolucionário, rompendo com o modo clássico de prestar, produzir e oferecer determinado bem ou serviço.

O termo “inovação disruptiva” foi cunhado pelo professor da Faculdade de Harvard nos Estados Unidos, Clayton Christensen, baseado nas ideias de Joseph Schumpeter. No final da década de 30, Schumpeter criou a expressão “destruição criativa” para descrever os ciclos do capitalismo, segundo ele, a cada nova revolução industrial ou tecnológica destruía-se a tecnologia dominante até então e se estabeleceria uma nova tecnologia dominante no mercado⁸⁶. Desse modo, como há vários ciclos tecnológicos, podemos citar inúmeros exemplos de inovações que transformaram a realidade social da época, tais como a criação do barco a vapor substituindo o barco a vela; o e-mail tornou o telégrafo e o fax arcaicos; o Skype fez com que a ligação fixa internacional ou de longa distância se tornasse ultrapassada.

Portanto, segundo os ensinamentos de Christensen, inovação disruptiva, do ponto de vista econômico, pode ser conceituada como novas tecnologias que inovam na forma de produção de bens e serviços por oferecem produtos mais simples, mais baratos do que os que já existem acessíveis, como consequência, há o nascimento de um novo mercado consumidor que antes não tinha acesso ao produto⁸⁷. Além disso, outra consequência perceptível é a insatisfação dos agentes econômicos possuidores do mercado que, coincidência ou não, são os que também começam a perder dinheiro, tendo em vista que sua produção e seus produtos passam a ser considerados ultrapassados.

86 Disponível em: <<http://destinonegocio.com/br/negocios-online/conheca-a-teoria-da-inovacao-disruptiva>>. Acesso em: outubro, 2016.

87 Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qDrMAzCHFUU>>; <<http://www.bloomberg.com/news/articles/2014-06-20/clayton-christensen-responds-to-new-yorker-takedown-of-disruptive-innovation>>. Acesso em outubro, 2016;

Por outro lado, do ponto de vista jurídico, em recente seminário sobre o tema na Universidade de São Paulo - USP⁸⁸, Floriano de Azevedo Marques Neto afirmou que a inovação desafia não só os agentes de mercado, mas também a regulação. É possível dizer que a inovação tecnológica além de renovar os atores e as estruturas de cada mercado, ela também se caracteriza por ser contestatória à regulação, não só ao regulador, mas também a maneira que se opera a regulação.

Como falamos, por ser a inovação tecnológica um fenômeno revolucionário, ela atua livre de regulação, - se assim não fosse, não seria inovadora - por essa razão ela se notabiliza por ser questionadora da forma pela qual o regulador e o Estado irão regular e intervir na economia, respectivamente.

Segundo Floriano⁸⁹, a inovação poderá ser de dois tipos. A inovação incremental é aquela que traz um novo patamar de atuação dos agentes econômicos e de produção e oferta de bens e serviços, trazem um novo incremento, uma sofisticação, mas não necessariamente questionam e contestam os pressupostos de uma estrutura econômica e a maneira de oferecer aqueles bens e serviços. A título exemplificativo, em nossa visão, o UBER, um serviço de transporte privado de passageiros por meio de uma central de pedidos online de usuários, trata-se de uma inovação incremental, uma vez que a forma de oferecer o serviço não foi alterada, opera-se de forma similar ao táxi, com um pequeno incremento, que diga-se de passagem, já é feito por empresas como a EASY TAXI, dentre outras. A polêmica discussão ainda será abordada de forma mais profunda no presente trabalho.

Por sua vez, a inovação disruptiva é aquela que contesta o próprio modo de produzir e oferecer bens e serviços. Como exemplo, a evolução tecnológica dos serviços de provimento de informação pela internet via WhatsApp trouxe uma facilidade absolutamente eficiente que transformou o modo de oferecer o serviço de voz. Essa transformação da realidade social fez com que os consumidores passassem a utilizar a inovação para trafegar voz, o que antes era privativo da telefonia fixa e móvel, segundo Marques Neto, esse fator torna a médio prazo a telefonia móvel ultrapassada.

Diferenciando-as, tanto a inovação incremental como a disruptiva impactam na regulação e demandam um ajuste regulatório por parte do regulador, todavia, a disruptiva gera um desafio para a regulação, uma vez que a regulação até então existente não é capaz de abarca-la, tornando-se ineficiente para proteger o mercado e o consumidor. Sobre o tema, no ponto a seguir demonstraremos como a inovação impacta, não só na regulação, mas em todos os setores da economia.

⁸⁸ Discurso proferido no I Seminário – Serviços Regulados x Serviços não Regulados realizado pelo Centro de Estudos de Sociedade e Tecnologia – CEST/USP. Disponível em: <<http://www.cest.poli.usp.br/eventos/relatorio-seminario-servicos-regulados-x-servicos-nao-regulados/>>. Acesso em julho, 2016.

⁸⁹ *Idem*.

O impacto da inovação tecnológica

A segunda década do Século XXI está marcada pelo avanço tecnológico na criação de inovações disruptivas⁹⁰. Com o advento da internet no final do Século XX, infinitas tecnologias foram sendo criadas propiciando um verdadeiro “boom” da inovação no presente momento. Pois bem, nos resta agora tentar esmiuçar o impacto que esse avanço tecnológico gera.

Sobre o tema, pode-se dizer que as inovações tecnológicas impactam de forma avassaladora em nossa realidade. De fato, a inovação disruptiva é tão contestadora, que ela possui a capacidade de contestar os agentes econômicos dominantes do mercado, as estruturas do mercado, o modo de produção e de oferta de bens e serviços, o Estado, o direito administrativo, o direito concorrencial, o regulador e a forma da regulação.

Logicamente, quem sofre o primeiro impacto dessa evolução tecnológica é a própria forma de produção e oferecimento de bens e serviços, ocasionando no questionamento das estruturas de mercado. Em outras palavras, ao oferecer um serviço ou produto, mais simples, mais barato, mais acessível, mais plural, contesta-se o próprio mercado. Ademais, a inovação tem a importante característica de atenuar as tendências concentracionistas do mercado, haja vista que o mercado tende a se concentrar e criar monopólios bem como, a afastar a competição e a concorrência, por essa razão, com o advento da inovação põem-se em dúvida as estruturas de mercado, surgindo novos agentes, novos modelos de negócio, novas formas de produção de bens e serviços.

Uma segunda constatação é a de que a inovação tecnológica disruptiva ao contestar as estruturas do mercado, acaba por questionar os próprios players dominantes desse mercado que, em virtude de estarem perdendo sua posição hegemônica, solicitam, pedem, reclamam para que o regulador atue com o fim de equalizar a concorrência ou para que declare a ilegalidade da inovação. Em resumo, os grandes grupos econômicos tendem a querer criar barreiras para a entrada da inovação, por meio da teoria da captura do regulador, do Poder Legislativo e Executivo. Acerca dessa tendência, segundo o ilustre Professor Floriano de Azevedo Marques Neto, os agentes de mercado operam como em um “ludismo regulatório”⁹¹, quando surge a tecnologia disruptiva, os players estabelecidos no mercado, tendem a gritar para o

⁹⁰ *Na verdade, sabe-se que o avanço tecnológico trata-se de um processo constante, ininterrupto e acelerado, no entanto, atualmente, percebe-se que as inovações geradas estão no centro de grandes polêmicas, não só de operadores do direito, mas inclusive sobre os consumidores e a mídia.*

⁹¹ *“O movimento ludista foi o movimento de artesãos, operadores manuais de teares, que confrontados com a energia a vapor dos teares mecânicos, se revoltam em Londres contra a tecnologia, porque, segundo eles, ela destruí a seu modo de produzir e servir serviços”. Discurso proferido no I Seminário – Serviços Regulados x Serviços não Regulados realizado pelo Centro de Estudos de Sociedade e Tecnologia – CEST/USP. Disponível em: <<http://www.cest.poli.usp.br/eventos/relatorio-seminario-servicos-regulados-x-servicos-nao-regulados/>>. Acesso em julho, 2016.*

regulador pedindo proteção⁹². O caso UBER é um clássico exemplo, em virtude da reação, até violenta, dos sindicatos e dos taxistas contra a nova tecnologia.

Com relação aos impactos sobre o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e a regulação, a inovação impõe uma verdadeira revisão sobre a forma de intervenção e regulação da economia. Acerca do contexto atual, Sergio Guerra assinala:

Constata-se que as inovações tecnológicas e a demanda digital renovam modelos tradicionais de prestação de serviços públicos e exercício de atividades econômicas, trazendo certa incompreensão sobre a forma e materialização da atuação do Estado⁹³.

Com efeito, as inovações tecnológicas quando confrontadas com atividades econômicas *strictu sensu* sob o regime jurídico de direito privado, por essas sofrerem baixa regulação estatal, a tendência é que a própria lei do mercado possibilite a entrada da inovação, fomentando a competição com base nos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Contudo, quando a inovação está diante de serviços públicos ou serviços de interesse coletivo sob regime de direito público, por esses sofrerem forte regulação estatal, a tendência é que os agentes dominantes dessas atividades clamem por regulação, em virtude da assimetria regulatória criada pela concorrência com as inovações tecnológicas.

Assimetria Regulatória

Como vimos no item anterior, a inovação disruptiva traz para a prestação de serviços públicos um ambiente concorrencial, no qual questiona-se a forma de prestar e oferecer bens e serviços de modo eficiente, módico, universal, transparente e etc. Ora, se não fosse assim, não estaríamos a estudar o impacto da inovação nesse ambiente, uma vez que os próprios consumidores não a utilizariam. Em outras palavras, por exemplo, se a telefonia, o táxi e a televisão prestassem serviços excelentes, eficientes, com baixa onerosidade ou que estivessem de acordo com a demanda atual do consumidor no mundo digital, o WhatsApp, o Uber e o Netflix seriam um fracasso, não haveria espaço para crescimento.

Nesse diapasão, com o consumo desse novo player (livre de regulação) pelo o usuário de serviço público (forte regulação), cria-se um ambiente concorrencial e, por consequência, um evidente choque de regulação. Desse modo, quando estivermos diante de um setor da economia que haja concorrência entre agentes econômicos com cargas regulatórias distintas, o conceito da chamada assimetria regulatória estará preenchido.

92 Da mesma forma, Marcos Cintra, professor de economia da FGV. Disponível em: <<http://www.marcoscindra.org/copia-o-globo-ingenuidade-e-risco>>. Acesso em fevereiro, 2016.

93 Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/sergio-guerra/inovacoes-tecnologicas-regulacao-e-o-direito-administrativo>>. Acesso em setembro, 2016.

Sobre o tema, vale citar as palavras de Sérgio Guerra⁹⁴:

Por meio da regulação deve-se buscar a conformação da garantia de equilíbrio de um subsistema, por meio de mecanismos que garantam sua efetividade diante das falhas econômicas e oscilações sociais. Uma das indagações que desponta sobre essa função diante da forte complexidade trazida pelas novas tecnologias é de como compreender e adotar níveis diferenciados e adequados de regulação estatal, gerando graus de intervenção estatal indireta sobre serviços públicos e atividades econômicas. Trata-se da denominada “assimetria regulatória”. Estará presente nos casos em que seja estabelecida uma competição em determinadas atividades que sejam reguladas pelo Estado. Isto é, os agentes regulados estarão participando do mesmo subsistema (desenvolvendo a mesma atividade, como, por exemplo, telecomunicação), porém submetidos à desigual intensidade de regulação (concessão de telefonia fixa e autorização de telefonia fixa). (...) Em casos como estes, quando a concessionária de serviço público e a autorizatória de atividade econômica compitam, entre si, no mesmo subsistema regulado, deverá haver intervenção por assimetria regulatória, justificando-se níveis diferenciados na intensidade de intervenção.

Vale ressaltar, no entanto, que com o advento da inovação tecnológica o desafio do regulador em corrigir a assimetria regulatória passa a ser maior, já que a competição se dá entre serviços regulados e serviços desregulados. Feito esse breve resumo do que venha a ser conceituado como assimetria regulatória, passaremos a analisar como ela se dá diante dos casos a seguir: (i) UBER vs Táxi; (ii) NETFLIX vs Prestadoras de SEAC (televisão por assinatura) e telecomunicações.

Casos

Para fins didáticos, procuramos estabelecer uma linha de raciocínio que deverá ser o norte para cada caso. Trabalharemos o histórico da empresa (inovação), qual é o seu fator incremental ou disruptivo, qual é o mercado impactado, quem tem competência para regular e fiscalizar esse mercado, qual é a política pública a ser seguida pelas agências reguladoras. Em seguida, pontuaremos quais são as assimetrias regulatórias, os posicionamentos estatais, jurisdicionais e doutrinários. Por fim, daremos nossa contribuição quanto a regulação das assimetrias.

Ressalte-se aqui que nossa tarefa não é exaurir a temática dos casos, mas tão somente trazer de forma simplificada exemplos de assimetria regulatória como os citados. Por essa razão, tendo em vista que o presente trabalho está restringido à atuação da regulação com viés sobre o direito administrativo, não iremos nos aprofundar sobre a assimetria tributária que também é objeto de reclamação por parte dos agentes estabelecidos.

O caso “UBER”

A empresa trata-se de uma plataforma tecnológica para smartphones que se

94 Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/sergio-guerra/inovacoes-tecnologicas-regulacao-e-o-direito-administrativo>>. Acesso em: outubro, 2016.

baseia em um sistema de economia compartilhada servindo como intermediário entre motoristas e passageiros, onde os motoristas remuneram a plataforma e os passageiros remuneram os motoristas, em virtude disso também é conhecido como um serviço de “carona remunerada”⁹⁵.

Com as externalidades positivas dessa inovação tecnológica, tais como, agilidade, segurança, comodidade, simetria de informação, a Uber passou a fazer um extremo sucesso. Todavia, em razão deste sucesso, os agentes dominantes do mercado, taxistas, entidades, forças políticas, parcela da sociedade ligada à classe, vêm, sistematicamente questionando judicialmente e propondo projetos de lei com o intuito de declarar a Uber ilegal. Trata-se da tendência dos agentes do mercado em operar como em um “ludismo regulatório”, requerendo a declaração da ilegalidade da inovação ou a regulação para corrigir a assimetria.

Ora, do ponto de vista do mercado, consumidores estão demandando por um serviço melhor e a Uber oferece esse seu serviço. Dessa forma, se o serviço de taxi fosse eficiente, barato, limpo, seguro, não haveria demanda por um serviço como a Uber, pois os usuários estariam satisfeitos. Além disso, outro problema grave do serviço de táxi diz respeito à assimetria de informação presente em locais como aeroportos e rodoviárias, como já tivemos oportunidade de citar no trabalho. No fundo, esse é um problema do regime jurídico público no qual há exclusividade e monopólio por parte dos taxistas, há um desleixo natural para prestar o serviço, em virtude da ausência de concorrência.

Do ponto de vista jurídico, a celeuma se restringe ao fato dos taxistas argumentarem que a ilegalidade da Uber se dá em virtude da atividade de transporte público individual remunerado de passageiros ser privativa dos profissionais taxistas, conforme artigo 2º da Lei n.º 12.468/2011⁹⁶, ou seja, prestada em regime de monopólio público e dependente de autorização por parte das secretarias municipais de transporte dos municípios.

95 Segundo o Parecer de Daniel Sarmiento: “os motoristas são empreendedores individuais, que utilizam a plataforma UBER em sistema de “economia compartilhada” (sharing economy), que otimiza o acesso e contato entre passageiros e condutores. Eles são credenciados pela UBER, pagando-lhe o correspondente a 20% do valor que percebem de cada passageiro, como retribuição pela utilização da plataforma tecnológica. A UBER credencia apenas motoristas profissionais, cujas carteiras de habilitação autorizem o exercício de atividade remunerada de condutor de veículos. A manutenção do cadastramento dos motoristas parceiros depende, ademais, das avaliações anônimas que estes recebem dos respectivos passageiros ao término de cada viagem, por meio de um sistema de pontuação. A avaliação varia de zero a cinco estrelas, e os motoristas que obtêm média inferior a 4,6 estrelas podem ser descredenciados pela UBER. Os automóveis dos motoristas também são credenciados pela Consulente, e devem satisfazer a uma série de requisitos atinentes à segurança, luxo e conforto, que são muito mais rigorosos do que os demandados pela legislação para licenciamento dos veículos. O valor das viagens é calculado com base em fatores como a distância a ser percorrida e tempo de viagem, tendo em vista as informações repassadas previamente por cada cliente, atinentes à sua localização e destino. A UBER fornece uma estimativa prévia do preço ao passageiro, e os pagamentos são realizados por meio de cartão de crédito, através do próprio aplicativo.” Disponível em: < <http://parceirosbr.com/uber-legal/>>. Acesso em: julho, 2016.

96 “É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros.”

Por sua vez, a Uber, argumenta que seus motoristas desempenham o transporte individual privado de passageiros, espécie prevista pelo artigo 3º da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei n.º 12.587/2012). Ademais, alegam que a própria CRFB protege as liberdades de iniciativa, de concorrência e de exercício de qualquer trabalho.

A despeito da forte reação dos taxistas, a atividade de transporte de passageiros desempenhada pela Uber é legal, uma vez que está claro pela Política Nacional de Mobilidade Urbana (PNMU) que há a previsão do transporte privado de passageiros, o que se difere do transporte público de passageiros exercido pelo táxi. Assim sendo, por ser caracterizada como uma atividade econômica strictu sensu e se submeter ao regime jurídico de direito privado, como vimos durante o trabalho, a CRFB garante e protege essas atividades, tendo em vista serem princípios diretores da ordem econômica, a livre iniciativa e a livre concorrência. Nesse sentido, corroborando com a legalidade da Uber, os professores Daniel Sarmiento, José Joaquim Gomes Canotilho bem como, precedentes judiciais de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Distrito Federal⁹⁷.

Superada a fase da legalidade da Uber, devemos observar que a Lei de Mobilidade Urbana, política pública do setor de transporte, ao prever a convivência entre o regime público e privado, traz a clássica assimetria regulatória, em virtude dos taxistas serem regulados e a Uber ser desregulada. Por essa razão, embora a Uber seja legal, sua atividade não está livre de regulação.

Quanto à PMNU, a atividade desempenhada pela Uber, apesar de ser executada pela iniciativa privada, deverá ser regulada pelas secretarias municipais de transporte (órgão regulador e fiscalizador dos serviços de transporte público e privado municipal), em virtude dos princípios previstos na Lei de Mobilidade Urbana, tais como: proporcionar melhoria nas condições urbanas da população no que se refere à acessibilidade e à mobilidade; prioridade dos modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado; e promover o desenvolvimento sustentável com a mitigação dos custos ambientais e socioeconômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas nas cidades.

O Estado tem o dever de corrigir eventuais falhas de mercado que se traduzam em externalidades negativas, como é o caso da mobilidade e da poluição. Para isso, as secretarias têm o poder de controlar o quantitativo de veículos e motoristas cadastrados pelo Uber, para que o excesso de veículos na rua não gere um caos na mobilidade urbana e não provoque poluição tóxica, sonora e visual. Ademais, outra

⁹⁷ Disponível em: < <http://parceirosbr.com/uber-legal/>>. Acesso em: julho, 2016.

razão para o controle quantitativo, diz respeito ao objetivo da PMNU em dar prioridade para circulação de transportes não motorizados e de serviços de transporte coletivo.

Por fim, pode-se argumentar também que, em virtude do Município ter o dever de garantir a segurança da prestação do serviço, não obstante a Uber faça um controle qualitativo dos motoristas, mediante análise de antecedentes criminais, por exemplo, o Município, através de sua secretaria de transporte, deverá ter acesso ao cadastro dos motoristas para que possa, caso julgue necessário, criar outros mecanismos de controle qualitativo.

Quanto ao plano concorrencial, segundo um estudo do CADE, órgão regulador antitruste, a Uber não compete com o serviço de táxi:

Em outras palavras, a análise do período examinado, que constitui a fase de entrada e sedimentação do Uber em algumas capitais, demonstrou que o aplicativo, ao contrário de absorver uma parcela relevante das corridas feitas por taxis, na verdade conquistou majoritariamente novos clientes, que não utilizavam serviços de taxi. Significa, em suma, que até o momento o Uber não “usurpou” parte considerável dos clientes dos taxis nem comprometeu significativamente o negócio dos taxistas, mas sim gerou uma nova demanda⁹⁸.

Portanto, podemos depreender do caso Uber que, há a necessidade da regulação observar as externalidades negativas que poderão surgir com o advento do Uber no mercado de transporte individual de passageiros. Ademais, as secretarias municipais de transporte tem o dever de fiscalizar e regular eventuais distorções que possam ocorrer, com base no interesse público e nas políticas públicas do setor. Por fim, embora o CADE, a priori, tenha definido que a Uber não concorre com o serviço de táxi, entendemos que os estudos feito pela autarquia devem continuar trabalhando, uma vez que a inovação ainda é muito recente no cenário brasileiro.

O caso “NETFLIX”

A Netflix foi fundada em 1997 por Reed Hastings e Marc Randolph. À época, a empresa consistia em um website onde era possível realizar a locação individual de filmes por meio da internet. Em 1999, a Netflix abandona o sistema de locação individual para adotar o modelo de locação ilimitada via assinatura mensal. Nesse modelo, o cliente escolhia no site os filmes do catálogo e os recebia em casa por meio do correio sem taxas de entrega ou de devolução. Em 2007, a empresa, ao iniciar o serviço de transmissão online e introduzir o vídeo sob demanda (vídeo on demand – VOD) via internet, impacta o mercado de audiovisual pelo mundo. Hoje, a Netflix é considerada por muitos como a “primeira empresa global de televisão”⁹⁹:

98 Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativo-uber-sobre-as-carridas-de-taxi.pdf>>. Acesso em: outubro, 2016.

99 Disponível em: <<http://convergecom.com.br/teletime/11/01/2016/a-corrída-secreta-da-netflix/>>. Acesso em: janeiro, 2016; Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/mauriciostyker/2016/01/1727418-a-rede-de-tv-global.shtml>>. Acesso em: janeiro, 2016.

A Netflix é o principal serviço de tv por internet do mundo, com mais de 86 milhões de assinantes em mais de 190 países assistindo a mais de 125 milhões de horas de filmes e séries por mês, incluindo séries originais, documentários e filmes. O assinante Netflix pode assistir a quantos filmes e séries quiser, quando e onde quiser, em praticamente qualquer tela com conexão à internet. O assinante pode assistir, pausar e voltar a assistir a um título sem comerciais e sem compromisso..¹⁰⁰

Feito este contexto histórico da empresa, passaremos a analisar como o seu modelo de negócio é definido e no que ele se difere dos demais, ou seja, qual é o seu fator disruptivo. Preliminarmente, importante destacar que a Lei Geral de Telecomunicações (“LGT” ou “Lei nº 9.472/97”) estabeleceu uma distinção relevante entre dois tipos de serviços: de um lado, os serviços de telecomunicações propriamente ditos; de outro, os serviços de valor adicionado (SVA)¹⁰¹. A Netflix se caracteriza como um serviço over the top (OTT) que se vale da infraestrutura de telecomunicação (suporte) e com o qual não se confunde para trafegar streaming de vídeo. Portanto, em nossa opinião, resta clara a adequação do serviço do Netflix como um serviço de valor adicionado, uma vez que adiciona valor a rede sem se confundir com a própria.

Quanto à disrupção, esta advém do momento em que seu modelo de negócio passa a ser um provedor de conteúdo audiovisual ilimitado sob demanda na internet, um modelo não linear, onde o usuário tem liberdade para gerir sua programação de modo particular e individual. Ao oferecer filmes e séries de modo ilimitado, por meio de seu site ou aplicativo, o assinante o acessa a hora e onde quiser o que se difere do modo de produção de serviços das concessionárias de radiodifusão e prestadoras de serviços de acesso condicionado (SEAC). Em virtude destas facilidades do serviço sob demanda, é que a Netflix passou a ganhar notoriedade pelo mundo.

A entrada desse novo player desregulado no mercado brasileiro em 2011 gerou um importante conflito com os agentes regulados dominantes do mercado de conteúdo audiovisual brasileiro e com as empresas detentoras da infraestrutura de telecomunicações.

No que tange aos questionamentos das empresas de telecomunicações (“telas” “telcos”), o argumento é de que a Netflix, por trafegar significativa quantidade de streaming, acaba por sobrecarregar a rede de infraestrutura das operadoras, razão pela qual, os serviços over the top deveriam contribuir com o elevado custeio que as operadoras sofrem para manter a banda larga rápida e eficiente. Por essa razão, as maiores operadoras de telecomunicações desejam limitar a banda larga desses

¹⁰⁰ Disponível em: <https://media.netflix.com/pt_br/about-netflix>. Acesso em: outubro, 2015.

¹⁰¹ Segundo o artigo 60 da LGT, os serviços de telecomunicações são definidos como o “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, entendendo-se por “telecomunicação” a “transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”. Por outro lado, o SVA é conceituado como a “atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”.

serviços. Caso isso ocorra, em decorrência do que determina o artigo 9º do Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014) “o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”, a Anatel terá que intervir para corrigir a ausência de isonomia criada pelas operadoras de telecomunicações.

Sobre o tema, Rafael Véras pontua de forma sucinta a solução para a assimetria regulatória existente entre a Netflix e as empresas de telecomunicações:

(...) Razão pela qual entendo que a instituição de eventual assimetria regulatória entre o Netflix e as empresas de Telecom, exploradoras do Serviço de Comunicação Multimídia (internet), deverá impor que estas observem o princípio da neutralidade da rede, impedindo a redução do tráfego de dados daquele, ou limitação do consumo de dados por seus usuários, salvo, excepcionalmente, por questões técnicas devidamente comprovadas. Do contrário, os consumidores serão os maiores prejudicados, pois que terão de suportar, além da diminuição da velocidade da sua internet, a perda do conteúdo oferecido pelo Netflix. De outro bordo, caso fique comprovado que o Netflix vem causando prejuízos às empresas de telecomunicações, exploradoras do Serviço de Comunicação Multimídia (internet), pela sobrecarga das redes por elas exploradas, nada impediria que a assimetria regulatória, a ser instituída entre tais prestadores, venha a prever uma indenização compensatória para fazer frente a tal desgaste. Não se trata de expediente desconhecido da regulação em Telecom, a qual vem interditando que novos entrantes causem prejuízos aos agentes estabelecidos. Cite-se, por exemplo, a previsão do Edital de licitação das frequências 700 MHz (4G) da ANATEL, o qual estabeleceu que a prestadora do serviço móvel pessoal que viesse a operar nesta frequência indenizasse a redistribuição de canais de TV por assinatura que lá já estivessem estabelecidos. Naquela oportunidade, coube ao regulador disciplinar os efeitos que um novo entrante produziria num mercado anteriormente estabelecido, o que foi levado a efeito pela Resolução ANATEL nº 640/2014.¹⁰²

Com efeito, com base na teoria da essential facilities, os serviços over the top, como Netflix e WhatsApp, devem indenizar as operadoras de telecomunicações, uma vez que, se não fossem os investimentos realizados por essas empresas, a banda larga de internet não seria suficiente para suportar a demanda. Nesses termos:

A teoria da essential facilities corresponde ao postulado jurídico pelo qual se reconhece a determinados agentes econômicos o direito de acesso às infra-estruturas já estabelecidas, reputadas indispensáveis para o desenvolvimento da sua atividade econômica em regime de concorrência com os operadores existentes no mercado. Conforme destaca Calixto Salomão Filho, a teoria foi desenvolvida para as hipóteses identificadas pela doutrina econômica como de monopólio natural, onde o acesso a um determinado bem (geralmente uma rede) se mostra indispensável para o estabelecimento da concorrência no mercado.

(...)

O instituto jurídico segundo o qual se assegura a determinados agentes econômicos, mediante o pagamento de um preço justo, o exercício do direito de acesso às infraestruturas e redes já estabelecidas (assim como a determinados insumos e bens), que são indispensáveis para o desenvolvimento

¹⁰² Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/Rafael-Veras/desafios-para-a-regulacao-do-netflix-os-novos-quadrantes-da-assimetria-regulatoria>>. Acesso em: outubro, 2016.

da sua atividade econômica, cuja duplicação é inviável, e que se encontram na posse de outros agentes (normalmente em regime de monopólio natural), seus potenciais concorrentes. A esse direito de acesso corresponde uma obrigação específica do detentor da infraestrutura de ceder o acesso a terceiro, em termos não discriminatórios e razoáveis, a fim de viabilizar os objetivos e políticas de concorrência preconizados pelo Estado. Assim, sob o enfoque do detentor da essential facility, a teoria pode ser compreendida como o instituto que lhe impõe, em determinadas circunstâncias e mediante a observância de pressupostos específicos, a obrigação de ceder a terceiros, inclusive potenciais concorrentes, o acesso à infraestrutura caracterizada como indispensável (essencial) ao desenvolvimento de determinada atividade econômica e cuja duplicação é inviável, em contrapartida ao recebimento de um preço justo, que inclua uma indenização pelos investimentos realizados, o custo decorrente da disponibilização da facility e uma remuneração razoável¹⁰³.

Com relação à assimetria regulatória alegada pelo mercado de audiovisual brasileiro, com base no conceito de mercado relevante, entendemos que a Netflix não concorre com as concessionárias, mas tão somente com as prestadoras de SEAC, isso ocorre, pois o serviço realizado pelas concessionárias trata-se de um serviço público propriamente dito, universal e gratuito, enquanto que as prestadoras realizam um serviço de interesse coletivo, sob o regime jurídico de direito privado, mas com forte regulação estatal, remunerado por assinantes. Tendo em vista que a Netflix também se remunera por assinantes, a opção do consumidor estará entre a televisão por assinatura e a Netflix, sendo assim, vamos nos ater somente à assimetria regulatória existente entre as prestadoras de SEAC e a Netflix.

Nesse contexto, as prestadoras de SEAC, reguladas pela ANATEL e ANCINE, argumentam que a Netflix seria um serviço ilegal, em virtude de não possuir a mesma carga regulatória que os agentes estabelecidos. Como já dito, sempre que houver uma inovação esta surgirá livre de regulação, por isso, não merece prosperar o argumento de ilegalidade do player entrante, nessa linha, a tarefa do regulador é identificar a assimetria e equalizá-la, na medida do possível, com os agentes estabelecidos no setor.

Em um breve resumo, os agentes dominantes alegam que a Netflix não se submete à Lei nº 12.485/2011 (Marco Regulatório dos Serviços de Acesso Condicionado). Dentre as principais obrigações impostas pela lei, as operadoras de SEAC são obrigadas a cumprir exibição mínima de conteúdo audiovisual nacional produzido por programadoras brasileiras e por produtores independentes, por um prazo determinado de 12 anos a contar da promulgação da Lei ¹⁰⁴, e a pagar a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – Condecine.

103 ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 466.

104 Art. 16. Nos canais de espaço qualificado, no mínimo 3h30 (três horas e trinta minutos) semanais dos conteúdos veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço qualificado, e metade deverá ser produzida por produtora brasileira independente. Art. 41. Os arts. 16 a 23 deixarão de vigor após 12 (doze) anos da promulgação desta Lei.

Nesse cenário, a ACINE já estuda regular os serviços de vídeo sob demanda (VOD¹⁰⁵), como é o caso do Netflix¹⁰⁶. Em recente estudo sobre a regulação, o Conselho Superior de Cinema (órgão colegiado integrante do Ministério da Cultura) fez a seguinte explanação¹⁰⁷:

Diante desses elementos e considerações, o Conselho Superior do Cinema entende como necessária a regulamentação do VoD. O resultado deve ser proporcionar segurança jurídica aos usuários, provedores e investidores, em conformidade com os objetivos e diretrizes da Política Nacional de Cinema e Audiovisual do país. Recomenda-se que se defina a natureza do serviço e que se estabeleça as condições para a sua prestação e as obrigações regulatórias e tributárias dos agentes provedores.

Explicitados os principais pontos da assimetria regulatória, cabe a nós, tecer alguns comentários pertinentes à regulação, longe de exaurir o tema que merece ser estudado de modo aprofundado pela agência reguladora do setor de audiovisual, a ANCINE.

Quanto às assimetrias regulatórias arguidas pelas prestadoras de SEAC, diga-se de passagem, a questão da constitucionalidade das cotas de conteúdo nacional é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, cujo relator é o Ministro Luiz Fux¹⁰⁸. Para o Ministro, as cotas são constitucionais.

Interessante notar, dessa forma que, a despeito da imposição das cotas de conteúdo nacional serem questionadas pelas próprias prestadoras de SEAC no STF, essas, ao mesmo tempo, querem impor tais cotas à Netflix. Todavia, a questão da regulação aqui tem um importante empecilho a ser superado, qual seja, a questão da extraterritorialidade. Ao passo que se trata de uma empresa global, a imposição de cotas de conteúdo nacional por cada país (190 países), sem dúvida, seria uma barreira intransponível para o crescimento da empresa, o que em um plano ideal, a melhor saída seria através de uma regulação internacional. Porém há de se ressaltar - saindo do plano ideal para o real -, como bem disse Calixto Salomão, é muito difícil de acreditar que se chegará num consenso sobre um tratado internacional¹⁰⁹. Outro fator

105 A Ancine define este tipo de serviço com base no artigo 2º da Instrução Normativa nº 101, de 29 de maio de 2012: “LII - Segmento de Mercado Audiovisual de Vídeo por Demanda - Conjunto de atividades encadeadas, realizadas por um ou vários agentes econômicos, necessárias à prestação dos serviços de oferta de um conjunto de obras audiovisuais na forma de catálogo, com linha editorial própria, para fruição por difusão não-linear, em horário determinado pelo consumidor final, de forma onerosa.” (grifo nosso)

106 Disponível em: <<http://www.telabr.com.br/noticias/2015/12/18/ancine-prepara-nova-regulamentacao-servico-de-video-por-demanda-no-brasil-2/>>; <<http://www.ancine.gov.br/sala-imprensa/noticias/o-futuro-da-regulamenta-o-de-vod-ancine-apresenta-estudo-sobre-regula-o-dov>>; <<http://oglobo.globo.com/economia/ancine-quer-regular-servicos-como-netflix-17101330#ixzz4Rgw8xRmL>>. Acesso em: novembro, 2016.

107 Disponível em: <<http://www.ancine.gov.br/sala-imprensa/noticias/o-futuro-da-regulamenta-o-de-vod-ancine-apresenta-estudo-sobre-regula-o-dov>>. Acesso em: novembro, 2016.

108 Segundo o Ministro, trata-se de um sacrifício leve à liberdade de iniciativa das prestadoras, pois a imposição é temporária e progressiva. Além disso, para o ministro, a norma está em consonância com o artigo 221, II c/c artigo 222, parágrafo 3º, da Constituição Federal e com o artigo 6º da Convenção Internacional Sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. “Os artigos, ao fixarem cotas de conteúdo nacional, promovem a cultura brasileira e estimulam a produção independente”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4679.pdf>>. Acesso em dezembro, 2015.

109 Discurso proferido no I Seminário – Serviços Regulados x Serviços não Regulados realizado pelo Centro de Estudos de Sociedade e Tecnologia – CEST/USP. Disponível em: <<http://www.cest.poli.usp.br/eventos/>>

importante diz respeito ao fato da “prateleira” do Netflix ser infinita, o que minimizaria o efeito das cotas, uma vez que não há um limite de canais e horário definidos.

Ao nosso ver, embora seja uma importante restrição ao crescimento da inovação, há dois bons argumentos para se contrapor à livre iniciativa, a soberania é absoluta e, além disso, o Estado tem o dever de fomentar a cultura nacional. Cada país sabe o quanto lhe custou lutar por sua independência com o objetivo de atingir sua soberania, por isso que a doutrina é unânime em afirmar que trata-se de uma característica absoluta, além do mais, valorizar a cultura nacional trata-se de dever do Estado disposto na CRFB/88, artigos 215 à 216¹¹⁰, inciso II do artigo 221¹¹¹ e §3º do artigo 222¹¹² assim como, no artigo 27, inciso III do Marco Civil da Internet¹¹³. Portanto, entendemos ser necessário que a regulação brasileira aplique um percentual de cota similar ao que já é feito às empresas de televisão por assinatura, de modo a equalizar a concorrência e valorizar o produto nacional, sob perigo da “americanização” da cultura brasileira.

A título de comparação, a União Europeia, via de regra, é marcada por uma tendência intervencionista com o fim de proteção ao conteúdo nacional, notadamente, a França é um dos países mais protecionistas quanto ao seu conteúdo. Por essa razão, o bloco europeu já estuda impor aos serviços sob demanda (Netflix, Amazon) cota de 20% em seu catálogo de produção nacional¹¹⁴.

Quanto ao desequilíbrio tributário, questão de intenso debate pelo Governo Federal¹¹⁵, como bem assinala o Conselho Superior de Cinema deverá haver uma revisão do modelo da Condecine, posto que a contribuição devida por cada título de catálogo impossibilita o crescimento das inovações tecnológicas. Além disso, como está hoje, percebemos uma tendência das prestadoras de SEAC em reduzir seu catálogo, o que gera para o usuário final conteúdos repetidos, já que há uma oneração excessiva por conta da Condecine.

relatorio-seminario-servicos-regulados-x-servicos-nao-regulados/>. Acesso em julho, 2016.

110 Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

111 Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

112 Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

113 Art. 27. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem: III - fomentar a produção e circulação de conteúdo nacional.

114 Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/uniao-europeia-pode-impor-cota-de-filmes-europeus-netflix-e-amazon.html>>. Acesso em: junho, 2016.

115 Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-promete-proposta-para-equiparar-tv-paga-e-concorrentes-como-o-netflix,1000060204>>. Acesso em: julho, 2016.

Finalmente, o tratamento tributário do serviço – destacadamente a legislação da Condecine – é matéria chave para a equação de viabilidade dos empreendimentos de vídeo sob demanda. Na forma atual, entendido como outros mercados nos termos da MP 2228-1, a contribuição é devida sobre a oferta de cada título do catálogo, sem considerar seus resultados econômicos. Esse tratamento tende a constituir uma barreira significativa para os pequenos provedores e a restringir a quantidade e diversidade de títulos nos catálogos. O desafio, neste caso, é construir um novo modelo tributário que permita a sustentabilidade do VoD em seus diversos formatos, sem descuidar da arrecadação da Condecine, cujos valores têm papel fundamental no financiamento do setor audiovisual.¹¹⁶

Sob esse prisma, entendemos que uma das soluções para o modelo tributário seria taxar o serviço da Netflix de acordo com o faturamento obtido no Brasil e não por cada título do catálogo - uma medida claramente desproporcional, desarrazoável e confiscatória.

Finalmente, destrinchados os principais aspectos das assimetrias regulatórias criadas pela Uber e Netflix, passaremos a analisar os desafios gerais que as inovações tecnológicas geram e elaboraremos eventuais alternativas para tratar do tema.

Os desafios e as eventuais alternativas para a regulação.

Em primeiro lugar, antes de destrincharmos as eventuais alternativas para a regulação e o caminho que a mesma deva seguir, é extremamente importante pontuar qual é a regulação que entendemos ser a mais eficiente.

Após o estudo doutrinário feito nos primeiros capítulos, entendemos que a regulação que mais se aproxima do ideal é aquela na qual não se esgota em proteger o mercado e corrigir suas falhas – como quer a Escola de Chicago -, mas que também atue de modo a seguir e executar as políticas públicas de cada setor da economia para que se alcance como objetivo final o interesse público, que procure proteger os hipossuficientes, que implemente a universalização de serviços essenciais, que opere de acordo com o que prevê a Constituição Federal, especificadamente os princípios da ordem econômica em seu artigo 170, e tantos outros motivos.

Ora, seria demasiadamente leviano se assim não fosse. Explico. Em um País como o Brasil que vive com constantes desigualdades sociais e econômicas, pensar que a função principal da regulação é só proteger o mercado e corrigir sua falhas é no mínimo imprudente. Ainda que se argumente que, ao proteger o mercado, indiretamente está se protegendo o consumidor, em nossa opinião, a regulação deve contribuir com mais do que isso, as agências reguladoras tem o poder dever de executar as políticas públicas instituídas pelas leis que as criaram. Portanto, a regulação deverá buscar em seus objetivos atender o interesse público de maneira geral para assim estar em concordância com o que prevê a CRFB/88 e com suas normas infraconsti-

¹¹⁶ Disponível em: <<http://www.ancine.gov.br/sala-imprensa/noticias/o-futuro-da-regulamenta-o-de-vod-ancine-apresenta-estudo-sobre-regula-o-dov>>. Acesso em: novembro, 2016.

tucionais.

Pois bem, dito isso, e em virtude do que pudemos observar dos casos ilustrativos, podemos perceber o grande desafio que tem o regulador para que ofereça ao mercado, aos agentes econômicos, ao consumidor e a economia em geral, a regulação mais eficiente. Dessa forma, no presente tópico adotaremos uma argumentação na qual vamos procurar pontuar em primeiro lugar, os desafios do regulador e, em seguida, trabalhar com eventuais alternativas gerais para tratar do tema com base na nossa visão ideal de regulação, embora entendermos que qualquer inovação demande uma análise específica diante das peculiaridades de cada caso, como fizemos de modo exemplificativo diante do Uber e Netflix.

Em uma primeira análise, o primeiro desafio que gostaríamos de tratar é com relação ao fato da regulação não poder ser inibidora da inovação, mas também não permitir que a inovação seja monopolista logo ao entrar, ou seja, a regulação não poderá criar fortes barreiras regulatórias para os novos players entrantes, sob pena de inviabilizá-los, no entanto, deixar que esses agentes econômicos atuem livre de regulação, corre-se o risco de visualizarmos a destruição do mercado e dos agentes estabelecidos, propiciando um abuso de poder econômico por parte do entrante inovador, em virtude da sua condição favorável em competir com os agentes regulados.

Dessa forma, temos duas opções, a primeira opção seria regular os agentes não regulados para atuarem em igualdade com os já regulados, enquanto que a segunda opção seria diminuir a carga regulatória dos agentes regulados para trazer a inovação disruptiva, não pra dentro da forte regulação, mas para uma regulação que não a iniba. Em nossa visão geral, em regra, a opção mais salutar e menos conservadora seria a segunda, pois trata-se da opção menos inibidora da inovação e, além disso, ao atenuar a carga regulatória dos regulados propicia-se uma rica competição entre os agentes do setor na qual quem só tem a ganhar é o mercado e o consumidor. Interessante notar a controvérsia entre os posicionamentos dos representantes dos órgãos competentes¹¹⁷.

Outro desafio a ser enfrentado pela regulação, e que possui similaridade com o primeiro, é o fato do regulador, principalmente o setorial, preservar não só o que a Constituição determina como regra geral, mas também as políticas públicas instituídas por lei para cada setor. Isto é, as agências reguladoras tem o dever de preservar o setor no qual elas tem a competência para fiscalizar, formentar, incentivar e regular. O grande desafio aqui é afastar a captura do regulador pelos agentes regulados, haja vista a constante pressão para que o regulador atue ao favor agentes dominantes do

117 <<http://www.telesintese.com.br/para-baigorri-saida-nao-e-regulamentar-otts-mas-desregulamentar-mercado/>>; <<http://codigofonte.uol.com.br/noticias/ministro-ricardo-berzoini-declara-que-whatsapp-e-outros-operam-a-margem-da-lei>>; <<http://www.telesintese.com.br/ancine-quer-lei-para-regular-video-demand-e-ott/>>

mercado. Nesse sentido, devemos lembrar que não é a função do regulador agradar os players estabelecidos, seu papel principal é preservar o mercado e o cidadão que recebe o serviço, o usuário.

O terceiro desafio, no nosso entender, está com relação à extraterritorialidade. De fato, a maioria dessas tecnologias possuem o caráter transnacional, internacional, uma vez que boa parte delas utiliza-se da internet, um meio que não possui fronteiras. Há quem diga que por serem serviços globais, a soberania de cada país deveria ser relativizada para que fosse possível a criação de uma regulação internacional, de modo que, caso contrário, na medida em que cada país elaborasse sua própria regulação e a inovação fosse obrigada a se submeter a cada uma delas, isso poderia acarretar em barreiras intransponíveis para o crescimento da inovação. Por outro lado, argumenta-se que a soberania dos países é absoluta, de maneira que cada país deverá impor sua regulação de acordo com as peculiaridades do seu mercado e suas políticas públicas.

Diante dessa questão, elaborar uma alternativa concreta está longe de ser trivial. Por um lado, de fato, uma regulação individual por país irá criar grandes complicações para determinada inovação, exemplificando, vejamos o exemplo hipotético da imposição de cotas de produção nacional ao Netflix, caso seja imposta, inegável seria o prejuízo para a empresa. Entretanto, embora seja forte o argumento, darmos como alternativa a elaboração de uma regulação internacional é estar fora de um plano real, tamanho a dificuldade de consenso em sua consolidação. Além disso, a soberania dos países é absoluta, por essa razão, portanto, concluímos que cada Estado deverá atuar de modo a atingir e proteger suas políticas públicas adotadas de acordo com suas eventuais especificidades, sob a nossa ótica, é necessário que haja uma regulação separada, em determinados casos, como esse do Netflix para valorizar a cultura nacional.

O quarto desafio diz respeito ao timing do regulador. Segundo Calixto Salomão e Floriano de Azevedo Marques Neto¹¹⁸, o regulador que anda atrás da tecnologia é, a priori, derrotado, pois, depois que a inovação tecnológica se estabelece e captura o mercado, monopolizando-o, é muito difícil regular a posteriori, veja-se por exemplo, o caso do Facebook, na opinião dos dois autores, regulá-lo hoje talvez seja impossível. Apesar disso, ambos ressaltam que por serem disruptivas as inovações, a dificuldade em antecipar a regulação é elevada. Dessa maneira, concluímos que, a regulação deva ser rápida na medida do possível, embora tratem-se de temas que requeiram muito estudo, a lentidão para trazer uma solução para a regulação poderá torna-la ineficiente.

118 *Discurso proferido no I Seminário – Serviços Regulados x Serviços não Regulados realizado pelo Centro de Estudos de Sociedade e Tecnologia – CEST/USP. Disponível em: <<http://www.cest.poli.usp.br/eventos/relatorio-seminario-servicos-regulados-x-servicos-nao-regulados/>>. Acesso em julho, 2016.*

Por fim, um quinto desafio, abordado de forma brilhante por Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, diz respeito a dificuldade que tem a doutrina em se desvincular de conceitos enraizados como os da influência da escola francesa sobre o serviço público brasileiro e a dicotomia entre a atividade econômica *strictu sensu* e o serviço público¹¹⁹.

Nessa perspectiva, entendemos ser necessário nos questionar até que ponto vale estarmos presos à noção de serviço público como uma atividade de titularidade e exclusividade estatal, implicando na interdição de sua exploração para os particulares (em regime de livre iniciativa). Será que não seria mais benéfico adotarmos um regime concorrencial dentro deste importante instituto?

Diante desse contexto doutrinário, os autores formulam a seguinte alternativa para o regulador:

Cabe à regulação modular “as doses” de concorrência que incidirão na prestação de serviços de utilidade pública, de modo que possam ser equacionados: de um lado, o direito do cidadão de receber serviços essenciais; e, de outro, o direito de exploração de atividades econômicas. Para tanto, deverá se valer de estudos econômicos, da oitiva dos setores regulados, de aspectos consequencialistas, de análises de custo-benefício, e não meramente de

119 “O que a evolução tecnológica disruptiva faz é reeditar o conflito entre serviços públicos e competição, entre monopólio e regulação, de um lado, e concorrência e mercado, de outro. Embora estas controvérsias apareçam renovadas, elas já foram objeto de agudas discussões em setores regulados na última década. Cite-se, como exemplos, as inúmeras contendas entre os arrendatários e os autorizatários que, sob a vigência da Lei de Portos (Lei nº 8.630/1993), exploravam a infraestrutura portuária. A controvérsia que foi também objeto da ADPF nº 46 entre a ECT e os distribuidores de encomendas na exploração do serviço postal. (...) É certo que estes debates desafiam os administrativistas. Para nós, trata-se de refletir sobre a concepção tradicional de serviços públicos, sem, necessariamente, abandonar o instituto. Prevalece ainda a concepção francesa muito influenciada pela obra de Gaston Jèze. Este autor, da primeira metade do século passado, aprofundou e consolidou a tradição da chamada Escola do Serviço Público. De acordo com essa tradição doutrinária, serviços públicos serão identificados pela incidência política de um regime jurídico de direito administrativo. Sendo uma atividade considerada, pela lei ou pela Constituição, um serviço público, teríamos: (i) a interdição de sua prestação em regime de liberdade de iniciativa, só admitida a prestação pelos particulares recebedores de outorga específica do poder público; e (ii) a sujeição de todos os prestadores a um regime jurídico único, fortemente regulado e pautado por prerrogativas publicísticas (*publicatio*). Tais características vêm servindo para que ainda seja mantida a clássica dicotomia entre serviços públicos (prestados em regime de exclusividade) e atividades econômicas em sentido estrito (exploradas em regime de liberdade concorrencial, salvo em razão de restrições monopolísticas) – a qual já orientou diversos julgamentos do STF. Contudo, essa concepção não só não é compatível com os desafios contemporâneos como não encontra respaldo na Constituição. No texto da CF 88 nada há que autorize essa separação absoluta de regimes jurídicos, ou que autorize automática e obrigatoriamente a interdição à concorrência nos segmentos onde houver dever de prestar um serviço público. Tanto é assim que, na década de 1990, em vários serviços públicos, se introduziu a concorrência assimétrica entre agentes econômicos (v.g telecomunicações e energia elétrica). E até hoje o STF não inquiriu por inconstitucional nenhum destes marcos regulatórios. À medida que a nossa Constituição acolheu a liberdade de iniciativa e a livre concorrência como princípios diretores da ordem econômica, todas as restrições à prestação de serviços em regime de concorrência deverão ser excepcionais e justificadas. Regulação é necessária e em alguns casos pode justificar até a prestação exclusiva pelo Estado ou de seu delegatário. Contudo, a concorrência também é benéfica. Produz externalidades positivas, tais como a redução da renda dos preços cobrados do cidadão e o incremento da qualidade dos produtos. Se não bastassem esses argumentos jurídicos, os fatos vêm corroborando esse entendimento. A evolução tecnológica resulta na inevitável construção de um ambiente concorrencial na prestação dos serviços públicos, seja pelo já citado fenômeno da inovação disruptiva, seja porque esses serviços não indicam mais características de monopólio natural para sua prestação. A concorrência também não deve ser absoluta. Ela não é um fim em si, mas um instrumento para o atendimento de outros valores constitucionais, dentre os quais o da prestação de adequados serviços à população. De outro lado, a prestação dos serviços públicos não deve ser entendida como uma prerrogativa estatal, mas como um direito subjetivo do cidadão. O Estado tem, portanto, o dever de assegurar a oferta regular, universal e de qualidade dos serviços públicos.” (grifo nosso)
Disponível em <<http://jota.info/artigos/uber-whatsapp-netflix-quando-o-mercado-e-a-tecnologia-desafiam-a-doutrina-26012016>>. Acesso em julho, 2016.

ensinamentos doutrinários considerados imutáveis.

Essa frase final, a qual concordamos em número e grau, entendemos ser a mais democrática e eficiente para que o regulador e a regulação, por ele executada, sejam reconhecidos pela sociedade não só como um importante mecanismo jurídico, econômico e social, mas também por suas legitimidade e imparcialidade.

Portanto, concluímos que, notórios são os desafios que a regulação terá de enfrentar para corrigir o descompasso regulatório criado pelas inovações disruptivas, todavia, há importantes alternativas a serem construídas e seguidas para que a resposta a sociedade e ao mercado seja a melhor possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas todas as considerações teóricas, inegável é a relevância e atualidade do tema, dado que a inovação tecnológica redefine e modifica o comportamento da sociedade do século XXI e, se isso acontece, o direito deve estar atualizado e apto para prevenir eventuais conflitos. Este trabalho teve como objetivo avaliar o impacto da inovação tecnológica, livre de regulação, em confronto com atividades econômicas, sob forte regulação, para que fosse possível propor eventuais alternativas que deverão servir como diretriz para o regulador atuar.

Essas alternativas podem ser resumidas nas seguintes propostas que, em nossa opinião, o regulador deverá ter como norte: diminuir a carga regulatória dos agentes regulados para trazer a inovação disruptiva, não pra dentro da forte regulação, mas para uma regulação que não a iniba; o regulador deverá atuar não para agradar os players estabelecidos, seu papel principal é preservar o mercado e o cidadão que recebe o serviço, o usuário; quanto à questão da extraterritorialidade, em virtude da inovação tecnológica ser global, cada Estado deverá atuar de modo a proteger suas políticas públicas adotadas de acordo com suas eventuais especificidades; quanto ao timing do regulador, a regulação deve ser rápida na medida do possível, embora tratem-se de temas que requeiram estudo detalhado, a lentidão para trazer uma solução para a regulação poderá torna-la ineficiente; quanto à dificuldade que tem a doutrina em se desvincular de conceitos enraizados (influência da escola francesa sobre o serviço público brasileiro e a dicotomia entre a atividade econômica *strictu sensu* e o serviço público), entendemos que a inovação disruptiva demanda um ambiente concorrencial na prestação de serviços públicos, uma vez que, em alguns setores, o monopólio natural estabelecido é desconstruído.

Acerca do tema, vale revisitar o já citado importante papel da regulação nas palavras de Marcos Juruena referido por Odete Medauar:

Na literatura brasileira, Marcos Juruena Villela Souto (Agências reguladoras, in Revista de Direito Administrativo - RDA, 216, abr/jun. 1999, p. 130) nota que na função de regular, a ideia é sempre harmonizar o interesse do consumidor, na obtenção do melhor preço e da melhor qualidade do serviço, com os do fornecedor do serviço, que deve ter preservada a viabilidade da sua atividade, como forma de se assegurar a continuidade do atendimento dos interesses sociais. Daí porque a prevenção dos conflitos é um dos principais aspectos da regulação através da elaboração de diretrizes que traduzem os conceitos de eficiência técnica e financeira para o caso concreto do segmento regulado.

Por fim, diante de todo o exposto, trata-se de grande desafio contemporâneo para o direito regulatório diminuir a incerteza jurídica que paira atualmente sobre a regulação dos novos serviços digitais. Para isso, portanto, são necessários estudos e análises por parte do Estado Regulador que visem a criar um ambiente regulatório capaz de anestesiar as mazelas da assimetria regulatória, com o fim de proteger o interesse público.

REFERÊNCIAS

Doutrina

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo – 25 ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Regulatório: temas polêmicos. / Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2ª Ed. Rev e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

HELLY LOPES MEIRELLES; [atualização de] Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

MASSO, Fabiano Del. Direito Econômico Esquematizado. 4ª Ed. Rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático com introdução de Luís Roberto Barroso. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. Curso de direito administrativo. 3ª Ed. rev., atual e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015

SALOMÃO, Calixto. Regulação da atividade econômica. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SARMENTO, Daniel. Parecer de 10 de julho de 2015. Disponível em: < <http://parceirosbr.com/uber-legal/>>. Acesso em: julho, 2016.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

SOUZA BRASIL, Gabriella Giovanna Lucarelli de Salvio de. Regulação de conteúdo do GATS: um olhar sobre o atual cenário tecnológico. 1ª Ed. Curitiba: Appris, 2016

Legislação

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 16 de outubro de 1988. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: julho, 2016.

BRASIL. LEI n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acesso em: julho, 2016.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.228-1, de 06 de setembro de 2001. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm>. Acesso em: setembro, 2016.

BRASIL. LEI n. 12.485, de 12 de setembro de 2011. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm>. Acesso em: outubro, 2016.

BRASIL. LEI n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>.

BRASIL. LEI n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: outubro, 2016.

SOBRE O AUTOR

Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Possui Pós Graduação lato sensu, em nível de especialização, em "O Ministério Público e o Direito Contemporâneo" pelo Instituto Superior do Ministério Público.




AYA EDITORA
2021