

Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória

Floriano de Azevedo Marques Neto

Professor Titular de Direito Administrativo da USP. Professor do Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Doutor em Direito pela USP.

Rafael Vêras de Freitas

Professor de Direito Regulatório da FGV Direito Rio. Coordenador do Curso de Infraestrutura da FGV. Mestre em Direito da Regulação pela FGV.

Resumo: O presente ensaio tem por objetivo investigar os impactos da concorrência instaurada entre agentes econômicos que se utilizam de tecnologias disruptivas (Uber, WhatsApp e Netflix) e prestadores de serviços públicos no conceito de *publicatio*, adotado, tradicionalmente, pela doutrina jusadministrativista pátria para caracterizar o regime jurídico-administrativo. Para além desse aspecto, o presente trabalho pretende propor alternativas para eventual instituição de assimetrias regulatórias entre as referidas atividades, de modo que sejam evitadas distorções concorrenciais prejudiciais a serviços essenciais à população.

Palavras-chave: Inovações disruptivas. Regulação. *Publicatio*. Serviços públicos. Regime jurídico-administrativo. Concorrência. Assimetria regulatória. Variáveis regulatórias.

Sumário: **1** Introdução: os fatos que desafiam a teoria, que reage – **2** Relembrando a teoria tradicional do serviço público – **3** Os desafios tecnológicos: Uber, WhatsApp e Netflix – **4** Recolocando o tema dos serviços públicos: afinal, para que serve a *publicatio*? – **5** A assimetria regulatória como o ponto de equilíbrio entre prestadores de serviços públicos e detentores de tecnologias disruptivas: as variáveis regulatórias – **6** Conclusões – Referências

1 Introdução: os fatos desafiam a teoria, que reage

As concepções clássicas do direito administrativo são sempre desafiadas por três vetores: o aumento da consciência do cidadão (vertente política), as realidades ditadas pela dinâmica do mercado (vertente econômica) e a evolução do conhecimento aplicado (vertente tecnológica).

Dentre essas concepções, talvez aquela que mais sofra esses impactos seja o conceito de serviço público. Confrontados com a realidade, os administrativistas, ao invés de reverem seus conceitos e paradigmas, passam a radicalizar suas concepções e a esgrimi-las, como que para negar a realidade, condenando-a ao ilícito, por contestar as doutrinas consolidadas.

A vertente política pressionou os Estados a ampliarem a gama de atividades como serviços públicos (reconhecendo direitos subjetivos públicos dos cidadãos a receber tais utilidades) e a universalizar a oferta e a fruição destes (para oferecê-los a camadas mais amplas do que as classes médias urbanas). A vertente econômica desafiou a doutrina clássica ao forcejar os serviços públicos a se aproximarem das regras do mercado, seja na oferta (com a crescente demanda pela abertura total ou parcial dessas atividades à competição), seja na demanda (com a pressão pelo enquadramento dos serviços públicos às relações de consumo). Por fim, a vertente tecnológica permitiu que a introdução de novas tecnologias forcejasse novos equipamentos e insumos que reduziram os custos da implantação de redes (relativizando certos segmentos classicamente considerados monopólio natural), ensejando competição entre plataformas tecnológicas e a conexão entre redes antes incomunicáveis.

Neste quadrante, este ensaio tem por objetivo verificar como três fenômenos tecnológicos e de mercado afetam a concepção clássica do serviço público apoiada na ideia de *publicatio*, consubstanciados no advento da Uber, WhatsApp e Netflix. Este trabalho tem, ainda, por desiderato apresentar o entendimento segundo o qual a regulação dos serviços públicos não predica a incidência de uma regulação única, infensa aos contextos sociais, políticos, econômicos e tecnológicos. Pelo contrário, a variável a ser regulada (preço, entrada, quantidade, qualidade e informação), em serviços de utilidade, será cambiante, de acordo com a realidade que lhe é subjacente, e não presa a ensinamentos doutrinários.

Para esse desiderato, iniciaremos nosso percurso lembrando a teoria tradicional dos serviços públicos, ressaltando as características que lhe seriam mais salientes, intrinsecamente relacionadas ao regime jurídico dessas atividades, o qual, ao ver da doutrina jusadministrativa tradicional, seria único e pautado por prerrogativas publicísticas. Em prosseguimento, apresentaremos os desafios que as novas tecnologias trazem para tal concepção. Ao depois, apresentaremos a necessidade da revisão do conceito de *publicatio*, seja porque ele não se justifica mais pela realidade fática que permeia a prestação desses serviços, seja porque ele não tem fundamento no ordenamento jurídico brasileiro, seja, ainda, porque a interdição, apriorística, da concorrência pode trazer prejuízos ao adequado funcionamento dos mercados. Por fim, o estudo se ocupará de investigar as variáveis regulatórias que são adequadas a corrigir distorções concorrenciais entre agentes econômicos e prestadores de serviços públicos, nos quadrantes de uma assimetria regulatória.

2 Lembrando a teoria tradicional do serviço público

A regulação dos serviços públicos teve a sua gênese atrelada à necessidade de apartação do direito administrativo do direito privado. Nas primeiras décadas do século XX, para uma vertente sociológica, desenvolvida pela escola de Bordeaux,

León Duguit¹ à frente, o Estado não seria caracterizado estritamente pelos atos de soberania, pelo exercício do seu poder extroverso baseado na desigualdade entre soberanos e súditos. De acordo com tal concepção, sua atuação estaria atrelada ao dever de prestação de um serviço público, um núcleo prestacional consistente, não num plexo de prerrogativas, mas num conjunto de deveres de provimento das necessidades afetas à coesão social.

Foi, contudo, a partir da consolidação da escola de Bordeaux, empreendida por Gaston Jézé,² que a noção tradicional de serviço público ganhou corpo. De acordo com o autor, no contexto permeado pelo advento de um Estado Social, toda vez que se estiver diante de uma atividade considerada serviço público, sobre ela incidirá um regime especial, um plexo de prerrogativas, voltado à sua regular execução. Ainda para Jézé, esse regime jurídico especial pressuporia as seguintes características: (i) a titularidade de tais atividades pelo Estado; (ii) a interdição de sua prestação em regime de liberdade, só sendo admitida a sua prestação por particulares recebedores de uma outorga específica do Poder Público; e (iii) a sujeição de todos os prestadores a um regime jurídico único, fortemente regulado e pautado por prerrogativas publicísticas (*publicatio*).³

Forte nessas características, a doutrina pátria, a partir da década de 40,⁴ encampou o entendimento segundo o qual a ideia de serviço público encerraria a subtração dessas atividades do regime de livre concorrência. Nesses quadrantes, o serviço público passa a ser considerado um privilégio estatal, oponível aos cidadãos, e não um dever do Estado.

Mais que isso, tratar-se-ia de atividade antípoda à lógica de mercado, que seria avocada pelo Estado. Entendimento ainda predominante na doutrina pátria. Por todos, veja-se Marçal Justen Filho,⁵ para quem “a previsão da exclusividade não exterioriza

¹ Na obra de Duguit, o serviço público assume a posição de critério de identidade do direito administrativo. Tudo o que diz respeito à organização e ao funcionamento dos serviços públicos passa a ser considerado inserido no âmbito do direito administrativo. A nova escola do serviço público afasta o direito público das relações desiguais de poder-sujeição e passa a considerá-lo um conjunto de regras e princípios essenciais para determinar a organização e o funcionamento regular e ininterrupto dos serviços públicos (*Traité de Droit Constitutionnel*, T. II, p. 59). A este respeito, assinala Estorninho: “Para a chamada ‘Escola do serviço público’ de Jézé, Duguit e Bonnard, a noção de serviço público era verdadeiramente ‘a pedra angular’ (JÉZE) do Direito Administrativo. Ao definir o Direito Administrativo como ‘o direito dos serviços públicos’, pretendia-se dar à noção de serviço público função primordial de servir simultaneamente de fundamento e de campo de aplicação do direito administrativo” (*Réquiem pelo Contrato Administrativo*, p. 84).

² V. JÉZE, Gaston. *Princípios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo II. v. 6. Tradução Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948.

³ Para uma ampla contextualização das principais características dos serviços públicos, V. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, abr./jun. 2014, p. 63-77.

⁴ Notadamente, por meio das obras de Viveiros de Castro, Mário Masagão, Francisco Campos, Tito Prates da Fonseca, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Meirelles Teixeira, Luís de Anhaia Melo, Bilac Pinto e Temístocles Brandão Cavalcanti.

⁵ JUSTEN FILHO. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 44.

incompatibilidade com o disposto no artigo 170. Trata-se de decorrência da titularidade estatal sobre os serviços públicos, de que deriva seu monopólio estatal. Os princípios da livre iniciativa e livre concorrência aplicam-se às atividades econômicas em sentido restrito. No tocante aos serviços públicos, faz-se sua atribuição ao Estado, com inevitável cunho de exclusividade”.

Foi entre nós, contudo, Eros Grau,⁶ na virada dos anos oitenta para os noventa, quem melhor sintetizou esta formulação. Na sua inigualável síntese, a Constituição traria uma aparação essencial entre “serviços públicos” e “atividades econômicas em sentido estrito”. De acordo com o referido autor, as atividades econômicas seriam o gênero, no qual se incluiriam a “prestação de serviços públicos” e as “atividades econômicas em sentido estrito”. Estes (serviços públicos) seriam de titularidade estatal, prestados em regime de exclusividade, compondo uma espécie de “livre iniciativa pública” para a exploração dessas atividades. Aquelas (atividades econômicas em sentido estrito) deveriam ser abertas à exploração privada, só cabendo ao Estado a sua exploração, excepcional e subsidiariamente, nos termos dos artigos 173 e 177 da Constituição.⁷ Neste quadrante, em sede de serviços públicos, sequer caberia falar em intervenção estatal, pois que “não se intervém no que é próprio”.

Essa construção, a propósito da *publicatio*, refletiu-se no entendimento segundo o qual os serviços públicos referidos pelo texto da Constituição de 1998, especialmente os previstos nos artigos 21 e 175, somente poderiam ser prestados pelo próprio Estado e em regime de exclusividade, interditando-se à iniciativa dos particulares, salvo na condição de delegatários pelo Estado (por concessão ou permissão).

O referido entendimento encontrou guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Cite-se, por exemplo, o Recurso Extraordinário nº 49.988/SP, relatado pelo então Ministro Hermes de Lima, no qual aquela corte se manifestou no sentido de que a instituição de um serviço público (naquele particular, o funerário) impõe a sua prestação fora da lógica concorrencial de mercado.⁸ Nada obstante, tais caracteres da *publicatio* restaram, definidamente, delimitados pelo STF por ocasião do julgamento da ADPF nº 46/DF, relatada pelo então Ministro Eros Grau, ocasião em

⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 141 ss.

⁷ O referido entendimento foi sufragado pelo Supremo Tribunal Federal – STF em diversas oportunidades, na pena do próprio Eros Grau, quando no exercício da função de ministro daquela corte. Sobre o tema, veja-se a ADI nº 3.237/DF (“Adin do Petróleo”), em que o referido ministro, em seu voto condutor, deixou assentado que: “O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões ‘monopólio da propriedade’ ou ‘monopólio do bem’. 2. Os monopólios legais dividem-se em duas espécies: (i) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento - a propriedade industrial, monopólio privado; e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia. A Constituição do Brasil enumera atividades que substanciam monopólio da União [artigo 177] e os bens que são de sua exclusiva propriedade [artigo 20]”.

⁸ Confira-se trecho da emenda: “Organização de serviços públicos municipais. Entre estes estão os serviços funerários. Os municípios podem, por conveniência coletiva e por lei própria, retirar a atividade dos serviços funerários do comércio comum”.

que se debateu a possibilidade de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, pessoa jurídica de direito privado, prestar serviços em “regime de exclusividade”. Em seu voto condutor, o referido ministro deixou assentado que “é imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado”.

O presente artigo se presta a refletir sobre a atualidade e permanência desta concepção à luz dos desafios postos por aqueles três vetores de evolução. Para além disso, propomo-nos a verificar em que medida esta concepção tradicional efetivamente encontra respaldo na Constituição. Nossa premissa é a de que não há, no texto da CRFB de 88, nada que autorize essa apartação absoluta de regimes jurídicos, ou mesmo que imponha, automática e obrigatoriamente, a interdição à concorrência na prestação que serviços de utilidade pública. Tal verificação, testada já na reforma regulatória dos anos 90, assume maior relevância em face do advento das denominadas “inovações disruptivas”, tema que será objeto do próximo item.

3 Os desafios tecnológicos: Uber, WhatsApp e Netflix

Vivemos o desafio da chamada “inovação disruptiva”. Novas tecnologias rompem com o modo de se prestar e oferecer um bem ou serviço. Com isso, pressionam a competição e contestam a liderança das denominadas “empresas líderes”. Clayton M. Christensen e Michael E. Raynor⁹ defendem que as inovações disruptivas são aquelas “que permitem a entrada de novos participantes no mercado, a partir de soluções relativamente simples. A introdução de tais inovações abre as portas para que essas passem à frente de empresas já consolidadas e mesmo líderes em seus setores”.

As organizações estabelecidas começam a ser ameaçadas por entrantes que, apoiadas por novas tecnologias, podem oferecer melhores serviços aos consumidores. Nesse cenário, passaram a se destacar, nos mais diversos mercados, as organizações que preferem os ambientes instáveis de negócios, capazes de se adaptar às repentinas evoluções tecnológicas de seus concorrentes, isto é, as que são dotadas de resiliência organizacional. Essa resiliência, nas palavras de Nogueira e Hallal,¹⁰ está relacionada “à capacidade que as organizações têm de perceber o ambiente onde ela está inserida, juntamente com as turbulências existentes e as possíveis relações que acontecem entre esses elementos”. Nada obstante, no Brasil, essa não

⁹ CHRISTENSEN, C. M.; RAYNOR, M. E. *Innovator's Solution: Creating and Sustaining Successful*. Boston, MA: Harvard Business School Press, 2003.

¹⁰ NOGUEIRA, M. G. S.; HALLAL, D. R. Resiliência organizacional como capacidade estratégica para um melhor desempenho: um estudo em empresas de tecnologia da informação da cidade de Caçador/SC. VI *Encontro de Estudos em Estratégias – ANPAD*, Bento Gonçalves, 2013.

tem sido a regra. As organizações ameaçadas de perder seus mercados (usualmente, monopolizados), ao invés de incrementarem a qualidade dos seus serviços ou de reduzirem os seus preços, agem visando impedir a atuação de seus concorrentes,¹¹ até mesmo por meio de atos de violência pública.

Ocorre que, quando a inovação disruptiva tem lugar em setores regulados (serviços públicos tradicionais, por exemplo), a questão se apresenta mais complexa. A reação natural dos agentes econômicos dominantes se soma ao estranhamento do regulador estatal (que vê o risco de perder o protagonismo regulatório frente à contestação de mercado) e à baixa aderência das novas tecnologias a um *framework* que não as tem em consideração.

Vale, então, analisar três processos que ilustram este conflito.

3.1 A Uber e o impacto sobre os serviços de táxi

O crescimento do movimento denominado *sharing economy*¹² ou economia de compartilhamento tem alterado o sistema econômico vigente na medida em que facilita o domínio comunitário, a produção localizada, a cooperação, os pequenos empreendimentos e a regeneração da abundância econômica e natural.¹³ A ideia subjacente a esse modelo é a de que, num contexto de bens escassos, a eficiência econômica não está atrelada à propriedade de bens, mas ao seu uso temporário e compartilhado por diversas pessoas. O compartilhamento é incrementado pelo advento de aplicativos (*apps*), fomentando o surgimento de *startups*. Esse novo modelo de negócio passou a ser utilizado, por exemplo, para o uso compartilhado de automóveis, mediante a utilização dos seguintes formatos: (i) *car sharing*, espécie de sistema de economia compartilhada por meio da qual determinado grupo de indivíduos compartilha entre si uma frota de veículos, por determinado período de tempo; (ii) *ridesharing*, que tem lugar quando as pessoas se utilizam de veículos que já estejam a caminho da região onde pretendem chegar (carona); e (iii) o *for-profit ridesharing*, no qual, por meio

¹¹ Como bem observado pela Ministra Fátima Nancy Andrighi: “Por fim, de tudo que tenho acompanhado a respeito da proibição de aplicativos de intermediação de contrato de transporte, não vi até o momento qualquer notícia do que os maiores interessados têm a dizer sobre a questão. De fato, a discussão sobre a proibição ou não de aplicativos de intermediação de contrato de transporte não pode ser pautada exclusivamente pela pressão política de certas categorias profissionais, como vem sendo feito, mas deve ser feita precipuamente no interesse dos consumidores do serviço de *‘transporte privado individual’*, afinal é do interesse do consumidor – e deveria ser também do Estado, por força do artigo 170 inciso IV da Constituição – que a livre concorrência seja fomentada e não restringida. São os consumidores que devem ser os primeiros a serem ouvidos quando o Estado pretende proibir qualquer atividade econômica lícita!” (ANDRIGHI, Fátima Nancy. Uber: a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, ano 2016, n. 271, jan./abr. 2016).

¹² Sobre o tema, v. OWNING. *Using and Renting: Some Simple Economics of the “Sharing Economy”*. Disponível em: <<http://john-joseph-horton.com/papers/sharing.pdf>>.

¹³ POSEN. *Regulating Uber*, NR 42, p. 412.

de um sistema tecnológico de contratação, se permite que o motorista receba uma contrapartida financeira pelo transporte compartilhado de passageiros.

A Uber é considerada uma empresa que se utiliza da modalidade *for-profit ridesharing* na medida em que os seus motoristas percebem uma remuneração pelo transporte de consumidores.¹⁴ Basicamente, os serviços prestados por essa empresa obedecem à seguinte sistemática: o consumidor tem de baixar um aplicativo (*app*) em seu smartphone, estabelecer os pontos de origem e de destino, e solicitar a corrida; o aplicativo, então, encaminha a solicitação aos motoristas, indicando em quanto tempo determinado motorista chegará ao consumidor, bem como qual a tarifa lhe será aplicável;¹⁵ aceita a corrida, o consumidor receberá um alerta, contendo as informações sobre o motorista e o veículo; finalizada a corrida, o consumidor efetuará o pagamento, exclusivamente, por meio do referido aplicativo,¹⁶ momento no qual poderá avaliar o serviço prestado pelo motorista. A principal vantagem da utilização da Uber é a de reduzir a assimetria de informação entre consumidores e motoristas, por fornecer informações sobre os serviços que lhe são prestados.

Não há relevantes barreiras à entrada para a prestação desse serviço. O interessado em prestá-lo deverá cadastrar, gratuitamente, um veículo no sítio eletrônico da referida empresa, possuir uma habilitação para uso comercial e contratar um seguro específico para o transporte individual de passageiros. Cumpridos tais procedimentos, o agente deverá repassar uma porcentagem padrão do valor cobrado dos consumidores para o detentor da tecnologia.

Há uns dois anos, essa plataforma tecnológica chegou ao Brasil. Rapidamente, o aplicativo e os serviços a ele associados ganharam numerosos adeptos, possivelmente por suprir uma demanda não atendida pelos serviços de transporte individual de passageiros. Como ocorreu em várias partes do mundo, emergiu fortíssima reação dos operadores do serviço de táxi. Forte na reação é o argumento de que as referidas atividades seriam ilegais, pois voltadas à oferta de uma atividade considerada um serviço público de transporte individual de passageiros, nos termos do disposto no artigo 12 da Lei nº 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, *in verbis*:

Artigo 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. (Grifamos)

¹⁴ Desde a sua criação, em 2009, a Uber angariou cerca de US\$44,5 milhões, passando, em 2011, a desenvolver suas atividades em outros países.

¹⁵ O aplicativo funciona com tarifas variáveis a depender da demanda por carros. Nos horários de pico, a tarifa costuma chegar a 2,0x (duas vezes mais do que a tarifa usual); porém, não há um teto máximo.

¹⁶ UBER. *Simplicity in Motion*. Disponível em: <<https://www.uber.com/ride/>>. Acesso em: 25 abr. 2016. Mais recentemente passou a ser admitido também o pagamento em dinheiro.

Em razão desta qualidade, defendem os permissionários de táxi que tais serviços deveriam ser prestados em regime de exclusividade ou de “monopólio” (decorrente da *publicatio* incidente sobre os serviços públicos), argumento que seria reforçado pelo artigo 2º da Lei nº 12.468/2011, que disciplina a profissão de taxista, cuja redação é a seguinte:

Artigo 2º 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. (Grifamos)

Em síntese, os taxistas defendem que a atividade prestada pelos motoristas da Uber seria “clandestina”, posto que, à medida que eles não se submetem à mesma disciplina dos taxistas (v.g. sujeição ao plexo de obrigações decorrente de um título habilitante delegatório), estariam praticando uma concorrência desleal.¹⁷ Essa “exclusividade”, postulada pelos permissionários de táxi, já foi objeto de abalizadas manifestações doutrinárias. Porém, tais manifestações partem do pressuposto de que os serviços de táxi não seriam qualificados como serviços públicos, razão pela qual sobre tal atividade não incidiria o respectivo regime jurídico da *publicatio*. Nesse sentido, Flavio Amaral Garcia¹⁸ assevera que “a circunstância de o táxi ser enquadrado como transporte público individual não implica na sua classificação como serviço público, parecendo mais apropriado o seu enquadramento como serviço de utilidade pública”. Em prosseguimento, o referido autor conclui que “não se vislumbra, nos serviços prestados pelos táxis traços de essencialidade, universalidade, continuidade ou de atendimento a necessidades coletivas intrinsecamente conectadas com direitos fundamentais, a qualificá-lo como serviço público, o que, evidentemente, não significa dizer que não devam ser regulados”. À mesma conclusão chegou Daniel Sarmiento,¹⁹ que se manifestou no sentido de que:

¹⁷ Razão pela qual alguns autores sugerem a desregulação do serviço de táxi, por exemplo, pela não incidência do dever de licitar. Nesse sentido, João Eduardo Lopes Queiroz e Márcia Walquíria Batista dos Santos sugerem a utilização do credenciamento para tais atividades: ao dispensar as concorrências públicas para aquisição de permissões, estaria escancarando as portas para prestação deste serviço, o que colocaria todos no mesmo patamar, sem discriminações e injustiças, pois a injustiça já existe quando os proprietários da licença do táxi não a utilizam e a alugam aos que não a possuem, explorando, portanto, esses motoristas e vivendo à custa deles. Fato lamentável e que decorre da cultura de subserviência da maioria dos povos latino-americanos (QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. O Estado Mínimo e os Serviços de Transporte Individual de Passageiros: Táxi Versus Uber – Credenciamento como Solução Consensual Viável. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 168, dez. 2015, p. 27-35).

¹⁸ GARCIA, Flavio Amaral Garcia. *Uber x Táxi: a solução pela via da regulação*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/uber-x-taxi-a-solucao-pela-via-da-regulacao>>.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “Caso Uber”. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, jul./set. 2015, p. 9-39.

O serviço de táxi não configura propriamente serviço público, mas sim de serviço de utilidade pública, que são institutos diferentes. O serviço público, como visto, é titularizado pelo Estado, mas pode ser eventualmente prestado por particulares, mediante concessão ou permissão, sempre precedidas de licitação pública, nos termos do artigo 175 da Constituição. Já o serviço de utilidade pública se enquadra no campo da atividade econômica, mas se sujeita a intensa regulação e fiscalização estatal, em razão do interesse público inerente à sua prestação.

Da mesma forma, Gustavo Binembojm²⁰ leciona que “sob o prisma constitucional de prestação o serviço de transporte individual de passageiros é atividade econômica em sentido estrito, e não serviço público, como as atividades de transporte coletivo”.

Os referidos entendimentos partem da premissa de que o serviço prestado pelos taxistas se configura como um *serviço de utilidade pública* ou *uma atividade econômica regulada*, assim considerada como aquelas “que são prestadas pelos particulares, por direito próprio, mas que o Estado estabelece um controle constante e que pode em alguns aspectos imiscuir-se em elementos contratuais da prestação da atividade, para que ela, não apenas não agrida o interesse público, mas também contribua para a sua realização”.²¹ A lógica, pois, apontada pelos referidos autores é a de que haveria uma diferenciação entre o regime jurídico das atividades disciplinadas pelo artigo 175 da CRFB (que pressuporia um regime de titularidade estatal e de prestação em regime de exclusividade) para com as atividades exploradas com base no regime do artigo 170, parágrafo único, da CRFB, o qual, malgrado seja aberto à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, sofre influxos regulatórios.

Não abonamos, contudo, os referidos entendimentos. A nós, parece que, de acordo com a nossa Constituição, em que vale o primado geral da livre iniciativa (artigo 1º, IV, e 170, *caput*, da CRFB), qualquer restrição ao exercício de atividades econômicas deverá ser excepcional, de modo que interdição à livre concorrência só poderá ser admitida quando estiver demonstrada sua absoluta necessidade para a consecução das finalidades públicas.²² Dito em outros termos, não há qualquer dispositivo constitucional ou legal que autorize que determinada atividade seja retirada da livre concorrência, ainda que se trate uma atividade essencial. Salvo nas restritas hipóteses de intervenção monopolística, entendemos que não existe fundamento jurídico para fundamentar uma diferenciação entre “serviços públicos” e “atividades econômicas em sentido estrito”. Ambas deverão ser abertas às regras de mercado,

²⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia Ordenação Regulação: Transformações Políticas-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 218.

²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 187.

²² A esse respeito, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 1, jan./mar. 2003, p. 69-93.

mas sofrerão influxos regulatórios distintos, a depender das obrigações essenciais que lhe forem impostas, principalmente aquelas atinentes à universalização, de isonomia e de continuidade.

O tema será mais adiante aprofundado, mas, ora, serve para vincar o nosso entendimento de que não há fundamento jurídico para existência de um regime jurídico único para a prestação de serviços públicos, dotado de prerrogativas publicísticas, alheio à lógica de mercado.²³ De rigor, nesses campos, pode-se afastar o regime da liberdade de concorrência, mas, para isso, é necessário que exista uma razão pública apta a justificar tal derrogação, mais especificamente, que tal restrição seja adequada a salvaguardar a prestação de serviços essenciais à população (sob as diretrizes dos deveres de universalização e da continuidade), nas franjas desses serviços em que essa exclusividade se mostrar essencial à sua viabilidade econômica.²⁴ Isto é, se houver risco de supressão de atividades essenciais, estará justificado o afastamento do regime concorrencial. Porém, mesmo justificada, essa restrição só poderá existir na medida em que seja necessária e suficiente à preservação das obrigações sociais que lhe são subjacentes. Afinal, a limitação à livre iniciativa não pode ser automática ou presumida.²⁵

Tal perspectiva relativiza o entendimento segundo o qual a prestação de serviços públicos seria necessariamente antípoda à lógica de mercado, materializada na dicotomia “serviços públicos” e “atividades econômicas”.²⁶ Em verdade, o que se lê da Constituição é o dever do Estado regular (artigo 174, *caput*, da CRFB) nas “doses” adequadas e proporcionais atividades elegidas, por ele, como de relevância pública, regulação esta que terá de ser subsidiária, em observância ao primado da liberdade de iniciativa. Nesse quadrante, a interdição, apriorística, do serviço de carona remunerada intermediado pela Uber, aceitando-se que o transporte individual de passageiros tenha caráter essencial (premissa questionável, considerando as características do serviço prestado pelos permissionários de táxi), só poderia ser admitida se estivesse comprovado que ela oferece risco de inviabilizar o serviço de táxi.

²³ Sobre o tema, já se afirmou que: “O surgimento de novos serviços decorrentes do advento de inovações tecnológicas, por meio, por exemplo, de plataformas como a Uber, a Netflix e o WhatsApp, desafiam as concepções de ‘titularidade estatal’ e de ‘prestação de serviços públicos em regime de exclusividade’, arraigados à noção de *publicatio*, tão cara ao conceito de serviços público francês. Isto porque passam a forcejar o estabelecimento de um regime concorrencial assimétrico entre as atividades exploradas por esses agentes econômicos e prestadores de atividades reguladas como serviços públicos (v.g. Serviço de Telefonia Fixo Computado – STFC e de Radiodifusão)” (FREITAS, Rafael Veras de. *As Novas Tecnologias e o Direito Administrativo Global*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/as-novas-tecnologias-e-o-direito-administrativo-global->>>).

²⁴ V. SHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 58.

²⁵ V. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ainda o Caso Uber. Disponível em: <<http://www.manesco.com.br/site/pt/litteraDetalhe.php?id=1288>>.

²⁶ Sobre a dicotomia, ver, por todos, EROS GRAU. *Ordem Econômica na CF 88*. O texto marcou a chave hermenêutica dos artigos da CF 88 por anos; não obstante, não dá conta de solucionar os problemas causados pelas inovações disruptivas.

Não é o caso. Em estudo apresentado, em setembro de 2015, por Luiz Alberto Esteves, economista-chefe do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE,²⁷ que teve por objeto a análise dos impactos econômicos da entrada da Uber nos Municípios de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e no Distrito Federal, foi constatado que esses serviços podem trazer benefícios aos consumidores, não havendo elementos econômicos que justifiquem a sua proibição, porquanto “os serviços prestados pelos aplicativos que servem de plataforma no mercado de caronas pagas fornecem um mecanismo de autorregulação satisfatório e atendem um mercado até então não alcançado – ou atendido de forma insatisfatória – pelos táxis, além de ocasionar rivalidade adicional no mercado de transporte individual de passageiros”.

Portanto, temos para nós que a questão jurídica envolvida no “Caso Uber” não diz com uma diferenciação apriorística entre os regimes jurídicos dos “serviços públicos” e de “atividades econômicas em sentido estrito ou reguladas”, mas com o dever de uma adequada “calibragem regulatória”, de tal sorte que tais atividades não se aniquilem mutuamente, em prejuízo dos consumidores. Mais tecnicamente, diz com a incidência do princípio da proporcionalidade na escolha da variável que deverá ser regulada (preço, entrada, informação, qualidade, quantidade) para a instituição de uma assimetria regulatória entre as referidas atividades, o que, na ponta, desafia o conceito tradicional *publicatio*, o qual predicaria a incidência de um regime jurídico regulatório único para ambas. O tema será mais bem desenvolvido à frente.

3.2 O WhatsApp e o impacto sobre os serviços de telecomunicações

Porém, também será com base nesses quadrantes que investigaremos as repercussões jurídicas que as plataformas que estão dentro de um conjunto denominado OTT – *Over The Top* – vêm causando ao conceito de *publicatio*. Em breve síntese, trata-se de ferramenta por meio da qual o conteúdo é transmitido por *streaming*, procedimento em que os dados são recebidos e exibidos simultaneamente, contando com uma margem de intervalo entre as etapas para prevenir possíveis oscilações na velocidade da rede (armazenamento temporário denominado *buffer*),²⁸ sistema utilizado pelo WhatsApp e pela Netflix, inovações disruptivas que serão objeto dos próximos itens.

²⁷ ESTEVES, Luiz Alberto. *Rivalidade Após Entrada: O Impacto Imediato do Aplicativo Uber sobre as Corridas de Táxi Porta-a-Porta*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Rivalidade%20ap%C3%B3s%20entrada%20-%20o%20impacto%20imediato%20do%20aplicativo%20Uber%20sobre%20as%20corridas%20de%20t%C3%A1xi.pdf>>.

²⁸ MONTES, Wagner Silva. *Over The Top: O Consumo Audiovisual em Softwares Culturais*. Universidade de São Paulo. Pós-Graduação em Meio e Processos Audiovisuais.

Criado em 2009, o aplicativo WhatsApp permite a troca de mensagens instantâneas entre usuários de serviços telecomunicações, utilizando-se de uma versão customizada da plataforma *Extensible Messaging and Presence Protocol* (XMPP). Este programa se utiliza do mecanismo *store and forward*, no qual a mensagem é enviada pelo usuário sendo armazenada por um servidor do aplicativo, de onde ele é encaminhado ao destinatário; quando o destinatário aceita abrir a mensagem, ela é entregue e excluída do referido servidor de origem.²⁹ Também são encaminhadas, por meio deste aplicativo, mensagens multimídias, as quais se utilizam do *upload* a um servidor HTTP.

Quando lançado, o WhatsApp se prestava, exclusivamente, à troca de mensagens de texto instantâneas. Porém, em janeiro de 2015, o referido aplicativo passou a realizar chamadas de voz, atraindo um segmento diferenciado de usuários.³⁰ Em razão dessa nova funcionalidade, o WhatsApp vem sendo acusado pelas operadoras de telefonia móvel brasileiras de desviar suas receitas na medida em que seus usuários passaram a realizar ligações de voz idênticas àquelas que são objeto principal dos serviços das operadoras de telefonia móvel que lhes seve de suporte.

Diante disso, essas empresas se mobilizaram para apresentar requerimento administrativo à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, questionando o serviço de voz que vem sendo prestado por esse aplicativo. A argumentação defendida por essas operadoras é a que, à medida que o número de celular é outorgado pela ANATEL, são devidos tributos para cada linha autorizada, a exemplo das taxas destinadas ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL, o que lhes gera um custo de R\$26,00 para a ativação de cada linha móvel e de R\$13,00 anuais de taxa de funcionamento, custo este que não é despendido pelo WhatsApp.³¹ Ao ver das operadoras, para além desse aspecto financeiro, esse aplicativo seria ilegal pelas seguintes razões: (i) por se utilizar do número de telefone móvel do usuário – o que o diferencia de outros aplicativos que se utilizam da tecnologia de VOIP (voz sobre o protocolo de internet), os quais se valem de *logins* específicos, a exemplo do Skype, da Microsoft; e (ii) por não se submeter à fiscalização da ANATEL.³²

Este conflito nos parece diverso do instaurado entre a Uber e os permissionários de táxi. É que, naquele, o principal argumento dos permissionários é o de que, por serem delegatários de um serviço de titularidade estatal, predicariam o privilégio

²⁹ RATHEE, Gaurav. *Explore WhatsApp Clock Sign, Single Tick, Double Tick*. Disponível em: <<http://digitalperiod.com/explore-whatsapp-clock-sign-and-tick/>>. Acesso em: 09 maio 2016.

³⁰ *Why WhatsApp Will Remain*. Disponível em: <<http://www.100status.com/2015/05/why-whatsapp-will-remain-smartest.html>>. Acesso em: 09 maio 2016.

³¹ Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/reuters/2015/08/19/exclusivo-operadoras-moveis-no-brasil-preparam-peticao-contr-whatsapp-uma-considera-acao-judicial.htm>>.

³² O fundamento desse pleito, nos parece, seria o artigo 17, inciso I, da Resolução ANATEL nº 447/2007, que aprova o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP e confere ao prestador a possibilidade de “peticionar à Anatel denunciando práticas de concorrência desleal por parte de outras prestadoras”.

da exclusividade na exploração de sua atividade (decorrente da *publicatio*), ao passo que, neste, questiona-se a existência de distorções na assimetria regulatória entre o WhatsApp e as empresas de telefonia móvel, pondo em risco a existência destas últimas atividades. A controvérsia tem lugar em razão de uma alegada assimetria regulatória anti-isonômica entre as referidas atividades. Malgrado de diferentes matizes, os debates jurídicos subjacentes a esses conflitos envolvem perquirir a incidência regulatória em setores nos quais convivem operadores econômicos que atuam em segmentos fortemente regulados com outros mais aderentes à lógica de mercado (que sofrem os influxos de uma regulação mais branda – *soft regulation*).

Pois bem. Nesse particular, entendemos que os quadrantes regulatórios incidentes sobre tais atividades não poderão desconsiderar a assimetria regulatória instituída pela Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações). Explica-se. Como é de conhecimento convencional, a Emenda Constitucional nº 08/1995 alterou a redação do artigo 21, inciso XI, da CRFB/88, flexibilizando o monopólio no setor de telecomunicações, conferindo à União a possibilidade de explorar tais serviços, diretamente, ou por meio de concessões, permissões e autorizações. A partir de tal alteração, conferiu-se ao legislador a faculdade de instituir regimes jurídicos distintos para a exploração dos referidos serviços,³³ o que foi levado a efeito pela Lei nº 9.472/1997 (LGT). O primeiro, permeado pela incidência de forte influxo regulatório, na perspectiva da prestação desse regime no interesse coletivo, por meio de um regime público, decorrente de uma relação de sujeição especial materializada num título delegatório (artigo 83³⁴ da LGT). O segundo, por meio da incidência de influxos regulatórios exógenos e subsidiários,³⁵ em regime privado, tendo a sua regulação de entrada disciplinada por título habilitatório (artigo 131³⁶ da LGT).

Assim é que não há, no modelo contemplado pela LGT, a consagração da exploração monopólica dos serviços de telecomunicações como um todo.³⁷ Muito ao

³³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 228, p. 27.

³⁴ Confira-se: “Artigo 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação. Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar”.

³⁵ Eis o dispositivo: “Artigo 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:”

³⁶ Eis o dispositivo: “Artigo 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias. §1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”.

³⁷ Tanto é verdade que a Lei nº 9.472/1997 prevê, expressamente, que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência devem orientar a disciplina do setor de telecomunicações: “Artigo 5º. Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, *liberdade de iniciativa, livre concorrência*, defesa do consumidor,

contrário, o propósito deste normativo foi de, justamente, estabelecer um regime concorrencial assimétrico³⁸ entre prestadores, como dispõe o artigo 127, inciso I, da LGT, cuja redação é a seguinte:

Artigo 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:

II - a competição livre, ampla e justa; (Grifamos)

A minuta do termo de autorização para exploração do Serviço Móvel Pessoal – SMP da ANATEL não garante ao autorizatário um regime de “exclusividade” na prestação desses serviços, *in verbis*:

Cláusula 3.2. A AUTORIZADA explorará o serviço objeto desta Autorização por sua conta e risco, dentro do regime de ampla e justa competição estabelecido na LGT, sendo remunerada pelos preços cobrados, conforme disposto neste Termo de Autorização.

§1º. A AUTORIZADA não terá direito a qualquer espécie de exclusividade, qualquer hipótese de garantia de equilíbrio econômico financeiro, nem poderá reclamar direito quanto à admissão de novas prestadoras do mesmo serviço. (Grifamos).

Mas isso não significa dizer que a interdição de um regime de exclusividade corresponda à possibilidade de aniquilação da convivência entre os serviços prestados em regime público e em regime privado. Assim não se passa. O equilíbrio da assimetria regulatória em Telecom é construído a partir da regulação indutora da competição nos segmentos em que ela seja viável, desde que esta concorrência entre prestadores não aniquile o núcleo essencial do serviço necessário à população (v.g. o, em vias de extinção, Serviço de Telefonia Fixo Comutado – STFC).³⁹ Daí porque o artigo 136,

redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público. Artigo 6º. Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica”.

³⁸ Concorrência que deve ser harmonizada pelo dever de universalização desses serviços, como bem ressaltado por Eduardo Augusto de Oliveira Ramires: “Investido, como se encontra, das competências e funções de promoção da competição no âmbito do setor de telecomunicações, o órgão regulador vem buscando os caminhos adequados para a regulação de incentivo à competição do setor (...). Trata-se, a toda vista, de uma regulação que se vê na tarefa de conciliar os eventuais conflitos entre os dois valores mais caros ao marco regulador setorial: a universalização e a competição. Enquanto no interesse da universalização o marco legal do setor cuida de proteger o equilíbrio econômico-financeiro do concessionário, de outro lado, no interesse da competição, autoriza a ação regulatória destinada a inibir a dominação do mercado e garantir a existência de competição livre e justa”. (RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira Ramires. *Direito das Telecomunicações: A Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 28-30).

³⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões em Telecomunicações: Perspectivas para um Serviço em Extinção. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52.

inciso I, da LGT dispõe que “não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo”. É dizer, o ingresso de novos entrantes, em regime assimétrico, só seria permitido se não for deletério à prestação do serviço no interesse coletivo, mais especificamente na franja em que a União tem o dever de prestá-lo, sob as diretrizes da universalização e da continuidade.⁴⁰

O tema será mais bem desenvolvido à frente, mas, por ora, tem por desiderato consignar o nosso entendimento segundo o qual, malgrado a concorrência assimétrica produza externalidades positivas, ela não pode se prestar a aniquilar serviços essenciais à população – usualmente, regulados como “serviços públicos”. Lógica semelhante se aplica à disputa *WhatsApp x Teles*. Neste particular, instaurou-se uma concorrência assimétrica entre autorizatários e um aplicativo que se utiliza da internet, por meio de uma tecnologia disruptiva, para veicular informações e conteúdo e oferecer contestação competitiva aos serviços que lhe dão suporte.

Claro que, olhando para a nossa Constituição, não se cogitaria da interdição de uma atividade econômica em benefício da outra, desconsiderando os princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência. Assim é que a primeira diretriz, que deve orientar a regulação dessas atividades, seria fomentadora da concorrência entre as referidas atividades, considerando as externalidades produzidas para o consumidor. Essa, aliás, a lógica que vem orientando a regulação dessas atividades no direito estadunidense. Nessa perspectiva, o advento de novas tecnologias – que traz, em si, um caráter disruptivo, em razão da sua imprevisibilidade – fez com que o Federal Communications Commission⁴¹ (o FCC), entidade reguladora das telecomunicações norte-americana, ao apreciar a validade da prestação de serviços de comunicação via IP (VOIP), se manifestasse no sentido de que “por não estar vinculada aos ambientes regulatórios tradicionais, a Internet tem o potencial de modificar dramaticamente o cenário das telecomunicações. A Internet cria novas formas de competição, valiosos serviços para os usuários finais e benefícios para a economia. A abordagem governamental quanto à Internet deveria, portanto, partir de duas premissas: evitar regulação desnecessária e questionar a aplicabilidade das regras tradicionais” (tradução livre). Em questão similar à presente (*WhatsApp x Teles*), a mesma entidade reguladora, ao apreciar o caso *Pulver*,⁴² em que se debateu a possibilidade de usuários de banda larga realizarem chamadas de voz entre si, diretamente e sem custo, decidiu que os serviços via internet prometem significativos benefícios, seja pela redução de preços, seja porque encorajam os consumidores a se conectarem em banda larga.

⁴⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Políticas de Universalização, Legalidade e Isonomia: O Caso “Telefone Social”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 14, ano 4, abr./jun. 2006.

⁴¹ Disponível em: <https://transition.fcc.gov/Bureaus/OPP/working_papers/opwp29.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

⁴² Disponível em: <https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-04-27A1.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

Nada obstante, a *ratio* dos referidos julgados deverá ser transposta, com parcimônia, para o ordenamento jurídico. Assim como no contexto norte-americano, no Brasil, a regulação dessas atividades não poderá ser equiparada à regulação de um serviço de telecomunicações por se tratar de um serviço de aplicação de internet, assim considerado como o “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”, nos termos do artigo 5º, inciso I, da Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet. Porém, a impossibilidade de equiparação de regimes jurídicos não significa que o WhatsApp possa restar desregulado, ou que a sua regulação possa resultar na interdição de sua exploração, ou, mais tecnicamente, que se utilize uma “regulação de banimento” para esse aplicativo.

O grau de regulação que deverá incidir sobre tal aplicativo deverá ser o necessário a impedir que um regime regulatório assimétrico inviabilize a prestação do serviço do Serviço Móvel Pessoal – SMP, o que, na ponta, pode resultar num desequilíbrio da assimetria regulatória originalmente instituída pela LGT entre prestadores em regimes público e privado. Nesse quadrante, o regulador, uma vez mais, deve escolher a variável que deverá ser regulada (preço, entrada, informação, qualidade, quantidade) sobre o serviço prestado pelo WhatsApp, de modo que ele não “parasite” os serviços de SMP. Aqui, duas vertentes devem ser observadas na regulação desse aplicativo: (i) não será possível banir a referida atividade; e (ii) a sua regulação (ou desregulação) não pode introduzir uma assimetria regulatória que inviabiliza a atividade dos prestadores do SMP, fomentadora do estabelecimento de uma concorrência predatória, o que é interdito pelo ordenamento jurídico (artigo 36, inciso I, da Lei nº 12.529/2011) e que, na ponta, resulta numa interferência na assimetria regulatória instituída pela LGT.

Diante disso, concluímos este item reafirmando que esse conflito, tal como o *Uber x táxi*, não encontra solução na existência de um regime jurídico regulatório único para todas as atividades. De rigor, a sua resolução passará pelo estabelecimento de uma adequada assimetria regulatória entre dois agentes econômicos, o que pode significar, inclusive, a revisão/abrandamento da regulação incidente sobre o SMP ou, de outro bordo, a regulação de uma variável regulatória que seja adequada a impedir que o WhatsApp aniquile o referido prestador, provocando impactos sistêmicos na assimetria regulatória instituída pela LGT.

3.3 A Netflix e seu impacto nos serviços públicos de radiodifusão e nos serviços de acesso condicionado

A Netflix foi criada em 1997, nos Estados Unidos, como um serviço para aluguel de DVDs, que seria utilizada do serviço postal para a entrega dos referidos produtos aos consumidores. À época, o usuário pagava uma taxa pela locação e pelo serviço

postal, modelo que evoluiu para o pagamento de uma assinatura mensal, que garantia a locação ilimitada dos títulos em seu acervo.⁴³

Nos idos de 2007, com os avanços no desenvolvimento da rede mundial de computadores, a Netflix passou a disponibilizar todo o seu conteúdo por meio de VOD (*video on demand*) em qualquer plataforma com acesso à internet. Nada obstante, a consolidação dessa empresa só veio a ocorrer entre os anos de 2008 e 2010, quando ela celebrou parcerias com empresas produtoras de conteúdo, dentre as quais a Starz Entertainment, a Paramount Pictures, a Lions Gate Entertainment e a Metro-Goldwyn-Mayer, ampliando, consideravelmente, o número de títulos que oferecia a seus clientes. Basicamente, a referida empresa oferece “via *online streaming*, conteúdos audiovisuais *on demand* como filmes, séries e documentários, que podem ser assistidos por meio de seu *site* em diversas plataformas, como *smartphones*, *tablets*, computadores e televisões. O serviço é pago e o assinante pode optar pelo momento mais adequado para consumir determinado produto audiovisual, independentemente de grades de programação, desde que tenha conexão de internet”.⁴⁴

A disponibilização de conteúdo ilimitado, aliada ao aumento de capacidade da internet banda larga, permitiu que a Netflix conquistasse mais usuários. Nos Estados Unidos, por exemplo, como dá conta recente estudo da Forrester Research, citado pelo Wall Street Journal, 18% da população norte-americana deixou de contratar os serviços prestados pelas empresas de TV a cabo para contratar os serviços prestados por essa empresa.⁴⁵

No Brasil, a entrada da Netflix também vem gerando acirradas disputas concorrenciais, sobretudo pelas peculiaridades dos serviços por ele oferecidos. O serviço prestado pelo referido entrante diferencia-se da lógica tradicional de oferecimento de conteúdo pelas concessionárias dos serviços de radiodifusão de imagens e de Serviços de Acesso Condicionado – SeAC, porquanto não depende de um horário para atingir determinado público, já que seus produtos não estão sujeitos à grade de programação. Pelo contrário, podem ser consumidos a qualquer hora do dia ou da noite pelo consumidor. Afora isso, seus produtos são oferecidos de uma só vez, e não da maneira tradicional de exibição, de um episódio por semana. Daí porque os agentes econômicos submetidos aos referidos títulos habilitantes (concessão de radiodifusão e autorização para a exploração do SeAC) vêm questionando os serviços prestados

⁴³ KULESZA, Juliana; BIBLO, Ulysses de Santi. A Televisão a seu Tempo: Netflix Inova Com Produção De Conteúdo para o Público Assistir como e Quando Achar Melhor, Mesmo que Seja Tudo de uma Vez. *Revista de Radiodifusão*, v. 7, n. 8, 2013. Disponível em: <<http://set.org.br/revistaelectronica/index.php/revistaderadiodifusao/article/view/90/97>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

⁴⁴ STÜRMER, Adriana; SILVA, Giana Petry Dutra. *Do DVD ao Online Streaming: A Origem e o Momento Atual do Netflix*.

⁴⁵ HEISLER, Yoni. *The Netflix Effect: Fewer Viewers Are Opting To Sign Up For Cable In The First Place*. Disponível em: <<http://bgr.com/2015/10/08/cable-tv-vs-netflix-cord-cutting/>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

por essa empresa, por ela não se submeter à mesma incidência regulatória que os serviços tradicionais.

Nesse sentido, Ericson Scorcim,⁴⁶ ao tratar especificamente sobre a Netflix, assevera que “estas empresas fornecem conteúdo audiovisual, na modalidade vídeo (filmes, seriados, vídeos etc.), os quais não são propriamente programação de televisão. Assim, essas espécies de serviços audiovisuais não estão submetidas à Lei nº 4.117/1962, eis que não se trata de serviço de radiodifusão”. Do mesmo modo, o referido autor adverte que “também, estas espécies de serviços audiovisuais não são objeto da Lei da TV por assinatura porque não são propriamente canais de programação ofertados aos consumidores”.

Nesse quadrante, entendemos que, mais uma vez, a concorrência entre prestadores com regimes jurídicos assimétricos não é, *per se*, violadora do ordenamento jurídico pátrio, posto que, como será mais bem detalhado à frente, gera externalidades positivas para o consumidor.

Demais disso, não se pode desconsiderar que os próprios regimes jurídicos desses agentes não são predadores de um regime de exclusividade. O serviço de radiodifusão, malgrado a sua estatura constitucional (artigo 233 da CRFB) e a sua essencialidade, não é explorado, em regime de exclusividade, consoante o disposto no artigo 35 do Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT, cuja redação é a seguinte: “As concessões e autorizações *não têm caráter de exclusividade*, e se restringem, quando envolvem a utilização de radiofrequência, ao respectivo uso sem limitação do direito, que assiste à União, de executar, diretamente, serviço idêntico” (grifamos). Do mesmo modo, os Serviços de Acesso Condicionado – SeAC comportam um número ilimitado de prestadores, salvo em razão de restrições técnicas. Nesse sentido, o artigo 11 da Resolução nº 581/2012 da ANATEL, que aprova o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado – SeAC, dispõe que “não haverá limite ao número de autorizações para prestação do serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação do serviço, nos termos da legislação”.

Nada obstante isso, não seria possível se cogitar que a Netflix fosse autorizada a comprometer a viabilidade do serviço de radiodifusão como essencialmente universal e gratuito e levasse à extinção de um prestador do SeAC, introduzindo um modelo de produção e disponibilização de conteúdo que inviabilize as TVs abertas e fechadas. Tais consequências poderão ter lugar na medida em que os concessionários de radiodifusão e os autorizatários do SeAC se submetem a forte influxo regulatório, sobretudo sob a vertente qualitativa, no que diz, por exemplo, à responsabilidade das concessionárias de radiodifusão quanto aos conteúdos difundidos para o público

⁴⁶ SCORSIM, Ericson Meister. *Direito das Comunicações*.

(artigo 4º, inciso IV, do Decreto nº 5.371/2005)⁴⁷ ou no que pertine às obrigações de veiculação de conteúdo brasileiro das empresas exploradoras do SeAC (artigo 16⁴⁸ da Lei nº 12.485/2011).

A regulação dessas atividades deverá ser ajustada ou, mais tecnicamente, deverá ser instituída uma assimetria regulatória que calibre as variáveis que deverão ser reguladas (especialmente de “qualidade”) nas atividades exercidas pela Netflix, pelas concessionárias de radiodifusão e pelos exploradores do SeAC, de tal modo que as referidas atividades não sejam excludentes entre si. Não se trata de matéria desconhecida da regulação em Telecom, que vem interditando que novos entrantes causem prejuízos aos agentes estabelecidos. A resolução desse conflito passará pelo estabelecimento de uma adequada assimetria regulatória entre os referidos prestadores, e não pela crença de que haveria um regime jurídico-administrativo que interdiria a prestação concorrencial no âmbito da regulação dos serviços públicos.

Há mais, porém. Se, por um lado, a novel assimetria regulatória, que deverá ser instituída para disciplinar a Netflix, não poderá autorizar o aniquilamento de concessionários e autorizatários, por outro, deverá coibir que tal serviço seja totalmente interdito, sob a perspectiva da neutralidade da rede. Explica-se. Como bem ilustrado por Guilherme Alberto de Almeida,⁴⁹ para a melhor compreensão do princípio da neutralidade da rede, duas metáforas são utilizadas recorrentemente: a primeira, que a internet contaria com a presença de porteiros, no caso, os operadores da rede ou provedores de banda larga, com poderes para deliberar sobre as condições o tipo de conteúdo e velocidade com que ela é entregue aos usuários; a segunda, que enxerga a rede como uma “avenida pedagiada”, na qual são cobrados pedágios para exigir que determinados fornecedores de conteúdo ou aplicativos pagassem a mais para que seus usuários possam usufruir determinado serviço.

Tal princípio será necessário para orientar a vindoura regulação da Netflix no Brasil, como aconteceu nos Estados Unidos. É que, naquele país, o incremento dos vídeos em *streaming* oferecidos pela Netflix passou a demandar capacidade de banda acima da máxima da rede de infraestrutura norte-americana. Por conta disso, em 2013, instaurou-se um litígio entre ele e o *Comcast*, um dos maiores provedores de internet daquele país, decorrente da redução da velocidade dos vídeos que este agente oferecia aos consumidores. Em 2014, as partes chegaram a um acordo por meio do qual a *Netflix* ficou obrigado a pagar uma taxa adicional para receber diretamente

⁴⁷ Eis o dispositivo: “Artigo 4º. Compete ao Ministério das Comunicações: IV - fiscalizar, no que se refere ao conteúdo da programação, a execução do Serviço de RTV em todo o território nacional, no que diz respeito à observância das disposições legais, regulamentares e normativas aplicáveis ao serviço”.

⁴⁸ Confira-se: “Artigo 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”.

⁴⁹ ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. *Neutralidade de Rede e o Desenvolvimento: O Caso Brasileiro*. Diplo Foundation, 2007.

os serviços da *Comcast*.⁵⁰ Nada obstante, tal *case* estadunidense não serviu para disciplinar situações congêneres daquele país que envolvessem o princípio da neutralidade da rede na medida em que: (i) os termos deste acordo não possuíam força normativa; e (ii) a Open Internet Order, norma expedida pelo Federal Communications Commission, que garantia a neutralidade da rede, restou anulada pela Corte do Distrito de Columbia.⁵¹

No Brasil, entendemos que a situação se mostra um tanto distinta. Isso porque a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) estabelece, entre os seus principais princípios, “a preservação e garantia da neutralidade da rede”. O referido princípio encontra-se previsto no artigo 9º do referido diploma, o qual dispõe que “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”. Como se pode perceber, o referido dispositivo interdita que provedores de serviços de conexão à internet discriminem o tráfego de vídeo *online* de outras empresas, ressalvadas as hipóteses de: (i) não atendimento a requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e (ii) priorização de serviços de emergência (§1º). Contudo, tais hipóteses de “degradação de tráfego são medidas excepcionais, na medida em que somente poderão decorrer de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações ou da priorização de serviços de emergência” (artigo 4º do Decreto nº 8.771/2016).

Daí entendemos que a eventual regulação da Netflix deverá observar, ao menos, as seguintes diretrizes: (i) impedir que a ausência de regulação da variável qualidade do serviço prestado por este agente introduza um modelo destrutivo de produção e disponibilização de conteúdo que inviabilize as TVs abertas e fechadas ou estabeleça algum formato reparatório caso a sua atividade cause prejuízos comprovados a tais atividades; e (ii) impor que os provedores de internet observem o princípio da neutralidade da rede, impedindo a redução do tráfego de dados do referido agente.

3.4 Conclusão parcial

Resumindo o até aqui exposto, temos para nós que: (i) o conceito de *publicatio* incidente sobre os serviços públicos – de origem Francesa, mas encampado por significativa parcela da doutrina pátria –, atrelado a um regime jurídico-administrativo especial e único, vem sendo desafiado pelas inovações tecnológicas disruptivas, notadamente no que se refere à ideia de que o conceito de serviço público encerra a subtração dessas atividades do regime da liberdade e da livre concorrência; (ii)

⁵⁰ Disponível em: <<http://time.com/32784/netflix-comcast-net-neutrality/>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

⁵¹ Disponível em: <[https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF85257FD200505A3A/\\$file/15-1063-1619173.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF85257FD200505A3A/$file/15-1063-1619173.pdf)>.

nada obstante a relativização desse conceito em face da nova realidade que lhe é subjacente, isso não significa que os conflitos atuais entre os atuais entrantes (Uber, WhatsApp e Netflix) em mercados outrora ocupados por prestadores de serviços públicos possam ser resolvidos da mesma forma; (iii) no caso do conflito *Uber x permissionário de táxi*, não se vislumbra fundamento jurídico para interditar a atividade exercida pela Uber, posto que ele não vem oferecendo riscos à subsistência dos serviços prestados pelos taxistas; (iv) no caso do conflito *WhatsApp x Teles*, entendemos que a sua resolução passará pelo estabelecimento de uma adequada assimetria regulatória entre diversos operadores, o que pode significar, inclusive, a revisão/abrandamento da regulação incidente sobre o SMP ou, de outro bordo, a regulação de uma variável que seja adequada a impedir que o WhatsApp aniquile o referido prestador, provocando impactos sistêmicos na assimetria regulatória instituída pela LGT; (v) no caso do conflito “entre Netflix e os serviços públicos de radiodifusão e os Serviços de Acesso Condicionado”, a sua resolução passará pela instituição de uma assimetria regulatória que, de um lado, impeça o estabelecimento de uma concorrência predatória entre os referidos, mas que, de outro, observe o princípio da neutralidade da rede.

Assentadas tais premissas específicas a propósito desses conflitos e considerando que as inovações disruptivas desafiam a existência de um regime jurídico-administrativo único para os serviços públicos, necessário enfrentar os atuais quadrantes da chamada *publicatio*, bem como destacar a função da assimetria regulatória na sua delimitação.

4 Recolocando o tema dos serviços públicos: afinal, para que serve a *publicatio*?

Como visto, a concepção de um conceito de serviço público à francesa, que orientou a construção desse conceito pela doutrina brasileira, está relacionada ao estabelecimento de um regime jurídico de direito administrativo, que será estabelecido por meio de uma decisão política do Estado. Nesse sentido, de acordo com a concepção ainda majoritária a propósito do tema, esse regime jurídico administrativo predica a: (i) existência de prerrogativas em favor do estado; (ii) possibilidade de o prestador arrecadar preços compulsórios pela sua prestação; (iii) sua prestação por meio de um regime que encerra a subtração dessas atividades do regime de liberdade e da livre concorrência para serem avocadas pelo Estado; e (iv) decisão do Estado em delegar a sua prestação para os particulares. Nessa perspectiva, esse regime especial seria inerente às atividades qualificadas como serviços públicos, o qual seria antagônico ao das atividades privadas ou, como prefere parte da doutrina pátria, das “atividades econômicas em sentido estrito”.

Ocorre que tal conceito, como é sabido, vem cedendo terreno ao conceito de Serviço Econômico de Interesse Geral – SIEG. De acordo com essa concepção, central no regime comunitário europeu⁵² – posto que cunhada com fins de integração –, os SIEGs são todas as atividades de relevância pública, prestadas sob o regime de direito privado e abertas à concorrência, que são acometidas de deveres de natureza pública, notadamente os de universalização e de continuidade. Essa concepção é sobremaneira distinta do conceito de serviço público à francesa, posto que contraria a lógica de que os serviços de relevância pública deveriam ser titularizados pelo Estado e, por conseguinte, excluídos de um regime concorrencial. Pelo contrário, a regulação dos SIEGs aponta para uma *regulação pró-competição*, seja no mercado, seja pelo mercado – pautada pela subsidiariedade –, de tal modo que qualquer restrição a essa diretriz predicará a devida fundamentação do Poder Público, tendo em vista a necessidade de atingimento de outras finalidades. Em síntese, como já se teve a oportunidade de asseverar,⁵³ essa nova vertente dos SIEGs foi sendo construída pela interpretação conferida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – TJCE, de acordo com três pilares: (i) na garantia da liberdade iniciativa; (ii) na primazia da concorrência, quando técnica e economicamente viável; e (iii) na garantia da preservação de interesses gerais que justifiquem restrições a essa liberalização.

Nesse mesmo contexto, a partir do Ato Único de 1986, surge o conceito de “serviços universais”, assim considerados como o conjunto de atividades essenciais que devem ser acessíveis a todos a preços justos e em níveis qualitativos mínimos, que guardam, em si, os deveres de universalidade, continuidade e igualdade. Uma importante elaboração teórica sobre o tema é erigida por Christian Stoffaës. Este autor afirma que se pode representar o “serviço universal” e o “serviço de interesse econômico geral” por meio de dois círculos concêntricos. Nessa metáfora visual, o menor seria quase um nó, traduzindo o campo de abrangência do serviço universal. O círculo maior, que o envolveria, seria o âmbito dos “serviços de interesse econômico geral”.⁵⁴ De acordo com essa sistemática, existiriam duas doses distintas de incidência regulatória sobre tais atividades. A primeira, mais intensa e pautada por prerrogativas publicísticas, com o fim de assegurar a prestação dos serviços universais a todos os usuários. A segunda, menos intrusiva, aberta à concorrência, sendo a sua

⁵² Confira-se o teor do artigo 86.2 do Tratado de Roma, com redação dada pelo Tratado de Amsterdam: “[...] as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade”.

⁵³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Serviços de Interesse Econômico Geral e as Recentes Transformações dos Serviços Públicos. *Direito Público em Evolução: Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 546.

⁵⁴ JUSTEN, Monica Spezia. O Serviço Público na Perspectiva do Direito Comunitário Europeu. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003, p. 137-175.

derrogação cabível apenas quando o seu advento implicar em ameaça à prestação dos serviços universais.

Essa fragmentação de regimes jurídicos resultou no entendimento segundo o qual o regime jurídico de privilégios em favor do Estado só deverá ser utilizado quando necessário à manutenção e à universalização dos serviços delegados, como ficou assentado, por exemplo, no famoso caso *Corbeau* (processo C-320/91, de 19 de maio de 1993). O caso versava sobre a violação que teria sido perpetrada pelo comerciante Paul Corbeau ao Monopólio Postal Belga, o qual era explorado pela Régie des Postes, pessoa jurídica de direito público daquele país. Tal violação estaria ocorrendo em razão de o referido comerciante estar prestando, no Município de Liège, serviços expressos de recolhimento e distribuição de correspondências, o que traria prejuízos ao dever de universalização do serviço prestado pela referida entidade. Ao examinar a questão, o TJCE aduziu que a empresa encarregada de uma missão de interesse geral trabalha de modo a compensar os prejuízos dos serviços menos rentáveis com outros mais lucrativos, razão pela qual poderia ser prejudicada nas hipóteses de abertura de seus serviços à concorrência. Mas, neste caso específico, concluiu que “o equilíbrio financeiro do serviço de interesse econômico geral assumido pelo titular do direito exclusivo não restou prejudicado, pela especificidade dos serviços prestados por aquele comerciante” (tradução livre).

Com base nessa diretriz, busca-se consagrar, assim, o valor da livre iniciativa como um direito que deve ser considerado pela Administração Pública na prestação de seus serviços, valor este que pode, inclusive, interditar a atuação pública. Como grande preocupação de fundo está, portanto, a racionalização da intervenção econômica no domínio privado. Não se mostra mais suficiente, se é que algum dia o tenha sido, que a Administração Pública reserve para si, na qualidade de titular da modelagem e da prestação, determinada atividade com base em fórmulas abstratas como prerrogativas estatais e os conceitos de serviços públicos e interesse público.

Do conceito de serviço de interesse econômico geral, extrai-se que a transformação mais significativa corresponde ao regime jurídico que rege as atividades compreendidas nesta noção. A consagrada visão monista do regime dos serviços públicos (regime único) é substituída por uma visão de *fragmentação de regimes*. Conceitos e princípios de direito público, suficientes para o quadro dos serviços públicos, não são mais suficientes para a disciplina dos serviços de interesse econômico geral.

A passagem do regime único para a fragmentação de regimes, o que confere conformações específicas aos serviços de interesse econômico geral de acordo com o ambiente e efetivação, é desafiadora para a autonomia do direito administrativo como ramo do direito. No entanto, o movimento não deve ser lido como prelúdio do fim do direito administrativo, mas como sua revitalização na busca de uma disciplina mais consentânea ao novo quadro legal e regulatório brasileiro e realista por considerar o ambiente jurídico no qual se desenvolve.

A prestação dos serviços de interesse econômico geral se dá por meio de *agentes privados*, que recebem o devido *título habilitador* para tanto (título este que não tem, necessariamente, o caráter de instrumento de delegação). Podem os entes estatais também se incumbir da prestação desses serviços, mas normalmente o farão em regime de competição e simetria de condições com os demais agentes econômicos. O acesso à prestação de serviços de interesse econômico geral será, em regra, aberto, sendo excepcional e mais rara a limitação ao número de prestadores.⁵⁵

É justamente essa a lógica que deve orientar a resolução das disputas entre os agentes econômicos que se utilizam de inovações disruptivas e os agentes que atuam em segmentos qualificados como serviços públicos. Assim como nos serviços de interesse econômico geral europeu, os serviços públicos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro não predicam a existência de um regime jurídico-administrativo único, que encerraria a subtração dessas atividades do regime de liberdade e da livre concorrência. É que, como se extrai da leitura dos artigos 21 e 175, o Estado tem a obrigação de prestar determinadas atividades essenciais (*v.g.* portos, telecomunicações, aeroportos), mas isso não significa que essas prestações tenham de ser levadas por efeito por meio de um regime jurídico único, dotado de prerrogativas para o Estado e excluído de um regime concorrencial.

De fato, considerando que, à luz da Constituição brasileira, os princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência são orientadores da intervenção do Estado no Domínio, a livre concorrência deverá ser aplicada aos serviços públicos, exceto se, por meio de um processo de ponderação de interesses, tenha de ser restrita em face de outros princípios.⁵⁶ Tanto é verdade que o artigo 16 da Lei nº 8.987/1995 dispõe que “a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o artigo 5º desta Lei”.

Desse modo, se não bastasse a ausência de fundamentação normativa para que exista um regime jurídico-administrativo único para as atividades reguladas como serviços públicos, com as características que lhes são apontadas pela doutrina acima colacionada, fato é que a realidade subjacente ao advento das tecnologias disruptivas vem forcejando a convivência entre esses operadores e novos entrantes nesses mercados (*v.g.* Uber, WhatsApp e Netflix). E isso não pode ser desconsiderado na exegese do ordenamento jurídico, nem, tampouco, refutado pela doutrina, ao argumento que esta situação desconsidera dogmas consolidados de outrora. É dizer, não há qualquer antijuridicidade, *per se*, na instauração de um regime concorrencial

⁵⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o Conceito de Serviço Público e suas Configurações na Atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, abr./jun. 2014, p. 63-77.

⁵⁶ SHIRATO, Vitor Rhein. *A livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

assimétrico entre esses novos entrantes e os prestadores de serviços públicos (ou detentores de títulos habilitantes autorizatórios).

Na verdade, 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 essas controvérsias apareçam renovadas, elas já foram objeto de agudas discussões em setores regulados na última década. Citem-se, como exemplos, as inúmeras contendas entre os arrendatários e os autorizatórios que, ainda sob a vigência da revogada Lei de Portos (Lei nº 8.630/1993), exploravam a infraestrutura portuária.⁵⁷ A controvérsia foi também objeto da ADPF nº 46 entre a ECT e os distribuidores de encomendas na exploração do serviço postal⁵⁸ e apresentou-se, ainda, na celeuma em torno da construção do terceiro aeroporto da Região Metropolitana de São Paulo, em Caieiras, em confronto com os interesses dos atuais concessionários dos aeroportos de Viracopos e Guarulhos.⁵⁹

⁵⁷ Tal assimetria regulatória gerou aguda controvérsia, sob a vigência da Lei nº 8.630/1983, em razão da assimetria regulatória existente entre os arrendatários de terminais portuários, especialmente utilizada na movimentação de contêineres, e os terminais privativos de uso misto, os quais estavam autorizados a realizar o transporte de “carga própria” e de “carga de terceiros”. Essa conhecida controvérsia, já bem abordada por diversos juristas de nomeada, resultou no ajuizamento da Arguição de Descumprimento Fundamental – ADP nº 139. Essa ação perdeu o objeto, com o advento no Novo Marco Regulatório do Setor Portuário, em razão da assimetria regulatória ainda existente entre os arrendatários dos agora Terminais Privados. Mas o CADE teve a oportunidade de analisar essa assimetria e assim se posicionou: “Carecem de fundamento as alegações da ABRATEC de que haveria assimetrias regulatórias que ensejariam uma concorrência desleal por parte dos terminais privativos frente aos terminais públicos. Mais especificamente, (i) não existe uma obrigação de universalização e continuidade dos serviços ofertados pelos terminais públicos que pudesse gerar a prática de *cream-skimming*; (ii) não há a prática de *free riding*, visto que todos os terminais pagam as mesmas taxas quando se utilizam dos serviços comuns oferecidos pelo porto organizado; e (iii) todos os terminais são obrigados a se utilizarem do OGMO, fato este que apenas ajuda a elevar o Custo Brasil”. Ao final, concluiu o órgão regulador que as “restrições à liberdade dos agentes também acarretam ineficiências desnecessárias, visto que os preços relativos dos produtos/serviços variam com o tempo, não havendo racionalidade econômica em obrigar um determinado terminal transportar um tipo de carga havendo outro tipo que se torne mais rentável. Isso significa uma utilização sub-ótima dos recursos escassos de infraestrutura do país” (Grifos postos) (Ato de Concentração nº 08012.007452/2009-31. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos. Requerente: Odebrecht Investimentos em Infra-Estrutura Ltda. e DP World FZE. Julgamento em: 10.05.2010).

⁵⁸ Ocasão em que ficou decidido que: “A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. (...) 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. (...) 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade” (Grifos postos). (ADPF nº 46/DF, Tribunal Pleno. Relator original Ministro Marco Aurélio, redação para o acórdão Ministro Eros Grau, julgamento em: 05.08.2009, publicado em 26.02.2010).

⁵⁹ Nesse sentido, vale ressaltar que, em 07 de outubro de 2014, foi editada a Medida Provisória nº 656, a qual originalmente tratava apenas de subsídios para a aviação regional. Ocorre que, devido a alterações introduzidas na Câmara dos Deputados, a Lei nº 13.097/2015 – resultado da conversão da referida MP – passou a permitir, em seus artigos 123 e 124, a construção e exploração comercial de aeroportos pela iniciativa privada, medida que possibilitaria a construção do terceiro aeroporto da Região Metropolitana de São Paulo, em Caieiras, a 35 quilômetros da capital. Entretanto, esse acréscimo à MP afrontou os interesses dos atuais concessionários dos aeroportos de Viracopos e Guarulhos, ao argumento de concessionários se

Mas, se, por um lado, a concorrência assimétrica entre prestadores é salutar, porque reduz a renda de monopolistas e tende a aumentar a qualidade dos serviços prestados aos utentes, por outro, não poderá inviabilizar que atividades essenciais sejam prestadas pelo Estado ou subverter assimetrias regulatórias já instituídas para esse fim. Nesse quadrante, caberá à regulação garantir que, nas atividades em que a Constituição impõe uma obrigação positiva do Estado, obrigações de universalidade, modicidade tarifária, isonomia e continuidade sejam moduladas só nas franjas dessas atividades que sejam essenciais à população. Os demais segmentos poderão ter regimes jurídicos distintos, a depender das suas peculiaridades, nos quais a instituição da concorrência não só é lícita, como desejável. Assim é que a interdição à concorrência só será possível se necessária à viabilização econômica de determinada atividade. Daí a relevância da instituição de um adequado regime de concorrência assimétrico entre os referidos prestadores, tema que será objeto do próximo item.

5 A assimetria regulatória como o ponto de equilíbrio entre prestadores de serviços públicos e detentores de tecnologias disruptivas: as variáveis regulatórias

O serviço público, em sua concepção tradicional, era regulado sob a lógica de monopólios naturais, ou seja, era aquele prestado a partir de infraestruturas que não poderiam ser duplicadas em razão da inviabilidade técnica ou econômica da presença de mais de um prestador.⁶⁰ Em situações de monopólio natural, é necessário que

submeterem a um regime de serviços públicos, com todos os deveres a eles inerentes, a exemplo da realização de licitação e regulação tarifária, ao passo que os autorizatários teriam um regime mais flexível, inclusive no que diz respeito à regulação de preços, o que propiciaria uma concorrência desleal entre eles. Sensível a esse argumento, a Presidente da República vetou o dispositivo da medida provisória que possibilitara a autorização para a exploração da infraestrutura aeroportuária, nos seguintes termos: “A proposta desnatura o modelo setorial de exploração de infraestrutura aeroportuária brasileira, estabelecido com êxito nos últimos anos. Os dispositivos criariam um desarranjo regulatório no setor ao estabelecer uma assimetria concorrencial entre aeroportos concedidos e autorizados na exploração de serviço aéreo regular. Além disso, as medidas poderiam prejudicar o andamento do programa de incremento da aviação regional já em curso por meio do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC”.

⁶⁰ Sobre o conceito de monopólio natural, confira-se Ben W. F. Depoorter, do Centro de Estudos Avançados em Direito e Economia da University of Ghent, em trabalho específico sobre o tema: “*A natural monopoly exists in an industry where a single firm can produce output such as to supply the market at a lower per unit-cost than can two or more firms. The telephone industry, electricity and water supply are often cited as examples of natural monopolies. These industries face relatively high fixed cost structures. The costs necessary to produce even a small amount are high. In turn, once the initial investment has been made, the average costs decline with every unit produced. Competition in these industries is deemed socially undesirable because the existence of a large number of firms would result in needless duplication of capital equipment. The classic example might be that of two separate companies providing local water supplies, each constructing underground pipelines*” (DEPOORTER, Ben W. F. *Regulation of Natural Monopoly*. 1999, p. 498. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/5400book.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2014. Em sentido diverso, entendendo que a definição de monopólio natural não deve ser focalizada no número de *players* que atuam no mercado participando do fornecimento de um dado grupo de bens e serviços, mas sobretudo em uma análise da relação entre a demanda e a tecnologia da oferta, v. POSNER, R. *Natural Monopoly and Its Regulation*. *Stanford Law Review*,

haja apenas um prestador, já que os elevados investimentos iniciais na infraestrutura (*sunk costs*) e os baixos custos incrementais para utilização do sistema exigem que, para a sua viabilidade econômica, a atividade apresente ganho de escala, o qual não seria viável caso a infraestrutura viesse a ser duplicada.⁶¹ A lógica por trás dessa assertiva é a de que, na medida em que há elevados custos de entrada e que não há significativos custos variáveis em virtude da prestação do bem ou serviço, o aumento de utentes representa a diluição desses custos no tempo. Nesse cenário, tais serviços eram prestados diretamente por empresas estatais.

Não obstante, com o incremento tecnológico, tais atividades foram desverticalizadas com a segmentação da gestão de sua infraestrutura da prestação do serviço propriamente dita, o que possibilitou a inserção da concorrência em ambientes outrora explorados por apenas um operador, com todas as vicissitudes decorrentes de uma exploração monopolísticas. Isso porque, em situações de monopólio, “o setor é a própria firma, porque existe um único produtor que realiza toda a produção”, de forma que “a oferta da firma é a oferta do setor, e a demanda da firma é a demanda do setor”.⁶² Dessa maneira, o monopolista, muitas vezes, possui incentivos para se comportar de forma ineficiente, pois se encontra em uma situação na qual pode aumentar o custo unitário de seu produto e reduzir a oferta, auferindo lucro por unidade produzida maior do que seria possível em uma realidade competitiva.

Em mercados que se aproximam do modelo de concorrência perfeita, os preços são resultado da interação dos agentes no mercado, de forma que os produtores não conseguem cobrar preços supracompetitivos.⁶³ Por outro lado, em mercados que se aproximam do modelo de monopólio, os preços são ditados, unilateralmente, pelo fabricante, o qual, dentro de uma perspectiva racional maximizadora, termina por fixá-los em níveis superiores aos que se vislumbrariam em uma realidade competitiva, restringindo a sua oferta. Nessa situação, vislumbra-se uma perda de bem-estar total para a sociedade (o “*dead weight loss*”). Stiglitz e Walsh⁶⁴ aludem a quatro “grandes fontes de ineficiência dos monopólios e demais situações de concorrência imperfeita, quais sejam: (i) a restrição no volume produzido, (ii) a acomodação gerencial, (iii) a

v. 21, p. 518-643, 1969: “*Natural monopoly does not refer to the actual number of sellers in a market but to the relationship between demand and the technology of supply*”.

⁶¹ Se essa é uma situação desejável, porquanto se apresenta como a única para oportunizar a prestação do serviço público, por outro lado, ela confere ao prestador do serviço público o monopólio da rede de infraestrutura da qual depende de se conectar para exercer suas atividades, outros agentes privados ou mesmo públicos. Daí que, sob pena de importar em abusos concorrenciais, como os ocasionados pela barreira ao ingresso de novos entrantes em mercados que dependam dessa rede básica, ou em ineficiência para todo o sistema, tal infraestrutura, que assume o papel de *facility*, passa a demandar uma regulação específica, revelando o ponto de toque que aproxima a lógica dos monopólios naturais e a teoria das *essentials facilities*.

⁶² MONTORO FILHO, André Franco *et al. Manual de Economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 182.

⁶³ Conforme sintetizaram Stiglitz e Walsh: “O preço e a quantidade de equilíbrio em um mercado competitivo levam ao nível mais alto possível de excedente total” (STIGLITZ, Joseph; WALSH, Carl. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 169).

⁶⁴ STIGLITZ, Joseph; WALSH, Carl. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 223.

redução dos níveis ou negligência nos investimentos em pesquisa, e (iv) a busca de renda supracompetitiva”.

A contrapartida do lucro supracompetitivo do monopolista é a transferência de renda do consumidor para o produtor, assim como a redução de bem-estar social em razão da alocação ineficiente de recursos. As teorias sobre monopólios e oligopólios aludem às perdas de bem-estar ou à criação de “*peso morto*”, isto é, ao desperdício de recursos sociais que, em razão da formação ou fortalecimento de uma situação de poder de mercado, simplesmente se perdem. Considerem-se, a esse respeito, as unidades de bens que deixam de ser ofertadas no mercado pelo monopolista, gerando ineficiência não só alocativa, mas também produtiva. Por essas razões, as condutas tendentes à monopolização deverão ser combatidas em decorrência de seu efeito negativo sobre o bem-estar social. Para esse fim, devem ser preservadas e fomentadas as seguintes providências que afetam a probabilidade de exercício de poder de mercado: (i) as importações de novos produtos; (ii) a possibilidade de entrada de novos agentes no mercado; (iii) a efetiva rivalidade dentro do mercado; e (iv) outros fatores que favoreçam a coordenação de decisões.

Porém, 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 se inclui a prestação de adequados serviços à população. Entre esses dois pilares é que devem ser entendidas as restrições e condicionamentos próprios da regulação estatal. Se, por um lado, não pode haver uma interdição da concorrência (inclusive no que toca aos novos entrantes para além dos concessionários ou permissionários estatais), por outro, deve haver restrição à atuação de agentes se e quando esta colocar em risco a continuidade ou a universalidade da oferta dos serviços à população.

Caberá, pois, à regulação, como uma metodologia de equilíbrio de subsistemas jurídico-econômicos,⁶⁵ 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 por particulares. Para tanto, o regulador deverá se valer de estudos econômicos, da oitiva dos setores regulados, de aspectos consequencialistas, de análises de custo-benefício, e não meramente de ensinamentos doutrinários considerados imutáveis.

⁶⁵ Isto porque, como já teve a oportunidade de asseverar, “a regulação é uma atividade estatal pela qual o Estado usa o seu poder extroverso para intervir e modelar comportamentos privados. Porém, o faz a não a partir de comandos binários proibido-permitido, vedado-autorizado, conduta-sanção, ordem-sujeição, mas, sim, perseguindo objetivos públicos pautados no ordenamento jurídico em concertação com os atores econômicos e sociais. Sendo assim, podemos concluir a função reguladora como sendo a modalidade de intervenção estatal indireta no domínio econômico ou social destinada à busca do equilíbrio de interesses aos sistemas regulados e à satisfação de finalidades públicas, condicionada aos limites e parâmetros determinados pelo ordenamento jurídico” (KLEIN, Aline; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 512).

Tudo isso resultará na instituição de uma adequada assimetria regulatória, assim caracterizada pela distinção de atividades, aplicando-lhes uma maior ou menor dose de concorrência, de acordo com as peculiaridades de cada uma delas.⁶⁶ Nesse sentido, já se teve a oportunidade de asseverar⁶⁷ que “a maior transformação neste cenário parece ser mesmo a introdução da competição em um mesmo serviço com distintas incidências regulatórias, ou seja, com a concomitância entre prestadoras sujeitas ao regime público e ao regime privado, ainda que ambas subordinadas a restrições de acesso para a exploração da atividade específica (necessidade de prévia licença – concessão, permissão, ou autorização, conforme o caso)”.

A intensidade diferenciada de regulação em prol da abertura à concorrência tem lugar em diversos setores, como é o caso, por exemplo, do setor de energia elétrica. Neste setor, as diversas atividades desse serviço – que outrora eram prestadas sob o regime monopolístico – foram desverticalizadas nos seguintes segmentos: (i) geração, que pode ser explorada por concessionário, produtor independente (PIE) e autoprodutor (respectivamente, previstos nos artigos 4º, §5º, I, 11 e 5º, III, todos da Lei nº 9.074/1995); (ii) transmissão, atividade de condução da energia elétrica explorada por concessionários e autorizatários (artigos 17 e 14, respectivamente, da Lei nº 9.074/1995); (iii) distribuição, atividade de fornecimento de energia aos consumidores, prestada por concessionários (artigo 4º, §3º, da Lei nº 9.074/1995); e (iv) comercialização, atividade exercida por agentes econômicos comercializadores (artigo 26, II, da Lei nº 9.427/1996).⁶⁸ Do mesmo modo, no setor de telecomunicações, o Serviço de Telefonia Fixo Comutado – STFC, como visto, à luz do disposto no artigo 65 da Lei nº 9.472/1997, poderá ser prestado sob distintos regimes regulatórios, assimetria que teve a sua constitucionalidade placitada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, por maioria de votos, na decisão proferida na ADI nº 1.668/MC.

Será com base nessa técnica regulatória que deverá ser construída a assimetria regulatória entre entrantes detentores de tecnologias disruptivas e os atuais prestadores de serviços públicos e detentores de títulos autorizatários, o que, frise-se, não poderá representar o advento de regulações intrusivas, desproporcionais e violadoras do princípio da liberdade de iniciativa.⁶⁹ Daí porque concordamos com Carlos

⁶⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 434.

⁶⁷ NETO, Floriano de Azevedo Marques. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-FLORIANO-MARQUES-NETO.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2014.

⁶⁸ Nesse sentido, confirmam-se os ensinamentos de Marcos Juruena Villela Souto: “Os serviços de energia elétrica compreendem as etapas de geração, transmissão e distribuição; somente a segunda e terceira etapas, que utilizam os sistemas e redes públicas e envolvem o consumidor (usuário), é que, inicialmente, seriam consideradas serviços públicos. A comercialização é tida como atividade econômica”. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 54). Em igual sentido: TOLMASQUIN, Maurício Tiomno. *Novo Modelo do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Sinergia, 2011, p. 56.

⁶⁹ Isto porque “o regulador manejará suas competências regulatórias em excesso, quer editando norma que não observe parâmetros justificáveis de adequação e necessidade das restrições, quer atuando, em concreto,

Emmanuel Joppert Ragazzo,⁷⁰ para quem “é de vital importância regular apenas as variáveis estritamente necessárias, a fim de evitar efeitos perversos para a sociedade em benefício de poucos”. Para esse efeito (da instituição de uma adequada assimetria regulatória), deverá o regulador observar as seguintes fases, necessariamente, interdependentes: (i) estabelecer *uma finalidade*, ou seja, um fim a ser alcançado; (ii) escolher as variáveis que serão reguladas para o atingimento dessa finalidade (v.g. preço, qualidade, informação, entrada, quantidade);⁷¹ e (iii) edição de uma medida regulatória que imponha, após a ponderação dos interesses setoriais, condutas aos agentes regulados.⁷² Assim é que a assimetria regulatória entre os referidos agentes passará pela escolha da variável que será regulada em cada atividade.

A assimetria regulatória calcada na regulação da variável “preço” tem o propósito de prescrever conduta aos agentes no tocante aos preços máximos e mínimos oferecidos no mercado de determinado produto ou serviço. Cuida-se de variável adequada a corrigir distorções concorrenciais provocadas pela prática de *dumping*, pela configuração de monopólios naturais e para evitar comportamentos heurísticamente indesejados. A assimetria regulatória baseada na variável “entrada”, por sua vez, será levada a efeito pelo estabelecimento de requisitos qualitativos e quantitativos a determinar “que” ou “quantos” agentes poderão iniciar a exploração de determinada atividade a fim de evitar que haja excesso de agentes prestadores, diante da competitividade que seja fática ou economicamente suportável naquele mercado.

A assimetria regulatória instituída com base na variável “qualidade” tem por objetivo estabelecer critérios, balizamentos e padrões de exigência, dentro dos quais a atividade deve ser prestada, variável serviente a coibir a produção de externalidades negativas, tendencialmente observáveis em mercados monopolizados. A assimetria regulatória instituída pela variável “quantidade” tem por objetivo a fixação de uma quantidade máxima ou mínima de produtos ou serviços que deverá ser imposta ao agente regulado a fim de coibir hipóteses de crises de desabastecimento de mercados não competitivos. Por fim, a assimetria regulatória instituída pela variável “informação” terá por propósito impor ao agente prestador de determinada atividade a divulgação aos consumidores de informações imprescindíveis para que estes realizem uma correta avaliação da relação custo/benefício da conduta que devem adotar.⁷³ Poderá, ainda, o regulador optar pela regulação de “banimento” de uma

sem atenção à devida ponderação entre os ônus impostos ao regulado e os bônus que, potencialmente, este venha a obter com a observância das pautas regulatórias” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 1, mar. 2013, p. 69-93).

⁷⁰ JOPPERT RAGAZZO, Carlos Emmanuel. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Editora Renovar, 2011, p. 138-139.

⁷¹ VISCUSI, W. Kip. *Economics of Regulation and Antitrust*. Massachusetts: Mit Press, 2005.

⁷² FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações Regulatórias*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

⁷³ Sobre o tema, no Brasil, v. TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *A Legitimação Jurídico-Moral da Regulação Estatal à Luz de uma Premissa Liberal-Republicana: Autonomia Privada, Igualdade e Autonomia Pública*. Rio de Janeiro:

atividade, assim considerada como a interdição, por completo, de sua exploração. Essa variável somente será utilizada nos casos em que a regulação estatal de outras variáveis se apresentar inadequada ou ineficaz.

Por todas essas razões, entendemos que os conflitos entre agentes detentores de tecnologias disruptivas e os prestadores de serviços públicos passarão pela instituição de uma assimetria regulatória ótima entre esses agentes, que considere a regulação da variável regulatória estritamente necessária para evitar distorções concorrenciais. Qualquer outra interferência estatal no desenvolvimento de atividades privadas, à luz do princípio da liberdade de iniciativa, restará maculada pela pecha da inconstitucionalidade.

6 Conclusões

Diante do exposto, é possível resumir, em proposições objetivas, do geral para o particular, as conclusões deste ensaio:

- (i) a contemporânea regulação dos serviços públicos não pode mais pressupor que trate de uma atividade de titularidade estatal, prestada por meio de um regime-administrativo único, a encerrar a subtração dessas atividades do regime de liberdade e da livre concorrência para serem avocados pelo Estado;
- (ii) nesse quadrante, caberá à regulação garantir que, nas atividades em que a Constituição impõe uma obrigação positiva do Estado de prestação, sejam moduladas obrigações de universalidade, continuidade e isonomia só nas franjas essenciais dessas atividades, em que o princípio da proporcionalidade imponha essas obrigações; os demais segmentos poderão ter regimes jurídicos distintos, a depender das suas peculiaridades;
- (iii) a concorrência entre atividades é salutar, porque reduz a renda de monopolistas e tende a aumentar a qualidade dos serviços prestados; nada obstante, caso tais diferenciações regulatórias inviabilizem que a atividade essencial seja prestada e gerem distorções concorrenciais, caberá ao regulador se utilizar das possíveis variáveis preço, entrada, qualidade e informação para instituir uma adequada assimetria regulatória que impeça a deterioração dessa atividade;
- (iv) no caso do conflito *Uber x permissionário de táxi*, não se vislumbra fundamento jurídico para interditar a atividade exercida pela Uber, posto que ele não vem oferecendo riscos à subsistência dos serviços prestados pelos taxistas;

Editora Renovar, 2015. JOPPERT RAGAZZO, Carlos Emmanuel. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Editora Renovar, 2011.

- (v) no caso do conflito *Whatsapp x Teles*, entendemos que a sua resolução passará pelo estabelecimento de uma adequada assimetria regulatória entre diversos operadores, o que pode significar, inclusive, abrandamento da regulação incidente sobre o SMP, ou, de outro bordo, a regulação de uma variável que seja adequada a impedir que o WhatsApp aniquile o referido prestador, provocando impactos sistêmicos na assimetria regulatória instituída pela LGT;
- (vi) no caso do conflito “*entre Netflix e os serviços públicos de radiodifusão, os Serviços de Acesso*”, a sua resolução passará pela instituição de uma assimetria regulatória que impeça o estabelecimento de uma concorrência predatória entre esses agentes e observe o princípio da neutralidade da rede.

Abstract: This paper aims to investigate the impact of competition established between holders of disruptive technologies (Uber, WhatsApp and Netflix) and public service providers in the concept of publicatio adopted traditionally by the doctrine jusadministrativista country. Apart from this aspect, the present work aims to propose alternatives for possible imposition of regulatory asymmetry between those activities which can avoid competitive distortions.

Keywords: Disruptive innovations. Regulation. Publicatio. Public services. Legal and administrative arrangements. Competition. Asymmetry Regulatory. Regulatory variables.

Referências

ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. *Neutralidade de Rede e o Desenvolvimento: o Caso Brasileiro*. Diplo Foundation, 2007.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Uber: A Regulação de Aplicativos de Intermediação de Contrato de Transporte. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, ano 2016, n. 271, jan./abr. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 187 e 434.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia Ordenação Regulação: Transformações Políticos-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 218.

CHRISTENSEN, C. M.; RAYNOR, M. E. *Innovator's Solution: Creating and Sustaining Successful*. Boston, MA: Harvard Business School Press, 2003.

DEPOORTER, Ben W. F. *Regulation of Natural Monopoly*, 1999, p. 498. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/5400book.pdf>>.

ESTEVES, Luiz Alberto. *Rivalidade Após Entrada: O Impacto Imediato do Aplicativo Uber Sobre as Corridas de Táxi Porta-a-Porta*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Rivalidade%20ap%C3%B3s%20entrada%20-%20>>.

FREITAS, Rafael Veras de. *As Novas Tecnologias e o Direito Administrativo Global*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/as-novas-tecnologias-e-o-direito-administrativo-global->>.

_____. *Expropriações Regulatórias*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

GARCIA, Flavio Amaral Garcia. *Uber x Táxi: A Solução pela Via da Regulação*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/uber-x-taxi-a-solucao-pela-via-da-regulacao->>.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 141 ss.

HEISLER, Yoni. *The Netflix Effect: Fewer Viewers Are Opting To Sign Up For Cable In The First Place*. Disponível em: <<http://bgr.com/2015/10/08/cable-tv-vs-netflix-cord-cutting/>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law Of Competition And Its Practice*. St. Paul: West Group, 1999, p. 3.

JÈZE, Gaston. *Princípios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo II. v. 6. Tradutor Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948.

JOSSERT RAGAZZO, Carlos Emmanuel. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Editora Renovar, 2011, p. 138-139.

JUSTEN, Monica Spezia. O Serviço Público na Perspectiva do Direito Comunitário Europeu. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003, p. 137-175.

JUSTEN FILHO. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 44.

KULESZA, Juliana; BIBBLO, Ulysses de Santi. A Televisão a seu Tempo: Netflix Inova com Produção de Conteúdo para o Público Assistir como e Quando Achar Melhor, Mesmo Que Seja Tudo de Uma Vez. *Revista de Radiodifusão*, v. 7, n. 8, 2013. Disponível em: <<http://set.org.br/revistaeletronica/index.php/revistaderadiodifusao/article/view/90/97>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 228, p. 27.

_____. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-FLORIANO-MARQUES-NETO.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2014.

_____. *Ainda o Caso Uber*. Disponível em: <<http://www.manesco.com.br/site/pt/litteraDetalhe.php?id=1288>>.

_____. As Políticas de Universalização, Legalidade e Isonomia: O Caso “Telefone Social”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 14, ano 4, abr./jun. 2006.

_____. Concessões em Telecomunicações: Perspectivas para um Serviço em Extinção. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52.

_____. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 1, p. 69-93.

_____; GAROFANO, Rafael Roque. Notas Sobre o Conceito de Serviço Público e suas Configurações na Atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, abr./jun. 2014, p. 63-77.

MONTES, Wagner Silva. *Over The Top: O Consumo Audiovisual em Softwares Culturais*. Universidade de São Paulo. Pós-Graduação em Meio e Processos Audiovisuais. Disponível em: <[file:///C:/Users/FSL/Downloads/WagnerSilvaMontesVC%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/FSL/Downloads/WagnerSilvaMontesVC%20(3).pdf)>.

- MONTORO FILHO, André Franco *et al.* *Manual de economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 182.
- NOGUEIRA, M. G. S.; HALLAL, D. R. Resiliência Organizacional como Capacidade Estratégica para um Melhor Desempenho: Um Estudo em Empresas de Tecnologia da Informação da Cidade de Caçador/SC. *VI Encontro de Estudos em Estratégias –ANPAD*, Bento Gonçalves, 2013.
- POSEN. *Regulating Uber*.
- QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. O Estado Mínimo e os Serviços de Transporte Individual de Passageiros: Táxi Versus Uber – Credenciamento como Solução Consensual Viável. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 168, dez. 2015, p. 27-35.
- RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira Ramires. *Direito das Telecomunicações: A Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- RATHEE, Gaurav. *Explore WhatsApp Clock Sign, Single Tick, Double Tick*. Disponível em: <<http://digitalperiod.com/explore-whatsapp-clock-sign-and-tick/>>. Acesso em: 09 maio 2016.
- SARMENTO, Daniel. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “Caso Uber”. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, jul./set. 2015, p. 9-39.
- SCORSIM, Ericson Meister. *Direito das Comunicações*.
- SHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 58.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 54.
- STIGLITZ, Joseph; WALSH, Carl. *Introdução à Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- STÜRMER, Adriana; SILVA, Giana Pety Dutra. *Do DVD ao Online Streaming: A Origem e o Momento Atual do Netflix*.
- TOLMASQUIN, Mauricio Tiomno. *Novo Modelo do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Sinergia, 2011, p. 56.
- UBER. *Simplicity in Motion*. Disponível em: <<https://www.uber.com/ride/>>. Acesso em: 25 abr. 2016.
- VISCUSI, W. Kip. *Economics of Regulation and Antitrust*. Massachusetts: Mit Press, 2005.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016.

Recebido em: 03.10.2016

Aprovado em: 07.11.2016