

UBER, WHATSAPP, NETFLIX
QUANDO O MERCADO E A TECNOLOGIA DESAFIAM A DOCTRINA

Floriano de Azevedo Marques Neto

Professor Titular de Direito
Administrativo da USP

Rafael Vêras de Freitas

Professor de Direito Regulatório na FGV
Direito Rio

Vivemos o desafio da chamada de “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 consolidada pelas denominadas “empresas líderes”. Quando isso ocorre em setores de baixa regulação estatal, o desafio é absorvido pelas leis de mercado. Quando, porém, 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 a baixa aderência das novas tecnologias a um framework que não a tomava em consideração.

Três novos exemplos ilustram o ponto.

Há uns dois anos, chegou ao Brasil a plataforma tecnológica para smartphones denominada UBER. Trata-se de sistema de economia compartilhada, em que motoristas remuneram a utilização dessa plataforma para otimizar o seu contato com os passageiros. 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 permissionários de Táxi. Forte na reação é o argumento de que as referidas atividades seriam ilegais, pois voltadas à oferta de uma atividade considerada, na maioria das cidades, um serviço público de transporte individual de passageiros, atividade que, além de ser dependente de uma autorização municipal, deveria ser prestada em regime de monopólio público, em razão do disposto no artigo 2º da Lei nº 12.468/2012.

Os outros dois exemplos vêm do setor de telecomunicações. Em 19 de agosto de 2015, o então Ministro das Comunicações, Ricardo Berzoini, em audiência realizada na Câmara dos Deputados, se posicionou a favor das queixas das empresas de telecomunicações em face das empresas que prestam os chamados serviços *Over-the-Top (OTTs)*. São aqueles serviços que se servem de um serviço de telecom prestado por terceiros para oferecer comodidades ou utilidades. Um aplicativo de celular, por exemplo. O problema ocorre quando a tecnologia passa a dar ensejo que esta utilidade ou comodidade se confunde com o próprio serviço que lhe dá suporte. Os casos mais salientes são o Whatsapp e o Netflix. Nada obstante, os questionamentos em face desses serviços são distintos.

O Whatsapp vem sendo acusado pelas operadoras de telefonia móvel de desviar suas receitas, na medida em que os seus usuários passaram a realizar ligações de voz, idênticas àquelas que são objeto principal dos serviços das operadoras de telefonia móvel que lhes seve e suporte.

O Netflix, por sua vez, vem sendo alvo de questionamentos, por duas ordens de razão. A primeira, por sobrecarregar as redes da teles, sem fazer frente a esse custeio. A segunda, porque ameaça os serviços de radiodifusão, na qualidade de um serviço essencialmente universal e gratuito, e o serviço de acesso condicionado de conteúdo audiovisual, introduzindo um modelo “matador” de produção e disponibilização de conteúdo que inviabiliza as TVs aberta e fechada.

O que a evolução tecnológica disruptiva faz é reeditar o conflito entre serviços públicos e competição, entre monopólio e regulação, de um lado, e concorrência e mercado, de outro. Embora estas controvérsias apareçam renovadas, elas já foram objeto de agudas discussões em setores regulados na última década. Cite-se, como exemplos, as inúmeras contendas entre os arrendatários e os autorizatários que, sob a vigência da Lei de Portos (Lei nº 8.630/1993), exploravam a infraestrutura portuária. A controvérsia que foi também objeto da ADPF nº 46 entre a ECT e os distribuidores de encomendas na exploração do serviço postal. 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.

É certo que estes debates desafiam os administrativistas. Para nós, trata-se de refletir sobre a concepção tradicional de serviços públicos, sem, necessariamente, abandonar o instituto. Prevalece ainda a concepção francesa muito influenciada pela obra de Gaston Jèze. Este autor, da primeira metade do século passado, aprofundou e consolidou a tradição da chamada Escola do Serviço Público. De acordo com essa tradição doutrinária, serviços públicos serão identificados pela incidência política de um regime jurídico de direito administrativo. Sendo uma atividade considerada, pela lei ou pela Constituição, um serviço público, teríamos: (i) a interdição de sua prestação em regime de liberdade de iniciativa, só admitida a prestação pelos particulares recebedores de outorga específica do poder público; e (ii) a sujeição de todos os prestadores a um regime jurídico único, fortemente regulado e pautado por prerrogativas publicísticas (*publicatio*). Tais características vêm servindo para que ainda seja mantida a clássica dicotomia entre serviços públicos (prestados em regime de exclusividade) e atividades econômicas em sentido estrito (exploradas em regime de liberdade concorrencial, salvo em razão de restrições monopolísticas) – a qual já orientou diversos julgamentos do STF.

Contudo, essa concepção não só não é compatível com os desafios contemporâneos como não encontra respaldo na Constituição. No texto da CF 88, nada há que autorize essa apartação absoluta de regimes jurídicos, ou que autorize automática e obrigatoriamente a interdição à concorrência nos segmentos onde houver dever de prestar um serviço público. Tanto é assim que, na década de noventa, em vários serviços públicos, se introduziu a concorrência assimétrica entre agentes econômicos (v.g telecomunicações e energia elétrica). E até hoje o STF não inquiriu por inconstitucional nenhum destes marcos regulatórios. À medida que a nossa Constituição acolheu a liberdade de iniciativa e a livre concorrência como princípios diretores da ordem econômica, todas as restrições à prestação de serviços em regime de concorrência deverão ser excepcionais e justificadas. Regulação é necessária e em alguns casos pode justificar até a prestação exclusiva pelo Estado ou de seu delegatário. Contudo, a concorrência também é benéfica. Produz externalidades positivas, tais como a redução da renda dos preços cobrados do cidadão e o incremento da qualidade dos produtos. Se não bastassem esses argumentos jurídicos, os fatos vêm corroborando esse entendimento. A evolução tecnológica resulta na inevitável construção de um ambiente concorrencial na prestação dos serviços públicos, seja pelo já citado fenômeno da

Inovação Disruptiva, seja porque esses serviços não indicam mais características de monopólio natural para sua prestação.

A concorrência também não deve ser absoluta. Ela não é um fim em si, mas um instrumento para o atendimento de outros valores constitucionais, dentre os quais o da prestação de adequados serviços à população. De outro lado a prestação dos serviços públicos não deve ser entendida como uma prerrogativa estatal, mas como um direito subjetivo do cidadão. O Estado tem, portanto, o dever de assegurar a oferta regular, universal e de qualidade dos serviços públicos.

Entre estes dois pilares é que devem ser entendidas as restrições e condicionamentos próprios da regulação estatal. Da mesma maneira como não pode haver uma interdição da concorrência (inclusive com novos entrantes para além dos concessionários ou permissionários estatais), pode e deve haver restrição à atuação de agentes se e quando esta colocar em risco a continuidade ou a universalidade da oferta dos serviços públicos.

Esse entendimento já vem tendo lugar, por exemplo, com o advento do conceito de Serviço Econômico de Interesse Geral, plasmado nos artigos 16 e 86, §2º, do Tratado de Constituição da Comunidade Europeia e nas decisões do Tribunal Europeu. Digno de nota é o famoso caso *Corbeau*¹, que teve por objeto a análise da prestação, em regime de monopólio, do serviço postal Belga. Na ocasião, o Tribunal admitiu a derrogação da concorrência, apenas e no quanto necessário para o atendimento do interesse público atrelado ao serviço. De tal sorte que a exclusividade não pode se estender às atividades que não sejam imprescindíveis à sua universalização. O fomento à concorrência também vem sendo a vertente utilizada pela Federal Communications Comissions – FCC, agência reguladora de telecomunicações norte-americana, para decidir questões envolvendo regimes concorrenciais assimétricos, a exemplo do que foi decidido no caso *Pulver*². Tratou-se de debate acerca da possibilidade de usuários de banda larga realizarem chamadas de voz entre si, diretamente e sem custo. Ao apreciar a questão, aquela entidade reguladora decidiu que os serviços via internet prometem significativos

¹ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61991CJ0320>
Acessado em: 16/01/2015,

² V. https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-04-27A1.pdf. Acessado: em 16/01/2016.

benefícios, seja pela redução de preços, seja porque encoraja os consumidores a se conectarem em banda larga.

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

A doutrina é fundamental para a evolução do Direito. Cabe a ela interpretar o que está posto e predicar o porvir. Contudo, nós, administrativistas, somos muita vez conservadores. Resistimos a rever nossos conceitos e paradigmas diante dos fatos sociais. Temos que fugir à tentação de tentar preservar a todo custo nossas concepções. Não podemos negar a realidade, como que condenando-a ao ilícito, por contrariar (*rectius*, negar) as suas doutrinas consolidadas. Não podemos pretender que os fatos se adaptem às nossas visões do direito. Na corrida entre os fatos e o direito, esse último terá sempre o segundo lugar assegurado. Se não percebermos os câmbios trazidos pela tecnologia e pela dinâmica do mercado, dando soluções sem nos curvar a eles, a inovação disruptiva não nos poupará.