

Regulação estatal e novas tecnologias

Sérgio Guerra

Pós-Doutor em Administração Pública. Doutor e Mestre em Direito. Professor Titular de Direito Administrativo. Vice-Diretor de Ensino, Pesquisa e Pós-Graduação e Coordenador do Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Diretor Executivo da Revista de Direito Administrativo – RDA. Coordenador-Geral do Curso Internacional Business Law da University of California – Irvine. Embaixador da Yale University, no Brasil, onde foi Visiting Researcher na Yale Law School (2014). Árbitro da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem e da Câmara de Arbitragem da Federação da Indústria do Paraná. Consultor jurídico da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ. O texto representa a palestra apresentada pelo autor no Seminário de Integração do PPGD/PUCPR, em março de 2016, Curitiba, Estado do Paraná.

Resumo: De acordo com a Constituição brasileira de 1988 o Estado deve exercer função normativa e reguladora, promovendo a fiscalização, o fomento e o planejamento das atividades econômicas. Diante desse preceito constitucional, surgem algumas questões e dúvidas acerca do que é regulação estatal e o que representa enquadrar o Brasil sob o rótulo de Estado Regulador. Um dos desafios é compreender a função de regulação estatal em cotejo com as vetustas categorias de direito administrativo e as novas tecnologias.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Regulação. Novas tecnologias.

Sumário: Introdução – 1 Teorias da regulação – 2 Intensidade da regulação estatal – 3 Assimetria regulatória – Conclusão – Referências

Introdução

Se, de um lado, a Constituição Federal assegurou a livre iniciativa como um dos pilares da atuação nas atividades econômicas, de outro, o texto constitucional valorizou, como eixo principal, a dignidade da pessoa humana e outros princípios a serem observados e sopesados no caso concreto.

Para a atuação executiva estatal, sob esse novo enfoque, destaque-se a função regulatória, disposta no artigo 174 da Constituição Federal de 1988: como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Essa previsão constitucional foi edificada sob a ideia de que as modernas formas de administração do interesse público – em evolução para não mais ser encarado como poder supremo – devem ordenar e implementar políticas estratégicas para suas respectivas sociedades de forma sistêmica; isto é, tanto no sistema social como no campo científico e tecnológico, ambos umbilicalmente atados ao sistema econômico.

Nesse cenário o Estado vê-se compelido a adotar, ponderadamente, práticas de gestão modernas e eficazes, sem priorizar o aspecto econômico nem,

tampouco, perder de vista sua função eminentemente voltada ao interesse público, direcionada ao bem de cada um dos cidadãos.

A busca de uma gestão moderna e eficiente no contexto político-econômico-social vem gerando novas competências e estratégias para o exercício das escolhas administrativas, com vistas à perfeita conformação dessas mudanças e desses acoplamentos ao contexto jurídico-constitucional brasileiro.

Em síntese, a Constituição Brasileira de 1988 dispõe que o Estado se estrutura numa democracia, tendo por objetivo garantir a dignidade e o bem-estar dos cidadãos, valorizando o trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político. Ademais, na sua função normativa e reguladora, o Estado deve atuar de forma a promover a fiscalização, o fomento e o planejamento das atividades econômicas.

Diante desse preceito constitucional, surgem algumas questões e dúvidas acerca do que é regulação estatal e o que representa enquadrar o Brasil sob o rótulo de Estado Regulador. Um dos desafios é compreender a função de regulação estatal em cotejo com as vetustas categorias de direito administrativo e as novas tecnologias.

1 Teorias da regulação

Segundo Eric Windholz e Graeme A. Hodge,¹ diversas teorias tentam explicar o conceito de regulação. Citando Majone,² lecionam que os governos de diversos países ocidentais passaram por mudanças fundamentais, deslocando-se de um Estado Intervencionista (positivo) para um Estado Regulador em que os serviços públicos são delegados ao setor privado sob determinadas regras regulatórias e contratuais.

Os autores australianos também fazem menção à doutrina de Braithwaite, Coglianese e Levi-Faur,³ cujo foco na “governança regulatória” e crescente confiança no mercado como um veículo, tanto para maximização de riquezas individuais quanto para o provimento de serviços públicos, está no aumento da função de regulação mudando o antigo sentido de desenvolver e aplicar regras (categorias de direito administrativo) ou gerenciar os riscos para conduzir comportamentos. Comentam que Cass Sunstein⁴ atrela o tema da regulação à ampliação da sensação dos indivíduos quanto a seus direitos, a serem suportados

¹ WINDHOLZ, Eric; HODGE Graeme A. Conceptualising Social and Economic Regulation: Implications for Modern Regulators and Regulatory Activity” *Monash University Law Review*, v. 38, n. 2, 2012.

² MAJONE, Giandomenico. The rise of the regulatory state in Europe. (1994) 17(3) *West European Politics* 77 e MAJONE, Giandomenico. From the positive state to the regulatory state: causes and consequences of changes in modes of governance. (1997) 17(2) *Journal of Public Policy* 139, com tradução para o português em MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

³ BRAITHWAITE, John; COGLIANESE, Cary; LEVI-FAUR, David. Can regulation and governance make a difference? (2007) 1(1) *Regulation & Governance* 1.

⁴ SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state* (Harvard University Press, 1990).

pelo governo (emprego, educação, alimentação, moradia, tratamento médico adequado e segurança).

A teoria da “sociedade do risco” também, segundo os citados autores, vem sendo a justificativa para o crescimento da regulação. A sociedade contemporânea recebe de alguns autores (em que foi pioneiro o sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986) essa denominação edificada após os efeitos simbolicamente representados pela queda do muro de Berlim, em 1989.⁵

A sociedade de riscos tem os traços conformados pela ambivalência, insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade.⁶ O conceito de sociedade de riscos como nova categoria da sociedade atual designa um estágio ou superação da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial. Isso levanta a questão da autolimitação daquele desenvolvimento, assim como da tarefa de redeterminar os padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano e distribuição das consequências do dano atingidos até aquele momento, levando em conta as ameaças potenciais.⁷

Na sociedade atual, surge um “conflito fundamental”,⁸ que promete tornar-se característico da sociedade de risco. Os progressos decorrentes da industrialização – desenvolvidos até o século XIX – levavam o homem a pensar que suas ações conduziram à segurança total, isto é, com suas técnicas o homem buscava lograr o fim dos riscos e catástrofes naturais. Contudo, o avanço tecnológico – que gerou um “risco fabricado”,⁹ “fruto da decisão humana”¹⁰ – ocorrido durante o século passado levou o homem a sofrer os efeitos de sua própria ação.

Por isso, segundo os autores que defendem essa teoria para justificar a regulação estatal, não se encontra na pós-modernidade a “utilidade para a ‘certeza’ e ‘segurança’”.¹¹ Nada pode ser conhecido com segurança e qualquer coisa que seja conhecida pode ser conhecida de um modo diferente. “Apostar, agora, é a regra onde a certeza, outrora, era procurada, ao mesmo tempo em que arriscar-se toma o lugar da teimosa pela busca de objetivos”.¹²

Ulrick Beck afirma que a modernização reflexiva significa a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era, que correspondeu à da sociedade industrial e enfatiza que o “sujeito” dessa destruição criativa não é

⁵ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, Capítulo IV – SEGURANÇA JURÍDICA NA REGULAÇÃO ESTATAL DE ATIVIDADES ECONÔMICAS.

⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional...*, op. cit., p. 177.

⁷ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política...*, op. cit., p. 17.

⁸ *Id. Ibid.*, p. 23.

⁹ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole...*, op. cit., p. 24.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996. p. 31-32.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência...*, op. cit., p. 113. Como dito, para Bauman, cada resolução de problema gera novo problema. *Id. Ibid.*, p. 227.

¹² *Id. O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 36 (título original: *Posmodernity and its discontents*).

a revolução em si, tampouco a crise, mas sim, a vitória da modernização ocidental.¹³ Enfatiza que a sociedade moderna, em virtude de seu dinamismo, está acabando com suas formações de classe, camadas sociais, ocupação, papéis dos sexos, família nuclear, agricultura, setores empresariais e com os pré-requisitos e formas contínuas do progresso técnico-econômico, fazendo com que esse estágio de transformação e progresso se apresente como um tipo de modernização que destrói e que modifica as diversas formas sociais.¹⁴

A modernização reflexiva, continua o autor,¹⁵ implica numa grande transformação da sociedade industrial, ocorrida de maneira sub-reptícia e sem planejamento no início de uma modernização normal, autônoma e com uma ordem política e econômica inalterada, fazendo com que sejam abertos novos caminhos para a modernidade. O indivíduo que conceba a modernização como um processo de inovação autônoma deve contar, de um lado, com a obsolescência da sociedade industrial e de outro, com a emergência da sociedade de risco.

Beck¹⁶ informa que na sociedade de risco o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a *autorreflexão* em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da racionalidade. Giddens,¹⁷ outro autor que pesquisa o tema, do ponto de vista reflexivo, fala em “monitoramento” das atividades sociais sujeitas à revisão decorrente de “novas informações” e “novos conhecimentos”. Tudo isso, na visão de Lash,¹⁸ aponta uma nova mudança para a dialética do esclarecimento.

Na sequência das teorias sobre regulação abordadas por Eric Windholz e Graeme A. Hodge,¹⁹ há quem sustente que o crescimento da regulação vem da queda da confiança pública nas instituições políticas, econômicas e sociais, destacando-se Jacint Jordana e David Levi-Faur²⁰ enquanto outros, segundo os autores, defendem que o crescimento da regulação não é o produto de atitudes ou preferências individuais, mas o resultado do paternalismo no qual especialistas (a “elite”), sob o argumento de que sabem mais, imponham suas escolhas sobre as dos demais indivíduos.

¹³ *Idem*, p. 12

¹⁴ *Ib. Idem*.

¹⁵ *Ib. idem*, p. 13

¹⁶ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política...*, op. cit., p. 19. Acompanhando esse pensamento, ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, v. II, op. cit., p. 176.

¹⁷ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade...*, op. cit., p. 54.

¹⁸ LASH, Scott. *A reflexividade e seus duplos...*, op. cit., p. 138.

¹⁹ Conceptualising Social and Economic Regulation: Implications for Modern Regulators and Regulatory Activity” *Monash University Law Review*, v. 38, n. 2, 2012.

²⁰ JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. The politics of regulation in the age of governance. In: JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David (Ed.). *The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance* (Edward Elgar, 2004) 1, 12-15 (*The politics of regulation*); MORAN, Michael. The Frank Stacey Memorial Lecture: from command state to regulatory state? (2000) 15(4) *Public Policy and Administration* 1, 10; GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. Organizational trust and the limits of management-based regulation (2009) 43 *Law & Society Review* 865, 870-1.

De fato, o desenvolvimento e a sofisticação do conhecimento humano trazem uma especialização dos ramos jurídicos sem precedentes. Isso se revela na edição de legislações cada vez mais herméticas para a compreensão e operação das quais não bastam sólidos conhecimentos jurídicos, fazendo necessário a eles acoplar conhecimentos técnicos do setor específico normatizado. Tal especialização vai implicar não apenas uma segmentação dos instrumentos legais como vai construir diversos subsistemas.²¹

Nesse vezo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tecer comentários acerca das modalidades de atuação do Estado, com vistas a assegurar o império dos princípios e normas constitucionalmente adotadas para tornar efetivo o ordenamento econômico, destaca a relevância da implantação efetiva da função reguladora, impondo um regime especial para certos bens de importância para o desenvolvimento, para a segurança, ou para o equilíbrio social de determinadas regiões.²²

A função reguladora representa a busca por equilíbrio e regularidade no funcionamento de um subsistema, mediante regras, em sua maioria, elaboradas com alto grau de tecnicidade e complexidade, regras que devem ser observadas em determinadas situações (atividade econômica ou serviço público), ainda que de forma assimétrica, visando afetar minimamente direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Somando-se os aspectos antes destacados ao postulado da eficiência, a função de regulação estatal tem, como fundamento jurídico, alcançar a maior satisfação do interesse público substantivo com o menor sacrifício possível de outros interesses constitucionalmente protegidos e, secundariamente, com o menor dispêndio de recursos públicos.²³

Para alcançar seus objetivos, a função de regulação deve perseguir o equilíbrio sistêmico dos setores regulados, e, para tanto, deve se valer de uma visão prospectiva, de modo a se afastar das decisões de momento e sem sustentabilidade. A base de suas escolhas deve ser a preponderância técnica (não política), de modo a reduzir-se a pura discricionariedade (oportunidade e conveniência).

A função de regulação deve se caracterizar como sendo uma função de Estado e não de governo.²⁴ Aquela preocupada com os efeitos sistêmicos e, portanto prospectivos; esta preocupada com as urnas.²⁵

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação estatal...*, p. 80.

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 475.

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório...*, p. 93.

²⁴ "Ser ministro de Estado e secretário de Estado não deixa de ser em alguma medida uma atuação político-partidária. Em alguma medida, o papel de um ministro de Estado, além de sua subordinação à vontade do presidente da República, é fazer valer o programa de governo do partido, seja da administração, que tem uma dimensão essencialmente política. [...] Quem exerce função de Estado, como é o caso do membro do Ministério Público, não deve poder exercer função de governo. Função de Estado exige distanciamento crítico e imparcialidade. Função de governo exige lealdade e engajamento" (Min. Luís Roberto Barroso, em seu voto proferido na ADPF 388 – 09/03/2016).

²⁵ Funções de Estado podem ser indicadas como sendo aquelas dispostas na Constituição e nas leis, as quais devem necessariamente ser observadas e executadas pela Administração Pública, independentemente de

A regulação, nos moldes estruturados na origem pelo sistema norte-americano pode ser definida como um conjunto de “técnicas administrativas consubstanciadas em normas destinadas à organização do sistema econômico ou que geram efeitos sobre o sistema econômico”.²⁶ Entre nós, a função de regulação fundamenta-se na atuação do Estado sobre decisões e atuações empresariais, com fundamentos técnicos e científicos, que visem atender ao interesse público substantivo sem, contudo, deixar de sopesar os efeitos dessas decisões no subsistema regulado com os interesses de segmentos da sociedade e, até mesmo, com o interesse individual no caso concreto. Trata-se de espécie de intervenção estatal, porém indireta, que alcança atividades econômicas e sociais. Ela visa, basicamente, a implementação de políticas públicas e realização dos direitos sociais.²⁷

2 Intensidade da regulação estatal

Examinadas as teorias, passa-se a verificar a intensidade da regulação. Associa-se a função de regulação à própria política econômica como característica de certo modelo em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial; este intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade,²⁸ contudo, valendo-se de outros mecanismos.

A função regulatória deve conter os excessos perpetrados pelos agentes que detêm o poder econômico privado, de acordo com valores e princípios garantidos pela força normativa da Constituição Federal. Com o aparecimento de novos operadores privados na execução de serviços públicos e atividades econômicas voltadas à infraestrutura, entendeu-se que deveria haver separação das funções de regulação e as funções de participação pública na própria atividade regulada.

quem seja o partido ou governante na chefia do Poder Executivo. De outro lado, as funções de governo consistem nas prioridades concretas do governante democraticamente eleito para a implementação durante o seu governo e dizem respeito à orientação política e governamental que se pretende imprimir a um setor, sempre e em qualquer caso submetidas às políticas de Estado (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 84 et seq.). O autor assinala que as políticas de governo são os objetivos concretos que a determinado governante eleito pretende ver impostos a um dado setor da vida econômica ou social e, assim, dizem respeito à orientação política e governamental que se pretende imprimir a um setor (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação estatal...*, p. 80).

²⁶ MATTOS, Paulo. *O novo estado regulador no Brasil*. São Paulo: Singular, 2006, p. 33.

²⁷ A regulação se refere a um específico conjunto de regras destinado a realizar certos objetivos e a ser aplicado por uma instituição desenhada para atingir esses propósitos; a todas as ações estatais desenhadas para influenciar o comportamento social ou negocial; ou a todos os mecanismos que afetam comportamentos, independentemente de terem ou não origem estatal (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. 2nd. Ed. Oxford: OUP, 2012, pp. 2-3).

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*, p. 23. Calixto Salomão Filho anota que “a acepção que se pretende atribuir ao termo ‘regulação’, a fim de estudar as concepções a seu respeito que têm influenciado o sistema brasileiro, é bastante e propositadamente ampla. Engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, p. 15).

Marcos Juruena Villela Souto²⁹ leciona que um processo de regulação implica, tipicamente, várias fases em que se destacam a formulação das orientações da regulação, a definição e operacionalização das regras, a implementação e aplicação das regras, o controle da aplicação das regras, o sancionamento dos transgressores e a decisão nos recursos.

A função de regulação, como dito, busca conformar a garantia de equilíbrio de um subsistema por meio de mecanismos que garantam sua efetividade com vistas ao ajuste das oscilações econômicas, sempre protegendo-se os direitos fundamentais. A questão que desponta para investigação é saber a intensidade e o nível de regulação estatal que deve incidir sobre a atividade econômica exercida pelo particular em subsistemas complexos com pluralidade de formas e regimes de execução das atividades reguladas.

Para examinar essa questão é assinalável que há pelo menos três concepções quanto à intensidade e amplitude do conceito de intervenção indireta, aqui denominada de função de regulação. Sob determinados graus (amplo ou forte, médio e menos intenso ou fraco),³⁰ a função regulatória, como espécie de intervenção estatal (indireta), manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos – o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado – como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis – medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.³¹

A primeira configuração e nível de intensidade da regulação alcançaria toda forma de intervenção na economia, independentemente dos instrumentos e fins, denominada de intervenção ampla ou forte. Uma intervenção menos abrangente corresponderia àquela aplicada na economia mediante condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica. Seria a regulação de média intensidade. Por fim, sob uma modelagem restritiva, somente haveria o condicionamento normativo da atividade econômica privada.³²

A regulação estatal deve variar de acordo com a atividade a sofrer intervenção estatal indireta. Nos casos em que a regulação incidir sobre a prestação de serviços públicos, a que se refere o art. 175 da Constituição Federal, sob um regime jurídico diferenciado (tarifa, bens, intervenção, caducidade, etc.), a regulação deverá ser forte, intensa. Tem-se como exemplo os serviços públicos de

²⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*, 4. ed., p. 441.

³⁰ Sobre níveis de intensidade de regulação, ver MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*, p. 3-7.

³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços públicos...*, p. 23.

³² Miguel Ángel Sendín García sistematiza o tema por meio de medidas estruturais e medidas de conduta. O autor comenta modelos de regulação com arrimo na classificação organizada por Braconnier: *sunshine regulation*, *autorregulación*, *light-handed regulation*, *regulación sectorial independiente* e o modelo de regulação norte-americano (SENDÍN GARCÍA, Miguel. *Regulación y servicios públicos*, p. 8 et seq.).

telecomunicações, energia elétrica, distribuição de gás canalizado, transporte, radiodifusão sonora e imagem etc.

Caso a regulação incida sobre atividade econômica, isto é, de titularidade exclusiva do particular nos termos do art. 170 da Constituição Federal, a regulação deve ser aplicada de forma mínima (fraca). É o caso, por exemplo, da regulação do exercício de atividades da indústria do tabaco – Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, Lei nº 9.294 de 15 de julho de 1996 e Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, basicamente incidindo sobre os locais de venda do produto, rótulos e embalagens.

Por fim, caso a regulação incida sobre atividade que não seja de titularidade estatal, mas possa impactar serviços de utilidade pública prestados à sociedade, de modo que tenham que ser permanentemente adaptados, o nível de regulação deve ser médio (art. 174 da Constituição Federal). A regulação nesse nível e intensidade sobre certas atividades econômicas pode ser representada na telefonia celular, saúde suplementar, TV a cabo, determinadas atividades portuárias, etc.

3 Assimetria regulatória

É assinalável que, no Brasil, as categorias, institutos e ferramentas de regulação estatal ainda não se consolidaram e, mesmo nesse cenário, já despontam novos desafios para o direito administrativo provenientes das inovações tecnológicas. Questões técnicas e científicas surgem a cada dia, em vista da alta complexidade que permeia as relações do século XXI. Por conta disso, não são “descobertas” a tempo e contento pelo legislador primário, ainda que de forma aberta, com conceitos indeterminados, para preenchimento por meio da escolha da autoridade administrativa no caso concreto.

É preciso, portanto, buscar-se a compatibilização dessas novas tecnologias com categorias de direito administrativo,³³ de modo a que o país tenha instrumentos jurídicos legítimos de conformação dos interesses daqueles que exploram atividades econômicas com as necessidades da sociedade.³⁴

³³ Diante do inevitável processo de evolução tecnológica, o legislador vê-se obrigado, cada vez mais, a deixar amplas margens de discricionariedade nas mãos do Administrador. O déficit de informação do Parlamento, em termos comparativos com o governo, tanto mais grave quanto cada questão, envolve crescente tecnicidade e uma pluralidade de interesses contraditórios e reforça a diminuição da capacidade parlamentar, fazendo-o surgir como um órgão destituído de elementos que habilitem uma intervenção decisória conveniente e oportuna, além de revelar sua própria dependência institucional de quem lhe forneça essa informação (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à jurisdição*, p. 108).

³⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, p. 46-63. A realidade econômica e tecnológica não pode ser explicitada completamente em normas; dependem, basicamente, da realidade social e econômica do momento. Devem ser levadas em consideração tanto as razões passadas quanto os efeitos prospectivos: “O dinamismo e a mobilidade social fazem deste ramo do Direito [econômico] gênese dos fatos aos quais estes objetivos se prendem e oferecem razões que o diferenciam dos demais. Quando se vai cuidar das razões que levaram cada objetivo definido em um Plano Econômico a ser nele incluído,

Uma dessas questões toca a denominada “assimetria regulatória” que estará presente nos casos em que seja estabelecida uma competição em determinadas atividades que sejam reguladas pelo Estado sob diferentes graus de intervenção (forte, média ou fraca). Isto é, os regulados estarão participando do mesmo subsistema regulado (a mesma atividade, como, por exemplo, telecomunicações), porém submetidos à regulação assimétrica, desigual (concessão de telefonia fixa e autorização de telefonia fixa).

Nesse contexto, em uma mesma atividade (por exemplo, o serviço público de infraestrutura aeroportuária), um agente regulado atuará por meio de delegação de serviço público por “concessão” e outro regulado poderá exercer atividade econômica, de titularidade privada, sob “autorização”. No primeiro caso, haverá, na regulação, a observância do regime jurídico de direito público, inerente aos contratos que envolvem a delegação de um serviço público disciplinado no art. 175 do texto constitucional. No segundo caso, a atuação de particular, pelo regime da livre iniciativa, alcançará exploração de atividade econômica de interesse público, sujeita à regulação (arts. 170 e 174 da Constituição Federal).

Em casos como estes, quando a concessionária de serviço público e a autorizatória de atividade econômica compitam entre si, no mesmo subsistema regulado, deverá haver intervenção por assimetria regulatória, justificando-se níveis diferenciados na intensidade de intervenção.

É, por exemplo, o que vem ocorrendo no setor de telecomunicações regulado pela ANATEL. Nos termos da normativa de regência, de um lado, as relações econômicas no setor de telecomunicações devem observar os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público. De outro lado, quando prestados no regime de direito privado, os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras.

Essa classificação dos serviços de telecomunicações em públicos e privados conduz naturalmente à assimetria regulatória. A dicotomia público/privado já não é suficiente para a regulação desse importante subsistema, pelo surgimento de um complexo relacionamento entre as operadoras de telecomunicações

e se chega depois a transformar em lei o próprio Plano, depara-se com toda uma visão global da vida econômica e se pretende substituí-la por uma outra realidade, outra visão global. A lei do Plano seguida das demais leis e instrumentos legislativos que a complementam serão encarregadas dessa transformação da realidade. Simplificar a explicação, dizendo apenas que em todos estes casos as fontes do Direito são estes instrumentos legais, não pode satisfazer ao raciocínio jurídico, pois há razões anteriores que os geraram e que se mergulham na realidade da vida social. Esta realidade é conhecida a partir da observação direta e por meio de instrumentos diferentes dos jurídicos como a observação, a análise econômica e outros” (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*, p. 112-113).

e as empresas de serviço de valor adicionado conhecidas como *Over The Top* (*WhatsApp, Facebook, Google, etc.*).

Nesse caso o Poder Público deverá atuar para propiciar a concorrência, corrigindo os efeitos da competição imperfeita e a repressão às infrações da ordem econômica e a ANATEL terá que adotar assimetria regulatória de modo a equilibrar o mercado de telecomunicações para competir em igualdade de condições com os serviços OTTs.

Outra situação que merece destaque é o conflito de interesses entre o serviço de táxi e o Uber. O Uber é um serviço estruturado sob uma plataforma tecnológica, utilizado via *smartphones* (APP). Todas as transações financeiras são *online*. São motoristas privados que prestam um serviço diferenciado àqueles que optam por deslocar-se na cidade de forma alternativa.

O uberista, salvo algumas normas do Rio de Janeiro e de São Paulo, ainda não sofre regulação estatal nacional. Sua qualidade é controlada apenas pelos usuários, sob a ótica colaborativa. Os preços das corridas variam, dependendo do veículo utilizado (UberBERLINE, UberX e UberPOP) ou da disponibilidade da frota no momento do chamado.

Pela lei atual de mobilidade urbana, alterada para permitir a hereditarieidade do táxi, confirmou-se o transporte individual como atividade econômica. E o Uber permaneceu diferenciado em relação ao sistema prestado pelo táxi. Os veículos vinculados ao aplicativo não são operados por um taxista. A atividade de taxista, como profissão, está disciplinada na Lei nº 12.468/2011. Limitava-se ao antigo serviço público de transporte individual. Que, pela lei, não mais existe.

Os motoristas privados, que utilizam a tecnologia do Uber, exercem atividade privada. Como exercem, agora, os taxistas, estes sob regulação municipal de média intensidade.

Até o momento, a atividade dos uberistas não foi disciplinada por lei. Pode vir a ser e, se vier, a intervenção legislativa será declarada constitucional ou não em cotejo com os princípios constitucionais. Notadamente a livre iniciativa (art. 170, CF/88), a defesa da concorrência (art. 173, IV, CF/88) e a inovação (art. 219, parágrafo único, CF/88).

Por fim, registre a evolução tecnológica na radiodifusão sonora e de imagem. Os serviços de radiodifusão, compreendendo a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão), a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral, constituem serviço de interesse público. Posteriormente, surgiram as televisões a cabo e, mais recentemente, os sistemas de *streaming* (Ex.: Netflix).³⁵

Enquanto a TV aberta e a TV a cabo sofrem forte e média regulação pela ANATEL e ANCINE, a Netflix não se submete a qualquer regulação estatal. Não recolhe impostos nem taxas regulatórias da Condecine, devida sobre cada título

³⁵ A Netflix é um provedor de filmes e séries de televisão. Utiliza o sistema de *streaming* para assinantes. Surgiu em 1997 nos Estados Unidos.

de seu catálogo. Ademais, está isenta de exibir um tempo mínimo de sua “programação” com conteúdo nacional, conforme determina a lei.

Diante disso, há estudos visando regular o serviço de *streaming* haja vista os possíveis impactos dessas novas tecnologias nos demais serviços regulados.

Conclusão

A compreensão do Estado brasileiro como aspecto nuclear na organização da sociedade contemporânea comete a uma dinâmica peculiar que submete o direito administrativo a um novo papel, a uma transformação. A regulação estatal de atividades econômicas e serviços públicos, neste contexto, afeta ao direito administrativo econômico deve se materializar em função essencial na prevenção e composição das antinomias decorrentes da ambivalência e das aporias surgidas com a tecnicidade e a complexidade das relações sociais.

A função de regulação remete o intérprete do direito a um tipo de função dotada de riqueza e dinamismo sensivelmente maior do que o simples disciplinamento legalitário ou a mera regulamentação (executiva ou autônoma). A adequação da ação regulatória a determinadas circunstâncias presentes na sociedade de riscos, que se apresentam no cotidiano, exige determinados graus de aplicação para sua correta apreciação e decisão, gerando assimetria regulatória.

Nas sociedades modernas de risco o investimento nas diversas alternativas de produção passa a ser por si mesmo estimulado, o consumo gera um interesse por si próprio, as sociedades capitalistas não se impõem mais limites externos, gerando decisões políticas e éticas a partir de simulações, que calculam riscos toleráveis de consumo. O indivíduo, ao mesmo tempo em que é incessantemente provocado a consumir é, também, alertado para os perigos provenientes dos excessos que a sua busca por prazer pode lhe trazer no futuro. As decisões, por estarem sob o constante alerta dos riscos, não podem, quando tomadas no presente, eliminar possíveis escolhas no futuro.

Conclui-se que a demanda digital renova modelos tradicionais de prestação de serviços públicos e exercício de atividades econômicas, trazendo certa dificuldade para a atuação do Estado frente aos novos desafios (tecnologias, tecnicidade e inovação). Isso leva à necessidade de uma regulação assimétrica frente novos serviços “concorrentes” com a perda de espaço para os serviços públicos clássicos (Uber etc.), fato esse, caso não equacionado, gerará desestímulo para as parcerias público-privadas. Por isso a importância da evolução do direito administrativo e da regulação, de modo que acople novas funções, categorias e instrumentos de ação estatal.

State regulation and new technologies

Abstract: According to the Brazilian Constitution of 1988, the State must exercise a rulemaking and regulatory function by supervision,

incentive and economic activities planning. Faced with this constitutional framework, some questions and doubts arise about what is Regulation and Administrative State. One of the challenges is to understand the role of state regulation in comparison with the old categories of administrative law and the new technologies.

Keywords: Administrative Law. Regulation. New technologies.

Referências

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. Theory, Strategy, and Practice. 2nd. Ed. Oxford: OUP, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1988.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.

BRAITHWAITE, John; COGLIANESE, Cary; LEVI-FAUR, David. Can regulation and governance make a difference? (2007) 1(1) *Regulation & Governance* 1.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 84, p. 46-63.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Reflexiones sobre el valor jurídico de la doctrina de la subsidiariedad en el derecho administrativo español. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Ed. UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado). In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *Direito da regulação*. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 9, 2002.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. Organizational trust and the limits of management-based regulation (2009) 43 *Law & Society Review* 865, 870-1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El derecho administrativo en la sociedad de la información (reflexiones sobre el impacto de las telecomunicaciones y la informática). In: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coord.). *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David. The politics of regulation in the age of governance. In: JORDANA, Jacint; LEVI-FAUR, David (Ed.). *The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance* (Edward Elgar, 2004).

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LASH, Scott. A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Ed. Unesp, 1997.

LEVI-FAUR, David. *The odyssey of the regulatory state: episode one: the rescue of the welfare state*. (Working Paper N. 39, Jerusalem Papers in Regulation & Governance, Nov. 2011) 26.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996.

MABBETT, Deborah. The regulatory rescue of the welfare state. In: LEVI-FAUR, David (Ed.). *Handbook on the politics of regulation* (Edward Elgar, 2011) 215.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica. *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. 2. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.

MAJONE, Giandomenico. The rise of the regulatory state in Europe. (1994) 17(3) *West European Politics* 77.

MAJONE, Giandomenico. From the positive state to the regulatory state: causes and consequences of changes in modes of governance. (1997) 17(2) *Journal of Public Policy* 139.

MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MASHAW, Jerry L. *Creating the administrative constitution: the lost of hundred years of American administrative law*. New Haven: Yale University Press, 2012.

MATTOS, Paulo. *O novo estado regulador no Brasil*. São Paulo: Singular, 2006.

MORAN, Michael. The Frank Stacey Memorial Lecture: from command state to regulatory state? (2000) 15(4) *Public Policy and Administration* 1, 10.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Lisboa: Almedina, 1997.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do estado*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho: el impacto socio-jurídico de las nuevas tecnologías de la información*. Madrid: Fundesco, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Regulación y servicios públicos*. Granada: Comares, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Harvard University Press, 1990.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceptualising Social and Economic Regulation: Implications for Modern Regulators and Regulatory Activity. *Monash University Law Review*, v. 38, n. 2, 2012.

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

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal e novas tecnologias. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez. 2016.

Recebido em: 08.08.2016

Aprovado em: 25.11.2016