

REGULAÇÃO E NOVAS TECNOLOGIAS

Rafael Vêras de Freitas
Leonardo Coelho Ribeiro
Bruno Feigelson
Coordenadores



3496

EDITORA
Fórum

NESTA EDIÇÃO:

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

Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Veras de Freitas

A relação entre modelos disruptivos e o direito: estabelecendo uma análise metodológica baseada em três etapas

Bruno Feigelson

A instrumentalidade do Direito Administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas

Leonardo Coelho Ribeiro

Riscos, assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas

Sérgio Guerra

A legislação federal sobre ciência, tecnologia e inovação no contexto da organização federativa brasileira

Fernando Menezes de Almeida

Conceitos inventados de direito administrativo

José Vicente Santos de Mendonça

Por que, quando e até onde regular as novas tecnologias? Entre inovação e preservação, os desafios trazidos pelas inovações disruptivas

Patrícia Baptista e Clam Iglesias Keller

Breves notas pela adoção da Análise de Impacto Regulatório – AIR no direito brasileiro

Alexandre Santos de Aragão

O efeito disruptivo das inovações tecnológicas frente às ciências jurídicas e sociais

José Benedito Lázaro da Silva

Regulação moderna e sustentável

Leonardo Barêto Leite e Felipe Montalvão Brandão

Direito das plataformas: as relações entre múltiplos agentes

Dayoberto L. M. M. Chaves

O desenvolvimento futuro das telecomunicações brasileiras e o papel das concessões

Carlos Ari Sundfeld

Situações disruptivas, negócios jurídico-administrativos e equilíbrio econômico-financeiro

Egon Bockmann Moreira

As teorias rivais sobre a propriedade intelectual no Brasil

Luciano Benetti Timm e Renato Caovilla

A tecnologia na atividade contratual do Estado

Jessé Torres Pereira Junior

Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte Individual de passageiros: o “caso Uber”

Daniel Sarmento

Uber x táxi: a solução pela via da regulação

Flávio Amaral

Desafios das reformas institucionais a partir de novas tecnologias: uma abordagem pragmática do direito público a partir do caso Uber

Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Caio Cesar Figueiroa

A regulação do mercado de aplicativos de táxi

Erik Fontenele Nybo

Serviço público de transporte privativo de passageiros e transporte individual privado de passageiros (reflexões a partir do *affair* Uber)

Bernardo Strobel Guimarães e Marcos Alberto Gonçalves

Alguns motivos para a tutela jurídica do meio ambiente em um contexto de avanço tecnológico e sociedade de risco

Thiago Jordace

Métodos privados de resolução de conflitos em matéria de nomes de domínio

Lutz Gustavo Meira Moser

Marketplace: necessidade de regulamentação específica ao comércio eletrônico e aplicação temporária da lei de locações às questões atinentes ao ponto comercial

Gabriella Moraes de Matos

Fiscalis: uma nova tecnologia a serviço do patrimônio cultural nacional

Thiago Serpa Ethal

Elementos jurídicos da regulação do *crowdfunding* no Brasil

Bruno Fernandes Dias e Rafael Gaia Edais Pepe

Os desafios do *equity crowdfunding*

Mariana Rosado Sattler

O impacto do Marco Civil da Internet nas atividades de *e-commerce*

Flávio Franco

O serviço público de transporte coletivo e a ilegalidade do controle do sistema de bilhetagem eletrônica pelo concessionário

Feipe Henrique Braz Guilherme

O *streaming* no mundo

Renata Loyola

***Equity crowdfunding* e a regulação pela CVM**

Camila Beatriz Sardo Gomes

Inovações disruptivas e o ocaso da regulamentação do setor do tabaco

Carlos Augusto de Almeida Pereira

ISBN 978-85-450-0194-2



9 788545 001942

CÓDIGO: 10001055

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

© 2017 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Távares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Museletti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabrizio Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

R344 Freitas, Rafael Vêras de
Regulação e novas tecnologias / Rafael Vêras de Freitas, Leonardo Coelho Ribeiro, Bruno Feigelson (Coord.). – Belo Horizonte : Fórum, 2017.

568 p.
ISBN 978-85-450-0194-2

1. Direito administrativo. 2. Regulação. I. Ribeiro, Leonardo Coelho. II. Feigelson, Bruno. III. Título.

CDD: 342
CDU: 342.9

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

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 568 p. ISBN 978-85-450-0194-2.

UBER, WHATSAF DA PUBLICATIO

Floriano de Azevedo

Introdução: os fatos

1 Relembra

2 Os desafios

2.1 O Uber e o

2.2 O WhatsA

2.3 O Netflix e

serviços de

2.4 Conclusão

3 Recolocanc

a publicatio

4 A assimetr

de serviços

variáveis r

5 Conclusõe

Referências

A RELAÇÃO EN ESTABELECEND BASEADA EM TI

Bruno Feigelson....

1 Introdução

2 Planejamento

3 Judicializa

disruptivo

4 Regulame

4.1 O novo Di

4.2 O novo di

5 Conclusõe

A INSTRUMENT REGULAÇÃO D Leonardo Coelho

SITUAÇÕES DISRUPTIVAS, NEGÓCIOS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Egon Bockmann Moreira

1 Introdução

Tradicionalmente, a visão a propósito das inovações tecnológicas apresentava preocupações *evolutivas* (condições mais satisfatórias na performance de bens e serviços) ou, no limite, *revolucionárias* (bens e serviços inéditos, com tecnologia aperfeiçoada). A situação de fato nos respectivos mercados era substituída pelos mesmos produtos, aprimorados, ou por outros, novos e diferentes. Porém, em tempos mais recentes, fala-se de *tecnologia* e/ou *inovação disruptivas*, querendo significar não a melhora do que já existe nem algo de inédito, mas sim a utilização da tecnologia já presente em diferentes modelos de negócios, dantes não imaginados pelos criadores originais.

As tecnologias disruptivas tendem a criar peculiares cenários de rompimento no curso dos processos econômicos (os quais chamarei de *situações disruptivas*). No mais das vezes, são fenômenos que se prolongam no tempo, a conviver com os modelos de negócios originalmente implementados, rompendo a sua lógica. Não se trata de simples ruptura acumulada com a imediata substituição, mas sim de situações paralelas que exploram concomitantemente as mesmas tecnologias, sob perspectivas diversas – seja para melhorar os preços, seja para aprimorar os produtos, seja para ambos os efeitos. Essa fratura é usualmente retratada no setor privado da economia e costuma se consolidar em médio e longo prazos (*laptops*; editoração eletrônica; máquinas fotográficas digitais; CDs, etc.).

Porém, na medida em que no caso brasileiro há setores econômicos normativamente atribuídos ao Poder Público, nada impede que tais inovações surjam e gerem impacto justamente nesse *setor público da economia*, instalando situações disruptivas de entrecruzamento de regimes jurídicos (por exemplo, táxis e Uber; telecomunicações, WhatsApp e Netflix). Haverá a instalação de duas situações paralelas e concomitantes, de usual, inconciliáveis: uma, que denominarei de tradicional ou histórica (localizada no setor público), e outra, de disruptiva (localizada na zona de penumbra público-privada). Ambas existirão em concorrência, cada qual com suas peculiaridades fático-normativas, a exigir novos posicionamentos dos agentes econômicos que atuam no setor público (e mesmo do próprio Estado).

O detalhe que mais importa para o presente artigo está em que tais situações instaladas no setor público da economia têm a alta probabilidade de *nascer* sob

regimes jurídicos com lógica diferenciada: o de direito público (em que os agentes são chamados a participar e, caso aceitos, posteriormente constituídos pelo Poder Público, com diferentes níveis de intensidade regulatória) e o de direito privado (em que os agentes inovam do lado de fora da regulação estatal, sem qualquer convite estatal, mas geram situação de ruptura que tende a ser exercitada do lado de dentro do setor público). O que faz com que as situações disruptivas instaladas nessa zona de penumbra público-privada gerem impactos ao interno de negócios jurídicos regidos pelo direito público (e supostamente mantidos estáveis pelos respectivos atos, contratos e regulação).

Aqui reside o problema a ser posto em foco: as situações disruptivas em que um dos agentes econômicos (o tradicional) está submetido às amarras públicas e se vê diante de inovação criada por concorrente que se vale do próprio bem ou serviço que é razão de ser do regime de direito público, mas dele pretende escapar (transporte público, no exemplo dos táxis; ondas radio-elétricas do espectro de comunicação, no exemplo da telefonia). O desafio está nesse entrecruzamento de perspectivas.

O texto será dividido em apenas duas partes, afora esta introdução e as considerações finais. A primeira trata de temas ainda inéditos para o direito brasileiro e será mais autoral. São ideias que se destinam a lançar alguns desafios diante das situações disruptivas no setor público da economia brasileira. Já a segunda, que recorrerá a teorizações tradicionais pertinentes ao equilíbrio econômico-financeiro dos negócios administrativos, necessita de citações jurisprudenciais e acadêmicas (algumas bem antigas). Bem vistas as coisas, essa divisão nada mais é do que o retrato do que se passa entre as situações disruptivas e os contratos administrativos: o inédito, sem muitas referências acadêmicas, *versus* a doutrina e a jurisprudência tradicionais, conservadoras, que não convivem bem com rupturas. A combinação de ambas as perspectivas será objeto das considerações finais.

2 Situações disruptivas no setor público da economia

Como se sabe, o Brasil conta com largo espectro de atividades submetidas ao regime de direito público – seja porque assim imediatamente previstas na Constituição (por exemplo, portos e ferrovias), sejam as instaladas pelo legislador infraconstitucional (por exemplo, medicamentos), seja porque tradicionalmente geradas num setor de interesse público e, dessa forma, contaminadas pelo direito público (por exemplo, os táxis). Nem todas experimentam a mesma extensão e intensidade de regulação estatal, mas fato é que no regime de direito público não vige toda a amplitude dos direitos empresariais clássicos. Aqui existem balizas que tornam mais estreito o âmbito das liberdades econômicas.

A Constituição brasileira é farta em previsões relativas à presença do Estado na economia: desde o art. 21, que comente várias atividades à União (a

ser exploradas diretamente ou por meio de atos negociais de autorização ou de contratos de concessão e permissão) até o 175 (que exige legislação especial para disciplinar serviços públicos e respectivos contratos de concessão e permissão), passando pelo art. 25 (serviços de gás canalizado de responsabilidade dos Estados, a serem explorados diretamente ou por meio de concessão) e pelo art. 30 (que imputa aos Municípios a competência para os vagos serviços de interesse local). Isso sem se falar na competência regulatória prevista no art. 174, atribuída ao Estado em sentido amplo.

No caso brasileiro, portanto, o *hemisfério público da economia* é amplo e, concomitantemente, impreciso. Nele, o Estado desenvolve atividades por meio de empresas estatais, atos e contratos. Mas se sublinhe que a definição desse setor advém de previsões normativas expressas e se submete a graus – desde o privilégio das situações de monopólio (por exemplo, os minérios nucleares e o art. 21, inc. XXIII, da Constituição) até a possibilidade de regulação e fomento (Constituição, art. 174), passando por bens e serviços cujo regime jurídico pode ser público ou privado (por exemplo, telecomunicações e portos – Constituição, art. 21, incs. XI e XII, cuja aplicabilidade simultaneamente pública e privada foi definida pelas Leis 9.472/1997 e 12.815/2013). Não existe um só regime jurídico, absoluto e excludente, submetido em sua integralidade ao direito público.

Ao lado disso, no *hemisfério privado dos bens e fatores de produção* existe a garantia das liberdades clássicas relativas à iniciativa empresarial, desenvolvimento e concorrência. A Constituição assegura a liberdade das pessoas privadas e excepciona a necessidade de autorizações para o seu exercício, submetendo sua prévia exigência aos termos da lei (art. 170, parágrafo único). São os direitos fundamentais econômicos, cuja aplicabilidade é imediata, mas podem se submeter a condicionamentos prescritos pelo legislador ordinário.

Por conseguinte e a traços largos, não será demais reforçar que a Ordem Econômica brasileira possui dois setores: o público, que define as pessoas primariamente responsáveis por determinadas atividades econômicas (*numerus clausus*), e o privado, que abre à iniciativa privada a possibilidade irrestrita do desenvolvimento de iniciativas empresariais lícitas. Quem lhes dá especificidade é o legislador ordinário (salvo previsões constitucionais expressas). O setor público funciona segundo previsões normativas implícitas e explícitas, dando-lhes cumprimento. O setor privado opera de acordo com o instinto animal dos empresários e seu apetite pelo risco. As eventuais limitações ao setor privado só podem decorrer de lei que dê legítima aplicabilidade à Constituição.

Ocorre que esse arranjo constitucional-econômico não é bipolar, com absoluta exclusão de iniciativas, ingressos e convivências. O que existem são barreiras de entrada recíprocas: ao protagonista do setor público (o Estado), é possível o ingresso no setor privado, desde que transponha obstáculos normativos previamente definidos – e o mesmo se diga quanto aos agentes econômicos privados. Em outras palavras, a coexistência desses dois ambientes depende do sistema de barreiras de entrada das pessoas públicas no setor privado

(Constituição, seguida da lei e do ato societário) e das pessoas privadas no setor público (Constituição, seguida de lei e licitação – ou ato negocial de autorização –, mais o contrato administrativo).

Isto é, não se proíbe que o Estado entre no setor privado da economia, desde que cumpra duas condições: a lei que autorize a criação da sociedade de economia mista ou da empresa pública (Constituição, art. 173), combinada com o ato contratual de criação da respectiva sociedade (seja a ata de sua criação, seja o respectivo contrato social), bem como o seu registro nos órgãos competentes (Junta Comercial e/ou outros órgão e entidades do respectivo setor – como, por exemplo, uma agência reguladora). Em duas palavras: lei e contrato.

O mesmo se diga do ingresso de pessoas privadas em determinadas regiões públicas da economia. A Constituição autoriza e o legislador infraconstitucional define os regimes jurídicos pertinentes, a ser especificados na respectiva regulação setorial (leis, resoluções administrativas, atos negociais ou contratos, etc.). Em determinados casos, o particular é o único operador de determinado bem ou serviço (com ou sem o dever de compartilhamento de infraestrutura). Em outros, o mercado é concorrencial e se estimula o ingresso de novos agentes econômicos. A depender do modelo, haverá maiores ou menores deveres e/ou obrigações imputadas aos agentes privados como condição para ingresso e permanência naquele mercado normativamente atribuído ao setor público da economia. De igual forma, haverá controle público de preços e/ou de serviços (qualidade, quantidade, metas, obrigações de serviço público, etc.).

Claro que essa descrição dos fluxos público-privado e privado-público não traz consigo o fechamento da questão. Tampouco é estática. Poderão existir situações outras, as quais, por exemplo, tenham o Estado como acionista minoritário em sociedade empresarial privada (seja devido a fomento, seja em razão de melhoria na eficiência para a prestação de serviços). De igual modo, as pessoas privadas podem desenvolver atividades em que as liberdades econômicas não reinem soberanas, mas se submetam a intensa regulação e controle bastante intrusivo – como no caso das instituições financeiras. Por fim, há também o setor difuso das utilidades públicas e/ou dos serviços privados de interesse público, que surgem por meio de autorizações sem grande nitidez, vez que, na maioria das vezes, oriundas de legislação municipal antiga e *ad hoc* (pense-se nos táxis, nas bancas de revistas e nos cemitérios).

O que importa dizer é que, uma vez dentro do setor público – e salvo exceções – a pessoa privada torna-se submissa ao respectivo regime estatutário, composto por normas de direito público e de direito privado (expressadas de modo mais apropriado na locução *direito privado administrativo*). São institutos típicos de direito privado que põem os bens e serviços públicos em funcionamento. Esse regime é previamente definido na lei setorial, seguida de resoluções regulamentares e do contrato administrativo ou do ato negocial de autorização. Uma vez praticado o respectivo ato-condição de ingresso nesse setor privado-administrativo, o sujeito de direitos aceita se submeter a tal regime jurídico limitador de suas liberdades.

A partir desse momento, é definida a liberdade daquele empreendedor: ele só pode fazer aquilo que está especificado no ato que autorizou o seu ingresso e permanência no setor público da economia (não é devido a uma acasoa, portanto, que legislações exigem a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico – SPE para a assinatura de certos contratos ou atos negociais). Quem diz o que o agente privado pode ou não fazer é o próprio regime jurídico de direito público (com intensidades variáveis), desenvolvido de forma dinâmica pela entidade reguladora. O horizonte de criação e inovação da pessoa autorizada ou contratada não pode ser ampliado, a não ser dentro das fronteiras estatutárias: ao interno do regulamento e do contrato ou do ato negocial, de modo que este possa ser submetido a modulações, evoluções e/ou mutações – mas não a rupturas. Esta, porque quebra o antigo e instala algo novo e inédito, não pode se dar ao interno do regime negocial-estatutário. Imagine-se, por exemplo, o contrato administrativo decorrente de modelagem fechada estabelecida em edital de licitação, combinado com a proposta vencedora: é óbvio que aqui não há espaço para rupturas, sob pena de toda a lógica da licitação cair por terra.

Como se pode notar, agora começamos a chegar ao núcleo das preocupações deste ensaio. Afinal de contas, na justa medida em que o agente econômico foi qualificado como autorizado, concessionário, permissionário ou licenciado (dentre outras figuras), ele assumiu expressamente certas obrigações para a prestação dos serviços ou para a exploração dos bens públicos que lhe foram outorgados. Muitas vezes, aceita se submeter ao preço definido pela pessoa pública (ao menos ao teto dos preços que poderá praticar). Por outro lado, esse ingresso exigiu o prévio exame dos prognósticos do mercado então existente – e a feitura das respectivas projeções e expectativas de lucratividade, com lastro em informações disponibilizadas também pelo Poder Público – tudo isso do lado de dentro de um negócio jurídico que não admite quebras radicais, mas apenas mutações evolutivas e, no limite, revolucionárias. A estabilidade é uma das ideias-chave de negócios administrativos de longo prazo, que permite equilibrar fluxos de receitas, juros, remunerações e despesas (O leitor já deve ter apercebido que o texto está igualmente a tratar do equilíbrio econômico-financeiro dos negócios administrativos de longo prazo).

Logo, existe pouco espaço e, mais do que isso, restam poucos incentivos para que o autorizado, concessionário, permissionário ou licenciado desenvolva situações disruptivas. Por um lado, essa ordem de contratação pública não convive bem com rupturas – que, caso instaladas, poderão subverter ou mesmo inviabilizar o negócio jurídico. Por outro, o fato de o investidor ter celebrado um negócio que lhe garante rentabilidade crescente, ele tem o estímulo de manutenção do *status quo* e ampliação das vantagens por meio do modelo de negócios desenvolvido quando do momento de ingresso no setor público (*rectius*: para o ingresso no setor público, com esse escopo). Aquele que é detentor de específica delegação consubstanciada em determinado modelo de negócios projetado para o longo prazo não tem qualquer interesse em alterar esse modelo e pretender instalar maiores vantagens –

mais baratas, talvez – aos usuários dos bens e serviços (mesmo porque muitas vezes não pode fazer isso: a lei, os regulamentos e o contrato vedam). Mais ainda: uma vez dentro da atividade, impera a assimetria de informações – o agente econômico que possui reserva de mercado apenas divulgará aqueles dados que o beneficiem (ao lado dos obrigatórios, que devem ser examinados com cautela). Não é de se admirar a constatação de que aqueles que celebram contratos administrativos de longo prazo tenham aversão à concorrência e à inovação.

Por isso, a tendência é a de que esses agentes lutem pela permanência nesse contrato e ampliação das respectivas vantagens internas, inibindo a possibilidade do ingresso de novos competidores e/ou da necessidade de investimentos extraordinários (bem como têm ojeriza a incrementos de despesa e/ou quedas de receita). Qual monopolista ou oligopolista, atado por um contrato em setor que inibe o ingresso de novos operadores, apreciaria a inovação disruptiva? Não há qualquer incentivo para que os autorizados/contratados da Administração quebrem a lógica estrutural do próprio empreendimento, que tão duramente conquistaram e que lhes foi assegurado por prazos longos (10, 20 ou 30 anos – ou até vitalícios e hereditários, como em alguns casos de táxis). Os agentes econômicos desses setores estáticos farão de tudo para manter os respectivos mercados imunes às situações disruptivas.

Eis, portanto, a chave de compreensão deste ensaio: o setor público da economia, eminentemente estatutário e contratualizado, não convive bem com fraturas e quebras de projeções predefinidas. Daí a razoável dificuldade que existe de o setor público da economia coabitar com as *situações disruptivas* – e, mais ainda, nas construções de soluções jurídicas para esse dilema.¹ Afinal, e como o nome já diz, essas situações quebram, rompem, fraturam o que já existia e, dentro da mesma perspectiva negocial-tecnológica, criam soluções mais baratas e/ou mais sofisticadas. Alternativas estas que tendem a, com rapidez e sem balizas previamente conhecidas, mutilar a situação tradicional, que antes se acreditava estabilizada. Isso num cenário em que persistem íntegros os deveres e obrigações expressados em leis, resoluções administrativas, atos e contratos tradicionais. As situações disruptivas causam, portanto, quebras estruturais no setor público da economia.

Dentro desse enorme desafio, existe um tema que permite análise mais pontual, dividida em dois ângulos: o equilíbrio econômico-financeiro e a base

¹ Já há alguns textos, preliminares, porém robustos, a esse respeito: Gustavo Binenbojm (*Poder de polícia, ordenação, regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, sobretudo nas p. 215-226, em que analisa o caso Uber); Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas (Uber, WhatsApp, Netflix – quando o mercado e a tecnologia desafiam a doutrina. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/uber-whatsapp-netflix-quando-o-mercado-e-a-tecnologia-desafiam-a-doutrina>>. Acesso em: 5 maio 2016); 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>>. Acesso em: 5 maio 2016); Rafael Véras de Freitas (As novas tecnologias e o direito administrativo global. <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras-as-novas-tecnologias-e-o-direito-administrativo-global>>. Acesso em: 5 maio 2016) e Sergio Guerra (Inovações tecnológicas, regulação e o direito administrativo. <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/sergio-guerra/inovacoes-tecnologicas-regulacao-e-o-direito-administrativo>>. Acesso em: 5 maio 2016).

objetiva dos negócios administrativos cujos mercados sejam afetados por situações disruptivas.

3 Situações disruptivas, o equilíbrio econômico-financeiro e base objetiva dos negócios jurídico-administrativos

De partida, pode-se considerar duas ordens de quebra do equilíbrio econômico-financeiro em negócios jurídico-administrativos de longo prazo. Isso porque o setor público da economia pode ser ocupado e envolver delegações de atividades estatais tanto naquelas hipóteses de contratos típicos (concessões, permissões e PPPs) como nos casos em que não há tamanha nitidez no negócio jurídico celebrado entre a pessoa privada e o Poder Público, mas que contenha barreira de ingresso, cláusula de exclusividade/limitação e determinados controles públicos (autorizações e licenças para as utilidades públicas e/ou serviços de interesse público). No primeiro grupo, podemos ter como exemplo o conflito entre os serviços de telecomunicações e o WhatsApp; no segundo, os táxis e o Uber. Na medida em que são regimes jurídicos diversos, as consequências serão igualmente díspares.

Em primeiro lugar, examinaremos as hipóteses em que efetivamente há um contrato administrativo de longo prazo nos moldes tradicionais (e a configuração do *fato do príncipe*). Aqui se pode falar de contrato desequilibrado e correspondente reequilíbrio econômico-financeiro. Depois disso, trataremos das situações de autorização/licença a conviver com inovações tecnológicas e o que pode ser dito a propósito da *base objetiva* desses negócios jurídicos. Nesses casos, não se caracteriza o equilíbrio econômico-financeiro em seu sentido clássico (ao interno de um contrato administrativo), mas sim a alteração das legítimas expectativas da pessoa privada em decorrência da situação disruptiva combinada com a conduta da Administração (esta, a subverter a base objetiva que deu origem ao negócio jurídico-administrativo).

Para os contratos administrativos de longo prazo, com prévio equilíbrio econômico-financeiro negocial-estatutário, o ingresso de novos agentes em concorrência com o concessionário (comum, administrativo ou patrocinado), ou com o permissionário, pode implicar a alteração do marco regulatório setorial – seja por conduta comissiva da autoridade competente (leis ou regulamentos que permitam o ingresso de novos agentes econômicos naquele espaço que, quando da assinatura do contrato original, estava circunscrito à pessoa do contratado e de seus equivalentes), seja devido a comportamento omissivo (a inação diante dos novos entrantes em setores que originalmente exigiam licitação e contrato administrativo para o seu ingresso).

Como se pode constatar com facilidade, havia, contratual e estatutariamente prevista, uma situação de monopólio/oligopólio em específico mercado exclusivo

daquele bem ou serviço. Apenas os que ultrapassassem as barreiras e assim fossem *constituídos* concessionários (ou permissionários) poderiam nele atuar. Esse *mercado relevante* fixado pelo (e no) contrato administrativo, combinado com a regulação setorial, associa o serviço delegado (*materialmente relevante*) ao espaço em que ele pode/deve ser prestado (*geograficamente relevante*), durante o prazo fixado no próprio contrato (*cronologicamente relevante*), apenas mantém o seu valor ou interesse caso mantidas as barreiras de entrada originais.

Isto é, tais contratos administrativos de longo prazo, porque dependentes de complexa estruturação e fluxos projetados de receitas e despesas (supervisionadas/garantidas pelo concedente), não convivem bem com a imprevisão do aumento de alternativas no polo de oferta, a dispersar as projeções originais. Ou melhor: eles pressupõem que não serão constituídos outros prestadores do mesmo serviço (ou que, se o forem, o serão sob as mesmas regras de direito privado administrativo). Essa premissa está blindada desde o edital de licitação. Mesmo porque, quando da assinatura do negócio jurídico-administrativo, não era previsível a futura situação disruptiva (constatação óbvia, que está na essência daquilo que se entende por inovação disruptiva: a quebra do estado de coisas justamente por não ter sido originalmente prevista ou previsível segundo as bases usuais de averiguação e prognósticos). A situação disruptiva tem o condão de quebrar não só o caminho tecnológico, mas também de instalar cenários de incerteza econômico-financeira do lado de dentro de contratos administrativos (não são riscos propriamente ditos, porque de impossível quantificação/alocação quando do processo de licitação).²

Note-se que, em razão da garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo de longo prazo, o que se espera é que eventuais futuros ingressos de novos agentes sejam submetidos exatamente às idênticas barreiras originalmente experimentadas pelo contratado. Os mesmos obstáculos que antecederam o ato de delegação do serviço: leis, seguidos regulamentos, de edital de licitação e contrato. Muitas vezes, mesmo se estes forem obedecidos e postos em prática para os novos entrantes, o equilíbrio econômico-financeiro restará afetado. Mas atenção: tanto faz se o poder público regule positivamente ou não o ingresso de um novo prestador, se o acolha ou o impeça de prestar o serviço – o que importa é a constatação objetiva do desequilíbrio devido a fatos imprevistos (e de consequências imprevisíveis), cuja responsabilidade é imputada ao Poder Público contratante (concedente) em vista do seu dever de zelo ao projeto concessionário.

Logo, a primeira peculiaridade que merece ser destacada está no fato de que, quando da assinatura de contratos administrativos de longo prazo (expressão que aqui engloba concessões, permissões, parcerias público-privadas e outros pactos jurídico-administrativos cuja execução se protraia no tempo), os respectivos

² Sobre a distinção entre riscos e incertezas para os contratos administrativos de longo prazo, com lastro na teorização de Francis H. Knight, v. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 108-131.

set
del
cor
em
fin.
é, a
o p
po

do
anc
sid
adi
do
bas
aut
dife
ato.
imp
o de
(e p

det
imp
púb
imp
prín
mo.
oriu
imp

gera
o ac
é, q
pois
o se

³ Tr
qu
A.
ed
B.
⁴ LA

setores econômicos e mercados relevantes são institucionalmente configurados de determinada forma, em termos materiais, subjetivos e cronológicos. Isso confere consistência econômico-financeira ao contrato administrativo. Contudo, fato é que, em decorrência de situações disruptivas, a configuração do equilíbrio econômico-financeiro contratual pode assumir representação significativamente diversa. Isto é, a inovação tende a alterar de forma robusta o conjunto de dados que geraram o próprio contrato e, caso instituída, autorizada ou tolerada pelo Poder Público, pode vir a configurar *fato do príncipe*.

Tal como boa parte do Direito Administrativo brasileiro, a teoria do fato do príncipe tem origem histórica no Direito Administrativo francês. Como anotou o clássico André de Laubadère, muito embora originalmente ela tenha sido desenvolvida devido a intervenções do Poder Público na condição de administrador, “em razão da diferenciação e da multiplicidade dos órgãos do Estado moderno, a intervenção em causa pode ser feita por autoridades bastante diversas (o legislador, o governo no exercício do poder regulamentar, a autoridade administrativa contratante ou também uma autoridade administrativa diferente daquela com quem foi celebrado o contrato)”.³ O que se perquire são atos, comissivos ou omissivos, oriundos do poder público, que causem gravames imprevistos e extraordinários ao contrato administrativo: afinal, a ele foi imputado o dever de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo (e por isso ele pode exigir o cumprimento por parte do contratado).

Por conseguinte, a teoria do fato do príncipe exige a conjugação de determinadas condições, quais sejam: (i) a existência de um prejuízo; (ii) a sua imputabilidade a uma autoridade pública; (iii) a sua imputabilidade à coletividade pública que participa do contrato; e (iv) que o fato tenha ocorrido, de modo imprevisível, durante a execução do contrato administrativo.⁴ Isto é, o *fato do príncipe* é fato novo ao contrato, que desequilibra a equação econômico-financeira moldada quando de sua assinatura. Evento esse objetivamente constatável, oriundo do próprio Poder Público e praticado sob qualquer roupagem – pouco importa se gerais (leis, regulamentos) ou individuais; se comissivos ou omissivos.

A única distinção no que respeita ao fato do príncipe oriundo de medida geral – como se dá nas situações disruptivas, pois a ação ou omissão franqueará o acesso irrestrito de terceiros – está no requisito da sua imprevisibilidade (isto é, que não fosse de conhecimento das partes quando da assinatura do contrato), pois sua incidência pode se dar diretamente ao interno do contrato (modificando o seu clausulado), ou também “sem atingir as disposições contratuais, mas apenas

³ *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1956. t. III, p. 24-25 – tradução livre. No mesmo sentido quanto à aplicação da teoria em caso de modificações nas leis ou nos regulamentos administrativos, v. LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.-C.; GAUDEMET, Y. *Traité de droit administratif*. 15. ed. Paris: LGDJ, 1999. t. I, p. 836. Sobre a origem e desenvolvimento da “*théorie du fait du prince*”, v. LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVE, P.; GENEVOIS, B. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 16 ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 189-197.

⁴ LAUBADERE, A. de. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1956. t. III, p. 29.

gerando o efeito de tornar a sua execução mais difícil ou mais onerosa porque afeta os seus requisitos de execução".⁵

Tal teorização foi acolhida pela doutrina brasileira e vem sendo aplicada pelos tribunais nas mais variadas hipóteses. O *fato do príncipe*, como anota Celso Antônio Bandeira de Mello, congrega aqueles "agravos econômicos resultantes de *medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual*, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença".⁶ Por outro lado, como de há muito decidiu o Supremo Tribunal Federal: se "sobreveio nova regulamentação tributária, onerosa e imprevisível, ocorreu 'fato do príncipe', o qual legitima a revisão da economia do contrato, quanto às condições primitivas" (RHC nº 59052, Min. Clóvis Ramalhete, DJ 3.11.1981).

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça já analisou várias situações semelhantes à ora examinada – e as qualificou como fato do príncipe: (i) a lei estadual que desafetou determinada área onde seria realizada a obra pública – implicando a rescisão unilateral do contrato administrativo (REsp nº 1112895, Min. Mauro Campbell Marques, DJe 2/12/2009); (ii) a súbita desvalorização da moeda nacional frente ao dólar, decorrente de políticas públicas (RMS nº 15.154, Min. Luiz Fux, DJ 2/12/2002); e (iii) o advento de plano econômico, em sede legislativa e regulamentar (REsp nº 42.882, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 8/5/1995).

O que importa é dizer que, tanto a promulgação de determinadas medidas gerais e abstratas (leis, regulamentos e resoluções), quanto a omissão em editá-las, mas que alterem as regras do jogo (outros requisitos para o exercício da atividade; ausência de controle de novos ingressos; novos *players* nos respectivos mercados, etc.), bem como a existência de atos e fatos imputáveis ao Poder Público, ainda que não modifiquem diretamente os termos do contrato administrativo, têm o condão de ser qualificados como *fato do príncipe*. O que está em jogo é a constatação de que o Poder Público quebrou – ou permitiu que fosse quebrado – o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em outras palavras, caso haja um contrato de concessão de serviço público e a futura situação disruptiva instale diante dele uma concorrência imprevisível e assimétrica, haverá duas soluções: ou bem o poder público simplesmente proíbe os novos entrantes, impedindo-os de causar o desequilíbrio, ou reequilibra o contrato administrativo. Por isso que não será demais dizer que as situações disruptivas – e a ruptura da racionalidade estrutural dos contratos administrativos anteriores – constituem fato do príncipe; condição necessária e suficiente para imediatamente ensejar o desequilíbrio econômico-financeiros de tais pactos (e respectivo dever de reequilíbrio simultâneo).

Constatação semelhante, mas com proposta de solução mais complexa, está naquelas atividades que não configuram serviço público em sentido estrito e nem

⁵ LAUBADERE, A. de. *Traité theorique et pratique des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1956. t. III, p. 39 – tradução livre.

⁶ *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 638.

se submetem a licitações e contratações administrativas, mas cujo funcionamento e estruturação depende de autorização e se submete ao controle estatal. Por exemplo, os serviços de táxi: os taxistas são também *constituídos* por meio de ato do poder público competente – o municipal – e se submetem a uma série de exigências para a respectiva atividade (tipo de veículo, inclusive a cor e modo de identificação; tarifa definida pela autoridade pública; taxímetro visível, aferido e fiscalizado; dever de atender a todas as chamadas; habilidade na condução do veículo, etc.). O táxi não decorre unicamente do exercício da livre iniciativa, mas de sua conjugação e submissão a determinadas premissas estatutário-negociais definidas pelo Poder Público (leis e regulamentos administrativos). Não é taxista quem quer e tem capacidade técnico-econômica, mas apenas e tão somente aqueles que são expressamente autorizados pelo poder público a explorar tal serviço privado de utilidade pública.

Porém, uma coisa é certa: o acesso a tais atividades é limitado. Existe número certo de agentes econômicos que podem fazer o transporte público de passageiros. Quando do ingresso no setor, os interessados sabem quantos táxis existirão naquela cidade (dado levantado pelas autoridades públicas e previamente divulgado, em vista de cálculos que correlacionam o número de habitantes e veículos, o volume de visitantes, etc.), bem como quais as condições e os requisitos para que a regra seja alterada. Não se trata de algo disponível para os agentes econômicos, mas dependente de políticas públicas definidas em lei e regulamentos administrativos.

Não será demais afirmar, portanto, que esse conjunto de informações constitui dado indispensável à compreensão da razão de existir da autorização para táxis (ou outros serviços de utilidade pública, com intensidade normativa equivalente). Existe incentivo para o ingresso e desenvolvimento dessa atividade de interesse público não devido ao preço tabelado do taxímetro (e demais deveres), mas sim em decorrência da situação de fato que o torna rentável (em especial as barreiras de entrada). O indivíduo parte do pressuposto de que terá demanda consistente durante longo período, o que lhe permite fazer projeções com lastro naquele mercado definido quando da celebração do negócio jurídico-administrativo (autorização, licença – ou qualquer outro nome que se pretenda). Se assim não fosse, não existiria objetivamente o estímulo ao ingresso e exploração da atividade econômica sob o regime de direito privado administrativo.

Essas informações – unidas àquelas que são implícitas à atividade – configuram a *base objetiva do negócio*, que pode ser compreendida como aquele conjunto de circunstâncias indispensáveis àquele negócio jurídico, sem as quais ou ele não teria sido realizado ou possuiria configuração diversa (formal, material e cronológica).

Em outras palavras, trata-se da situação de fato sem a qual o negócio jamais teria existido: o estado de coisas que efetivamente permitiu a elaboração e concretização daquele específico projeto (interesse público e sua densificação por meio de leis, debates públicos, regulamentos, edital e ato/contrato; qualificação e cooperação das partes; taxas de rentabilidade, etc.). Isso diz respeito à boa-fé dos

participantes, bem como à base objetiva do negócio – aqui compreendida como a definiu Larenz: “o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência é devidamente pressuposta no contrato – sabendo ou não os contratantes –, porque, se assim não for, não se poderia alcançar a finalidade do contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria ‘sentido, fim ou objeto’”.⁷

O que se defende, portanto, é a compreensão de tais autorizações e licenças na condição de negócio jurídico celebrado em determinado contexto histórico, circunscrito à sua própria historicidade objetiva, impondo-se a respectiva adaptação às alterações supervenientes, anormais e imprevisíveis como as situações disruptivas. A base objetiva do negócio jurídico-administrativo permite averiguação mais fiel quanto ao ponto ótimo da tarifa, seu nível e estrutura, os respectivos fluxos financeiros e os critérios de avaliação do custo de oportunidade e remuneração do dinheiro no tempo, bem como das variações que o contrato experimenta em seus custos e receitas. Como destacou Oliveira Ascensão, a teoria da base objetiva do negócio “mostra não haver necessariamente um prejudicado e outro beneficiado. Existe a alteração anormal da base do negócio, base que é comum; portanto, ambos são atingidos. Qual a consequência, só pode resultar da solução que a ordem jurídica trazer para o caso, e portanto das regras de cálculo da nova equação econômica que estabelecer”.⁸

Por conseguinte, também merecem especial atenção as situações disruptivas instaladas em setores nos quais o exercício da atividade não dependa de contrato administrativo (mas se submeta às barreiras públicas). Não é devido a essa ausência que se pode ignorar os seus efeitos econômicos em face da atividade econômica autorizada/licenciada – e respectivas projeções de longo prazo. Igualmente aqui instalam-se preocupações quanto às condutas – comissivas e omissivas – da Administração Pública, a gerar o respectivo dever de zelo pela estabilidade original do negócio jurídico.

4 Considerações finais

Pode-se dizer que, sob um ângulo abstrato, nada de mais quanto à existência de situações disruptivas no setor público da economia. São casos tentadores e

⁷ *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. C. Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002, p. 34 – tradução livre. Larenz aprofunda a investigação a propósito da base objetiva nas p. 91-159, ao tratar do problema das transformações das circunstâncias, sobretudo aquelas que implicam a destruição da relação de equivalência e a impossibilidade de se alcançar a finalidade do contrato. Sobre as alterações das circunstâncias e a teoria da base do negócio, v. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. São Paulo: sbdp/Malheiros Editores, 2010, p. 400-409 (com amplas referências bibliográficas). Mas note-se que a teoria da base objetiva do negócio também se presta a compreender o equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos de longo prazo em vista das alterações das circunstâncias (como, aliás, consta da prescrição relativa às “condições do contrato” prevista no art. 10 da Lei 8.987/1995).

⁸ Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. *Revista CEJ* 25/63 Brasília, Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/605/785>>. Acesso em: 27 maio 2016.

interessantíssimos. Trata-se da convivência com a tentativa de aperfeiçoamento de setores econômicos, advinda da criatividade empresarial. É sobremaneira importante que tais medidas sejam discutidas, adotadas e concretizadas em vista do escopo do desenvolvimento nacional sustentável.

Porém, fato é que tais mutações decorrentes de situações disruptivas não ocorrem no vazio. Elas são implementadas no mundo dos fatos, no qual já existiam determinados negócios jurídicos perfeitos, válidos e eficazes – celebrados ao seu tempo e modo. Se bem vistas as coisas, delas poderá decorrer a ruptura institucional no cenário do setor público atingido: as “regras do jogo” e alguns de seus principais atores são modificados (com perdedores e vencedores).

Ocorre que as instituições – aqui entendidas em sentido amplo (leis, órgãos, entidades, condutas, etc.) – têm finalidade específica: elas se prestam a simplificar as nossas decisões e assim gerar estabilidade e confiança na atividade econômica.⁹ Contudo, o conceito é subvertido quando tais regras do jogo e respectivos atores são rompidos no curso de um negócio de longo prazo. Afinal, os contratados e/ou autorizados/licenciados haviam recebido incentivos oficiais para celebrar os respectivos negócios e aportar os investimentos – em vista de determinado ambiente que se pretendia estável. E a instabilidade só aumenta a incerteza e os custos de transação, internos e externos ao negócio jurídico.

Em outras palavras, fato é que tais alterações oriundas de situações disruptivas geram efeitos concretos em projetos de investimento que foram moldados de acordo com as respectivas premissas fáticas e normativas (as quais foram incorporadas ao negócio jurídico-administrativo e, assim, lhe conferiram identidade própria).

Isso não importa dizer que se possa, em sede de contratos e outros negócios administrativos, impedir tais rupturas. Porém, caso a situação disruptiva afete o núcleo duro do equilíbrio econômico-financeiro do contrato – ou de sua base objetiva, ela deve ser levada em conta, de forma ativa e responsável, pela Administração Pública.

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

MOREIRA, Egon Bockmann. Situações disruptivas, negócios jurídico-administrativos e equilíbrio econômico-financeiro. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 223-235. ISBN 978-85-450-0194-2.

⁹ Cf. Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1990, *passim*. Ou, como dantes consignado: “As instituições importam – e muito –, pois por meio delas se organiza a vida de uma sociedade, não apenas em seus aspectos políticos, senão também em outras facetas decisivas que afetam os interesses e o comportamento dos indivíduos – reduzindo as incertezas e conferindo estrutura estável para as condutas humanas”. (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. São Paulo: sbdp/Malheiros, 2010, p. 36).