

Gustavo  
Binenbojm

LIBER  
-DADE  
IGUAL

O que é e por que importa

R

HISTÓRIA REAL

© 2020 Gustavo Binenbojm

PREPARAÇÃO

Kathia Ferreira

REVISÃO

Eduardo Carneiro

Roberto Jannarelli

DESIGN DE CAPA

Angelo Bottino

REVISÃO DE E-BOOK

Carolina Andrade

GERAÇÃO DE E-BOOK

Intrínseca

E-ISBN

978-65-87518-01-5

Edição digital: 2020

1ª edição

Todos os direitos desta edição reservados a  
História Real, um selo da Editora Intrínseca Ltda.

Rua Marquês de São Vicente, 99, 3º andar

22451-041 – Gávea

Rio de Janeiro – RJ

Tel./Fax: (21) 3206-7400

[www.historiareal.intrinseca.com.br](http://www.historiareal.intrinseca.com.br)

## 4. LIBERDADE DE INICIATIVA

*A liberdade de iniciativa protege o direito de produzir, transferir e acumular riqueza. O direito de propriedade e a autonomia negocial são as molas mestras da liberdade de empreender. Não tem mais cabimento discutir se o livre mercado é uma força para o bem ou para o mal. Sua pujança para gerar prosperidade e inovação não tem paralelo na história da humanidade. Por outro lado, suas falhas são já bem conhecidas no campo da economia da regulação.*

*Como demonstrado por Norbert Reich, existe uma relação de dupla instrumentalidade entre mercado e Estado: o mercado instrumentaliza o Estado, na medida em que exige instituições jurídicas que viabilizem o seu funcionamento (propriedade, contratos, livre concorrência, instituições que garantam a aplicação da lei); mas o Estado também instrumentaliza o mercado, por meio de diferentes formas de regulação econômica que o orientam à consecução de fins socialmente desejáveis (proteção do meio ambiente, do consumidor, da privacidade, objetivos redistributivos).<sup>1</sup> Como lapidarmente sintetizado pelo dramaturgo e ensaísta Bernard Shaw, “a economia é a arte de extrair o máximo da vida”.<sup>2</sup>*

*É preciso ter atenção, no entanto, para que a regulação não se desvirtue e acabe capturada pelo populismo político ou pelos próprios agentes em posição dominante: as duas opções representam ameaças à força transformadora da livre iniciativa e à ampliação de outras dimensões da liberdade humana.*

## Populismo regulatório

Populismo é o regime político que planta uma mentira doce no presente para colher uma verdade amarga no futuro. Pensa na próxima eleição e não nas próximas gerações. Quando a conta chega, Inês é morta – os populistas já se foram, restando à sociedade arcar com as consequências da sua irresponsabilidade. Nas ditaduras, a culpa é do caudilho. Nas democracias, a culpa é de um autoengano coletivo. Ou seja, de todos e de cada um de nós.

Congelar preços, maquiagem números da inflação e inventar “pedaladas fiscais” para melhorar o desempenho das contas públicas são artimanhas comuns aos regimes populistas aqui e mundo afora. O que chama a atenção no Brasil, já há alguns anos, é o uso dos instrumentos de gestão pública em um fenômeno que poderíamos chamar de populismo regulatório. Dou exemplos.

O custo de geração da energia elétrica por usinas térmicas é bem mais alto do que por hidrelétricas. Por isso aquelas só são acionadas quando o nível destas está muito baixo e há risco de crise no abastecimento. Para evitar que o custo do uso das térmicas chegasse inteiramente aos consumidores – o que poderia prejudicar os planos do governo, que almejava a reeleição em 2014 –, a então presidente, Dilma Rousseff, transferiu uma parcela do valor para os geradores e comercializadores de energia. Em outras palavras, os parques eólicos, as pequenas e grandes hidrelétricas e as próprias térmicas foram todos obrigados a pagar a conta adicional nesse período. Como a mudança do sistema caracterizava rompimento de contrato, os prejudicados foram à Justiça e obtiveram liminares para não pagar o adicional. A disputa aumentou o nível de insegurança jurídica, desestimulando investimentos e impedindo a expansão da matriz energética do país. Passados alguns anos, o consumidor foi chamado a pagar a conta, só que alguns bilhões de reais mais alta.

A Linha Amarela, no Rio de Janeiro, é uma rodovia municipal cedida mediante concessão à iniciativa privada há muitos anos. É natural que haja divergências

sobre o valor do pedágio em contratos de longo prazo, sobretudo quando o poder público exige da concessionária obras de conservação e expansão. Para isso existem mecanismos contratuais de reequilíbrio da tarifa, alongamento de prazos e compensação dos usuários. Eis que, de olho na eleição seguinte, o prefeito da cidade determinou o levantamento de cancelas e até o cancelamento da concessão, com a depredação das praças de pedágio. Todas as decisões do prefeito foram suspensas pela Justiça. O resultado será, inevitavelmente, uma tarifa de pedágio mais alta a ser cobrada dos usuários em breve.

Em meio a uma greve nacional de caminhoneiros que causou a paralisação da economia e o desabastecimento nos postos de combustíveis, o presidente Michel Temer editou, em 2018, uma medida provisória – depois convertida em lei – que tabelou o frete rodoviário no país. Feita de afogadilho para aplacar a crise, sob chantagem de uma categoria econômica poderosa, a norma produziu o aumento dos custos na indústria e no agronegócio e o aumento de preços ao consumidor. Pagamos todos, ao final, porque uma categoria tem uma regra especial que revoga, só para ela, a lei da oferta e da procura, protegendo-a dos riscos naturais do negócio.

A maturidade democrática de uma sociedade é alcançada quando o povo tem informação e consciência sobre as consequências de suas escolhas. Palavras de ordem podem animar as massas em protestos de rua, mas o que faz a diferença, a médio e longo prazos, é encarar a realidade como ela é. Não há vantagem alguma em dar crédito a aventureiros ou viver de ilusões. Também na economia só a verdade liberta.

## Livre concorrência e inovação

*Disrupção* é a palavra da moda. Telefones fixos, agências de viagens, táxis de rua, encontros amorosos e goleiros de pelada nunca mais serão os mesmos. O uso de aplicativos de internet para aproximar pessoas com interesses comuns transformou velhos mercados e fez surgir novos. Modelos de negócios baseados em tecnologias inovadoras produzem um efeito *disruptivo* sobre determinados mercados, alterando o comportamento dos consumidores, o nível da demanda, pressionando os preços para baixo e a qualidade para cima. Na expressiva definição do economista austríaco Joseph Schumpeter, instaura-se uma disputa entre a *destruição criativa* e a *proteção destrutiva*, entre a melhoria do bem-estar dos consumidores, produzida pela inovação, e a preservação do *status quo*, com a transformação da regulação antiga em verdadeira barreira de entrada no mercado a *novos players*.

Naturalmente, legisladores e reguladores não poderiam considerar o aluguel de quartos privados do Airbnb quando elaboraram as normas de segurança e zoneamento urbano de hotéis, nem poderiam pensar no uso de um aplicativo de *smartphone*, como Uber, para o transporte individual de passageiros quando elaboraram as normas de licenciamento de táxis. Assim, a reação dos grupos que dominam mercados desestabilizados por inovações disruptivas tem sido baseada na defesa da legalidade, isto é, na aplicação das estruturas regulatórias em vigor como forma de impedir o acesso de novos entrantes em seus mercados e evitar a perda de clientes e a pressão da concorrência sobre os preços.

Tal circunstância explica por que um juiz de Nova York aplicou uma multa elevada ao proprietário de um apartamento que estava recebendo estranhos por três dias mediante pagamento via Airbnb, por equipará-lo a um hotel sem a licença legal; ou por que Cortes da Bélgica e da Alemanha proibiram as atividades do Uber, consideradas similares às de um táxi sem licença; ou por que a lei francesa chamada “Lei Thevenoud” obriga os carros do Uber a retornar a uma base entre as cor-

ridas e restringe severamente o uso de *softwares* para encontrar clientes nas ruas. Esses exemplos se parecem com leis e regulações editadas no Brasil que proibiram ou restringiram intensamente as atividades de empreendedores e consumidores integrados pelo modelo da economia de compartilhamento.

Então, o que parece haver no ciclo da introdução das novidades disruptivas é uma primeira etapa na qual legisladores e reguladores tendem a ser reativos a elas. Interpretam o novo de forma a fazê-lo o mais parecido possível com o velho, empurrando-o para a ilegalidade e criando um incentivo contrário à inovação. Mas por que isso acontece? Primeiro, porque eles têm um viés contrário à inovação decorrente da defesa do modelo que construíram. Segundo, porque teriam que, de algum modo, reconhecer a insuficiência ou incompletude do seu trabalho e se curvar às críticas e sugestões de outras instituições, como órgãos de defesa da concorrência. E, terceiro, porque são, às vezes, capturados pelos regulados, o que se soma aos demais fatores na proteção dos agentes já estabelecidos.

Na segunda etapa desse ciclo quase sempre ocorre algo como uma *contrarreação* dos órgãos de defesa da concorrência. Na Europa, por exemplo, a Comissão Europeia anunciou que vai questionar a lei francesa e as decisões belga e alemã como violadoras de tratados da União Europeia, pela criação de barreiras à livre concorrência e pelo desestímulo à inovação. Foi nesse sentido a declaração indignada da vice-presidente da Comissão Europeia, Neelie Kroes, para quem “essas decisões não tratam de ajudar ou proteger os consumidores, mas de proteger o cartel dos táxis”. No Brasil, as autoridades antitruste vêm cumprindo esse papel de *advocacia da concorrência*, expondo como a indústria do táxi se beneficia de regulações que criam um monopólio artificial e transferem renda indevidamente dos consumidores para os prestadores do serviço. No entanto, como as autoridades antitruste não detêm jurisdição sobre leis e normas regulatórias, falta a elas poder para derrubá-las.

Assim, o conflito entre inovação e regulação deságua, invariavelmente, no Poder Judiciário. Essa seria uma terceira etapa do processo, na qual, provocado pelas autoridades antitruste ou pelos próprios empreendedores disruptores, o Judiciário é chamado a deliberar sobre a validade das barreiras regulatórias. Aos juizes caberá

desobstruir os canais da inovação e assegurar a abertura de mercados fechados à concorrência de novos entrantes.

Mas o Judiciário tem as capacidades institucionais necessárias para enfrentar esse desafio? Apresento, a seguir, alguns argumentos otimistas sobre essa capacidade. Primeiro, os juízes são atores externos não comprometidos com o viés dos legisladores e reguladores. Segundo, os juízes se encontram na posição institucional de apontar as falhas dos demais Poderes. Terceiro, os juízes têm poder para superar barreiras de entrada, em defesa da livre concorrência, em especial quando baseados em estudos das autoridades de defesa da concorrência, que funcionam como colaboradores da Corte ou peritos judiciais. E, por último, mas não menos importante, os juízes são mais independentes e menos suscetíveis à captura pelos agentes econômicos que dominam os mercados.

Do ponto de vista prescritivo, sustento que deva haver um *standard* de controle judicial a favor da inovação. O *standard* funcionaria da seguinte maneira: a) se o regulador contemplar a inovação disruptiva com regras que facilitem o seu ingresso no mercado e não inibam nem impeçam a inovação, o Judiciário deve ser deferente em relação às escolhas legislativas e regulatórias; b) se o regulador não se manifestar nem adotar normas que impeçam o acesso dos entrantes inovadores ao mercado, o Judiciário deve ser ativista, considerando essa postura passível de se constituir em uma barreira de entrada ilegítima. Nesse caso, o *standard* de controle deve ser mais severo, exigindo de legisladores e reguladores explicações de interesse público que possam justificar a regulação. No Brasil, algumas decisões judiciais foram proferidas sob tal *standard*, reconhecendo que a regulação em certos casos se transformou em verdadeira barreira ilegítima à livre concorrência, já que o bem-estar dos consumidores seria beneficiado pela concorrência de empresas exploradoras de novas tecnologias.

Evidentemente, o controle judicial não deve ser a última etapa do ciclo da inovação, porque juízes não têm a *expertise* e a experiência necessárias para formular desenhos regulatórios, sobretudo em cenários marcados por grande incerteza de informações. O papel do Judiciário deve ser o de manter abertos os canais da inovação e promover a livre concorrência. A quarta e última etapa do ciclo deve ser o

engajamento de reguladores e legisladores em um diálogo institucional, no qual se busquem respostas aos problemas e efeitos colaterais indesejáveis decorrentes das novas tecnologias.

Nesse ponto, legisladores e reguladores terão de enfrentar o que tem sido chamado de “dilema de Collingridge”, que envolve a dúvida entre regular precocemente e inibir a inovação ou regular tardiamente e permitir a consolidação de práticas nocivas de difícil remoção *a posteriori*. Para lidar com as incertezas científicas e de informações quanto aos impactos das novas tecnologias, a regulação deve optar por normas regulatórias minimalistas, de caráter experimental, que permitam adaptações e aprendizado no decorrer do tempo. Essas normas orientadas a favor da inovação costumam resultar num regime regulatório que favorece o ingresso dos inovadores, assegurando proteção mínima aos consumidores em termos de segurança, informação adequada e privacidade, sem a definição apriorística de modelos, tecnologias e objetivos específicos.

O Congresso Nacional editou a Lei nº 13.640/18, sobre o transporte privado de passageiros por usuários cadastrados em aplicativos e outras formas de comunicação em rede. Ao que parece, o legislador brasileiro se orientou por esses critérios, tendo se limitado a dispor sobre os seguintes pontos: a) a exigência de contratação de seguro de acidentes pessoais a passageiros e o seguro obrigatório geral; b) o pagamento dos tributos municipais; c) a inscrição dos motoristas no seguro social; d) a habilitação técnica de motorista profissional; e) a idade máxima dos veículos; f) a checagem dos antecedentes criminais dos motoristas.

A decisão do legislador brasileiro indica, por um lado, que o espaço aberto por sucessivas decisões judiciais leva a uma nova estrutura regulatória que contempla as novas tecnologias e os modelos de economia compartilhada. Por outro lado, a opção por uma regulação, ainda que minimalista, responde à demanda dos usuários pela preservação de sua segurança, da saúde e do meio ambiente. Uma escolha prudente, que não desestimula a inovação, mas que procura minimizar os riscos e impactos negativos dela decorrentes, permitindo a adaptação e o aprendizado diante de uma realidade velozmente mutável.

## Liberdade de exercício profissional

A Constituição brasileira prevê que o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é livre, atendidas as exigências de qualificação técnica que a lei estabelecer. A ideia seria a proteção do consumidor contra serviços de baixa qualidade, no caso de profissões nas quais a livre concorrência ou a regulação de qualidade e informação não sejam suficientes. Enquadram-se nessa categoria os chamados *bens de experiência*, assim entendidos os serviços cuja qualidade não possa ser verificada senão pelo consumo. Essa circunstância justifica a regulação de entrada em profissões como direito, medicina e engenharia, diante do risco aos direitos fundamentais dos consumidores (como a vida, a saúde e a liberdade) oferecido por prestadores mal preparados. No caso dos demais serviços e profissões, a livre concorrência parece ser melhor opção do que a regulação de entrada, uma vez que, pela sua natureza, é possível ter alguma consciência da qualidade relativa do serviço oferecido antes de consumi-lo.

A justificativa para a regulação de profissões depende dos custos e benefícios da imposição da barreira de entrada, diante das características empíricas do mercado regulado. A burocratização desnecessária traz riscos como a corrupção e a distorção de incentivos. Esses riscos são maiores quando os impactos da regulação de entrada não são medidos desde o início nem acompanhados ao longo do tempo. Em muitos casos, a regulação de entrada não serve a qualquer finalidade legítima, sendo mera estratégia de reserva de mercado em manifesto prejuízo dos consumidores.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra três casos que bem ilustram a situação descrita. A Corte julgou inconstitucional lei que condicionava o exercício da profissão de corretor de imóveis à inscrição no Conselho Federal da categoria.<sup>2</sup> Ao constatar que o ofício em questão não demanda, por sua natureza, qualificação técnica específica, o Tribunal considerou que a exigência do registro profissional era inconstitucional, sendo voltada para a consecução de privilégios e a reserva de mercado, mediante restrição do número de profissionais habilitados.

Em outro caso, o Supremo declarou inválido o artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/69, que exigia a apresentação de diploma universitário de jornalismo para a obtenção do registro profissional de jornalista no Ministério do Trabalho.<sup>4</sup> Entendeu-se que a restrição era inadequada, de vez que a atividade de comunicação social pode ser perfeitamente exercida por pessoas com variadas formações. Além disso, o pluralismo do debate público e o próprio acesso à informação dependem da possibilidade de livre expressão não apenas de jornalistas, mas também de economistas, juristas, engenheiros, médicos, desportistas, artistas, entre tantos outros especialistas, técnicos ou não.

Por isso a regulamentação da profissão de jornalista, além de criar uma injustificável reserva de mercado, acabava por produzir um indesejável efeito silenciador, incompatível com a plenitude das liberdades de imprensa e de expressão, nos termos assegurados pela Constituição. Na valiosa síntese do professor Fernando Dias Menezes de Almeida, “impedir, por razões de polícia das profissões, que algum indivíduo manifeste sua opinião em veículos de imprensa é necessariamente o mesmo que censurá-lo. A qualificação como jornalista não modifica o status do indivíduo como titular da liberdade de expressão”.<sup>5</sup>

Por último, a Suprema Corte julgou inconstitucional a exigência, contida na Lei nº 3.857/60, de registro de músico em conselho profissional, seja pela ausência de potencial lesivo na atividade a terceiros, seja em razão do direito fundamental à liberdade de expressão artística.<sup>6</sup> Além da preservação da intangibilidade da liberdade de criação intelectual, parece evidente que cabe ao público exercer livremente as suas preferências artísticas, sem qualquer interferência estatal.<sup>7</sup>

Existe uma nítida relação, em alguns casos, entre reserva de mercado, regulação profissional e ranço de paternalismo estatal. Uma coisa é a regulação que impõe exigências em defesa da vida, da saúde, da liberdade e do patrimônio das pessoas. Outra coisa é fazer uso da retórica de proteção do consumidor para criar reservas de mercado. O caldo de cultura política que ainda aceita esse tipo de engodo como algo natural e benéfico – embora sem evidências de produzir benefícios concretos – é a expressão do paternalismo. A reserva de mercado artificialmente instaurada só limita as escolhas do consumidor, impedindo o surgimento de novos modelos de negócio, por vezes mais eficientes e mais baratos.