

**Economia de compartilhamento e inovações disruptivas:
os reflexos da tecnologia na teoria tradicional do serviço público e na regulação**
*Sharing economy and disruptive innovations: the reflections of the technology
in the traditional theory of the civil service and in the regulation*

Adriana Soares de Moura CARNEIRO¹

Resumo: Os fenômenos tecnológicos derivados da economia de compartilhamento e inovações disruptivas transformaram os aspectos da vida social. Vê-se isso no serviço público, carente de adequação nessa era informacional, já que seu tradicional arcabouço conceptual e regulatório é confrontado com os promotores de novos negócios baseados em tecnologia e informação, tais como Uber, WhatsApp e Netflix. Neste sentido, investiga-se se é possível sustentar os contornos atuais da teoria do serviço público e a modelagem regulatória hodierna, ante as inovações tecnológicas e fenômenos disruptivos. Para tanto, através da revisão de literatura, verifica-se ser preciso distinguir, com base em essencialidade e indispensabilidade, os serviços universais dos de interesse geral. A partir dessa distinção, ter-se-á variedade de regimes jurídicos para o devido tratamento legal das interações entre disrupção e o serviço público, em razão da impossibilidade de modelo único, propiciando calibragem regulatória, em atenção à coexistência juridicamente equilibrada dos velhos e novos modelos e agentes econômicos.

Palavras-chave: Fenômenos tecnológicos. Serviço público. Regulação. Adequação.

Abstract: Technological phenomena, derivatives of the economy of sharing and disruptive innovations, transform the aspects of social life. The civil service needed adjustment in this information age, due to its traditional conceptual and regulatory framework is confronted with the new business promoters based on technology and information, such as Uber, WhatsApp, and Netflix. In this sense, it is investigated whether it is possible to sustain the current outlines of civil service theory and current regulatory modeling, in the face of technological innovations and disruptive phenomena. For this, through the literature review, it is necessary to distinguish, based on essentiality and indispensability, universal services of the general interest. Based on this distinction, there is a variety of legal regimes for the due legal treatment of the interactions between disruption and the civil service, due to the impossibility of a single model, providing regulatory calibration, in view of the legally balanced coexistence of old and new models and economic agents.

Keywords: Technological phenomena. Public service. Regulation. Adequacy.

DOI: <http://dx.doi.org.10.24024/23579897v30n2a2021p05024>

Introdução

No curso dessa nova revolução industrial, de ordem tecnológica e baseada na informação e no conhecimento, a sociedade testemunha transformações de diferentes matizes, mudanças de nítido aspecto desenvolvimentista, progressivo e ascensional.

Sem desprezo ao valor de suas antecessoras, essa nova revolução, a Revolução Tecnológica e Informacional, impacta forte e grandemente as relações interpessoais, em diversos aspectos, propiciando novo delineamento da convivência individual e coletiva.

¹ Doutora em Direito, com ênfase em Estado, Regulação e Tributação Indutora (UFPE). Mestra em Direito, com ênfase em Estado, Regulação e Tributação Indutora (UFPE). Especialista em Direito Administrativo (UFPE). Graduada em Direito (UNICAP). Coordenadora de curso de Direito. Professora em cursos de graduação e pós-graduação. Palestrante. Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco (IAP-PE). Membro da Comissão de Direito Administrativo (OAB-PE). Experiência em advocacia empresarial, consultoria e assessoria jurídicas, e como juíza leiga (Juizados Especiais Cíveis e das Relações de Consumo - TJPE). Endereço para acessar este CV na plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3787597142583469> | E-mail: adrianac@prof.fafire.br

Nesse novel desenho, o Direito tem atuação, não apenas por seu papel de ordenador social, mas também (e, quiçá, principalmente) por uma necessidade particular de revisitação, ante a força transmutadora da época atual, que também o abarca.

De forma mais restrita à presente análise, são visíveis os efeitos de tantas mudanças na seara do Direito Administrativo, e mais estreitamente no serviço público, já que as concepções clássicas não se encontram acomodadas satisfatoriamente no presente, ante os fenômenos tecnológicos oportunizados pela onda revolucionária contemporânea.

A economia de compartilhamento e a inovação disruptiva têm reverberado seus efeitos, e suas próprias existências, sobre a ideia de serviço público, de modo a confrontar a dinâmica tradicionalmente concebida para ele com a realidade atual dos fatos.

Neste artigo, o que se pesquisa é a efetividade da doutrina clássica do serviço público, diante das inovações tecnológicas e dos fenômenos delas decorrentes.

Para tanto, é necessário considerar neste estudo Uber, WhatsApp e Netflix, enquanto exemplos de fenômenos tecnológicos socialmente difundidos, representando uma fruição diferente de serviços de alguma forma já tradicionalmente prestados à população e normativados pelo Direito, sob a égide da teoria do serviço público.

Igualmente relevante é observar que o ideário da regulação estatal, como aspecto disciplinador da prestação de serviço público e/ou privado à sociedade, vivencia igual impacto, já que os fenômenos tecnológicos e disruptivos, notadamente os acima especificados, não se identificam com as diretrizes reguladoras atualmente existentes.

Eis, então, o problema investigado neste artigo: ante as inovações tecnológicas e fenômenos disruptivos, é possível sustentar os contornos atuais da teoria do serviço público e a modelagem regulatória atual?

Em atendimento à investigação colimada, tem-se por objetivo geral examinar a possibilidade de manutenção dos atuais contornos da teoria do serviço público e da modelagem regulatória atual, em face das inovações tecnológicas e fenômenos disruptivos. E, no tocante aos objetivos específicos, busca-se, correlatamente, visitar o universo conceitual da economia de compartilhamento e das inovações disruptivas, analisar a evolução dos conceitos de serviço público e verificar o arranjo regulatório posto e o que se vislumbra para os fenômenos tecnológicos.

Registre-se que a pesquisa se classifica como aplicada (quanto a sua natureza, por ser uma proposta de solução de um problema específico), qualitativa (quanto à forma de abordagem

do problema, por ser uma interpretação do fenômeno em estudo, com atribuição de significados a ele e aos temas correlatos), exploratória (quanto aos seus objetivos, por explicitar o problema e por efetivar um levantamento bibliográfico) e bibliográfica (quanto aos procedimentos técnicos, por se fundamentar em material já publicado, de formatos, tipos, autores e nacionalidades diversos).

Além disso, o presente estudo emprega, conjuntamente, os métodos dialético e fenomenológico, em razão da natureza qualitativa desta pesquisa, o que amplia as alternativas de análise e resolução do problema aqui destacado.

Enquanto pesquisa bibliográfica, a revisão de literatura objetiva a revisão teórica e determinar a validade dos contornos atuais da teoria do serviço público e da regulação dele, contando-se com as lições de Ana Frazão, Clayton Christensen, Floriano Marques Neto, Jacques Bughin, Licínio Martins, Pedro Gonçalves, Thomas Siebel, dentre outros.

Para o levantamento bibliográfico, são consultadas diversas fontes, de formato físico e virtual, de indistinta nacionalidade, dentre elas, livros, artigos, revistas, sites, bibliotecas virtuais, ferramentas de busca da internet.

E a revisão bibliográfica é feita mediante confecção de fichamentos do material analisado e pertinente ao assunto em tela, tudo devidamente documentado, como também as reflexões dele oriundas, organizados para composição do trabalho ora em construção.

Assim, impõe-se a análise de nova interface entre fenômenos tecnológicos, serviço público e regulação, a fim de o Direito se mostrar apto ao exercício de ordenação de um mundo em mutação, debate de inquestionável relevância acadêmica e social, e que não se esgota nesta pesquisa.

1. Um breve olhar sobre economia de compartilhamento e inovações disruptivas

Na dinâmica da vida hodierna, a tecnologia e a informação são realidades de gigantesca atuação e presença determinante para o acontecer dos fatos.

A vida em sociedade, seja nas relações interpessoais, seja mesmo numa verificação introspectiva, tende a se desenvolver sob novos formatos, cujos desenhos são tracejados pelo influxo das inovações tecnológicas e disruptivas.

Esses novos arranjos do cotidiano se revelam nas relações de trabalho, empresariais, médicas, educacionais, afetivo-emocionais, entre outras, mas são conduzidas pela mesma diretriz, a saber, a da revolução pela inovação e pelo conhecimento.

Neste contexto, para fins do estudo aqui prospectado, cabe destacar o relevo atualmente assumido pela economia de compartilhamento e pela disrupção.

De logo, insta diferenciar tais fenômenos, embora ambos se beneficiem (ou decorram) da tecnologia para se instrumentalizar.

A economia de compartilhamento, ou, em linhas gerais, o intercâmbio de bens ociosos entre pares, não se baliza necessariamente na ruptura (disrupção) de modelos mercadológicos preexistentes, apresentando-se como uma alternativa até mesmo sem finalidade lucrativa ou desinteressada.

Diverso se passa com as inovações disruptivas, cujo alicerce invariavelmente se estabelece na quebra do “processo tradicional de produção e reprodução de bens. Como o próprio nome sugere, a economia disruptiva gera uma fratura no modelo econômico, quebrando seu curso estático” (TEODORO; DA SILVA; ANTONIETA, 2017, p. 4-5).

Dito isso, e até mesmo para melhor compreensão dessa distinção, segue-se para uma análise de tais fenômenos, ainda que de forma perfunctória, em atenção aos limites deste estudo.

Por economia de compartilhamento, compartilhada, colaborativa ou *sharing economy*, entende-se a cooperação entre indivíduos autônomos, com vistas a assegurar o aproveitamento mais eficiente e racional por todos eles de bens especificamente determinados e que, até então e por múltiplos fatores, eram considerados ociosos.

Tem-se, então, estabelecida uma nova perspectiva para os modelos produtivos e negociais, capitaneada pelo consumo colaborativo. A partir de ferramentas tecnológicas variadas, entre elas os célebres aplicativos (*apps*), pessoas podem usufruir de bens que não possuem, cujo uso está sendo compartilhado pelos proprietários de tais bens.

A economia colaborativa tem se apresentado em variados modelos, alguns deles inclusive rechaçados por alguns estudiosos. São eles:

* Economia *peer to peer* (de pessoa para pessoa) – aqui o intercâmbio de bens não gera lucro ou receita incidente sobre o trabalho ou serviço prestado por outrem, advindo essencialmente da disponibilização da plataforma para o intercâmbio ou publicidade, por exemplo;

* Economia *peer to business* (de pessoa com o negócio) – nesta situação, o modelo se fundamenta na intermediação entre as pessoas para obter renda decorrente do serviço prestado ou do bem disponibilizado pelo executante ou proprietário.

Na economia *peer to peer*, as relações econômicas se desenvolvem entre partes em igualdade de posição, mediante “plataforma ou meio virtual que possibilite o *networking*, o *matchmaking* e, conseqüentemente, o negócio jurídico” (FRAZÃO; VIVIANI, 2017, p. 2). Tem-se aqui a situação do Wikipédia, OLX, entre outros.

Já na economia *peer to business*, as relações econômicas são intermediadas por empresa ou agente empresarial, que disponibiliza a plataforma ou o meio virtual em que as partes promoverão as interações. Sendo assim, neste modelo, a empresa disponibilizadora da tecnologia “controla o conteúdo dos negócios jurídicos e, em muitos casos, suprime a possibilidade real de negócio jurídico direto entre os usuários, tornando-se, mais do que um intermediador, o verdadeiro contratante entre as distintas pontas do *networking*” (FRAZÃO; VIVIANI, 2017, p. 2). Esse é o enquadramento do Uber, do Amazon, etc.

Como dito, critica-se a inclusão do *peer to business* no consumo colaborativo, por ser uma apropriação indevida do modelo colaborativo por empresas, já que “a cooperação paritária entre agentes cede lugar à direção do agente empresarial detentor do meio virtual ou da plataforma” (FRAZÃO; VIVIANI, 2017, p. 2).

E mais, esse agente empresarial “exerce nítida atividade empresarial sobre o serviço ofertado, estabelecendo as regras e as cláusulas dos contratos, a forma como o serviço será prestado e, o mais importante, o preço dos serviços” (FRAZÃO; VIVIANI, 2017, p. 2).

A despeito dessa crítica, constata-se o aumento da presença de agentes empresariais e do modelo *peer to business* na economia de compartilhamento, fenômeno que tem sido apontado como “*piecework subcontractor economy*, o que fica ainda mais claro quando o modelo de negócio deixa de se basear igualmente no aproveitamento racional de bens ociosos” (FRAZÃO; VIVIANI, 2017, p. 4).

Doutra banda, tem-se a inovação disruptiva.

Como fora brevemente antecipado, por ela se compreende a ideia da inovação como quebra, ruptura, rompimento no modelo padrão e tradicional dos negócios e da forma de produção de bens ou prestação de serviço.

A inovação disruptiva efetivamente não reclama a presença de artifícios tecnológicos, da mesma forma que a tecnologia por si só não promove a disrupção. Nada obstante isso,

atualmente tem sido testemunhada a presença de disrupção proporcionada pelo avanço tecnológico e informacional (SIEBEL, 2018).

Tem-se disrupção quando uma inovação promovida, desenvolvida ou ambientada no espectro tecnológico envolve as seguintes características:

- * Primeiramente, parte da “identificação de uma necessidade do consumidor que não estava satisfeita até o momento por nenhum produto ou serviço ou a solução de um problema que até o momento não tinha solução” (TEODORO; DA SILVA; ANTONIETA, 2017, p. 5);

- * Na sequência, concebe um “novo modelo sustentável que permita lucros e financiamentos” (TEODORO; DA SILVA; ANTONIETA, 2017, p. 5);

- * Por fim, propõe uma alternativa para o problema, notadamente com a criação de “novos negócios que não existiam antes e que crie vantagem competitiva sustentável ao longo do tempo” (TEODORO; DA SILVA; ANTONIETA, 2017, p. 5).

Como evidenciado, tem-se inovação tecnológica disruptiva apenas quando o novo modelo de negócio (lucrativo, disponibilizado numa plataforma ou no meio virtual, através de ferramentas tecnológicas variadas) quebra uma pendência integral ou parcial de atendimento de necessidade até então existente, rompendo o vazio outrora verificado.

E mais: é preciso que tal inovação promova a entrada de novos *players* no mercado, cuja posição dos entrantes apresente vantagem competitiva diferenciada dos partícipes clássicos (MARQUES NETO; FREITAS, 2017).

Quanto à ideia de novos atores de mercado, cabe uma reflexão: ser novo deve ser entendido numa percepção amplíssima, pois, tanto pode se referir a um novel participante, como a um agente já presente, mas que passa a atuar de modo diferenciado.

Daí, são exemplos de negócios fomentadores de inovações disruptivas a *Apple* (um, de fato, novel participante do mercado), a *Nespresso* (um agente já existente, a saber, Nestlé, atuando de forma diferenciada), entre outros.

Apoiada em recursos de tecnologia de informação, a inovação disruptiva não se trata de algo recém-criado, tampouco pode ser confundida com a inovação em si mesma.

A ideia de disrupção foi inicialmente apresentada por Joseph L. Bower e Clayton M. Christensen, em artigo por eles publicado em 1955, mas sem a adoção do termo disrupção. Apenas em 1997, Clayton M. Christensen, no livro *O dilema da inovação: quando as novas tecnologias levam empresas ao fracasso* (versão traduzida para o português em 2011),

apresentou a ideia mais bem esmiuçada daquela inovação imprevisível já mencionada anteriormente, e a chamando de disruptiva (RIBEIRO, 2017).

Por isso, distinguem-se as inovações das disrupções.

De um lado, há as inovações que, mesmo impactando fortemente o mercado, são previsíveis. E, de outra banda, há as outras que recriam o mercado, ante sua imprevisibilidade, ofertando possibilidades outrora incogitáveis. Essas últimas são as inovações de disrupção (CHRISTENSEN, 2011).

Feitas as breves exposições acerca da economia de compartilhamento e da inovação disruptiva, urge mencionar outro importante aspecto para este estudo.

Frise-se que a tecnologia informacional e o conhecimento, por si sós, podem oportunizar variados novos negócios, mas que estes podem (1) se fundar em aspectos negociais tradicionais, ou (2) se basear exclusivamente na *sharing economy*, ou mesmo (3) introduzir negócios inovadores, ou (4) efetivamente disruptivos.

Além disso, nada impede que novos negócios baseados na economia colaborativa sejam igualmente inovações disruptivas, situação a potencializar os impactos de seu surgimento nas relações sociais de todos os matizes.

Em razão dessa diversidade, cujos resultados e efeitos serão diferenciadamente novos, o tratamento jurídico deles também precisa ser, inclusive no âmbito dos serviços públicos.

2. Da retomada da teoria do serviço público ao presente

Como firmado, a partir da constatação de que os novos negócios reclamam tratamento diferenciado pelo Direito, restringe-se esta pesquisa ao serviço público.

Esse novel modelo de negócios, seja formatado pela economia compartilhada, seja motivado por inovações tecnológicas disruptivas, ou mesmo decorrendo da interface entre ambos os fenômenos, revela um diferenciado padrão de atuação, conflitante com o atual modelo de ação, gestão e normatização, notadamente quando a novidade negocial transita no universo clássico do chamado serviço público.

Assim sendo, neste momento de pós-capitalismo, capitalismo da gentileza ou Era Compartilhada, no qual as relações deixam de se fundamentar no tradicionalismo de um mercado de escassez para se estribar em trocas e compartilhamento (MASON, 2017), os

fenômenos tecnológicos precisam de um novo padrão normativo, nem sempre se sujeitando às vigentes doutrinas do serviço público e da consequente regulação deles.

Retomando alguns pontos da teoria clássica do serviço público, em particular os que são conflitantes com os fenômenos atuais, recorda-se que, a partir do contributo francês (Leon Duguit e Gaston Jèze), e do embate entre as teorias da Escola do serviço público e da Escola institucional, de Maurice Hauriou, tem-se por serviço público a atividade estatal, cuja atuação visa à satisfação de necessidade coletiva, social e de interesse geral, fundada no regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

Sabe-se que a escolha sobre qual atividade econômica será considerada serviço público se estriba na satisfação de necessidades que envolvem bens e serviços considerados escassos, seleção essa que é predominantemente de jaez político, podendo estar fixada na Constituição, na legislação infraconstitucional, na jurisprudência ou mesmo nos costumes vigentes em um dado momento.

Nada despiciendo é recordar que a caracterização como serviço público advém do Legislador, que, “em função de uma avaliação do interesse da coletividade em determinado momento histórico, entendeu que o Estado deveria, para cumprir as suas funções constitucionais de proteção dos liames sociais, tomar a atividade como sua” (ARAGÃO, 2013, p. 127).

Ocorre que se viveu certa crise na noção do serviço público, em face das transformações sociais delineantes de novos modelos do Estado, que apresentaram uma nova dimensão para os serviços prestados pelo ente estatal.

Eis, então, que, após período de desprezo (a cujo retorno a hodiernidade assiste ao ensaio aqui e alhures), a temática tornou a imperar no palco geral, por conta da transmutação do modelo estatal prestador para o regulador. E nessa transmigração de modelo de Estado, outra roupagem assumiu o serviço público, pois eles “fragmentaram-se, dissociaram-se, nem sempre compondo um bloco unitário, assumindo diversas formas, muitas das quais reclamam tratamento jurídico especial” (GROTTI, 2017, s.p.).

Dessa mudança, surgem modalidades que propiciam a livre concorrência num mercado aberto, ou atividades a serem exercidas em rede (a alternar monopólio e concorrência), ou setores em que a competência deve ser a tônica (GROTTI, 2017).

Além dessa alteração no arranjo do serviço público, a organização e controle dele igualmente se modificam, deslocando a competência regulatória dele para entes diversos dos que o executam, delimitando-a. Tais mudanças, que transitam nos espaços da definição, gestão,

prestação, regramento, entre outros, fez com que a nova ideia de serviço público incorporasse práticas e institutos derivados do conceito de democracia participativa, ou de colaboração dos particulares com o Estado, pelo que o serviço público exclusivamente amarrado às linhas estatais se sujeita ao processo de incorporação de atuação ou participação do particular (GROTTI, 2017).

Assim, a regulação estatal dos serviços públicos também se flexibiliza, já que há “mudança nos padrões de relacionamento entre Estado e Sociedade, pela ampliação dos campos de atuação regulatória estatal e, inclusive pela introdução de fortes instrumentos de atuação estatal sobre as relações econômicas” (GROTTI, 2017, s.p.).

Por isso, como espécie do gênero atividade econômica, grupo no qual também se inclui serviço prestado pelo setor privado com exclusividade (atividade econômica em sentido restrito), o serviço público engloba a ideia de serviço econômico de interesse geral, apesar da divergência entre possível sinonímia entre eles (DI PIETRO, 2013).

Conforme entendimento da União Europeia, por serviço econômico de interesse geral se entende determinadas atividades econômicas tidas por essenciais, sob as quais incidem as obrigações de universalidade e continuidade, dentre outras prerrogativas e caracteres, ainda que os prestadores de tais serviços sejam de natureza privada. E essa ideia original já avançou, já que a própria Corte Europeia alargou essa concepção, transmutando de serviço econômico de interesse geral para serviço de interesse geral, incluindo serviços que envolvam objetivos sociais, e não apenas os de viés econômico.

Todo esse debate sobre o universo conceitual do serviço público também se replica em terras pátrias, já que, tanto na perspectiva constitucional, como no espaço doutrinário, o entendimento do que seja serviço público é amplo e sujeito a peculiaridades de identificação, interpretação e tratamento jurídico.

Inegável é a alteração substancial que a percepção do que seja serviço público vem sofrendo, ensejando revisitação constante e debate acirrado, principalmente em episódios de privatização.

Assim, por um lado, “ampliam-se os limites da atividade privada, mas com a matização dos regimes jurídicos privados” (JUSTEN FILHO, 2001, p. 119). Porém, noutro lado, menos possível é ao particular “impor à atividade privada uma abordagem absolutamente individualística. O próprio regime de Direito do Consumidor acabou por introduzir para o

âmbito das relações econômicas alguns princípios característicos do regime publicístico” (JUSTEN FILHO, 2001, p. 118-119).

Desta feita, na perspectiva de presença do Estado, ao tempo em que a satisfação do interesse coletivo autoriza a intervenção estatal, a ação dele como empresário é reduzida.

Sendo assim, à margem do debate sobre o fim do serviço público ou da manutenção da roupagem inicial, o que se tem presentemente é a constatação de que a ideia clássica francesa não mais alberga a complexidade do cenário atual.

Neste sentido, seria possível conceber serviço público como a gama definida legalmente de atividades relevantes e de interesse geral, que precisam ser prestadas à sociedade, independentemente do regime que a envolva (MOREIRA NETO, 2000).

Nesse panorama, o serviço público, ou o serviço de interesse geral, seria todo atendimento de necessidade geral da sociedade identificada por lei, realizável pelo poder público ou pelo mercado, mas sob um regime diferenciado para proteção do bem comum.

A despeito disso, cumpre relembrar que o arranjo jurídico brasileiro para serviço público é constitucionalmente estabelecido, a minimizar o acatamento desse raciocínio inovador e amplo de serviço público, para além da seara estatal, tendo em vista que são características primazes do serviço público, dentre outros, conforme a Constituição:

* Titularidade estatal e com vedação de prestação por particulares sem outorga especial do poder público (monopólio estatal ou, melhor dizendo, privilégio estatal);

* No caso de outorga, todos os prestadores privados se sujeitam a único regime jurídico, fortemente regulado e pautado por prerrogativas publicísticas (*publicatio*).

Assim, predomina entre nós, por força constitucional, o entendimento de que o serviço público é um privilégio do Estado, prestado por ele ou por quem o ente estatal consentir, sob um regime jurídico especialíssimo e sujeito à regulação específica, interdito à concorrência e à livre iniciativa (GRAU, 2012).

3. Fenômenos tecnológicos e uma nova regulação

Os serviços advindos dos fenômenos tecnológicos, por economia compartilhada e/ou por inovações disruptivas, opõem-se fortemente à parametrização de serviço público como privilégio estatal, na modelagem tradicional e constitucionalmente entendida.

Neste sentido, o tratamento jurídico e a regulação atuais do serviço público não se conformam com a dinâmica informacional atual. Pelo contrário: rechaçam-na.

Atente-se para os casos Uber, WhatsApp e Netflix, pontuando que a menção a eles se dá de modo ilustrativo, por serem representantes de um elenco mais complexo e extenso do problema em si mesmo, que é a tratativa de novos negócios fundamentados na disrupção tecnológica pelo Direito.

Tendo-os por ilustração, verifica-se que tais fenômenos se operam em setores inseridos no âmbito do serviço público, notadamente aqueles outorgados a prestadores privados e sujeitos à regulação estatal. Entretanto, na prática, tais fenômenos se processam sem se submeterem ao regime jurídico diferenciado, rígido e típico do serviço público, à margem e ao arrepio do *standard* estabelecido jurídica e tradicionalmente.

Ao tempo em que são amplamente difundidas e satisfatoriamente recepcionadas pela sociedade, as inovações tecnológicas provocam:

- * A ojeriza nos agentes econômicos dominantes e detentores da outorga para a prestação do serviço público (em razão, por exemplo, da alegada concorrência desleal);
- * O estranhamento do regulador estatal (por conta do alheamento dos novos entrantes ao arcabouço regulatório, a lhe negar a relevância de atuação);
- * A desconfiança da comunidade jurídica *lato sensu* (por desajuste de tais fenômenos ao arranjo positivado e cientificamente pensado) (MARQUES NETO; FREITAS, 2017).

Confrontando a existência do serviço de táxis, de telecomunicações e de radiodifusão (o tradicional), Uber, WhatsApp e Netflix, respectivamente (a novidade), instigam duas situações diametralmente opostas entre si, a saber, rechaço ou adoção.

A hipótese da negação da novidade implica, *grosso modo*, em proibição dela, alternativa que a prática demonstra ser essencialmente impossível, em face da amplitude de uso das ferramentas, aplicativos ou plataformas disponibilizadores dos serviços, o que não significa que não tenha sido uma opção buscada, obviamente, sem sucesso.

Restando a opção da aceitação da novidade, ventilam-se duas possibilidades, a saber, enquadrar tais inovações nos contornos atuais do serviço público (e, conseqüentemente, regular na modelagem atualmente utilizada) ou reavaliar a moldura jurídica dos serviços públicos, para albergar os fenômenos tecnológicos recentes e, quiçá, vindouros (o que implica na adoção de formas diferenciadas de regulação).

De logo, impende destacar que a aceitação da novidade não significa adesão à falsa ideia de ausência de regras e de regulação (um mundo sem lei, como ampla e popularmente divulgado), mas sim de acomodação dos novos negócios que invariavelmente surgem e surgirão, e redesenho das balizas legais e regulatórias para ordenar tais fenômenos.

No tocante à primeira hipótese (enquadrar os fenômenos tecnológicos nos contornos atuais do serviço público), inadequada ela é ao cenário tecnológico desses negócios, em face da rigidez do regime jurídico específico do serviço público, e, mais restritamente, da *publicatio*.

No caso do Uber, tem-se um aplicativo (*app*), de acesso pela internet e que utiliza os serviços de geolocalização e conexão móvel dos *smartphones*, através do qual motoristas particulares previamente cadastrados usam seus veículos pessoais para transportar passageiros, serviço esse que se contata diretamente na plataforma em análise.

Cabe destacar o debate sobre o enquadramento do Uber no espectro de negócio de tecnologia, pois, apesar de sua condição *for-profit ridesharing*, inegável é o traço de *sharing economy* existente nele, mesmo ostentando um modelo *peer to business* na economia de compartilhamento (MARQUES NETO; FREITAS, 2017; TEODORO; DA SILVA; ANTONIETA, 2017; BUGHIN *et al.*, 2018).

Assim sendo, o Uber (e seus concorrentes) não comporta a imposição de regramento similar ao proposto pela *publicatio*, já que por essa é necessária a adoção de um processo burocrático e custoso para o funcionamento, situação que dá azo ao impedimento de novos entrantes, lógica abissalmente oposta à do Uber, que é a do ingresso facilitado e menos oneroso para quem deseja negociar, seja como motorista, seja como usuário.

Também deslocados do serviço público tradicional estão WhatsApp e Netflix.

Na sua condição de integrante do sistema *OTT (over the top)*, o WhatsApp é uma “ferramenta por meio da qual o conteúdo é transmitido por *streaming*, procedimento em que os dados são recebidos e exibidos simultaneamente, contando com uma margem de intervalo entre as etapas, para prevenir possíveis oscilações na velocidade da rede” (MARQUES NETO; FREITAS, 2017, p. 26-27).

Recorde-se que a tecnologia *streaming* é uma forma de transmissão instantânea de dados de áudio e vídeo através de redes. Por meio do serviço, é possível assistir a filmes ou escutar música sem a necessidade de fazer *download*, o que torna mais rápido o acesso aos conteúdos *online* (STÜMER; SILVA, 2015).

Quando a troca de mensagens instantâneas transcendeu de si mesma, passando a incorporar o serviço de chamadas de voz, o WhatsApp passou a atuar no espaço das empresas operadoras de telefonia móvel, ambiente tradicionalmente tido como serviço público. Aqui, a celeuma também se instalou, sob o argumento da ausência de regramento nessa prestação do serviço de telecomunicações, já que o privilégio da atuação no setor foi rompido pelo aplicativo, inclusive pela utilização de tecnologia diferenciada para essa comunicação.

De outro lado, o Netflix, igualmente se utilizando do sistema *OTT*, caracteriza-se por oferecer, “via *on-line streaming*, conteúdos audiovisuais *on demand* como filmes, séries e documentários, que podem ser assistidos por meio de seu *site* em diversas plataformas, como *smartphones*, *tablets*, computadores e televisões” (STÜMER; SILVA, 2015, p. 1-2, grifos do original).

Nesta estrutura digital *VOD* (*video on demand*), o Netflix “é pago e o assinante pode optar pelo momento mais adequado para consumir determinado produto audiovisual, independentemente de grades de programação, desde que tenha conexão de internet” (STÜMER; SILVA, 2015, p. 1-2, grifos do original).

Desta feita, ele diverge dos serviços prestados pelas empresas de TV a cabo, já que as concessionárias do serviço (público) de radiodifusão de imagens e de serviço de acesso condicionado funcionam sob o mecanismo de grade de programação e com a dinâmica de controle e liberação parcial da exibição desta programação, métodos-padrões para os negócios tradicionais.

Mesmo se aproximando mais do serviço de TV por assinatura, do que da chamada TV aberta, o Netflix (e seus concorrentes) não se enquadra no regime jurídico específico de nenhum serviço audiovisual.

Em verificando suas essencialidades e funcionamentos, é impraticável exigir do Uber, WhatsApp e Netflix (e seus afins) adequação ao regime jurídico existente, já que limitador, senão impeditivo, de suas existências, descaracterizando seus traços disruptivos.

Quanto à segunda opção, a saber, rearranjo da ordenação dos serviços públicos para albergar os fenômenos tecnológicos, diante das considerações anteriores tracejadas, que impossibilitam a negação da novidade e o enquadramento do novo ao velho *standard*, é primaz separar a questão atinente ao serviço público da temática da respectiva regulação.

Não é satisfatório o enfrentamento atualmente vivenciado entre os fenômenos tecnológicos em destaque aqui (Uber, WhatsApp e Netflix), se considerados apenas no enquadramento deles como serviço público, ou não.

Para além desse importante debate, exige-se também a discussão de um novo alinhamento ordenador para os velhos e novos negócios, de forma a oportunizar a todos existência, funcionalidade e execução, tudo em defesa dos ainda prestigiados princípios da liberdade negocial, da iniciativa privada e da concorrência, prestígio esse que foi reforçado legislativamente com a Lei nº 13.874/2019, denominada Lei da Liberdade Econômica.

Sendo assim, no tocante ao redimensionamento da ideia de serviço público, perceber que tal serviço é passível de prestação em regimes variados, de acordo com o executante/prestador e com a natureza do serviço em si mesmo, amplia por si só a lógica ora restrita do regime jurídico diferenciado, exorbitante das regras de direito privado e predominante de *publicatio*, como se estabelece entre nós (GONÇALVES; MARTINS, 2004).

No contexto do serviço de interesse geral, para além da noção de serviço público tradicionalmente definida, como muito se ventila atualmente, gama variada de serviços é reclamada para atendimento do decantado bem comum social, sendo que alguns deles se vinculam a aspectos mais ou menos essenciais, universais e indispensáveis à vida da comunidade (MARQUES NETO; FREITAS, 2017).

Noutras palavras, o grupo, ou gênero, serviço de interesse geral, comportaria duas espécies, a saber, serviços de interesse geral *lato sensu* e os serviços universais.

A diferenciação entre eles se fundaria na densidade dos caracteres de relevância pública, universalidade, continuidade e regularidade na prestação, preservação do interesse geral e igualdade de atendimento.

Portanto, a gravitar nos extremos de mais ou menos indispensáveis ou essenciais para a ordem social, os serviços de interesse geral podem se situar no espectro do serviço de interesse geral *lato sensu* (menos indispensáveis/essenciais) ou serviços universais (mais indispensáveis/essenciais).

Quanto aos serviços universais, aplica-se o regime de prerrogativas publicísticas, objetivando assegurar a prestação deles nos critérios de essencialidade acima pontuados.

Já referentemente aos serviços de interesse geral *lato sensu*, por não se enquadrar nos parâmetros dos universais (seleção essa que é excludente), o regime jurídico deles pode ser de

direito privado, sujeito à concorrência e livre iniciativa e sem a lógica da *publicatio* (MARQUES NETO; FREITAS, 2017).

Dessa diversidade de serviços de interesse geral, deflui a fragmentação dos regimes jurídicos, já que, em sendo diferentes, não comportariam tratamento jurídico igual. Assim, fragmenta-se a regulação incidente sobre os antigos serviços públicos.

Considerando a perspectiva diferenciada daquela tradicionalmente posta para o serviço público, o gênero serviço de interesse geral, com suas espécies, reclama a quebra do regime jurídico monista e, invariavelmente, tal ruptura se projeta para a regulação, que pode se desenvolver, no mínimo, através de duas formas. Até porque impossível é enfrentar a realidade dos novos negócios sem conceber que a presença deles necessariamente não implica declarar a extinção dos modelos tradicionais de negócios. Muito pelo contrário, uma vez que a possibilidade de coexistência viável deles perpassa a diferenciação da regulação que se pretenda fazer.

É deste ponto que emerge a assimetria ou calibragem regulatória.

Partindo da premissa que regulação é a “metodologia de equilíbrio de subsistemas jurídico-econômicos” (MARQUES NETO; FREITAS, 2017, p. 43), por assimetria regulatória se deve entender a distinção de atividades, aplicando-se-lhes uma “maior ou menor dose de concorrência, de acordo com as peculiaridades de cada uma delas” (MARQUES NETO; FREITAS, 2017, p. 43).

A ideia é que, calibrando a introdução da concorrência nos setores, ter-se-ia a variação de incidência da regulação, sempre com vistas à essencialidade ou indispensabilidade do serviço à população. Essa variação, para proteger os prestadores já existentes e garantir a entrada de novos *players*, inclusive os disruptivos, pode ter por balizas vetores como preço (máximo e mínimo do que for ofertado ao mercado consumidor) e entrada (filtragem da quantidade ou qualidade dos prestadores para os setores), dentre outros critérios passíveis de adoção. E, com base nessas variáveis, podem ser estabelecidas medidas regulatórias adequadas aos setores e respectivos prestadores, em vista do célebre (e idealizado) bem comum.

Ademais disso, é possível dimensionar a regulação desses novos atores em variadas perspectivas, conjugando aspectos finalísticos, circunstanciais e formais.

Quanto ao aspecto finalístico, busca-se, em teoria, pela regulação, “preservar e incentivar a inovação, assegurar a livre concorrência, a segurança do usuário e o respeito às liberdades e

direitos individuais nos novos contextos de mercado” (KORMANN, 2020, p. 49), já que visitados pela disrupção.

Pertinentemente ao aspecto circunstancial, ante o habitual *pacing problem* (ou seja, descompasso entre Direito e tecnologia), é relevante alinhar o aparecimento da disrupção com o descompasso regulatório, a fim de identificar o momento adequado para a escorreita intervenção, de forma a propiciar desenvolvimento à inovação, e não sua estagnação (KORMANN, 2020).

E, por fim, referentemente ao aspecto formal, há de se considerar tanto o nível de incidência regulatória, quanto os métodos, instrumentos e ferramentas a serem utilizados para essa regulação (KORMANN, 2020). Aqui, é forçoso recordar que o debate regulatório mais presente na atualidade é de ênfase na qualidade regulatória (a que se denomina *smart* ou *better regulation*), e não necessariamente em mais regulação. Afinal, em atenção a um *renew deal* regulatório, “a evolução regulatória deve evoluir de forma parelha com a evolução digital” (SILVA, 2017, p. 160), inclusive para fins de atendimento da atualmente festejada análise de impacto regulatório (AIR).

Como se percebe, não há que se falar em privilégio estatal, limitação concorrencial, regime jurídico diferenciado ou afins, quando a identificação dos serviços de relevo para a sociedade transcende a concepção clássica de serviço público, já que, por essa ruptura da própria lógica do serviço, não há palco para embates e argumentações restritivas à inserção de novos e disruptivos *players* no mercado.

Desta feita, é imprescindível considerar que não se trata de uma questão de aceitação passiva da novidade e de desrespeito ou desprezo pelo regime jurídico existente. Renovar algo pressupõe um valor do arcabouço preexistente, contribuição essa que, em determinado momento histórico, social, político, cultural e/ou tecnológico, reclama redesenho, a partir de suas transatas experiências, mas atenta ao novo panorama que se deslinda.

Enfim, tem-se o unir a história, representativa do passado, à imaginação, possibilitando um cenário futuro diferenciado, quiçá, melhorado.

Diante de todo exposto, percebe-se impossível manter as amarras tradicionalistas do serviço público e respectivos regime jurídico e regulação. Eis que é o momento de avançar nesta seara para albergar os novos arranjos, não apenas os de jaez tecnológico, pois é o mundo em si, as sociedades, as pessoas e todo o entorno (incluindo o regulatório) que estão em disrupção, reinventando-se dia a dia.

Considerações finais

Nada obstante as benesses promovidas pelos avanços tecnológicos, notadamente nas últimas décadas, um incômodo generalizado tem sido vivenciado pelo mundo jurídico com a chegada de novos agentes econômicos originários da economia de compartilhamento e/ou frutos das inovações disruptivas tecnológicas.

A aceitação social massiva dos novos negócios de origem tecnológica não reflete os transtornos que a atuação deles tem suscitado no *layout* tradicional do serviço público. Casos como Uber, WhatsApp e Netflix, por suas roupagens e engenharias tecnológicas, provocam debate sobre a validade do arranjo tradicional do serviço público.

Diante de um cenário novíssimo e imprevisto, em que a tecnologia, o conhecimento e a informação ditam as diretrizes desta Era, a ideia de serviço público, classicamente exposta, não comporta a presença dos fenômenos do presente, tampouco assinala uma satisfatória perspectiva futura.

A ideia de privilégio estatal na prestação de serviço considerado relevante para a sociedade, que é exercido sob um regime diferenciado e exorbitante das regras do direito privado, mas que permite, em certos casos, a execução pelo setor privado, desde que presente a *publicatio*, não promove a convivência equilibrada entre os agentes econômicos tradicionais e os disruptivos, descaracterizando o Direito, enquanto instrumento de ordem e promoção social.

Daí, a relevância de revisitar a teoria clássica do serviço público, seu regime jurídico monista e sua regulação unitária. E, confrontando a história com a imaginação, o panorama dos serviços de interesse geral se erige.

Considerando que há serviços de interesse geral, sejam econômicos, sejam sociais, que transitam entre os limites extremos da essencialidade ou indispensabilidade, fragmenta-se o regime jurídico deles, aceitando as regras de direito privado, a livre iniciativa e a concorrência naqueles em que o interesse geral não seja universal. Desta feita, apenas nos serviços universais se teria a adoção de um regime jurídico publicístico e atrelado às limitações classicamente conhecidas. Nos demais casos, isto é, para os serviços de interesse geral *lato sensu*, cabe perfeitamente o regime privatista, com as regras características da iniciativa privada.

Ante a diversidade dos regimes jurídicos dos serviços de interesse geral, diversa também será a regulação deles, em face da necessária assimetria regulatória. Observadas as variáveis que podem ser utilizadas, dentre elas, preço e entrada, é possível regular setores de formas distintas, permitindo mais ou menos concorrência, a depender da espécie de serviço, calibragem essa que visa à realização eficiente dos critérios de relevância pública, universalidade, continuidade e regularidade na prestação, preservação do interesse geral e igualdade de atendimento.

Importante ressaltar que a coexistência econômica e juridicamente saudável entre antigos e novos *players* só poderá ser viabilizada com a ruptura do esquadro tradicional do serviço público, e consequentes regime jurídico e regulação, não por uma submissão ao novo, mas sim, para recepcionar as vantagens do presente (e do futuro), sem perder de vista as conquistas já realizadas, ainda que necessário seja o transmutar delas.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BUGHIN, Jacques *et al.* Why digital strategies fail. **McKinsey Quarterly**, Seattle, n. 1, p. 61-75, jan.2018.
- CHRISTENSEN, Clayton Magleby **O dilema da inovação**: quando as novas tecnologias levam empresas ao fracasso. São Paulo: M. Books, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder. (coord.). **Tratado de direito administrativo**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FRAZÃO, Ana; VIVIANI, Luís. **Economia do compartilhamento e tecnologias disruptivas**: a compreensão dos referidos fenômenos e suas consequências sobre a regulação jurídica. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/economia-do-compartilhamento-e-tecnologias-disruptivas-14062017. Acesso em: 28 out. 2020.
- GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital (org.). **Estudos de Regulação Pública I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 15. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>. Acesso em: 16 ago. 2020.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. **Redae**, São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 107-183.
- KORMANN, Maria Eduarda. **Novas tecnologias e regulação: inovações disruptivas e os desafios ao direito da regulação**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2020. Disponível em: <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/trabalhoConclusaoWS?idpessoal=78428&idprograma=40001016017P3&anobase=2020&idtc=166>. Acesso em: 12 set. 2020.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Vêras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 17-48.
- MASON, Paul. **Pós-capitalismo: Um guia para o nosso futuro**. Tradução de José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do Direito Administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. In: FREITAS, Rafael Vêras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 61-82.
- SIEBEL, Thomas M. Why digital transformation is now on the CEO's shoulders. **McKinsey Quarterly**, Siattle, n. 1, p. 76-81, 2018.
- STÜMER, Adriana; SILVA, Giana Petry Dutra da. **Do DVD ao online streaming: a origem e o momento atual do Netflix**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/encontros-nacionais/10o-encontro-2015/gt-historia-da-midia-audiovisual-e-visual/do-dvd-ao-online-streaming-a-origem-e-o-momento-atual-do-netflix/view>. Acesso em: 20 out. 2020.

SILVA, José Benedito Lázaro da. O efeito disruptivo das inovações tecnológicas frente às ciências jurídicas e sociais. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON Bruno. (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 155-167.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; DA SILVA, Thais Claudia D'Afonseca; ANTONIETA, Maria. Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno uber. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 20, n. 39, p. 1-30, abr. 2017. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/14661/11373>. Acesso em: 30 set. 2020.

Recebido em: 11.02.2021

Aprovado em: 14.03.2021

Para referenciar este texto:

CARNEIRO, Adriana Soares de Moura *et al.* Economia de compartilhamento e inovações disruptivas: os reflexos da tecnologia na teoria tradicional do serviço público e na regulação. **Lumen**, Recife, v. 30, n. 2, p. 05-24, jul. /dez. 2021.