

Regulação jurídica das novas tecnologias no Direito Administrativo brasileiro: impactos causados por Uber, WhatsApp, Netflix e seus similares

Legal regulation of new technologies in Brazilian Administrative Law: impacts caused by Uber, WhatsApp, Netflix and their similar

Daniel Wunder Hachem(1); Luzardo Faria(2)

1 Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Professor Visitante (2018/2020) e Pós-Doutorado (2016/2017) pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (França). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Líder do NUPED - Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR. Advogado.

E-mail: danielhachem@gmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8519-8420>

2 Mestre e Bacharel em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Editor-Adjunto da Revista de Investigações Constitucionais. Membro do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogado.

E-mail: fariacruzardo@hotmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7330-2649>

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 15, n. 3, p. 180-203, Setembro-Dezembro, 2019 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Outubro 04, 2019; Accepted/Aceito: Março 17, 2020]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i3.3593>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

O artigo objetiva analisar os impactos que o desenvolvimento de novas tecnologias tem gerado no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, buscando identificar qual a melhor forma de regular, a partir de instrumentos jurídicos, essas novas realidades. Nesse sentido, foram escolhidas três áreas típicas de serviço público para estudo: o serviço de transporte individual de passageiros, o serviço de telecomunicações e o serviço de radiodifusão de sons e imagens. Esses campos foram intensamente impactados nos últimos anos pelo surgimento de tecnologias como Uber, WhatsApp e Netflix, causando significativas transformações nas bases tradicionais do regime jurídico-administrativo. O método de pesquisa adotado foi o descritivo-exploratório, por meio do qual se descreveu as transformações que as novas tecnologias geraram em três serviços públicos em espécie, explorando as novas soluções jurídicas trazidas pelo Direito brasileiro para essas questões, e a metodologia de pesquisa foi a bibliográfica, baseando-se na leitura de artigos científicos, livros, legislação e jurisprudência para dar sustentação às conclusões.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Novas tecnologias. Uber. WhatsApp. Netflix.

Abstract

The article aims to analyze the impacts that the development of new technologies has generated in the field of Brazilian Administrative Law, trying to identify which is the best form to regulate, through legal instruments, these new realities. In this sense, three typical areas of public services have been chosen for study: individual passenger transport service, telecommunications service and sound and image broadcasting service. These fields have been intensely impacted in recent years by the emergence of technologies such as Uber, WhatsApp and Netflix, causing expressive transformations in the traditional bases of the legal-administrative regime. The research method adopted was the descriptive-exploratory, through which the transformations that the new technologies generated in three mentioned public services were described, exploring the new legal solutions brought by Brazilian Law for these issues, and the research methodology was bibliographic, based on the reading of scientific articles, books, legislation and case law to support the conclusions.

Keywords: Administrative Law. New technologies. Uber. WhatsApp. Netflix.

1 Introdução

Nos últimos anos, o mundo tem se deparado com avanços tecnológicos cada vez mais frequentes e impactantes. A internet – e as demais ferramentas digitais dela provenientes – pode ser considerada o principal exemplo desse cenário de revolução científica. Poucos anos desde a sua popularização, já se tornou impossível pensar a vida em sociedade sem a utilização da internet, tamanha a dependência criada em tão pouco tempo.

E, se atualmente as pessoas conversam, relacionam-se, entretêm-se e firmam contratos (entre tantas outras atividades cotidianas que poderiam ser mencionadas) por meio de mecanismos eletrônicos, é evidente que o âmbito jurídico também acabou sendo afetado por essa nova realidade. Em verdade, a internet impõe ao Direito padrões de relações jurídico-sociais antes inimagináveis, fazendo com que a ciência jurídica tenha que se desenvolver a toque de caixa para poder fazer frente às novas demandas da sociedade.¹ Nesse sentido, não havendo como evitar os avanços tecnológicos ou negar sua existência, “pretendendo uma imutabilidade que não cabe na vida, é preciso, pois, absorvê-los, integrá-los ao que já existe, avaliar e aproveitar as melhorias que podem proporcionar à sociedade e a seu desenvolvimento”.²

Diferentemente de muitas áreas do conhecimento, o Direito é frequentemente encarado como uma “ciência tradicional”, que deve ser desenvolvida sob bases rígidas, capazes de indicar com segurança os caminhos a serem seguidos pelos indivíduos e pelo Estado. Em razão disso, pode-se dizer que há uma natural tendência dos juristas em procurar soluções para novos problemas em institutos já existentes, tentando encaixar a nova realidade em formas antigas.³ É lógico, porém, que essas táticas quase nunca obtêm sucesso – notadamente quando os impasses a que o Direito é chamado a resolver são oriundos das chamadas tecnologias disruptivas.

As inovações disruptivas se diferem daquilo que pode ser considerado como inovações ordinárias, na medida em que atuam de modo verdadeiramente imprevisível, apresentando soluções impensadas para problemas que muitas vezes a sociedade nem

- 1 Conforme bem analisa Thiago Marrara, “ao impactarem essas diversas relações humanas regradas pelo ordenamento jurídico, tais tecnologias passaram a suscitar o interesse daqueles que se ocupam das ciências jurídicas. Em muitos casos, elas mesmas transformaram-se em objeto de normas jurídicas, originando novos temas de pesquisa jurídica e, inclusive, inovadores ramos científicos.” MARRARA, Thiago. Direito administrativo e novas tecnologias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-251, jan./abr. 2011. p. 231.
- 2 RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 181-204, out./dez. p. 181.
- 3 BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016. p. 128-129.

percebia que tinha, criando, com isso, novos mercados e nichos econômicos (ou, pelo menos, reestabelecendo as bases de mercados já instituídos).⁴

Desse modo, as inovações disruptivas apresentam-se como um desafio para o Direito por dois principais motivos: (i) são construídas em espaços não regulados juridicamente, verdadeiros “pontos-cegos” do ordenamento jurídico, aproveitando-se dessa omissão para se desenvolverem em áreas com as quais o Direito ainda não se preocupava tanto; e (ii) usufruem dos mecanismos de interferência na vida pessoal ofertados pela internet para impactar o cotidiano dos cidadãos de modo tão intenso e veloz que em pouco tempo se tornam “indispensáveis”, dificultando, do ponto de vista prático e social, o seu banimento.⁵

Essas dificuldades são sentidas intensamente no campo do Direito Público, fazendo com que o Estado tenha que dar respostas a problemas com os quais jamais imaginava que teria de se preocupar.⁶ É o caso, por exemplo, dos impactos causados pelas novas tecnologias na área das atividades econômicas (tanto aquelas exploradas diretamente pelo Poder Público, como aquelas que sofrem sua regulação). Nessa linha, serão demonstrados os desafios que aplicativos como Uber, WhatsApp, Netflix e seus similares têm gerado para o Direito Administrativo brasileiro.

É óbvio, porém, que o Estado não adota uma posição meramente passiva no tocante a essas novas tecnologias (limitando-se a reagir aos impactos por elas gerados), mas também sabe – assim como a sociedade – usufruir e se aproveitar delas para facilitar o atingimento de seus objetivos. Esse viés das relações entre o Direito e as inovações tecnológicas também será abordado no presente trabalho, indicando como os temas do ato e do processo administrativo valem-se (ou devem se valer) de ferramentas digitais.

4 RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 181-204, out./dez. p. 190.

5 RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 181-204, out./dez. p. 197.

6 Nesse sentido, Patrícia Baptista e Clara Iglesias Keller afirmam que “A velocidade dos avanços tecnológicos, especialmente os da tecnologia digital e de dados, tem posto às administrações públicas, estatais e supraestatais, os desafios de decidir quando, por que e até onde intervir e disciplinar essas inovações”. BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016. p. 127.

2 Impactos causados pelas novas tecnologias no campo das atividades econômicas e o papel da regulação administrativa nesse novo cenário

Entre os mais diversos temas afetos ao Direito Administrativo, a intervenção do Estado na ordem econômica é, provavelmente, aquele no qual têm se desenvolvido os debates mais intensos e polêmicos a respeito da recepção jurídica das novas tecnologias.⁷

Parece ser de consenso geral que o “debate sobre a legitimação da intervenção estatal em novas tecnologias não pode ser travado sem considerar-se a importância da promoção e preservação da inovação, como fator de produção essencial ao desenvolvimento econômico das sociedades”.⁸ No entanto, saber em que casos, até que ponto e de que modo a Administração Pública deve agir para regular essa nova realidade é uma questão complexa, que está longe de ser pacífica e que demanda análises doutrinárias específicas.⁹

Diante disso, na sequência serão apontados os impactos causados por aplicativos como Uber, WhatsApp e Netflix aos seus respectivos setores econômicos. Evidentemente, não se pretende aqui lançar propostas ou conclusões definitivas a respeito de temas tão profundos e polêmicos. Objetiva-se, por outro lado, realizar uma espécie de mapeamento das principais repercussões causadas por tecnologias disruptivas para essa área do Direito Administrativo, apresentando temas que têm gerado longos debates na doutrina administrativista brasileira recentemente.

2.1 Os aplicativos de serviço de transporte individual de passageiros: seu regime jurídico e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre sua constitucionalidade

Nos últimos anos, diversos aplicativos para *smartphone* com o intuito de organizar e comercializar a oferta de serviços de transporte privado urbano têm sido desenvolvidos.

- 7 Como destacam Rafael Oliveira e Caio Cesar Figueiroa, “os novos serviços decorrentes do advento da economia do compartilhamento desafiam as premissas arraigadas ao conceito clássico dos serviços públicos e os instrumentos de regulação utilizados, pois o *modus operandi* desta nova lógica pressupõe um mercado competitivo entre os novos agentes econômicos e os prestadores detentores da precária exclusividade”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FIGUEIROA, Caio Cesar. Desafios das reformas institucionais a partir de novas tecnologias: uma abordagem pragmática do direito público a partir do caso Uber. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 354.
- 8 BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016. p. 159.
- 9 BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

A lógica por trás dessas novas ferramentas está em facilitar a busca dos consumidores por motoristas, aproveitando-se não apenas as tecnologias atualmente existentes, mas também a importância que os aparelhos celulares adquiriram para a vida cotidiana.

O maior exemplo desses aplicativos é o Uber,¹⁰ gigantesca empresa norte-americana criada em 2009 e que atualmente já possui valor de mercado na casa dos 70 bilhões de dólares.¹¹ No Brasil, o Uber já conta com mais de 17 milhões de usuários. Tendo chegado ao país em 2014, em agosto de 2017 a empresa divulgou dados demonstrando que mais de 530 milhões de viagens já haviam sido realizadas pelo aplicativo até então e que São Paulo é a cidade no mundo onde mais se utiliza esse serviço.¹² Em um ano (entre outubro de 2016 e outubro de 2017) o número de motoristas cadastrados no Uber no Brasil saltou cerca de 10 vezes, de 50 mil para 500 mil.¹³

Diversos podem ser os motivos aptos a justificar esse fenômeno. Comumente, são considerados como principais benefícios desses aplicativos o fato de que eles conferem: (i) mais informações para os consumidores sobre os motoristas e a viagem (como trajeto, preço, horário e tempo de viagem); (ii) maior garantia de segurança e conforto nos veículos; (iii) mais facilidade de contato tanto com o motorista com a empresa responsável pelo serviço, o que possui ressaltada importância notadamente para casos de reclamações e denúncias.

No entanto, assim como em diversas outras localidades, no Brasil a entrada no mercado do Uber e dos demais aplicativos não foi desprovida de polêmicas. Essas empresas sofreram com medidas judiciais e administrativas (essas, notadamente por meio dos Departamentos de Trânsito e Secretarias de Transporte) tentando banir seu funcionamento, sendo que os motoristas – principalmente no início – eram atormentados com o constante risco de agressão física por parte de taxistas.¹⁴

A problemática centra-se no fato de que no Brasil o serviço remunerado de transporte individual era considerado, de modo geral, como de exclusividade dos taxistas. Até 2013, a Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/12) tratava como *serviço público* o serviço de transporte individual de passageiros, o que justificava

10 Vale lembrar que, além do Uber, diversos outros aplicativos com essa mesma finalidade funcionam/já funcionaram no país, tais como o Cabify, o 99 Táxi, o Televo, o WillGo e o EasyGo.

11 BOMFIM, Mariana. “Uber, Netflix, WhatsApp: por que fazem sucesso, mas têm perdas e dívidas?”. UOL Economia, 06 out. 2017. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/10/06/empresas-tecnologia-gigantes-valorizadas-mercado-prejuizo-dividas.htm>. Acesso em 02 abr. 2018.

12 REDAÇÃO LINK. “Uber chega a 15 milhões de usuários no Brasil.” O Estado de S. Paulo, 14 ago. 2017. Disponível em: <http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,uber-chega-a-15-milhoes-de-usuarios-no-brasil,70001936193>. Acesso em 02 abr. 2018.

13 LOBEL, Fabrício. “Número de motoristas do Uber cresce dez vezes em um ano no Brasil.” Folha de S. Paulo, 30 out. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/10/1931013-numero-de-motoristas-do-uber-cresce-dez-vezes-em-um-ano-no-brasil.shtml>. Acesso em 02 abr. 2018.

14 BINENBOJM, Gustavo. Novas tecnologias e mudanças regulatórias nos transportes públicos municipais de passageiros: um estudo a partir do caso Uber. *Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1690-1706, 2016. p. 1700.

a posição de exclusividade dos taxistas, que recebem um título autorizativo do Estado (em exercício de poder de polícia administrativa) para atuarem nessa área. Lembre-se que, no Brasil, a doutrina amplamente majoritária considera a exclusividade um aspecto inerente à noção de serviço público.¹⁵ Nesse ano, porém, foi promulgada a Lei nº 12.865/13, que alterou o art. 12 da Lei nº 12.587/12 e passou a se referir ao serviço de transporte individual de passageiros como *serviço de utilidade pública*. Ainda que no Brasil não haja uma definição legal sobre o conteúdo dessa expressão, nem mesmo um consenso doutrinário a esse respeito, certo é que de serviço público não se está tratando, de modo que não pode mais existir a defesa da exclusividade dos autorizatários do Estado para a exploração dessa atividade.

Outra importante questão parte do art. 2º da Lei nº 12.468/2011, que regulamenta a profissão de taxista. Referido dispositivo prescreve ser “atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros”. Para a classe dos taxistas, essa norma também seria fundamento para afastar a legalidade de aplicativos como Uber no Brasil.

No entanto, deve-se perceber que o que a Lei nº 12.468/2011 classifica como “atividade privativa dos profissionais taxistas” é a “utilização de veículo automotor [...] para o transporte *público* individual”. Em outras palavras, apenas quem se qualifica como taxista (preenchendo todas as exigências legais e administrativas impostas pelo Estado para tanto) é que poderá ofertar o serviço de transporte individual no regime de Direito Público, com todos os benefícios (v.g. isenção para determinados tributos) e sujeições (v.g. deveres de padronização e de manutenção do veículo) a ele inerentes.

Os aplicativos como Uber, então, por servirem para possibilitar a oferta do serviço de transporte individual no regime jurídico de Direito Privado, “nada mais seriam do que instrumentos digitais de intermediação de contratos de locação de veículos com motorista”.¹⁶ Desse modo, seriam regulados precipuamente pelo art. 730 do Código Civil.¹⁷

Todavia, a questão não é assim tão simples. Como é típico das tecnologias disruptivas, a atividade dos aplicativos de transporte individual de passageiros não se adequa com perfeição ao regime jurídico estabelecido no Direito brasileiro, uma vez que esse não foi pensado para esse tipo de situação.

Com efeito, é possível perceber que o Uber inaugura o que pode ser considerada uma espécie de “relação jurídica privada atípica”. Em um mesmo ato, não há apenas a

15 Sobre o tema da exclusividade no serviço público, ver: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 91-110.

16 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Uber: a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 409-416, jan./abr. 2016. p. 415.

17 *Código Civil*. Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.

relação do passageiro com o motorista, que poderia ser facilmente regulada pelo art. 730 do Código Civil. Há também as relações do passageiro com a empresa e dessa com o motorista. O aplicativo, por exemplo, é quem direciona o pedido do passageiro para determinados motoristas e na maior parte das situações é por meio dele que se faz o pagamento (no caso do Uber, até pouco tempo o pagamento poderia ser feito apenas por cartão de crédito, ou seja, inevitavelmente intermediado pelo aplicativo).¹⁸

Recentemente, foi promulgada a Lei nº 13.640/18, especialmente destinada a regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros no Brasil, por meio da inserção de alterações na Lei nº 12.587/12, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Alguns aspectos interessantes dessa nova Lei devem ser destacados. O primeiro deles é que ela conceitua o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros como sendo o “serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede” (nova redação dada ao art. 4º, X da Lei nº 12.587/12).

Além disso, a Lei fixa como competência dos Municípios e do Distrito Federal a regulamentação e fiscalização desse serviço, considerando-o, portanto, tema de interesse local. Ao fazer isso, impõe aos Municípios e ao Distrito Federal que exijam: (i) o efetivo recolhimento dos impostos municipais devidos pela prestação do serviço; (ii) a contratação de seguros em casos de acidentes para os passageiros e terceiros afetados; (iii) a inscrição do motorista como contribuinte individual do sistema de seguridade nacional.

No que toca aos requisitos necessários para a prestação desse serviço, estabelece que os motoristas devem: (i) possuir carteira de habilitação contendo a informação de que exerce atividade remunerada no trânsito; (ii) conduzir veículo que atenda aos requisitos e características exigidos pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal; (iii) possuir o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV), que fornece um número de identificação do veículo; (iv) apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

Aspectos mais específicos serão regulamentados por cada Município e pelo Distrito Federal, de modo que em cada localidade a relação do Uber e dos motoristas com o Poder Público tomará contornos diferentes.

Outra novidade nessa seara foi o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 1.054.110 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449, que tratavam exatamente da constitucionalidade da prestação do serviço de transporte individual de passageiros por aplicativo no Brasil.

18 GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GONÇALVES, Marcos Alberto. Serviço público de transporte privativo de passageiros e transporte individual privado de passageiros: reflexões a partir do *affair* Uber. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 400.

Apesar de tratarem de ações independentes entre si, ambas foram julgadas no mesmo dia pela Suprema Corte, em 08/05/2019.

O Recurso Extraordinário, relatado pelo Ministro Roberto Barroso, tinha por objeto a análise de uma lei municipal de São Paulo, enquanto que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental examinava uma lei municipal de Fortaleza. Nas duas situações, porém, a discussão jurídica de fundo era a mesma: é constitucional que uma lei municipal proíba a prestação do serviço de transporte individual de passageiros via aplicativo ou isso fere o regime federativo de competências legislativas e o princípio da livre iniciativa?

Como é lógico deduzir, por tratarem da mesma questão, por terem sido julgados no mesmo dia e por terem sido decididos por unanimidade de votos, os dois casos foram resolvidos com argumentos bastante semelhantes. Em ambos os acórdãos ficou decidido que é inconstitucional a edição de leis municipais que visem à proibição da utilização de aplicativos de transporte individuais de passageiros, por violação ao regime federativo de competências legislativas.

Segundo o STF, a União possui competência privativa para legislar sobre “diretrizes da política nacional de transportes”, “trânsito e transporte” e “condições para o exercício de profissões”, conforme disciplinado no art. 22, IX, XI e XVI, da Constituição. Sendo assim, considera-se vedado aos Municípios dispor sobre esse tema, assim como também é proibida a delegação legislativa da União para os demais entes federativos nessa matéria.

Nem mesmo se poderia dizer que está inserida entre as competências regulamentares da atividade administrativa de Estados e Municípios a faculdade de criar restrições absolutas ao uso dos aplicativos como meio alternativo ao serviço de táxi. Isso porque, em que pese a Lei nº 13.640/18 estabelecer diretrizes regulatórias para o transporte privado individual por aplicativo, tais normas não incluem o controle de entrada e de preço de tal serviço.¹⁹

Aliás, o fato de a própria União já ter editado, à época do julgamento de tais ações (ainda que durante o trâmite dos processos), a Lei nº 13.640/18 para tratar especificamente desse tema também foi um ponto ressaltado por ambos os relatores para fundamentar a tese de que os demais entes federativos não poderiam editar leis em sentido diverso.

Outro ponto em comum nos votos dos Ministros Luiz Fux (relator da ADPF) e Roberto Barroso (relator do Recurso Extraordinário) foi utilizar o fator da qualidade da prestação do serviço como uma das questões cruciais para se reconhecer a constitucionalidade dos aplicativos privados de transporte individual de passageiro.

19 Sobre o regime jurídico dos serviços de táxi no Brasil: GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 209-250, abr./jun. 2017.

Nesse sentido, o Ministro Fux afirmou que o sistema de táxis “provoca restrição oligopolística do mercado em benefício de certo grupo e em detrimento da coletividade” e que “o ativo concedido [aos taxistas] não corresponde a qualquer benefício gerado à sociedade, mas tão somente ao cenário antinatural de escassez decorrente da limitação governamental”.²⁰

Na mesma linha, o Ministro Barroso ressalta que antes dos aplicativos privados, “o serviço de táxi desfrutava de um monopólio de fato no transporte individual de passageiros” e que “essa circunstância gerou persistentes falhas de mercado por falta de competição”, tais como “preço fixo alto, má qualidade dos veículos e, por vezes, má atitude dos motoristas”. O Ministro ainda ressalta em seu voto que a entrada dos aplicativos no mercado fez com que os próprios taxistas buscassem incrementar a qualidade do seu serviço, o que teria contribuído para os consumidores como um todo.²¹

Mais uma questão fortemente presente em ambos os acórdãos e que diz respeito diretamente ao tema central do presente trabalho é o impacto das novas tecnologias nos institutos tradicionais do ordenamento jurídico brasileiro. Nas duas oportunidades, os Ministros frisaram como as novas tecnologias podem trazer inúmeros benefícios à sociedade, fato em razão do qual o Direito deve se adaptar às novas realidades por elas trazidas.

Sobre isso, afirmou o Ministro Fux que “evolução tecnológica é capaz de superar problemas econômicos que tradicionalmente justificaram intervenções regulatórias [...], tornando despicienda a padronização dos serviços de táxi pelo poder público”.²² Seguindo o mesmo caminho, o Ministro Barroso reconheceu que “é inócuo tentar proibir a inovação ou preservar o *status quo*”, de modo que “o desafio do Estado está em como acomodar a inovação com os mercados pré-existentes, e penso que a proibição da atividade na tentativa de contenção do processo de mudança, evidentemente, não é o caminho, até porque acho que seria como tentar aparar vento com as mãos”.²³

Por fim, obviamente, ambos os acórdãos se apegaram muito ao princípio da livre iniciativa para defender a inconstitucionalidade das leis municipais que estavam examinando. De fato, já era de se esperar que esse fosse o argumento central do caso,

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449. Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, DJe-190, divulgado 30-08-2019, publicado em 02-09-2019. p. 5.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1054110. Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, DJe-194, divulgado em 05-09-2019, publicado em 06-09-2019. p. 7-8.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449. Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, DJe-190, divulgado 30-08-2019, publicado em 02-09-2019. p. 6.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1054110. Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, DJe-194, divulgado em 05-09-2019, publicado em 06-09-2019. p. 15-16.

pois a discussão se resume fundamentalmente aos limites da intervenção estatal na economia e no mercado. O que de certa forma chamou atenção, porém, foi a retórica fortemente pró-mercado que os Ministros utilizaram de maneira expressa em seu voto, algo não tão comum de ocorrer explicitamente em julgamentos do STF, notadamente em razão do caráter intervencionista e solidário que a Constituição Federal de 1988 define para o Poder Público em sua tarefa de agente regulador da economia.²⁴

Desse modo, afirmou o Ministro Fux que em seu entendimento “o constitucionalismo moderno se fundamenta na necessidade de restrição do poder estatal sobre o funcionamento da economia de mercado”, de modo que a noção de Estado de Direito sobrepõe-se “às iniciativas autoritárias destinadas a concentrar privilégios, impor o monopólio de meios de produção ou estabelecer salários, preços e padrões arbitrários de qualidade, por gerarem ambiente hostil à competição, à inovação, ao progresso e à distribuição de riquezas”.²⁵

O Ministro Barroso parece ter sido ainda mais claro ao transparecer sua opinião pessoal sobre qual deve ser o papel do Estado na economia nos tempos atuais: “a minha crença profunda hoje, analisando o Brasil, é de que nós precisamos é de mais sociedade civil, mais livre iniciativa, mais movimento social, e menos Estado”. E, nessa linha, defendeu “um capitalismo com risco privado, concorrência, empresários honestos, regras claras e estáveis propiciadoras de um bom ambiente de negócios”.²⁶

Vale citar ainda que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.054.110 foram fixadas as seguintes teses em regime de repercussão geral: “a proibição ou restrição da atividade de transporte por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência” e “no exercício da sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal na Lei 13.640 e na Constituição Federal”.²⁷

De modo geral, o conhecimento sobre a situação desses aplicativos no Brasil é um dos mais emblemáticos exemplos das problemáticas geradas a partir das

24 BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449. Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, DJe-190, divulgado 30-08-2019, publicado em 02-09-2019. p. 3-4.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1054110. Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, DJe-194, divulgado em 05-09-2019, publicado em 06-09-2019. p. 5-6.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1054110. Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, DJe-194, divulgado em 05-09-2019, publicado em 06-09-2019. Para mais informacoes, cf. FREITAS, Hyndara. “STF: Municípios não podem criar regras diferentes de lei federal para Uber”. Jota, 09/05/2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/stf-municipios-nao-podem-criar-regras-diferentes-de-lei-federal-para-uber-09052019. Acesso em 10 jun. 2019.

novas tecnologias para o Direito Administrativo.²⁸ Isso porque o caso Uber traduz com bastante clareza os impactos que uma nova forma de negócios (economia de compartilhamento) pode trazer para um determinado setor estabilizado da economia, ao – mediante mecanismos tecnológicos como aplicativos para aparelhos telefônicos – ampliar qualitativa e quantitativamente a oferta do serviço, atingindo os consumidores de modo muito mais direto e intenso do que ocorria anteriormente.²⁹

2.2 O WhatsApp e o setor de telecomunicações: as dificuldades em se regular uma nova forma de comunicação

Outro aplicativo para *smartphones* que tem gerado debates no seio do Direito Administrativo é o WhatsApp. Existem diversos outros aplicativos que exercem a mesma função que ele, como o Telegram, Viber, entre outros. Mas o WhatsApp é destacadamente o mais utilizado no país, sendo que em maio de 2017 a empresa atingiu a marca de 120 milhões de usuários no Brasil.³⁰ No mundo, já são mais de 1,5 bilhão.³¹

Inicialmente, o WhatsApp surgiu como um aplicativo para troca de mensagens instantâneas entre os usuários, que se utilizava de seus números telefônicos para isso. Nesse ponto, não havia qualquer controvérsia em relação à atividade da empresa no Brasil. Os problemas começaram quando, em 2015, o aplicativo passou a oferecer a possibilidade de os usuários realizarem chamadas de voz entre si. Mas com uma sensível diferença em relação às chamadas telefônicas “tradicionais”: enquanto as empresas de telefonia são frequentemente objeto de críticas pelas altas tarifas cobradas de seus usuários, o WhatsApp oferta as ligações de modo absolutamente gratuito, exigindo apenas que o aparelho celular esteja conectado à internet.

A partir desse momento, portanto, o WhatsApp começou a disputar mercado diretamente com as operadoras de telefone instaladas no país, impactando

28 “O conflito existente no que toca à utilização intensiva do Uber no que se refere à organização do serviço de táxi é representativo de um contexto maior: qual seja, a influência de novas tecnologias sobre o modo de prestação das atividades reservadas ao Estado”. GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GONÇALVES, Marcos Alberto. Serviço público de transporte privativo de passageiros e transporte individual privado de passageiros: reflexões a partir do *affair* Uber. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 401.

29 BINENBOJM, Gustavo. Novas tecnologias e mutações regulatórias nos transportes públicos municipais de passageiros: um estudo a partir do caso Uber. *Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1690–1706, 2016. p. 1691.

30 REDAÇÃO LINK. “WhatsApp chega a 120 milhões de usuários no Brasil.” O Estado de S. Paulo, 29 maio 2017. Disponível em: <http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,servico-de-pagamento-movel-apple-pay-chega-nesta-quarta-ao-brasil,70002253413>. Acesso em 03 abr. 2018.

31 GUILHERME, Paulo. “1,5 bilhão: esse é o número de usuários ativos mensais do WhatsApp”. TecMundo, 01 fev. 2018. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/software/126769-1-5-bilhoes-numero-usuarios-ativos-mensais-whatsapp.htm>. Acesso em 03 abr. 2018.

sensivelmente as suas receitas.³² E, com isso, tais empresas naturalmente iniciariam seus processos de ataque ao aplicativo, buscando fundamentos legais para tentar impedir ou ao menos frear a ascensão do WhatsApp.

É verdade que mesmo antes do WhatsApp outras empresas já disponibilizavam serviços semelhantes de chamadas de voz, sem, todavia, “incomodar” as dominantes operadoras de telefonia. É o caso do Skype, *software* pertencente à Microsoft criado em 2003 e que angariou largo sucesso por seu pioneirismo nessa área. A ausência de atrito entre o Skype e as operadoras de telefonia, entretanto, deve-se ao fato de que enquanto esses programas se utilizam da tecnologia de VOIP (Voz sobre o Protocolo de Internet) – a qual se vale de *logins* específicos para realizar as chamadas – o WhatsApp e seus semelhantes utilizam-se do próprio número de telefone móvel do usuário para ofertar essas chamadas, aproximando-se muito mais dos serviços de telefonia.³³ Em outras palavras, o WhatsApp ofereceu aos consumidores a possibilidade de substituírem o sistema tradicional de ligações com um comodismo nunca antes visto.

De início, é importante frisar que, para o Direito brasileiro, o serviço prestado pelo WhatsApp deve ser encarado como telecomunicação, tendo em vista que o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) dispõe em seu art. 4º que “constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético”.

Posto isso, outra relevante questão que deve ser mencionada para se compreender os desafios impostos pelo WhatsApp ao Direito Administrativo brasileiro é que no Brasil os serviços de telecomunicações podem ser explorados em dois diferentes regimes jurídicos. A Constituição Federal, em seu art. 21, XI, permite que o serviço seja prestado por empresas privadas através de concessão e permissão ou de autorização obtida junto à União. A questão é regulamentada de modo detalhado na Lei Geral de Telecomunicações (nº 9.472/97).

Em seu art. 83 e seguintes,³⁴ a Lei estabelece o modo de prestação por meio de concessão, “permeado pela incidência de forte influxo regulatório, na perspectiva

32 RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 181-204, out./dez. p. 198.

33 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 27

34 *Lei nº 9.472/97. Art. 83.* A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação. **Parágrafo único.** Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

da prestação desse regime no interesse coletivo, por meio de um regime público, decorrente de uma relação de sujeição especial materializada num título delegatório”.³⁵ A permissão, regulamentada no art. 118, só se aplica em casos excepcionais, quando o adequado funcionamento do serviço possa ser prejudicado pela impossibilidade de atuação da empresa concessionária ou de outorga de nova concessão. Assim, pode-se dizer que se trata, *grosso modo*, de uma modalidade acessória à concessão, possuindo regime semelhante.

Por outro lado, o regime de autorização é previsto no art. 131 da Lei³⁶ e é prestado “por meio da incidência de influxos regulatórios exógenos e subsidiários, em regime privado, tendo a sua regulação de entrada disciplinada por título habilitatório”.³⁷

Importante destacar que, por conta desse regime híbrido, o mercado de telecomunicações no Brasil não é fechado. Muito pelo contrário: o art. 136, I da Lei Geral de Telecomunicações dispõe que “não haverá limite ao número de *autorizações* de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo”. Ou seja, existe uma abertura relativamente grande no que concerne à possibilidade de participação de novas empresas explorarem esses serviços no regime privado de autorização.

Assim, diferentemente do que ocorre no caso do Uber e demais aplicativos de transporte individual de passageiros, as discussões envolvendo o WhatsApp não se centram na impossibilidade de exploração da atividade de telecomunicação pela empresa norte-americana diante de um possível título de exclusividade das operadoras telefônicas. A princípio, o WhatsApp poderia, como qualquer outra empresa, obter um título habilitatório junto à União para explorar esses serviços. O problema fulcral, portanto, é exatamente o de que *ele não possui esse título*.

E, por conta da inexistência desse título, o WhatsApp presta seus serviços em um *limbo jurídico*. Enquanto as demais operadoras de telefonia autorizadas do Estado devem cumprir uma série de requisitos e obrigações para estarem habilitadas a essa

35 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 28.

36 Lei nº 9.472/97. Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias. §1º. Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

37 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, BRUNO (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 28.

função, o WhatsApp impôs-se com força, tornou-se parte do dia-a-dia da população brasileira e revolucionou o mercado de telecomunicações. Tudo isso sem se preocupar com o que prescreve o ordenamento jurídico brasileiro a respeito do tema.

O WhatsApp é o mais perfeito exemplo de inovação disruptiva que se tornou “*too big to ban*”, ou seja, grande demais para ser banida.³⁸ Nos últimos anos, algumas decisões judiciais determinando a suspensão temporária do funcionamento do aplicativo em todo o país como sanção à empresa pelo suposto descumprimento de normas estabelecidas na legislação brasileira abalaram sensivelmente toda a comunidade nacional. Em pouco tempo, as decisões foram revertidas pela via recursal. O principal argumento para tanto é o de que a suspensão do aplicativo seria desproporcional: “impedir o WhatsApp de funcionar implica restringir uma garantia institucional fundamental. Sob o aspecto subjetivo, implica cercear gravemente a liberdade de comunicação de milhões de pessoas”.³⁹ Isso serve para demonstrar a importância que o aplicativo possui junto à sociedade brasileira atualmente.

Desse modo, o desafio imposto ao Estado nesse contexto é o de conseguir regular o WhatsApp evitando a assimetria regulatória hoje existente entre o aplicativo e as empresas de telefonia que operam no país, mas ciente das peculiaridades que envolvem esse novo modelo de comunicação, a fim de não impor exigências que causem o banimento da empresa do mercado brasileiro. Afinal, o objetivo da regulação estatal nesse campo deve ser o de assegurar a prestação de serviços de qualidade aos usuários, requisito que o WhatsApp parece estar cumprindo com satisfação.

2.3 Streaming e o serviço de radiodifusão de sons e imagens: o Netflix pode ser tratado como televisão?

Bastante semelhante ao caso do WhatsApp é a situação que envolve as empresas provedoras de filmes e séries de televisão via *streaming*. O mais famoso exemplo é o da Netflix, que se tornou o maior símbolo global dessa nova forma de entretenimento. Atuando no mesmo ramo e contando com crescimento comercial bastante considerável nos últimos anos, tem-se, entre outras, empresas como a Hulu e Amazon Prime Video.

A Netflix foi criada em 1997, com o objetivo inicial de prestar um serviço de entrega de DVD pelo correio, como uma locadora de filmes por *delivery*. Com o aprimoramento tecnológico, a Netflix pôde sofisticar a sua atividade e, 10 anos após sua criação, passou a disponibilizar filmes e séries por *streaming*.

O *streaming* é uma forma de transmissão contínua de dados por meio de mídias digitais, caracterizada pelo não armazenamento dessas informações no disco rígido

38 RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 181-204, out./dez. p. 198.

39 TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, p. 17-43, jan./mar. 2016. p. 27.

(HD) do computador do usuário, que recebe a transmissão apenas pela conexão à internet. É a mesma tecnologia utilizada por provedores de música como o Spotify e o Google Play Music, por exemplo.

Pois bem. O conflito jurídico relacionado à Netflix é travado com as estações de televisão e com as empresas de Serviços de Acesso Condicionado – SeAC, razão pela qual se faz necessário compreender o regime jurídico incidente sobre elas.

O art. 223 da Constituição Federal determina que “compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal”. Ao contrário do que pode fazer parecer a simples redação de tal dispositivo, as questões envolvidas na prestação de tais serviços estão longe de ser temas de fácil compreensão. Como bem destacam Emerson Gabardo e Thiago Priess Valiati, “apesar da expressa redação constitucional incluindo tais atividades na categoria ‘serviço público’, cada vez mais torna-se difícil o seu enquadramento, seja em razão das peculiaridades formais trazidas na legislação, seja pela realidade prática do setor”.⁴⁰

Enquanto as estações de televisão prestam esse serviço através de títulos de concessão, permissão ou autorização – de conforme a já mencionada Lei Geral de Telecomunicações (tanto em regime de Direito Público – concessão e permissão – como em regime de direito privado – autorização) –, as empresas de SeAC, por outro lado, exploram o serviço de radiodifusão de sons e imagens a título próprio, independentemente de qualquer delegação ou autorização estatal.

A definição conferida pela legislação brasileira aos Serviços de Acesso Condicionado parece afastar a Netflix dessa noção, pois a vincula a “pacote” e “canais” (ideias típicas do mundo televisivo).⁴¹ No entanto, a Netflix se encaixaria com facilidade no conceito legal de “Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado”, que, pelo art. 2º, VI da Lei nº 12.485/11, é “o complexo de atividades que permite a emissão, transmissão e recepção, por meios eletrônicos quaisquer, de imagens, acompanhadas ou não de sons, que resulta na entrega de conteúdo audiovisual exclusivamente a assinantes”.

A visível contradição entre essas duas definições (que classificaria a atividade da Netflix como “Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado”, mas não permitiria à empresa prestar “Serviços de Acesso Condicionado”) é justificada pela

40 GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess. A prática de subconcessão promovida por concessionárias de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens – “Aluguel” de horários para televentas e programas religiosos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 85-103, jul./set. 2014. p. 87.

41 *Lei nº 12.485/11. Art. 2º.* Para os efeitos desta Lei, considera-se: *XXIII* - Serviço de Acesso Condicionado: serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

natural incompatibilidade da legislação brasileira em relação às tecnologias disruptivas. Em razão disso, tentar adaptar a Netflix a um ou a outro desses conceitos é, como se disse no tópico introdutório desse trabalho, buscar em velhos institutos soluções para novos problemas.

Ressalte-se que, assim como ocorre no caso dos aplicativos de comunicação como WhatsApp, o problema da entrada dos serviços de *streaming* audiovisual no mercado não está ligado à impossibilidade jurídica de exploração dessas atividades. O art. 35 do Código Brasileiro de Telecomunicações é claro ao pontuar que no âmbito da radiodifusão de sons e imagens inexistente exclusividade de prestação.⁴² As controvérsias estão, mais uma vez, na dificuldade em regular esse novo nicho econômico.

Assim, caso se considere a Netflix uma prestadora de Serviços de Acesso Condicionado (já que essa noção é muito mais próxima à sua realidade do que a de estações de televisão), o Estado encontraria diversos empecilhos para regular as atividades da empresa. Como ficariam, por exemplo, as exigências relativas à quantidade mínima de conteúdo produzido por produtora nacional independente, que a Lei nº 12.485/11 exige para o SeAC?⁴³ Poderia a Netflix ser submetida a uma exigência nesse mesmo sentido?

Essas respostas dificilmente podem ser respondidas de imediato com os instrumentos de que o ordenamento jurídico brasileiro atualmente dispõe – situação que é típica das tecnologias disruptivas. O mais importante, portanto, é que seja elaborado um modelo de regulação dos serviços de *streaming* de conteúdo audiovisual compatível com essa nova realidade. Com isso, deve-se pretender “impedir que a ausência de regulação da variável qualidade do serviço prestado por este agente [Netflix] introduza um modelo destrutivo de produção e disponibilização de conteúdo”⁴⁴ e garantir a satisfação dos interesses dos consumidores.

42 *Código Brasileiro de Telecomunicações*. Art. 35. As concessões e autorizações não têm caráter de exclusividade, e se restringem, quando envolvem a utilização de radiofrequência ao respectivo uso sem limitação do direito, que assiste à União, de executar, diretamente, serviço idêntico.

43 *Lei nº 12.485/11*. Art. 16. Nos canais de espaço qualificado, no mínimo 3h30 (três horas e trinta minutos) semanais dos conteúdos veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço qualificado, e metade deverá ser produzida por produtora brasileira independente. Art. 17. Em todos os pacotes ofertados ao assinante, a cada 3 (três) canais de espaço qualificado existentes no pacote, ao menos 1 (um) deverá ser canal brasileiro de espaço qualificado.

44 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 35.

3 Ato e processo administrativo eletrônico: a tecnologia a favor do Estado e dos cidadãos

Mencionados, acima, alguns dos desafios com que o Estado, notadamente em sua função regulatória, está tendo que lidar por conta das inovações tecnológicas, passa-se agora à análise de contribuições que essas novas tecnologias podem trazer para o Direito Administrativo brasileiro. Pela brevidade do espaço, faz-se necessário um foco específico para o deslinde dessa tarefa, optando-se por tratar das questões atinentes ao ato e ao processo administrativo eletrônico.

Já há muito tempo os atos e processos administrativos deixaram de ser expressos apenas pela via física, já havendo a incorporação do meio digital em diversos órgãos da Administração Pública no Brasil. Não obstante isso, essas tecnologias ainda estão em desenvolvimento e certamente no futuro terão ainda mais utilidades a oferecerem para a atividade administrativa.

Diferentemente dos atos administrativos tradicionais, os atos administrativos praticados em meio eletrônico são muitas vezes automáticos, produzidos por “máquinas e aparelhos que praticam a ação ou a determinam, ora produzindo efeitos meramente internos ao Estado, ora causando impactos na esfera de direitos dos cidadãos”.⁴⁵

É importante ressaltar, nesse sentido, a distinção existente entre *ato administrativo em forma eletrônica* e *ato administrativo elaborado eletronicamente* (ou ato administrativo automatizado). O primeiro conceito diz respeito ao ato que é elaborado por um agente público, mas que é formalizado diretamente por meio virtual. Em outras palavras, seria o caso de decisão de processo administrativo que tramita por um sistema eletrônico, que é toda desenvolvida e produzida por um ser humano, mas que é publicada diretamente no meio digital – e não em papel físico.⁴⁶

Já no ato administrativo elaborado eletronicamente, “a máquina não se limita a auxiliar o homem em sua decisão, pois o conteúdo do ato decorre da atuação de um sistema informático, que relaciona os dados inseridos no computador, por meio de um programa de computador (software), sem intervenção humana em cada caso concreto”.⁴⁷ Na prática, não é o ser humano (agente público) quem toma a decisão, mas sim o sistema por ele criado. Com base em algoritmos que são capazes de identificar padrões nos documentos postos sob sua análise, o *software* identifica qual a decisão já pré-ordenada para casos como aquele.

Atualmente, no Brasil, os atos administrativos elaborados eletronicamente ainda não têm sido utilizados para matérias de grande importância. Ainda que não pareça,

45 MARRARA, Thiago. Direito administrativo e novas tecnologias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-251, jan./abr. 2011. p. 234.

46 BREGA, José Fernando Ferreira. *Governo eletrônico e Direito Administrativo*. São Paulo, 2012. 335 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo. p. 195.

47 BREGA, José Fernando Ferreira. *Governo eletrônico e Direito Administrativo*. São Paulo, 2012. 335 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo. p. 196.

é esse tipo de ato que é produzido quando, por meio da internet, um cidadão solicita agendamento de atendimento em determinado órgão público, recebendo de imediato uma resposta com a data, hora e local dessa agenda. Perceba-se: o agendamento, que antes dependia de um servidor verificar do que se tratava a solicitação e a disponibilidade dos horários para receber pessoalmente o interessado, agora é feito “em um só *click*”. Os *softwares* são capazes de identificarem todas essas situações e agendarem o atendimento independentemente de qualquer atuação humana.

A questão torna-se mais problemática, porém, quando se pensa em decisões de processos administrativos complexos, como aqueles de cunho disciplinar. Seria prudente relegar à inteligência artificial a análise de documentos,⁴⁸ situações fáticas e argumentos jurídicos que se contrapõem entre si e que em último caso podem resultar na perda ou não do cargo do servidor, por exemplo?

Para muitos, essa pode ser uma realidade distante. Mas a verdade é que, com a velocidade dos avanços tecnológicos vividos nos últimos anos, certamente em um futuro não tão longínquo o Direito Administrativo brasileiro terá que se deparar com essas questões. Veja-se que na Argentina, por exemplo, já existe um sistema computacional nesses termos, capaz de “ler” as razões apresentadas pelas partes conflitantes e apresentar à autoridade responsável pelo caso um projeto de decisão. Tudo isso em poucos segundos, a partir de um banco de dados alimentado pelos magistrados e colocado à disposição do *software*.⁴⁹

Por outro lado, também não se pode negar que a informatização dos processos administrativos é capaz de trazer grandes contribuições na tutela dos direitos dos cidadãos. Essas novas tecnologias permitem, por exemplo, novas formas de coleta de provas em processo administrativo disciplinar, simplificando oitiva de testemunhas e produção de prova documental, ao permitir com mais facilidade a juntada de e-mails, imagens, vídeos, áudios, etc. Além disso, também traz uma forte contribuição no que tange aos processos administrativos abertos à participação popular.⁵⁰ Com o avanço tecnológico, a realização de consultas e audiências públicas tornou-se mais fáceis, constituindo um grande avanço no projeto de democratização da atuação administrativa.⁵¹

48 CORVALÁN, Juan Gustavo. Digital and Intelligent Public Administration: transformations in the Era of Artificial Intelligence. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 55-87, jan./mar. 2018.

49 Para mais informações sobre esse sistema, ver: CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 295-316, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55334.

50 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set. 2017.

51 CARMONA GARIAS, Silvia. Nuevas tendencias en la participación ciudadana en España:

Com a instituições de processos administrativos eletrônicos, aprimora-se o sistema de controle interno da Administração Pública, ao romper com diversas dificuldades relacionadas, por exemplo, à distância física do órgão controlador em relação ao órgão controlado, bem como ao transporte dos autos físicos entre as unidades administrativas. Ademais, diminuem os problemas relativos à obtenção de documentos necessários para instruir o processo e viabilizar o controle efetivo, aperfeiçoando os mecanismos de transmissão de dados entre os órgãos da Administração. E tudo isso, claro, com um custo via de regra sensivelmente mais baixo do que o praticado em processos físicos.⁵² Some-se ainda as contribuições trazidas à promoção da transparência do atuar administrativo⁵³ e na ampliação das possibilidades de controle social da Administração Pública.⁵⁴

4 Conclusões

Como visto nas reflexões desenvolvidas acima, o Direito Administrativo brasileiro tem se deparado nos últimos anos com uma série de desafios advindos da incorporação de novas tecnologias em sua atividade. É, em outras palavras, o que demonstra Thiago Marrara ao afirmar que “se o direito administrativo varia de acordo com a modificação das formas de existência e de ação do Estado, então as implicações das novas tecnologias empregadas crescentemente pelo poder público necessariamente impactam o direito administrativo positivo e sua ciência”.⁵⁵

Os casos aqui tratados são apenas exemplos dos impactos que as inovações disruptivas podem causar para as bases tradicionais do regime jurídico-administrativo, exigindo que a doutrina repense conceitos e institutos que já tinha por consolidados. Nesse sentido, a apresentação dessas discussões serviu, muito menos do que para apontar soluções para cada uma das problemáticas expostas, para demonstrar que em matéria de novas tecnologias o Direito Administrativo brasileiro ainda possui muito mais perguntas a responder do que respostas a oferecer.

¿socializando la gestión pública o socializando la responsabilidad política? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 29-60, out./dez. 2016.

52 MARRARA, Thiago. Direito administrativo e novas tecnologias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-251, jan./abr. 2011. p. 244.

53 MENDONÇA, Crystianne; MELO, Luiz Carlos Figueira. Dever fundamental de publicidade administrativa: uma análise sob a transparência pública na gestão estatal e a efetividade da participação popular nas ações da Administração Pública brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 249-266, jan./mar. 2018.

54 BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017.

55 MARRARA, Thiago. Direito administrativo e novas tecnologias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-251, jan./abr. 2011. p. 248.

Nem poderia ser diferente, dadas as peculiaridades das tecnologias disruptivas que, como dito por diversas vezes, caracterizam-se por sua intensidade e novidade. Assim, a principal lição a se retirar de todo esse cenário é a de que cada vez mais se exige da doutrina administrativista estudos aprofundados e específicos sobre esses temas. A sociedade não tem evitado ou negado as novas tecnologias. Sendo assim, também não pode o Direito Administrativo fazê-lo, devendo compreender a sua complexidade e buscar harmonizá-las ao ordenamento jurídico, permitindo, em última instância, os melhores meios de satisfação dos direitos dos cidadãos e a promoção do interesse público.⁵⁶

56 GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

Referências

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Uber: a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 409-416, jan./abr. 2016.
- BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.
- BINENBOJM, Gustavo. Novas tecnologias e mudanças regulatórias nos transportes públicos municipais de passageiros: um estudo a partir do caso Uber. *Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1690–1706, 2016.
- BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.
- BOMFIM, Mariana. “Uber, Netflix, WhatsApp: por que fazem sucesso, mas têm perdas e dívidas?”. UOL Economia, 06 out. 2017. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/10/06/empresas-tecnologia-gigantes-valorizadas-mercado-prejuizo-dividas.htm>. Acesso em 02 abr. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449. Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, DJe-190, divulgado 30-08-2019, publicado em 02-09-2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1054110. Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, DJe-194, divulgado em 05-09-2019, publicado em 06-09-2019.
- BREGA, José Fernando Ferreira. *Governo eletrônico e Direito Administrativo*. São Paulo, 2012. 335 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo.
- CARMONA GARIAS, Silvia. Nuevas tendencias en la participación ciudadana en España: ¿socializando la gestión pública o socializando la responsabilidad política? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 29-60, out./dez. 2016.
- CORVALÁN, Juan Gustavo. Digital and Intelligent Public Administration: transformations in the Era of Artificial Intelligence. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 55-87, jan./mar. 2018.
- CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 295-316, jan./abr. 2018.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess. A prática de subconcessão promovida por concessionárias de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens – “Aluguel” de horários para televidas e programas religiosos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 85-103, jul./set. 2014.

GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 209-250, abr./jun. 2017.

GUILHERME, Paulo. “1,5 bilhão: esse é o número de usuários ativos mensais do WhatsApp”. *TecMundo*, 01 fev. 2018. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/software/126769-1-5-bilhoes-numero-usuarios-ativos-mensais-whatsapp.htm>. Acesso em 03 abr. 2018.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GONÇALVES, Marcos Alberto. Serviço público de transporte privativo de passageiros e transporte individual privado de passageiros: reflexões a partir do *affair* Uber. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LOBEL, Fabrício. “Número de motoristas do Uber cresce dez vezes em um ano no Brasil.” *Folha de S. Paulo*, 30 out. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/10/1931013-numero-de-motoristas-do-uber-cresce-dez-vezes-em-um-ano-no-brasil.shtml>. Acesso em 02 abr. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARRARA, Thiago. Direito administrativo e novas tecnologias. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-251, jan./abr. 2011.

MENDONÇA, Crystianne; MELO, Luiz Carlos Figueira. Dever fundamental de publicidade administrativa: uma análise sob a transparência pública na gestão estatal e a efetividade da participação popular nas ações da Administração Pública brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 249-266, jan./mar. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FIGUEIROA, Caio Cesar. Desafios das reformas institucionais a partir de novas tecnologias: uma abordagem pragmática do direito público a partir do caso Uber. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

REDAÇÃO LINK. “Uber chega a 15 milhões de usuários no Brasil.” *O Estado de S. Paulo*, 14 ago. 2017. Disponível em: <http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,uber-chega-a-15-milhoes-de-usuarios-no-brasil,70001936193>. Acesso em 02 abr. 2018.

REDAÇÃO LINK. “WhatsApp chega a 120 milhões de usuários no Brasil.” O Estado de S. Paulo, 29 maio 2017. Disponível em: <http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,servico-de-pagamento-movel-apple-pay-chega-nesta-quarta-ao-brasil,70002253413>. Acesso em 03 abr. 2018.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 181-204, out./dez.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set. 2017.

TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, p. 17-43, jan./mar. 2016.