

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 15 | n. 2 | maio/agosto 2024

Periodicidade quadrimestral | ISSN 2179-8214

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR

<https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico>



O Direito Administrativo contemporâneo e a regulação assimétrica nos serviços públicos

Contemporary administrative law and asymmetric regulation in public services

Priscilia Sparapani*¹

¹ Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (São Bernardo do Campo-SP, Brasil)

priscilia.sparapani@direitosbc.br

<https://orcid.org/0000-0001-5023-4380>

Recebido: 17/05/2022

Aprovado: 04/04/2024

Received: 05/17/2022

Approved: 04/04/2024

Resumo

O presente artigo trata de temática bastante atual e relevante na seara do Direito Administrativo e da regulação. Na medida em que se evoluiu para um Estado regulador, que deixou de centralizar tudo em si, inclusive a prestação de serviços públicos e a gestão de uma infinidade de contratos decorrentes dessa atividade, descentralizando referida tarefa para entidades reguladoras, estas passaram a assumir de uma forma mais eficiente a regulação do

Como citar este artigo/*How to cite this article*: SPARAPANI, Priscilia. O Direito Administrativo contemporâneo e a regulação assimétrica nos serviços públicos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 15, n. 2, e262, maio/ago. 2024. doi: 10.7213/revdireconsoc.v15i2.29363

* Professora Titular de Direito Administrativo no Curso de Graduação da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (São Bernardo do Campo-SP, Brasil). Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogada atuante em Direito Público. Conselheira Titular do Conselho Tributário Municipal de São Bernardo do Campo.

seu setor. Assim, diante da variada gama de atividades a serem prestadas, verificou-se a possibilidade de se estabelecerem diversos vínculos entre o Poder Público (por intermédio das agências setoriais) e os prestadores particulares, o que deu origem à assimetria regulatória como forma de inclusão de novos players no mercado.

Palavras-chave: Estado regulador; regulação; atividades econômicas; assimetria regulatória; isonomia.

Abstract

This article deals with a very current and relevant theme in the field of Administrative Law and regulation. As it evolved into a regulatory State, which ceased to centralize everything in itself, including the provision of public services and the management of a multitude of contracts resulting from this activity, decentralizing this task to regulatory entities, they began to assume more efficiently the regulation of their sector. Thus, given the varied range of activities to be provided, it was verified the possibility of establishing several links between the Public Power (through sector agencies) and private providers, which gave rise to regulatory asymmetry as a way of including new players in the market.

Keywords: regulatory state; regulation; economic activities; regulatory asymmetry; isonomy.

Sumário

1. Introdução. **2.** Estado regulador e regulação. **3.** A regulação e as agências reguladoras. **4.** Intensidade da regulação estatal. **5.** Assimetria regulatória. **6.** A questão da isonomia e as assimetrias regulatórias. **7.** Conclusão. Referências.

1. Introdução

Desde o advento da Emenda Constitucional n.º 19/1998 (conhecida como emenda da reforma administrativa), que foi responsável por introduzir em nosso ordenamento jurídico a denominada Reforma do Estado e do Aparelho do Estado, ganhou destaque o designado Estado regulador e a regulação, com o escopo de reduzir a interferência direta do Estado no domínio econômico e, por conseguinte, promover as finalidades essenciais do Estado.

Nessa linha, surge um Direito Administrativo permeado por uma série de mudanças, cujos princípios e conceitos concorrem para a descentralização das atividades estatais e para a regulação jurídica. Desse modo, cresce a interação entre o público e o privado, ampliando-se a

participação dos particulares em atividades dantes monopolizadas pelo Poder Público; ganha espaço a visão de que o ente estatal tem seu campo de atuação reduzido em face do Estado regulador (se comparado ao Estado prestador). Pretendeu-se criar um novo modelo de relacionamento entre o ente estatal, o livre mercado e a sociedade civil, diretamente ligado às parcerias entre o setor público e o setor privado, retirando do Estado o monopólio de prover e suprir as necessidades da coletividade.

Com isso, incorporaram-se ao âmbito do Direito Administrativo a previsão e a utilização de instrumentos contratuais em uma clara contratualização nas relações entre Estado e particulares e, também, entre órgãos públicos. Pretendeu-se criar um novo modelo de relacionamento entre o ente estatal, o livre mercado e a sociedade civil, diretamente ligado às parcerias entre o setor público e o setor privado, retirando do Estado o monopólio de prover e suprir as necessidades da coletividade.

Nessa toada, a Administração Pública torna-se um centro gerenciador de uma coletânea de contratos firmados para realizar uma série de tarefas que antes eram desempenhadas pelo Poder Público. Estabelecem-se relações contratuais tanto no âmbito interno quanto no âmbito externo da Administração. Internamente têm-se os contratos de gestão firmados entre órgãos pertencentes ao ente central e unidades desconcentradas, com base em metas e indicadores de desempenho; externamente utilizam-se as concessões, as parcerias público-privadas (PPPs), as Organizações Sociais (OSs) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), para compartilhar ou transferir a execução direta dos serviços aos particulares ou às entidades do Terceiro Setor.

Além disso, o controle dos serviços públicos e de atividades econômicas passa a ser feito pelas agências reguladoras cujo papel e importância assumem destaque indiscutível no tocante à gestão das empresas privadas concessionárias, permissionárias e autorizadas do Poder Público, que atuam no lugar do Estado, ao desempenharem uma série de atividades que dantes eram feitas, como se disse, apenas pelo ente estatal.

De tal maneira, diante desse modelo de Estado atual, verificar-se-á, no presente artigo, como se dá a regulação em relação aos prestadores de serviços públicos, em especial, no tocante à regulação assimétrica praticada hodiernamente e suas consequências, destacadamente, no tocante à questão da isonomia nesse contexto.

2. Estado regulador e regulação

Pois bem, segundo esclarece Di Pietro (2004), apoiada em Antoine Jeammaud, o vocábulo regulação, empregado em variados sentidos, significa um trabalho que consiste em inserir a regularidade em um objeto social, assegurando-se lhe estabilidade, perenidade, sem estabelecer todos os seus elementos ou seu integral desenvolvimento, permitindo a ocorrência, portanto de mudanças. De tal modo, desse conceito restam evidentes dois elementos: a noção de regularidade e a de mudança. Assim, “[...]. Ao mesmo tempo em que se procura assegurar um certo grau de estabilidade no objeto da regulação, também se deixam as portas abertas para mudanças que sejam necessárias em benefício da própria estabilidade”. Na esteira dessas ideias, o objeto da regulação “pode ser a sociedade em seu conjunto, algumas de suas dimensões ou ‘instâncias’ – a economia, principalmente – ou ainda um domínio de práticas sociais” (DI PIETRO, 2004, p. 19).

Nas palavras de Justen Filho (2016, p. 533), a noção de regulação “consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa”. Ou seja, “Revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste *não* no exercício direto e imediato pelo Estado de *todas* as atividades de interesse público”. Em verdade, o Estado regulador conserva como sua atribuição a atuação material e direta de certas “atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 533).

Com o mesmo pensamento, Sundfeld (2000, p. 23) leciona que a regulação é “característica de certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade”. Nesse sentido, “a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica” (SUNDFELD, 2000, p. 23).

Por conseguinte, caberá ao ente estatal a atribuição, que lhe foi dada pelo ordenamento jurídico constitucional de desempenhar a função de agente regulador da ordem econômica. Contudo, “tal competência admite infinitos matizes” (MARQUES NETO, 2005-2006, p. 7). Desse modo, haverá variação “conforme a combinação dos vetores de regulação setorial (quando houver) com a regulação geral (sempre incidente, em maior ou menor grau,

conforme a relevância econômica do setor e os interesses envolvidos)” (MARQUES NETO, 2005-2006, p. 7). De igual maneira, mudará de alcance e de magnitude, segundo se houver, “respectivamente, o legislador (a quem compete prever a incidência de uma determinada carga regulatória específica)” e o “agente regulador (a quem competirá manejar os instrumentos regulatórios colocados à sua disposição pelo legislador, sopesando em cada momento, o grau de incidência regulatória necessário à situação e aos objetivos da regulação)” (MARQUES NETO, 2005-2006, p. 7).

De tal forma, cabe destacar que as agências reguladoras, como agentes reguladores que são, ganham papel de destaque e assumem grande importância no contexto regulatório.

3. A regulação e as agências reguladoras

Desse modo, por meio da regulação e do controle dos serviços públicos por parte das agências reguladoras, despontaram no cenário nacional as agências setoriais, denominadas autarquias de regime especial, importadas especialmente do Direito norte-americano, com o fim de descentralizar as atividades desempenhadas pela Administração Direta.

Com certas características específicas, diferem-se das demais entidades autárquicas, haja vista serem dotadas de autonomia, independência, estabilidade de seus dirigentes e poder normativo, a fim de regular e fiscalizarem o correspondente setor para o qual foram instituídas.

Em nosso ordenamento jurídico foram concebidas “para atuar num ponto equidistante em relação aos interesses dos usuários, dos prestadores dos serviços concedidos e do próprio Poder Executivo, de forma a evitar eventuais pressões conjunturais”, em especial “quando as empresas estatais convivam com empresas privadas na prestação do serviço público, como acontece nos setores de energia elétrica, petróleo e gás” (MESQUITA, 2005, p. 24).

A par daquelas que exercem típico poder de polícia, ou seja, fiscalizador, e daquela que exerce fomento, no caso da Ancine, o tipo inovador de agência constitui-se naquele em que tais entes “regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou

autorização de serviço público” ou as “de concessão para exploração de bem público” (DI PIETRO, 2020, p. 600).¹

Ressalta-se, consoante esclarece Mesquita (2005, p. 30), que para:

[...] os usuários e consumidores e a própria sociedade, a atuação das agências deve estar voltada primordialmente para: a) a garantia dos seus direitos, devidamente explicitadas em regulamento e nos contratos de concessão de serviços públicos; b) a prática de tarifas ou preços justos; c) a melhoria contínua da qualidade do serviço e do atendimento prestado pelos concessionários; d) o desenvolvimento tecnológico e práticas eficientes que contribuam para a modicidade tarifária; e) a proteção ao meio ambiente; f) a implementação das políticas setoriais como a universalização dos serviços; e g) a atuação descentralizada, de forma a aproximar a ação reguladora dos consumidores ou usuários.

De outra banda, para “os investidores ou operadores (concessionários), a atuação das agências reguladoras deve repercutir em: a) regras claras e estáveis; b) remuneração adequada de seus investimentos; e c) cumprimento dos contratos e dos regulamentos” (MESQUITA, 2005, p. 30). E acresça-se: d) são essas entidades as maiores responsáveis por modularem as assimetrias nos seus setores de atuação.

Destaca-se que “Como regulador das relações no setor, as Agências não podem consentir com a manutenção de desequilíbrios concorrenciais que prejudiquem o alcance dos objetivos públicos instituídos por lei” (ANTUNES, 2012, p. 2). Com efeito, “justamente por isso procuram definir e cobrar o cumprimento de regras estratégicas que minimizem incentivos a comportamentos oportunistas/abusivos de operadores de grande poder econômico” (ANTUNES, 2012, p. 2).

Assim, ante uma série de dificuldades concorrenciais que existam nos diversos setores (energia elétrica, ferrovias, portos, telecomunicações etc.)

¹ Segundo Di Pietro (2020, p. 600), as agências reguladoras no Brasil são de dois tipos: “a) as que exercem, com base em lei, típico *poder de polícia*, com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização, repressão [...]”; e “b) as que regulam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes etc.) ou de concessão para exploração de bem público (petróleo e outras riquezas minerais, rodovias etc.)”. Esclarece que: “As primeiras não são muito diferentes de outras entidades anteriormente existentes, como o Banco Central, o Cade, a Secretaria da Receita Federal, o Conselho Monetário Nacional”. Já “As segundas é que constituem novidade maior no direito brasileiro, pelo papel que vêm desempenhando, ao assumirem os poderes que, na concessão, permissão e na autorização, eram antes desempenhados pela própria Administração Pública Direta, na qualidade de poder concedente. [...]”.

cabará aos órgãos reguladores determinarem a imposição de regras assimétricas aos *players* que dominem o mercado. Dessa forma, os entes reguladores garantem a competitividade nos mercados essenciais para o crescimento econômico e desenvolvimento social do Brasil.

Com isso, verifica-se que a regulação não pode ser uniforme. Daí surgir a necessidade de se analisar a situação a ser regulada, de acordo com a atividade desempenhada e as circunstâncias que a envolvem, para que a tarefa regulatória alcance o interesse público e possa materializar os fins estatais.

4. Intensidade da regulação estatal

Se a função de regular a atividade econômica almeja estabelecer o equilíbrio de determinados setores da economia, por intermédio de instrumentos que proporcionem sua efetividade diante das variações no domínio econômico, torna-se essencial verificar quais serão a intensidade e o nível de regulação estatal que vão reger as atividades desempenhadas pelo particular, em uma ordem complexa, com distintas formas e diversos regimes de execução das atividades reguladas.

Nesse viés, importa ressaltar que há, ao menos, três concepções referentes à intensidade e amplitude do conceito de intervenção indireta na ordem econômica – a qual consiste na função regulatória. Por conseguinte, “sob determinados graus (amplo ou forte, médio e menos intenso ou fraco), a função regulatória, como espécie de intervenção estatal (indireta)”, revela-se tanto por prerrogativas e atuações com escopos claramente econômicos (ou seja, “o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado”), como, de igual modo, “por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis” (isto é, “medidas ambientais, urbanísticas, e normalização, de disciplina das profissões etc.”). (GUERRA, 2016, p. 207).

Com efeito, a regulação estatal será mutável conforme a atividade que sofrerá a interferência estatal indireta.

Veja-se que se a regulação por parte do Estado recair sobre a atividade de prestação de serviços públicos que é de titularidade estatal (consoante prevê o art. 175 da Constituição Federal), cuja prestação é descentralizada, “sob um regime jurídico diferenciado (tarifa, bens, intervenção, caducidade

etc.), a regulação deverá ser forte, intensa”. Aplicar-se-á, *verbi gratia*, essa alta intensidade aos “serviços públicos de telecomunicações, energia elétrica, distribuição de gás canalizado, transporte, radiodifusão sonora e imagem etc.” (GUERRA, 2016, p. 207-208).

De outro lado, se a regulação estatal recair sobre a atividade econômica de titularidade exclusiva do particular (conforme dispõe o art. 170 da Constituição Federal), a regulação que deverá ser aplicada será aquela de forma mínima (fraca), uma vez que essa seara é própria do particular. É o que ocorrerá, por exemplo, na regulação do exercício de atividades da indústria do tabaco (Lei n.º 6.437, de 20 de agosto de 1977, Lei n.º 9.294, de 15 de julho de 1996, e Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999), cuja incidência básica acontecerá sobre os locais de venda do produto, rótulos e embalagens (GUERRA, 2016, p. 208).

Finalmente, no caso de a regulação incidir sobre a atividade em que o ente estatal não seja o titular, mas que possa gerar impactos nos “serviços de utilidade pública prestados à sociedade, de modo que tenham que ser permanentemente adaptados, o nível de regulação deve ser médio (art. 174 da Constituição Federal)”. Referida regulação, nesse nível e intensidade sobre certas atividades econômicas, “pode ser representada na telefonia celular, saúde suplementar, TV a cabo, determinadas atividades portuárias etc.” (GUERRA, 2016, p. 208).

Pois bem, a par dessa intensidade da regulação, variável de acordo com a atividade econômica a ser desempenhada (a depender da titularidade ou não do ente estatal e dos reflexos que possa gerar com o seu desempenho para a coletividade), é possível verificar ainda outro fenômeno: a assimetria regulatória. Esta consiste no fato de que em uma mesma atividade, um sujeito atue por intermédio da delegação de serviço público, submetendo-se ao regime jurídico de direito público, e outro desempenhe atividade econômica, de titularidade privada, sendo permitida a sua atuação por meio de autorização, sujeitando-se, por seu turno, ao regime privado. Nesse passo, a intervenção estatal indireta na economia (ou seja, a regulação estatal) terá diferenciadas gradações.²

² Interessa destacar o que ensina Aragão (2003, p. 332-333) sobre o tema: “A assimetria regulatória distingue as atividades e as dota de uma maior ou menor dose de concorrência de acordo com as suas peculiaridades. É assim que, por exemplo, a telefonia fixa – serviço básico – sofre maiores restrições à livre iniciativa do que a telefonia celular; que serviços de lixo domiciliar podem eventualmente ficar sujeito a uma maior concorrência, ao passo que usinas do seu tratamento não. Trata-se de um ‘desmembramento’ da própria atividade, seja dentro da mesma fase da cadeia produtiva do setor, seja em fases diversas, instalando-se a concorrência em ao menos uma delas”.

Assim, enquanto a intensidade da regulação é tema que se aplica às diferentes atividades econômicas desempenhadas, a assimetria regulatória é matéria que recai sobre a mesma atividade econômica exercida.

5. Assimetria regulatória

É de se destacar que a par de todas as mudanças pelas quais passa o Direito Administrativo –, incluindo a adoção dos instrumentos e mecanismos de regulação estatal –, novos desafios continuam a surgir em decorrência das inovações tecnológicas que despontam cada vez mais na contemporaneidade. Volta e meia, novas temáticas técnicas e científicas aparecem e desafiam os operadores desse ramo do Direito a buscar compatibilizar essas novas tecnologias com os institutos clássicos do Direito Administrativo.

Nesse sentido, o Estado se vê obrigado, em variadas situações, a encontrar respostas e solucionar problemas que advêm dos conflitos ocasionados pelas novas tecnologias na área das atividades econômicas (seja em relação àquelas que são exploradas pelo ente estatal diretamente, seja no tocante àquelas que sofrem regulação pelo Poder Público).³

Um desses pontos tangencia (consoante já se chamou a atenção) a designada assimetria regulatória, que acontecerá nas situações em que ocorra uma competição em certas atividades que sejam objeto de regulação pelo Estado sob a égide de distintos graus de intervenção (forte, média ou fraca). Vale dizer, os agentes regulados participarão “do mesmo subsistema regulado (a mesma atividade, como, por exemplo, telecomunicações), porém submetidos à regulação assimétrica, desigual (concessão de telefonia fixa e autorização de telefonia fixa)” (GUERRA, 2016, p. 209).

Deveras, a assimetria regulatória pode ser observada até mesmo no tocante a atividades prestadas por uma mesma empresa. É o caso, por exemplo, das “empresas que prestam atividades sujeitas à reserva estatal e que também possam explorar atividades não consideradas pela lei como de titularidade estatal exclusiva (atividades privadas de interesse público)” (ARAGÃO, 2003, p. 333).⁴

³ Nessa linha de ideias, Baptista e Keller (2016, p. 127) asseveram 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”.

⁴ Aqui o autor segue as ideias de Cassese (2006).

A adoção de um modelo assimétrico, por conseguinte, em que um dos agentes regulados ingressa em um regime de exploração da atividade econômica com uma regulação em que prevalece a assimetria, pode estimular a concorrência, originando, conseqüentemente, benefícios aos destinatários finais dessa atividade desempenhada. Em verdade, a regulação dessemelhante, pode atuar como um instrumento de concorrência, que estimula a competição, com a entrada de novos *players* no mercado.⁵

Ou seja, pode-se conceituar a assimetria regulatória como aquela que consiste normalmente “na criação de regras de funcionamento em mercados onde exista operador dominante, com grande vantagem competitiva frente a concorrentes e com incentivos racionais à discriminação dos mesmos”. Sublinha-se que “Estas são falhas clássicas de mercado que necessariamente devem ser corrigidas pelo Estado pela ação regulatória, sob pena de se implantarem monopólios privados, objetivo indesejável ao interesse público” (ANTUNES, 2012, p. 1).

É o que acontece, por exemplo, no setor portuário, em que por meio do novo diploma legislativo que disciplina a matéria (Lei n.º 12.815/2013), criou-se um ambiente concorrencial por intermédio das assimetrias regulatórias. Desse modo, “os serviços portuários podem tanto ser prestados em regime público – hipótese em que constituirão serviços públicos –, quanto em regime privado – hipótese em que constituirão atividades econômicas” (SCHIRATO; SCHIRATO, 2015, p. 443).⁶

Essa regulação díspar, portanto, é fundamental para desconcentrar o poder de quem atua em certas atividades econômicas permitindo o alcance de níveis saudáveis de competição, com o fim de assegurar tratamento isonômico no campo concorrencial, considerando as grandes diferenças de

⁵ Nesse sentido está o pensamento de Cassese (2006, p. 157) na linha de que uma regulação assimétrica pode propiciar a competição, por intermédio da participação de novos *players* no mercado. Contudo, o autor defende que seria uma medida temporária: “A situação que acabo de descrever se apresenta de forma mais vistosa quando existem regulações diferenciadas, chamadas assimétricas. Estas disciplinam de forma distinta empresas que operam no mercado para favorecer o ingresso e o desenvolvimento dos últimos ingressantes a custa dos monopolistas e dos ingressantes que os precedem. Trata-se de medidas temporárias”.

⁶ Assim, na primeira situação, ocorrerá a sujeição ao regime jurídico publicístico, típico dos contratos em que existe a delegação de um serviço público a ser prestado à coletividade (cf. art. 175 da CF). De outro lado, na segunda hipótese, a exploração da atividade pelo particular, sob a égide de um regime jurídico privatístico, sujeitar-se-á à regulação, por meio da interferência indireta do ente estatal na ordem econômica (cf. arts. 170 e 174 da CF).

poderio econômico no que diz respeito às várias categorias de particulares atuantes em determinado subsistema.⁷

Referida ideia, tal qual acontece na seara portuária, também vem ocorrendo no setor das telecomunicações. A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) tem sido responsável por promover transformações, no citado setor, por intermédio da assimetria regulatória. Aludida agência reguladora acaba por promover uma efetiva competição a partir da redução da carga regulatória que tradicionalmente incide de igual forma (mas que gera distorções) em relação aos vários *players* do mercado. Com essa novel visão, conquista-se um enorme avanço no sentido de uma regulação assimétrica apta a diminuir empecilhos ao ingresso no setor e a nivelar as condições competitivas estabelecidas, o que, comumente, gera um aumento do bem-estar social (ATO..., 2019).

Outro ponto que merece menção é o transporte individual de passageiros, como é o caso do Uber, que rivaliza com o transporte individual por meio de táxi. Contudo, o Uber “permite visualizar as diversas interações que ocorrem entre os elementos da regulação” (BINENBOJM, 2016, p. 1.704); há aqui, de um lado, um mix de regulação estatal, no âmbito municipal quando regulamentada a matéria (a Lei n.º 13.640/2018 conferiu aos Municípios, e ao Distrito Federal, competência exclusiva para regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros) com autorregulação, de outra banda, pela própria empresa.

Segundo Binenbojm (2016, p. 1.704), o caso do transporte utilizando o Uber evidencia que “(i) as barreiras à entrada devem ser estabelecidas na exata medida das necessidades sociais, a fim de não impedir dinâmicas concorrenciais que tendem a melhorar os produtos ou serviços ofertados em prol dos consumidores”; também traz à tona a ideia de que “(ii) regular preços não é trivial, pois há outros elementos regulatórios mutuamente relacionados, podendo a regulação converter-se em sobrepreço quando desvinculada da qualidade do serviço”; e, por fim, mostra que “(iii) a

⁷ Contudo, Marques Neto e Freitas (2016, p. 89) fazem um alerta importante sobre a assimetria da regulação: “[...] a concorrência assimétrica produza externalidades positivas, ela não pode se prestar a aniquilar serviços essenciais à população – usualmente, regulados como ‘serviços públicos’. Lógica semelhante se aplica à *disputa WhatsApp x Teles*. Neste particular, instaurou-se uma concorrência assimétrica entre autorizatários e um aplicativo que se utiliza da internet, por meio de uma tecnologia disruptiva, para veicular informações e conteúdo e oferecer contestação competitiva aos serviços que lhe dão suporte”.

informação prestada diretamente pelo consumidor induz comportamentos nos participantes do mercado, configurando incentivo mais eficaz do que a regulação estatal” (BINENBOJM, 2016, p. 1.704). Acresça-se a tudo isso “a inovação tecnológica e gerencial utilizada pelo modelo Uber, cujos efeitos disruptivos⁸ sobre os serviços de táxi contribuem, na verdade, para o desenvolvimento econômico e para o aprendizado da própria economia da regulação” (BINENBOJM, 2016, p. 1.704).

É interessante, ainda, falar da evolução tecnológica na seara da radiodifusão sonora e de imagem. No tocante aos serviços de radiodifusão, que compreendem a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão), a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral, entram na categoria de serviço de interesse público. De modo mais atual, surgiram as televisões a cabo e, também mais recentemente, os sistemas de *streaming* (Ex.: Netflix).⁹ É de ver-se que enquanto a TV aberta e a TV a cabo suportam regulação pela Anatel e Ancine, a Netflix não está sujeita a regulação estatal e, com isso, como consequência, não contribui com impostos nem taxas regulatórias da Condecine, devida sobre cada título de seu catálogo. Além do mais, “está isenta de exibir um tempo mínimo de sua ‘programação’ com conteúdo nacional, conforme determina a lei” (GUERRA, 2016, p. 210-211). Ante essa situação, existem estudos apontando para a necessidade de regulação do serviço de *streaming* (e projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional) em decorrência dos prováveis impactos dessas novas tecnologias em relação aos demais serviços regulados.

Contudo, enquanto não é editada uma regulamentação legal para o setor, as plataformas de *streaming* submetem-se às normas do Código de Defesa do Consumidor e do Decreto n.º 7.962/2013 (que regulamenta a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no

⁸ Para Baptista e Keller (2016, p. 130-131): “Uma inovação disruptiva ocorre quando *for capaz de enfraquecer ou, eventualmente, de substituir indústrias, empresas ou produtos estabelecidos no mercado.* [...] As inovações disruptivas – cite-se o exemplo das recentes plataformas de economia colaborativa (Uber, AirBnb etc.) – incorporam padrões e esquemas novos de atuação, provocando o desarranjo dos esquemas de produção e regulatórios vigentes. Portanto, é sua chegada ao mercado que impõe maiores desafios ao regulador”.

⁹ Veja-se que “O *streaming* é uma forma de transmissão contínua de dados por meio de mídias digitais, caracterizada pelo não armazenamento dessas informações no disco rígido (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” (HACHEM; FARIA, 2019, p. 194-195).

comércio eletrônico), são tributadas pelo ISS (imposto sobre serviços) e não estão obrigadas a respeitar a cota mínima de conteúdo nacional.

Deveras, em todos os setores supramencionados, o número de usuários das novas tecnologias cresce cada vez mais e, diante desse crescimento e da entrada de novos *players* nessas áreas, a tendência é que o mercado passe por mudanças ainda maiores nos próximos anos. Daí a necessidade de uma regulação adequada aos novos tempos.

Contudo, ante certas lacunas normativas consoante se expôs, é preciso que se observem certos limites perante as assimetrias regulatórias.

6. A questão da isonomia e as assimetrias regulatórias

Nesse viés, importa destacar que “as assimetrias regulatórias devem sempre e necessariamente ser amplamente justificadas – como, aliás, toda a atividade regulatória, mas de forma ainda mais intensa no caso de diferenciações” (MARQUES NETO; ZAGO, 2018, p. 184). Com isso, o princípio da motivação dos atos e decisões da Administração Pública deve ser rigorosamente observado na hipótese.

Referida ideia se justifica na medida em que “as assimetrias, ao afastarem a regra de incidência geral com uma distinção — seja conforme a atividade, seja diante de características do ator –, demandam fundamentação expressa, clara e densa, condicionante para sua legitimidade” (MARQUES NETO; ZAGO, 2018, p. 184).

Deveras, a atuação do Estado é pautada no primado da isonomia. No entanto, sabe-se que embora a igualdade seja fundamental para validar a conduta estatal, é possível que diante de determinadas situações, tratar desigualmente os desiguais em determinados setores e atividades de prestação de serviços públicos consiga alcançar com maior efetividade a isonomia.

Nesses termos, sempre que houver um *discrîmen* que justifique tratamento diferenciado em relação aos distintos *players* do mercado, não haverá ofensa ao princípio da igualdade.¹⁰ Deveras, a “disciplina

¹⁰ Consoante explica Bandeira de Mello (2000, p. 37), “O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrîmen* e a discriminação legal decidida em função dele”. E continua: “De revés, ocorre imediata e intuitiva rejeição de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado.

discriminatória não infringe o princípio da isonomia por se fundar na constatação de que os diversos operadores se encontram em situações economicamente distintas” (JUSTEN FILHO *et al.*, 2009, p. 499). Todavia, só se pode verificar a real existência de um critério justificador de tratamento díspar legítimo diante de razões devidamente fundamentadas.

Destaca-se que “No caso específico da regulação, a fundamentação das assimetrias regulatórias, no âmbito de uma determinada política regulatória, deverá relacionar-se com os fins trazidos pela política pública para o setor”. Isto é, “A integral, efetiva e eficiente implementação dos fins da política pública é suficiente (e, doutro bordo, necessária) para justificar as escolhas da política regulatória, incluídas aí as escolhas de modulações e distinções entre atividades e atores do setor” (MARQUES NETO; ZAGO, 2018, p. 185).

Ressalta-se que as atuações regulatórias precisam estar atentas “à estrutura e às variáveis particulares do mercado em questão”, afastando “o estabelecimento de soluções regulatórias universais (*e.g.*, imposição de sanções) para todas as atividades regulados (*sic*) e/ou para todos os atores do mercado, independentemente de seu porte, perfil ou comportamento por exemplo” (GALVÃO *et al.*, 2021, p. 69).

É dizer de outro modo que importa estabelecer uma espécie de “modulação regulatória”, que será delineada da seguinte maneira: “dentre outros fatores, as respostas do Regulador deverão se adequar ao comportamento e às características dos agentes econômicos regulados” (GALVÃO *et al.*, 2021, p. 69-70).

Veja-se que, se por um lado se pode constatar “que essas assimetrias se mostram importantes para a concretização de uma regulação técnica, eficiente e responsiva, tendo ainda o condão de fomentar a competição no mercado” também é verdade, de outra banda, “que elas não podem ser impostas de forma ilimitada, sem justificativas razoáveis para tanto” (GALVÃO *et al.*, 2021, p. 74-75). Nesse passo, é relevante dizer que a assimetria regulatória não se presta a qualquer tipo de situação, devendo ser aplicada com prudência, evitando-se sua utilização generalizada (JUSTEN FILHO *et al.*, 2009, p. 501).

É importante esclarecer que essa cautela em sua adoção contempla mecanismos jurídicos - tal qual o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos e a análise de impacto regulatório (AIR), que ajudarão a lidar com

o período de alteração na dinâmica de uma determinada atividade econômica.¹¹

De todo modo, a regulação estatal é indispensável diante do exercício da função administrativa e nessa linha, interessa observar, consoante explica Low-Beer (2002, p. 46), sobre o tema dos serviços públicos urbanos e a regulação que:

Teoricamente a regulação está dirigida para tentar eliminar as falhas do mercado relacionadas aos monopólios naturais, inclusive as potenciais externalidades negativas, buscando garantir: (1) o acesso universal ao nível do consumo essencial; (2) a qualidade satisfatória dos serviços, prevenindo abusos do poder monopolista como aumentos de preços e restrições de oferta; (3) a viabilidade econômica e financeira da prestação dos serviços; (4) a eficiência na prestação de serviços e na alocação dos recursos (eficiência produtiva), inclusive inovações tecnológicas; (5) a participação da sociedade no processo de regulação e fiscalização dos serviços, reduzindo os riscos de captura e as assimetrias entre usuários e prestadores de serviços; (6) a utilização dos instrumentos de informação disponíveis sobre a prestação de serviços, assegurando a transparência e reduzindo as assimetrias entre os agentes envolvidos no processo; e (7) o estímulo ao aumento da competição.

De tal forma, no cenário contemporâneo de um Estado Pós-Social (em que se ultrapassou o Estado Social e o Estado Neoliberal, adotando-se uma mescla desses modelos estatais)¹², a regulação por parte do Estado é essencial para que as atividades econômicas sejam desempenhadas com eficiência e qualidade, buscando-se reduzir, no que se pretende destacar do presente artigo, as falhas e as assimetrias danosas para os envolvidos nas referidas atividades (seja de prestação de serviços públicos, seja de atividade puramente privada, seja naquelas atividades de utilidade pública prestadas pelos particulares).

¹¹ Essa análise a análise servirá para saber quais as justificativas para fins de inserção do modelo assimétrico de regulação em relação à determinada atividade (TORRES, 2015, p. 98).

¹² “A expressão Estado Pós-Social significa que referido modelo estatal equivale àquele que buscou suplantar o Estado assistencial, porém com sentido mais amplo, comportando duas fases: uma primeira etapa em que houve o surgimento do Estado neoliberal e uma segunda etapa (hodierna), que adveio em virtude da crise do Estado neoliberal, o Estado pós-neoliberal” (SPARAPANI, 2013, p. 46 e ss.).

7. Conclusão

Como visto nas ideias acima expostas, o Direito Administrativo brasileiro contemporâneo se depara com uma série de questões importantes que decorrem do surgimento de novas tecnologias relacionadas ao desempenho de determinadas atividades econômicas. Nesse viés, referido ramo do Direito Público não pode ficar (e realmente não fica), indiferente às inovações tecnológicas que surgem, cada vez mais, no presente cenário econômico.

As situações aqui tratadas são apenas algumas das muitas novidades que mexem com as estruturas e os pilares tradicionais do Direito Administrativo e do seu regime jurídico, demandando novas reflexões atinentes aos conceitos, institutos e instrumentos clássicos dessa disciplina.

Assim, as colocações que se seguiram nas linhas aqui expostas, serviram para expor os desafios que se apresentam para o ente estatal em tema de regulação das atividades econômicas, desenvolvidas pelos agentes nos mais variados setores da esfera econômica. O intuito principal é questionar o papel do Estado regulador nesse panorama e discutir quais os limites da regulação que regerá referidas atividades, tendo como norte a ideia de que tratar diferentemente os distintos *players* do setor contribui para fortalecer a competitividade e a possibilidade de atuação de vários agentes no mercado.

Sendo assim, cabe ao Direito Administrativo enfrentar esses novos desafios, compreender a complexidade dos mesmos e buscar incorporar essa nova realidade, harmonizando-a com o seu fim último, que é sempre a concretização do interesse público primário. Com isso, exige-se uma forçosa busca pela renovação dos moldes tradicionais do desempenho das atividades de prestação de serviços públicos e de exploração de atividades econômicas.

Diante de tantas novidades, o Direito Administrativo prossegue sofrendo mutações (em um contínuo embalo de mudanças que o alcançam, em especial, desde a denominada *reforma administrativa*), mas agora sob o influxo das inovações tecnológicas.

Referências

ANTUNES, Jonas. **Regulação assimétrica no Brasil: experiências setoriais para a competição**, p. 1-2, 2012. Disponível em: <http://www.telcomp.org.br/site/wp-content/uploads/downloads/2012/01/20111215-A-regula%C3%A7%C3%A3o-assim%C3%A9trica-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 233, p. 311-371, jul./set. 2003.

ATO da Anatel define prestadoras de pequeno porte. **Gov.br**, 2019. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/institucional/component/content/article/46-noticias/2418-ato-da-anatel-define-prestadoras-de-pequeno-porte>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.

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

CASSESE, Sabino. **La globalización jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 19-50.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat *et al.* Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais e a fiscalização regulatória da Anac. **Núcleo de direito setorial e regulatório da faculdade de direito da UnB**, 2021.

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

HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. Regulação jurídica das novas tecnologias no direito administrativo brasileiro: impactos causados por Uber, WhatsApp, Netflix e seus similares. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 3, p. 180-203, set./dez. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: RT, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal *et al.* **Regulação portuária e concorrência**: terminais de uso público e de uso privativo misto – pareceres jurídicos e econômicos relativos à ADPF n. 139. Rio de Janeiro: Abratec, 2009.

LOW-BEER, Jacqueline. Os serviços públicos urbanos e a regulação: novo enfoque em políticas públicas. **Pós – Revista do Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da Fausp/Universidade de São Paulo**, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo. Comissão de Pós-Graduação, São Paulo, v. 12, p. 34-48, dez. 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 4, p. 1-26, nov./dez. 2005-jan. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018.

MESQUITA, Alvaro Augusto Pereira. O papel e o funcionamento das agências reguladoras no contexto do Estado brasileiro – problemas e soluções. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 166, p. 23-40, abr./jun. 2005.

SCHIRATO, Vitor Rhein; SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. Instalações portuárias e serviço público: requisitos e efeitos da definição de poligonais dos portos organizados. *In*: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). **Direito portuário brasileiro**: Lei 12.815 – poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 430-452.

SPARAPANI, Priscilia. **O princípio da vedação ao retrocesso social e sua aplicação ao regime jurídico dos servidores públicos**. 2013. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-38.

TORRES, Maíra Ayres. **A transição para a assimetria regulatória e os mecanismos de sustentabilidade deste modelo**: uma análise dos aeroportos concedidos e dos aeroportos autorizados. 2015. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.