

Tecnologia e regulação dos “novos serviços”

Regulação dos novos serviços requer harmonia e coerência com a regulação dos serviços tradicionais

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial na UnB. Advogada. Ex-conselheira do Cade.

As recentes notícias de que a Comissão Europeia avança na tentativa de regulação de serviços *online* como Skype e WhatsApp realça uma discussão relacionada não apenas aos serviços de comunicação, mas também aos serviços inerentes à chamada economia compartilhada, tais como Uber e Airbnb, já que todos eles têm comum o fato de serem propiciados pelos recentes avanços tecnológicos. A questão é saber em que medida esses “novos serviços” devem ser regulados, para que serviria tal regulação e como esta poderia e deveria dialogar com a regulação dos “serviços tradicionais”.

Como se sabe, a tecnologia vem propiciando novas formas de ofertas de serviços, que têm como marca a inovação. Entretanto, nem sempre há um descolamento total em relação aos serviços tradicionais. Pelo contrário, muitas vezes os “novos serviços” são substitutos diretos – ou pelo menos apresentam alto grau de substituíbilidade – dos serviços já existentes, concorrendo diretamente com estes. É o caso do Skype e do WhatsApp em relação aos serviços de telefonia, do Uber em relação aos serviços de táxi e do Airbnb em relação aos serviços tradicionais de hotelaria.

Não obstante, uma característica comum dos novos *players* é negar essa proximidade com os serviços tradicionais, insistindo no caráter absolutamente inovador de suas atividades, com o objetivo claro de afastar qualquer possibilidade de incidência da regulação prevista para os primeiros. No caso dos serviços de comunicação, a estratégia é diferenciá-los dos serviços tradicionais de comunicação. No caso dos serviços da economia compartilhada, a estratégia é insistir no papel exclusivo de intermediação, o que permite ao Airbnb,

por exemplo, apresentar-se como intermediário entre imóveis ociosos e possíveis interessados em alugá-los por um curto período, assim como ao Uber defender que apenas conecta passageiros a motoristas particulares independentes.

No plano teórico, a compreensão da regulação dos novos serviços tem se colocado normalmente a partir de uma perspectiva maniqueísta, em que as alternativas são extremas: ou se entende que os novos serviços não se diferenciam, na essência, dos serviços já existentes, motivo pelo qual devem estar amplamente submetidos à regulação destes, ou se entende que os novos serviços são totalmente diferentes e únicos, motivo pelo qual devem ser imunes à regulação já existente.

Já do ponto de vista dos consumidores, estes tendem a ver os novos serviços com muito otimismo, em razão da gratuidade ou dos benefícios que normalmente são apresentados, como praticidade, maior qualidade ou menor preço. Nem sempre os usuários percebem que não existe propriamente gratuidade, já que “pagam” com seus dados pessoais e a possibilidade de serem facilmente acessíveis para fins de publicidade e outros propósitos comerciais, assim como que os menores preços ou a melhor qualidade dos novos serviços podem decorrer de questões circunstanciais, já que os seus prestadores precisam desafiar os agentes econômicos tradicionais, a fim de conquistar mercado. Nada assegura que, não havendo mais a referida rivalidade, os entrantes não irão abusar da posição dominante obtida, aumentando os preços, por exemplo.

Ademais, há questões relacionadas à segurança e a outros direitos básicos do consumidor que nem sempre são sopesadas pelos usuários. Como exemplo, lembre-se que, no caso do WhatsApp e do Skype, o consumidor tende a pensar nos referidos serviços a partir dos seus benefícios pessoais, nem sempre compreendendo que a disputa entre estes e os serviços tradicionais de telecomunicações requer o equacionamento de problemas complexos, como o relacionado aos investimentos nas redes de internet de alta velocidade.

Todas as controvérsias relacionadas aos novos serviços são ainda travadas em ambiente no qual o lobby tanto dos agentes já atuantes no mercado – a favor de uma equiparação linear dos novos serviços aos serviços da economia tradicional – como dos entrantes – contra qualquer tipo de equiparação e, de certa forma, a favor da ausência de regulação em relação aos novos serviços – tem um grande peso, ao qual se somam inúmeras estratégias de marketing, para

seduzir e convencer o poder público e a população sobre a qualidade dos novos serviços e a inadequação da regulação sobre eles.

Observa-se, nesse contexto, a necessidade imperiosa de exame mais atento do problema, que possa levar em consideração as semelhanças e diferenças entre os novos serviços e os já existentes, bem como os impactos desta comparação para a questão da regulação. Embora não haja respostas prontas para o problema, algumas preocupações precisam ser salientadas desde já.

A primeira delas é que a correta compreensão dos novos serviços requer provavelmente uma posição intermediária entre as alternativas extremas de que estes ou são “mais do mesmo” ou são totalmente diferentes dos serviços tradicionais. Na verdade, embora não se possa negar que os novos serviços têm suas diferenças e originalidades, estes se apresentam como substitutos dos serviços tradicionais, exercendo relevante pressão competitiva sobre estes.

Analisando os novos serviços sob um ponto de vista funcional, fica difícil negar que existem semelhanças e graus de substituíbilidade suficientes entre os novos serviços e os da “economia tradicional” para justificar a discussão sobre se a regulação prevista para estes deveria alcançar também os primeiros. Por outro lado, existem também muitas peculiaridades que podem justificar tratamentos diferenciados em determinadas searas.

No caso específico da economia compartilhada, ainda há que se considerar que, por mais que os novos mercados possam ser vistos como distintos, estão conectados funcionalmente aos mercados do “mundo real”, motivo pelo qual pode não fazer sentido, para efeitos regulatórios e concorrenciais, uma cisão absoluta entre o serviço de intermediação e o serviço final da prestação de serviço, já que o primeiro é totalmente dependente do segundo.

Dessa maneira, não obstante as especificidades, diferenças, eficiências e inovações dos novos serviços, tais aspectos não são suficientes para justificar um total isolamento destes, do ponto de vista regulatório e concorrencial, diante dos demais serviços regulados. Por mais que se trate de análise necessariamente casuística, em alguns casos pode ser sustentável que, em face das grandes semelhanças, a melhor solução possível seja uma regulação única para os novos serviços e os serviços tradicionais.

A segunda observação é que a regulação dos novos serviços precisa estar atenta às suas repercussões concorrenciais. Embora possa ser defensável que os novos serviços não devam estar sujeitos à mesma regulação dos serviços tradicionais, ainda mais quando esta é considerada inadequada e falha mesmo em relação a estes, é inequívoco que tais deficiências regulatórias se potencializam quando são aplicadas apenas aos serviços já existentes.

Por essa razão, o argumento da inadequação da regulação dos serviços tradicionais, como justificativa para manter os novos serviços imunes do ponto de vista regulatório, pode gerar uma série de distorções concorrenciais, fazendo com que apenas os agentes anteriormente estabelecidos estejam sujeitos aos custos e aos ônus da regulação já existente, enquanto que os entrantes dos novos serviços estejam na situação ideal de total liberdade e ausência de regulação.

Tal aspecto mostra como a questão regulatória está intrinsecamente ligada à questão concorrencial e que a discussão sobre a regulação dos novos serviços deve ser pensada também à luz de novas alternativas para a regulação dos serviços tradicionais, a fim de que ambos os setores estejam sujeitos a regulações adequadas e que não gerem ônus ou facilidades exageradas para nenhum dos segmentos.

Com efeito, a intervenção do estado deve ser adequada para propiciar a competição pelo mérito entre serviços com considerável grau de substituíbilidade, não parecendo adequada a opção apriorística de se manter a regulação dos serviços tradicionais – muitas vezes antiquada e geradora de inúmeros custos e ineficiências – e não se regular em absoluto os novos serviços. A regulação dos novos serviços requer, portanto, harmonia e coerência com a regulação dos serviços tradicionais, podendo inclusive exigir a reforma da regulação destes últimos.

A terceira observação é que a regulação deve estimular, na medida certa, a inovação e os novos arranjos contratuais que se mostram como alternativas eficientes para as novas demandas da realidade, reduzindo custos de transação e apresentando diversos benefícios. Entretanto, alguns limites precisam ser observados.

De fato, a redução de custos de transação não pode ser obtida exclusivamente a partir da fuga deliberada de alguns focos de regulação, especialmente em áreas que, como são os casos do Direito do Trabalho, Direito

do Consumidor, Direito da Concorrência, Direito Ambiental e Direito Tributário, lidam com normas cogentes que asseguram interesses públicos indisponíveis da maior relevância ou tutelam vulneráveis. Nesse sentido, a criatividade empresarial não pode se furtar à observância de normas imperativas.

Em relação a tais áreas, não há dúvidas de que os novos serviços devem ser regulados ou até mesmo sujeitos integralmente às regulações já existentes, até porque estas normalmente se baseiam em conceitos econômicos de maior abrangência, a fim de impor as responsabilidades respectivas ao efetivo titular do poder empresarial, qualquer que seja a forma do exercício deste poder ou da atividade por ele desenvolvida. Trata-se, na verdade, da implementação do princípio da prevalência da realidade sobre a forma, tão caro a searas que lidam com interesses públicos indisponíveis.

Tal questão está relacionada ao desafio de entender em que medida a tecnologia muda a essência dos serviços ofertados ou, na verdade, simplesmente propicia novos formatos e configurações do mesmo serviço, sem afetar substancialmente a natureza ou a essência deste, muito menos para o fim de impossibilitar a aplicação da regulação específica que sobre este se projeta.

Conclui-se, portanto, que há boas razões para justificar a regulação dos novos serviços, embora, em alguns casos, haja a necessidade de adaptações para contemplar as suas peculiaridades e equacionar adequadamente os interesses que sobre eles se projetam, especialmente no que diz respeito ao estímulo à inovação, por um lado, e a preocupação com a eficácia de normas cogentes que incidem sobre a atividade econômica, por outro lado. De toda sorte, é fundamental que as soluções regulatórias pensadas para os novos serviços sejam harmônicas e coerentes com a regulação dos serviços tradicionais, sob pena de se gerar sérias distorções regulatórias e concorrenciais.

Texto publicado em 6 de Outubro de 2016 no portal Jota.

Disponível em: <http://jota.info/artigos/tecnologia-e-regulacao-dos-novos-servicos-06102016>