



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Os impactos dos serviços “over the top” no regime de serviço público sob a ótica da colisão entre direitos fundamentais positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

The impacts of “over the top” services on the public service regime from the perspective of the collision between fundamental rights in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil

Angelita Woltmann; Otávio Martins Finger

Resumo: O presente estudo objetiva averiguar os efeitos que os serviços denominados “over the top” podem incitar no regime de serviço público brasileiro, este de titularidade estatal, conforme rege a Constituição Federal de 1988. Com vistas a analisar tais impactos, a pesquisa faz um apanhado histórico da relação entre livre iniciativa e serviço público, bem como se atém à conceituação de serviço “over the top”. Igualmente, analisam-se os atributos do regime de serviço público brasileiro, apurando-se as formas de sua execução, que ocorre diretamente pelo Estado ou por intermédio de empresas delegatárias. Ao final, verifica-se a possibilidade de conciliar os serviços “over the top” com certos serviços públicos, de modo a viabilizar a prestação eficaz das atividades econômicas e beneficiar o consumidor. O método utilizado na pesquisa é o dedutivo, uma vez que, a partir de parâmetros fáticos, legais, doutrinários e jurisprudenciais, conclui-se acerca dos impactos que os serviços inovadores de tecnologia provocam nas atividades tradicionais prestadas em regime de serviço público.

Palavras-chave: Estado brasileiro; Serviço público; Serviços “over the top”; Tecnologia.

Abstract: The present study seeks to investigate the effects that the so-called “over the top” services may have on the Brazilian public service regime, which is owned by the State, as ruled by the Federal Constitution of 1988. In order to analyze such impacts, the research makes a historical overview of the relationship between free enterprise and public service, as well as adhering to the concept of “over the top” services. Likewise, the attributes of the Brazilian public service regime are analyzed, investigating the forms of its provision, which occur directly by the State or through delegated companies. In the end, it is considered the possibility of reconciling “over the top” services with certain public services, in order to enable the efficient provision of economic activities and benefit the consumers. The method used in the research is the deductive one, since, based on factual, legal, doctrinal and jurisprudential parameters, it is concluded about the impacts that innovative technology services cause in traditional activities provided under public service regime.

Keywords: Brazilian state; Public service; “Over the top” services; Technology.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9i2p130-152>

OS IMPACTOS DOS SERVIÇOS “OVER THE TOP” NO REGIME DE SERVIÇO PÚBLICO SOB A ÓTICA DA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS POSITIVADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Angelita WOLTMANN*; Otávio Martins FINGER**

Sumário: 1 Introdução; 2 A tecnologia e o direito sob perspectiva histórica e o surgimento dos serviços “over the top”; 3 A ordem econômica e o regime de serviço público no Brasil; 4 Os efeitos dos serviços “over the top” no regime de serviço público brasileiro; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas.

1. Introdução

A presente pesquisa tem por fito averiguar, por intermédio da legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes, os impactos dos serviços “*over the top*” no serviço público brasileiro, mormente quanto ao efeito de substituição dos serviços tradicionalmente prestados pelo Estado por outros serviços, da mesma natureza, porém mais benéficos, os quais, na maioria das vezes, são oferecidos por empresas advindas da iniciativa privada, atuando em regime concorrencial. Nesse sentido, analisa-se como a inovação tecnológica proveniente de determinados serviços pode, por vezes, fazer a exploração privada de determinada atividade se sobrepôr ao regime de *publicatio* exigido pela Constituição Federal de 1988, bem como em leis infraconstitucionais, como é o caso do serviço postal (art. 21, inciso X, CF) e dos serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (art. 21, inciso XII, alínea “a”, CF).

Em vista disso, o tema do presente trabalho científico é de grande relevância e atualidade, tendo em vista que os serviços tidos como “*over the top*” impactam diuturnamente os serviços públicos no Brasil. A questão levanta indagações diversas, como a real pertinência da prestação da atividade econômica pelo Estado, seja dire-

*Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Integração Latino-Americana (MILA) pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Direito Constitucional aplicado pela Universidade Franciscana (UFN). Especialista em Bioética pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). cursou os módulos do doutorado em Ciências Jurídicas, na área de Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Atualmente, é professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Possui registro junto à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RS 61.713). E-mail: awoltmann@gmail.com

**Advogado no escritório Farias & Finger Advocacia, atuante na área de Direito Público. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS). Especialista em Direito Administrativo. Pós-graduando lato sensu na Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana (UFN/RS).

tamente ou por meio de delegação, bem como a possibilidade ou não de desestatização da prestação do serviço, e consequente exercício pela iniciativa privada, em condições de concorrência, próprios do regime de mercado.

Sabe-se que a livre iniciativa e a soberania nacional são princípios que encontram respaldo na Constituição Federal de 1988, e que, por estarem no mesmo patamar da “Pirâmide de Kelsen”, é comum que entrem em conflito, como assim ocorreu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu que a prestação de serviços postais somente competia à União, por meio da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), caso este que será tratado nesta pesquisa. Recentemente, a problemática ganha ainda maior relevância, dada a notícia de possível desestatização da ECT.

Nessa linha, por envolver a colisão entre princípios subsumidos na Carta Magna, como soberania, interesse público, valores sociais do trabalho, propriedade, proteção ao consumidor e ao meio ambiente, livre concorrência, redução de desigualdades e busca do pleno emprego, é que se faz pertinente a análise dos efeitos destes serviços que, devido à rápida inovação tecnológica, impactam a sociedade antes mesmo de serem reguladas ou fiscalizadas pela Administração Pública, afetando atividades tipicamente prestadas em regime de *publicatio*. Exemplifica-se o problema com a predominância de aplicativos de telefone celular, como *Facebook*, *WhatsApp*, *Uber*, *Spotify*, *Netflix*, *Amazon*, dentre outros.

Por certo que a existência do Estado em determinados ramos da vida é posta em xeque quando seus próprios serviços são superados, em termos de tecnologia e benefícios ao consumidor. Conforme a própria doutrina administrativista, os serviços públicos existem justamente porque, *a priori*, não poderiam ser prestados por um ente privado. Destarte, o presente trabalho se restringirá a investigar os impactos que os serviços conhecidos como “*over the top*”, em sua maioria, prestados por entes privados com o auxílio de novas tecnologias, podem causar nas atividades econômicas prestadas tradicionalmente pelo Estado, seja diretamente ou por intermédio de concessão ou permissão pública.

2. A tecnologia e o direito sob perspectiva histórica e o surgimento dos serviços “*over the top*”

Historicamente, foram diversas as vezes em que um certo produto ou serviço, até então tido como essencial ou insubstituível, foi superado pela tecnologia descoberta em seu tempo. Contudo, a desenfreada inovação e o surgimento de produtos e serviços que se sobrepuseram aos seus antecessores de forma sucessiva, sendo cada vez mais benéficos aos consumidores, ocorreu, em um primeiro momento, com a Revolução Industrial, em meados do século XVIII, na Inglaterra. É de se recordar que, à época, a atuação do Estado foi mitigada com as revoluções liberais (notadamente

Americana e Francesa), sendo que a sua ingerência na vida das pessoas foi diminuída drasticamente. Desde então, na vigência dos ideais do Estado Liberal, com a proliferação do modo de produção pautado na livre iniciativa e concorrência, a inovação tecnológica aumentou exponencialmente, vindo a alcançar até mesmo áreas que eram dominadas por serviços estatais.

Assinala Medauar (2018, p. 25) que, com a ascensão dos princípios de viés liberal, pretendia-se “o distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos indivíduos, como garantia de independência da sociedade às injunções do Estado”. Com o desenvolvimento tecnológico descomunal da Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, sobreveio também o desenvolvimento humano.

Pesquisas realizadas em 2019 pela Universidade de Oxford, no Reino Unido, demonstraram que, em termos de desenvolvimento humano, a sociedade foi alvo de um crescimento nunca presenciado, sendo colossal nos últimos duzentos anos, se comparado com os mil anos anteriores (OUR WORLD IN DATA, 2019, [s.p]). A ascensão se deu tanto no campo econômico quanto em termos de educação, saúde e democracia (menos países encontram-se sob regimes autocráticos de governo). Quanto ao crescimento econômico, explica José Eustáquio Diniz Alves:

Entre 1776 e 2016 o crescimento da população foi de quase 9 vezes (de cerca de 850 milhões para 7,5 bilhões de habitantes), enquanto o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) foi de 120 vezes. O aumento da renda per capita foi superior a 13 vezes. Isto quer dizer que um cidadão médio da atualidade recebe em um mês o que um indivíduo médio do antigo regime, antes da Revolução Francesa, levava mais de um ano para receber. Acompanhando o crescimento da renda, houve uma melhoria nos indicadores sociais e políticos (2018, p. 1).

Denota-se assim que, da disseminação do ideal de livre iniciativa, que iniciou no século XVIII e se difundiu no século XIX, decorreu, igualmente, o desenvolvimento humano exacerbado. Com isso, viu-se também, cada vez mais, a proliferação das empresas, as quais passaram a prestar os mais diversos serviços, muitos deles oferecidos tradicionalmente pelo Estado. À título exemplificativo, no famoso caso Blanco, ocorrido na França no século XIX e que transformou a noção de responsabilidade civil do Estado, a ação foi proposta em face de uma empresa estatal prestadora de serviço público, qual sendo, a Companhia Nacional de Manufatura de Fumo (DI PIETRO, 2020, p. 275). Veja-se que no caso, o Estado francês, através da empresa citada, ocupava-se da atividade de distribuição de fumo, o que hoje é considerado desarrazoado.

Em países de *common law*, destaca a autora, deu-se ainda mais atenção à liberdade de indústria e comércio, notadamente nos Estados Unidos, país que carece de um regime de serviço público específico, não havendo sequer delegação (concessão ou

permissão) por parte do Poder Público, e sim a atuação da iniciativa privada em regime concorrencial. Naquele país, refere Di Pietro (2020, p. 90-92), exige-se no máximo uma licença para exercício da atividade econômica.

Não obstante a alavancada, o Estado Liberal, que se opôs, em um primeiro momento, ao absolutismo, também sofreu crises, sendo a principal delas a Quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929. Assim, o liberalismo clássico cedeu espaço, já no século XX, ao chamado Estado Social (*Welfare State*). Neste estágio, concluiu-se que não bastava a abstenção estatal com relação à sociedade civil, entendendo-se ser dever do ente o provimento de direitos básicos ligados à saúde, educação e trabalho, aumentando, assim, a prestação de serviços públicos. Assim leciona Luís Roberto Barroso (2018, p. 92):

Ao longo do século XIX, o liberalismo e o constitucionalismo se difundem e se consolidam na Europa. Já no século XX, no entanto, sobretudo a partir da Primeira Guerra, o Estado ocidental torna-se progressivamente intervencionista, sendo rebatizado de Estado social. Dele já não se espera apenas que se abstenha de intervir na esfera individual e privada das pessoas. Ao contrário, o Estado, ao menos idealmente, torna-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população. Como natural e previsível, o Estado social rompeu o equilíbrio que o modelo liberal estabelecera entre público e privado.

Embora tenha havido a mitigação das ideias liberais, com o aumento das funções estatais, os princípios atinentes à livre iniciativa, livre concorrência e livre exercício de profissão permaneceram, salvo em países que adotaram a planificação econômica, como a União Soviética (e os países sob sua administração) e posteriormente Cuba e Coreia do Norte. Assim, por mais que coubesse ao Estado o atendimento aos direitos sociais e a prestação de serviços públicos, tornou-se consenso de que era atribuição da iniciativa privada o exercício de atividades econômicas *stricto sensu*, de modo que o ente estatal só poderia atuar no mercado em casos excepcionais.

Hely Lopes Meirelles (2015, p. 412) classifica as atividades econômicas *strictu sensu* como sendo os serviços industriais impróprios do Estado. Fazendo alusão ao art. 173 da Constituição Federal de 1988, refere o autor que tais serviços são impróprios do Estado “por consubstanciarem atividade econômica que só poderá ser explorada diretamente pelo Poder Público quando “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”. Nessa linha, Di Pietro:

No seio da União Europeia (como também no direito brasileiro, conforme o artigo 170, caput e inciso IV, da Constituição) adotam-se como postulados da ordem econômica a liberdade de iniciativa e a livre concorrência. Em decorrência disso, a Corte de Justiça da União

Europeia entende que a ideia de que existam serviços públicos exclusivos do Estado é contrária à ideia de livre iniciativa; e a ideia de que serviços públicos possam ser prestados por empresas estatais contraria a livre concorrência (2020, p. 113).

Assim, com o regime concorrencial ainda vigorando na maioria das atividades econômicas, a inovação tecnológica de produtos e serviços continuou em crescimento exponencial, até o surgimento da rede mundial de computadores (*internet*), no fim do século XX. É neste contexto que irrompeu o fenômeno denominado “globalização”, caracterizado pela circulação de bens e serviços (riquezas) em escala transnacional. Nessa senda, refere Medauar (2018, p. 24) que “em essência, a globalização é a universalização dos mercados, da produção, dos capitais, do consumo, sem barreiras de espaço e tempo”, sendo que no “plano econômico interno, hoje o Estado realiza a direção do sistema econômico, embora se mantenha o princípio da iniciativa privada e do mercado”.

Sob a égide da *internet*, a revolução tecnológica chegou a patamares irreversíveis, sendo que as atividades econômicas, em sua maioria, passaram a ser prestadas pelo ente privado. A função do Estado de exercer diretamente a atividade econômica passou a ser exceção, se restringindo à mera fiscalização e regulação da concorrência empresarial, bem como ao atendimento à direitos sociais, difusos e coletivos, em função dos quais presta certos serviços públicos. Neste contexto, já no fim do século XX e início do século XXI, surgem os denominados serviços “*over the top*” (OTTs). A expressão, cunhada para representar os serviços sob demanda, utilizados notadamente por meio de aplicativo de celular, com acesso à rede mundial de computadores, significa, de forma literal, “acima do topo”, conferindo a ideia de que tais serviços seriam únicos em termos de inovação, abandonando (ou “*para baixo*”, utilizando-se da interpretação dada à expressão) qualquer outra atividade do mesmo ramo ou com o mesmo objetivo. No glossário do Portal do Consumidor da Autoridade Nacional de Comunicações de Portugal (2020, p. 1) encontra-se o conceito de “*over the top*”, já com exemplos notórios destes serviços:

Expressão usada para descrever os serviços disponibilizados através da Internet “aberta”, como por exemplo os serviços de mensagens instantâneas (como o *Facebook Messenger*, o *iMessage* e o *WhatsApp*), serviços de chamadas de voz e vídeo (como o *FaceTime*, o *Skype* e o *Viber*), serviços audiovisuais de áudio e de vídeo (como a *Apple Music*, o *Spotify* e o *Vevo* no caso da música e o *Hulu*, *Netflix*, o *Youtube* e o *Wuaki.tv* no caso dos audiovisuais de vídeo), compra e descarga de ficheiros *media* (como a *Amazon* e o *iTunes*), redes sociais (como o *Facebook*, o *Instagram*, o *LinkedIn* e o *Twitter*), jogos que podem ser transferidos para consolas de jogos, computadores ou telemóveis e jogos online interativos, motores de busca e agregadores de informação (como o *Google* e o *Yahoo*), partilha de ficheiros que oferecem o *peer-to-peer* ou grupos de debate (*newsgroups*) como modelos de

distribuição (como o *BitTorrent*, o *eDonkey* e o *Gnutella*), armazenamento que envolve transferências de dados usando o Protocolo de Transferência de Dados (*File Transfer Protocol*) e seus derivados (como a *Apple*, a *Dropbox*, a *Google* e a *Microsoft*).

Como se denota, a principal semelhança entre tais serviços é o fato de serem oferecidos por meio de aplicativos de telefone celular, sendo que em alguns casos o nome da plataforma acaba sendo utilizado para descrever o próprio serviço, como nos casos do *Google* e do *WhatsApp*, o que ratifica a sua predominância no respectivo ramo. Ademais, é característica comum que haja uma menor burocracia para a utilização destes serviços, de modo que acabam sendo menos dispendiosos aos consumidores, tanto em termos de tempo quanto de recursos. Especificamente quanto aos serviços de telecomunicação, plataformas como *Netflix* acabam por ser mais vantajosas se comparadas aos serviços convencionais de televisão por assinatura.

Outro fator que impulsionou a disseminação dos serviços OTT foi a ausência de intermediários entre o provedor do serviço e o consumidor final. Em verdade, depreende-se que não há o Estado ou outro ente intermediando a relação, bastando que o usuário efetue o *download* do serviço no telefone celular e que tenha acesso à *internet*. Dentre essas atividades, estão também os populares serviços disponibilizados por meio de *streaming*, ou seja, uma “tecnologia que é capaz de transmitir dados através da internet sem a necessidade de baixar o conteúdo em um dispositivo”.

Os arquivos mais comuns transferidos por *streaming* são imagens, áudios, vídeos curtos ou longos, como séries e filmes, textos, apresentação de slides e músicas. As plataformas mais utilizadas e que fazem uso desse tipo de tecnologia são o *Spotify*, a *Netflix* e a *Amazon Prime* (COSTA, 2020, p. 1). Alguns desses serviços já contam com mais de 20 anos desde a sua criação. Contudo, só se tornaram populares com a evolução da *internet*, que permitiu a transmissão de uma maior quantidade de dados em menor tempo. À título de exemplo, a *Netflix*, que transmite filmes e séries por *streaming*, surgiu no ano de 1997, porém o uso em massa da plataforma só veio a ocorrer após o ano de 2010 (KLEINA, 2020, p. 1).

Destarte, é de entender que os serviços *over the top* caracterizam-se como sendo os serviços de tecnologia, geralmente prestados sob demanda, que pela facilidade do uso e pelo barateamento do serviço, acabam por transformar e predominar o mercado, trazendo maiores benefícios aos consumidores usuários. A tendência é que tais serviços, com o tempo, cresçam tanto em termos quantitativos quanto qualitativos, pois se aproveitam da inovação tecnológica para fornecer serviços mais eficientes e baratos aos consumidores, de modo que sua proliferação é quase que inevitável. Outrossim, é bom lembrar que os serviços *over the top* evoluem na mesma medida que a globalização, que, com o passar dos anos, se mostra irreparável, apesar das ações restritivas impostas por alguns governos.

3. A ordem econômica e o regime de serviço público no Brasil

A Constituição Federal do Brasil, além de trazer os valores da livre iniciativa como fundamento da República (art. 1º), elenca, no seu art. 170, como princípios da ordem econômica, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido às pequenas empresas. Além disso, no parágrafo único, refere ser livre o exercício de qualquer atividade econômica, ressalvados os casos previstos em lei (BRASIL, 1988, [s.p.]). Depreende-se que a Constituição optou pela manutenção do regime de mercado e concorrência no que diz respeito às atividades econômicas, sendo a atuação estatal, neste quesito, meramente regulatória, de modo, inclusive, a não interferir no livre exercício do empreendedorismo por parte do cidadão.

Ao se referir ao exercício direto de atividade econômica pelo Estado, a Carta Magna rege que tal atuação só é permitida em casos de relevante interesse coletivo ou quando for necessária aos imperativos da segurança nacional, conforme o disposto no art. 173. A este propósito, prevê a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16), no seu art. 2º, §1º que a constituição de empresa pública e sociedade de economia mista depende de prévia autorização legal que indique o preenchimento dos requisitos citados acima (BRASIL, 2016, [s.p.]).

Importa deixar claro que, ao se referir à atividade econômica, a Constituição refere-se às atividades econômicas em sentido estrito, uma vez que, como é cediço, a atividade econômica é gênero do qual são espécies o serviço público e a atividade econômica *strictu sensu*. Neste sentido, a restrição ao Estado prevista no art. 173 aplica-se às atividades econômicas em sentido estrito, sendo certo que cabe ao ente a prestação de serviços públicos, diretamente ou por meio de delegação, à luz do subsumido no art. 175 da Carta. Acerca dessa distinção, leciona Eros Roberto Grau (2010, p. 101-2):

Ao afirmar que serviço público é tipo de atividade econômica, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a espécie, serviço público.

Ao afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado, a ela atribuí a significação de espécie.

Daí a verificação de que o gênero - atividade econômica - compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica.

Estamos em condições, assim, de superar a ambigüidade (*sic*) que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota gênero, de outra as

hipóteses nas quais ela conota *espécie* do gênero. A seguinte convenção, então, proponho: atividade econômica em sentido amplo conota gênero; atividade econômica em sentido estrito, a espécie.

A divisão acima não possui efeitos meramente didáticos, uma vez que é necessária para determinar o âmbito de atuação estatal na atividade econômica (em sentido amplo), em conformidade com os ditames da Constituição Federal, sobretudo com os dispositivos atinentes à Ordem Econômica do Brasil.

No que concerne aos serviços públicos, a Carta Magna assenta que estes devem ser prestados pelo Poder Público, diretamente ou por meio de delegação, sempre se utilizando do adequado procedimento licitatório. A delegação ocorre com a entrega da prestação do serviço público à empresa estatal ou privada, sob regime de concessão ou permissão (BRASIL, 1988, [s.p.]).

Meirelles (2015, p. 408), tradicionalmente, conceitua serviço público como aquele que é “prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”. Mister frisar que a delegação de serviço público às pessoas jurídicas de direito privado, por intermédio de concessão ou permissão, difere da conhecida “privatização”.

A delegação, na doutrina administrativista, é espécie do gênero desestatização. O que se convencionou chamar de “privatização”, trata-se de outra espécie do gênero, sendo um fenômeno à parte. A *privatização*, em um sentido amplo, é o repasse à sociedade do controle e participação sobre determinada atividade econômica e sobre os processos produtivos. Restritamente, significa a transferência do controle acionário de empresas estatais às pessoas físicas ou sociedades empresárias privadas (MEDAUAR, 2018, p. 86). Perdendo o caráter público do serviço e passando a configurar atividade econômica *stricto sensu*, a empresa atua em regime concorrencial com outros agentes do mercado, sendo livre, assim como os demais agentes, para gerenciar e oferecer os seus serviços.

Sob regime de *delegação*, por outro lado, há transferência apenas na execução do serviço público, ou seja, a titularidade permanece com a Administração Pública, ficando em condições de superioridade em relação ao concessionário, permissionário ou autorizatário (MEIRELLES, 2015, p. 474). Na delegação do serviço público, ainda há a atuação do Estado Gerencial, por meio do segundo setor de suas funções. Quando entregue à empresa privada, o serviço público não perde o caráter público e assim, a empresa que o presta deve respeitar normas mais rígidas do que se atuasse simplesmente em regime concorrencial privado, próprio das atividades econômicas *strictu sensu*.

Ainda, quando delegada à empresa pública ou sociedade de economia mista (ou seja, as pessoas jurídicas de direito privado), a atividade econômica de serviço público

ainda fica submetida à tutela administrativa e à supervisão ministerial, nos moldes do art. 19 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Por óbvio, a atuação do Estado é maior, sendo que tais empresas são pertencentes à Administração Indireta. (BRASIL, 1967, [s.p.]).

A propósito, alguns autores modernos, como Di Pietro (2020, p. 620), criticam o modo como é realizado o repasse de serviço público às empresas estatais, pois a transferência ocorre sem o devido contrato de concessão ou permissão, mas sim com a edição da lei que cria a empresa pública ou a sociedade de economia mista. No entendimento da autora, há ofensa à Constituição Federal, pois esta exige expressamente, no art. 175, parágrafo único, inciso I que a delegação de serviço público deva ocorrer mediante contrato.

Salienta-se que a tendência é que tais empresas pertencentes ao Estado e prestadoras de serviços públicos sejam alienadas à iniciativa privada ou deixem de existir, em virtude de serem, na sua maioria, uma herança do Regime Militar (remete-se à data em que o Decreto-Lei nº 200 entrou em vigor). À época, o Estado avocou diversas atividades econômicas que não lhe eram próprias, por meio da Reforma Administrativa, o que resultou na má gestão, no déficit orçamentário e na utilização dessas empresas de forma clientelista, situação que perdura até os dias atuais, embora em menor escala. Nessa linha, Medauar (2018, p. 85) afirma:

As estatais tiveram grande expansão nas décadas de 60 e 70. Sua atuação, no geral, suscitou vários problemas. Os objetivos de eficiência e agilidade não foram atingidos. Tornaram-se “cabides” de empregos e “feudos” de grupos políticos. Acarretaram grandes dívidas e déficits que o Tesouro Público tinha de cobrir, e este, por sua vez, ante a escassez de recursos, não poderia arcar com tais rombos. Os mecanismos criados para controlar as estatais revelaram-se ineficazes. No Brasil, há muito a imprensa vinha noticiando, com frequência, os problemas relativos aos déficits, ineficiência, abusos e incontrolabilidade das estatais.

O número de estatais diminuiu consideravelmente com a gradual redemocratização do Brasil nos anos 1980, e notadamente com a edição do Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/90), que sofreu sucessivas alterações até ser completamente revogado pela Lei nº 9.491/97, durante o Governo Fernando Henrique Cardoso, prevendo um novo modelo de PND (BRASIL, 1997, [s.p.]). Esta lei também foi reformada em diversas ocasiões, posteriormente. Dito isso, importa verificar a competência para a prestação de serviços públicos, tendo como base o subsumido na Constituição Federal de 1988.

A Carta prevê serviços que são privativos da União (art. 21) e comuns entre os entes federativos (art. 23), dentre os quais se destaca o serviço de saúde, executado através de sistema único (art. 198). Ademais, prevê que os serviços públicos comple-

mentares serão de competência estadual (art. 25, §1º), reservando ao Estado, privativamente, a exploração de serviços locais ligados a gás canalizado (art. 25, §2º). Finalmente, prevê os serviços públicos de competência do Município (art. 30), sob o critério do interesse local (BRASIL, 1988 [s.p.]). Acerca dos serviços públicos de competência da União, entende Hely Lopes Meirelles (2015, p. 422):

A competência da União em matéria de serviços públicos abrange os que lhe são privativos, enumerados no art. 21, e os que são comuns, relacionados no art. 23, que permitem atuação paralela dos Estados-membros e Municípios. Dentre os primeiros cabe destacar a defesa nacional (inc. III); a polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (inc. XXII); a emissão de moeda (inc. VII); o serviço postal (inc. X); os serviços de telecomunicações em geral (incs. XI e XII); de energia elétrica (inc. XII, “b”); de navegação aérea, aeroespacial e de infraestrutura portuária (inc. XII, “c”), os de transporte interestadual e internacional (inc. XII, “d” e “e”); de instalação e produção de energia nuclear (inc. XXIII); e a defesa contra calamidades públicas (inc. XVIII). Alguns desses serviços só podem ser prestados pela União; outros admitem execução indireta, através de delegação a pessoas de Direito Público ou Privado e a pessoas físicas.

Cumprido salientar, conforme entendimento de Di Pietro (2020, p. 301), que esta é uma das três incumbências de caráter econômico que a Constituição conferiu ao Estado. As outras duas consistem no exercício extraordinário de atividade econômica *stricto sensu* (à luz do art. 173 da CRFB), tratada acima, e nas situações em que a União exerce monopólio, nos moldes dos arts. 176 e 177 da Carta Magna.

Quanto às competências da União para a prestação de serviços públicos, depreende-se do texto constitucional que o ente federal recebeu diversas incumbências. Alguns dos serviços elencados no artigo são prestados de forma direta, como a defesa nacional, por intermédio das Forças Armadas, e outros são delegados às empresas estatais ou privadas, como o serviço postal e o serviço de telecomunicações. O que se observa, com isso, é que diversas atividades econômicas que poderiam ser praticadas concorrentemente pela iniciativa privada são exercidas em regime de concessão ou permissão, sob o pretexto de prestarem serviços públicos. Consequentemente, neste regime, não há a livre concorrência inerente das atividades econômicas em sentido estrito, pois para a prestação dos serviços exige-se a contratação com o Poder Público, em que este efetua a delegação do serviço público. Em nível federal, a delegação do serviço público significa, na prática, o exercício de atividade econômica por uma ou por poucas empresas. É o que acontece com o serviço postal, praticado em exclusividade pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, e com o serviço de telecomunicações, em que poucas empresas exercem de fato a atividade econômica (Tim, Claro, Vivo e Oi). Corolário dessa situação é a ineficiência do serviço (público) prestado.

O exercício de atividade econômica em exclusividade ou oligopólio, com a subvenção do Estado, dificulta ou até impede a atuação de outras empresas no ramo, criando uma espécie de “capitalismo de Estado”, em que a concorrência privada não é plena e para atuar economicamente no ramo deve-se ter uma concessão ou permissão estatal. A propósito, a ideia de capitalismo de Estado (ou “capitalismo politicamente orientado”) não é nova, tendo sido trabalhada pelo autor Raymundo Faoro, em sua obra *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. Segundo ele, o patrimonialismo brasileiro encontra suas raízes em Portugal, tendo sido herdado daquele país. Nesse viés,

Este o talhe, o perfil do capitalismo monárquico português, politicamente orientado. A Coroa, só ela e mais ninguém, dirige a empresa que é seu monopólio inalienável. As terras descobertas, como se fossem conquistadas, pertenciam, de direito e de fato, à monarquia. Senhora das terras e dos homens, é-o, também, das rotas e do tráfico. Do exclusivo domínio sobre as descobertas e conquistas decorre, naturalmente, o monopólio do comércio, que leva ao capitalismo monárquico, sistema experimental de exploração econômica ultramarina. (...) Outrossim, como sucedia na reconquista, o monarca pode fazer concessões dos novos domínios, sem, contudo, abdicar do mando. A Coroa não delega a soberania, mas apenas o governo de forma a podê-lo retomar a qualquer instante. Do mesmo modo pode, se lhe convém, delegar a exploração do comércio mediante concessão graciosa (caso da concessão ao infante dom Henrique) ou arrendamento oneroso (pau-brasil a Fernão de Noronha), sem, contudo, perder o monopólio que decorre da propriedade dele, podendo também retomá-la quando entender (FAORO, 2012, p. 74-75).

Depreende-se, desse cenário, as semelhanças com o atual regime, vigente no Brasil, para os serviços públicos. A titularidade do serviço público permanece com o Estado, sendo apenas delegado o seu exercício à pessoa jurídica de direito privado (empresa privada ou estatal). A iniciativa privada fica impedida de atuar senão mediante concessão ou permissão do Poder Público, e se assim atua, detém o privilégio de não ter concorrentes, como é próprio de atividades econômicas *stricto sensu*. Tal situação imperou por muito tempo no Brasil, e ainda impera, porém em menor escala.

Resultante desse regime foi a impossibilidade de o país chegar ao nível pleno de Estado Liberal, como nos países anglo-saxões, bem como o fracasso em se formar um verdadeiro Estado Social, como em alguns países europeus. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2018, p. 94), trata-se do drama brasileiro, da dificuldade em se diferenciar a propriedade pública da propriedade privada. Não tendo institucionalizado a ideia de Estado de Direito, salienta o autor que “o Brasil jamais se libertou dessa herança patrimonialista”, vivendo sempre com a “existência paralela e onipresente do Estado corporativo, cartorial, financiador dos interesses da burguesia industrial,

sucessora dos senhores de escravo e dos exportadores de café” (BARROSO, 2018, p. 94).

Apesar de haver tais condições para o exercício de determinadas atividades econômicas, a Constituição Federal de 1988 permitiu o exercício livre da iniciativa privada em outros ramos econômicos tidos como de interesse público, como é o caso da educação e da saúde. Os arts. 199 e 209 da Carta aludem expressamente à essa liberdade de atuação, sendo necessário apenas a observância de diretrizes gerais, bem como a autorização da autoridade competente (BRASIL, 1988, [s.p.]). Importa fixar que estas atividades são entendidas como sendo de interesse público, mas somente serão tidas como serviço público (propriamente dito), se forem exercidas pelo Poder Público. Assim, a titularidade da atividade econômica pode ser da iniciativa privada ou da Administração Pública, coexistindo os dois sistemas, público e privado.

Diferente é o que ocorre, como já referido, com os serviços públicos exclusivos dos entes federativos, que só podem ser transferidos à iniciativa privada por meio de delegação, sendo que neste caso dificilmente haverá concorrência com outros agentes do mercado. No caso específico das empresas de telefonia, o predomínio é de grandes empresas privadas transnacionais, sendo insignificante ou nula a atuação de pequenas ou médias empresas, em concorrência com as demais.

É neste cenário que surgem os serviços *over the top*, que, em alguns casos, prestam o serviço público em condições mais benéficas ao consumidor, contudo sem regulamentação por parte do ente público, ou seja, sem a devida concessão ou permissão para a prestação do serviço público. Tais serviços, neste contexto, desafiam o privilégio ou oligopólio de empresas estatais e privadas, que tradicionalmente prestam o serviço delegado.

4. Os efeitos dos serviços “over the top” no regime de serviço público brasileiro

Como visto, são evidentes os reflexos que os serviços *over the top* podem implicar no regime de serviço público brasileiro. A Constituição Federal de 1988 prevê, ao longo de seu texto, que incumbe ao Estado a prestação de serviços públicos, transmitindo competência para os entes federativos, dentre os quais a União detém maiores incumbências, no que tange à prestação de serviço público (BRASIL, 1988, [s.p.]). Todavia, o que se vê em muitos casos, atualmente, é o predomínio de certas atividades econômicas em sentido estrito, prestadas pela iniciativa privada, mesmo em campos nos quais a Constituição prevê que cabe ao Estado a prestação do serviço.

Em certas situações, em virtude das maiores vantagens trazidas aos consumidores por estes serviços privado, os próprios entes públicos anuem com a atividade, em dissonância com o previsto na Carta Magna. No olhar de alguns doutrinadores, o ce-

nário não é novo no campo do Direito Administrativo. Apesar de acontecer, atualmente, em maior escala, em virtude da globalização e da disseminação dos serviços *over the top*, a tomada de serviços públicos pela iniciativa privada em regime concorrencial se insere no que os autores convencionaram chamar de “crise na noção de serviço público”.

Di Pietro (2020, p. 35) alude que tal “crise” é entendida como a “tendência de transformar serviços públicos exclusivos do Estado em atividades privadas abertas à livre iniciativa e à livre concorrência”, havendo, em virtude disso, a privatização não da forma de gestão, como ocorre na delegação, mas sim das próprias atividades econômicas, que passam “a ser consideradas de natureza privada, com a devolução das mesmas à livre iniciativa, a liberação de preços etc”. A controvérsia reflete no próprio conceito de serviço público, proveniente da França. Conforme salienta Odete Medauar:

Na história do direito administrativo, a expressão “serviço público” foi trabalhada como teoria, como concepção, nas primeiras décadas do século XX, pela Escola do Serviço Público, também chamada Escola de Bordeaux, encabeçada pelos franceses Duguit e Jèze. Para esta escola o serviço público era a ideia mestra do direito administrativo e o Estado seria uma cooperação de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes.

Tendo em vista que a Escola de Serviço Público concebia o serviço público como atividade prestada pelo Poder Público, registrou-se abalo nessa teoria quando se expandiu a execução de serviços públicos por particulares. Falou-se, então, de crise da noção de serviço público, que nada mais era do que inadequação de uma teoria específica à extensão das prestações estatais, hoje realizadas sob modos variados (MEDAUAR, 2020, p. 35-36).

Veja-se que essa crise levou, na Europa, à própria alteração da terminologia “serviço público”, que passou a se chamar “serviço de interesse geral”, em virtude de decisões proferidas pela Corte de Justiça da União Europeia. Vários países do bloco precisaram se adaptar ao novo entendimento. Di Pietro (2020, p. 35-36) refere que a transferência de serviços públicos ao mercado privado acontece de maneira legal nos países europeus membros da União Europeia, nos quais, por interpretação da Corte de Justiça, passou-se a entender que a prestação exclusiva de serviços pelo Estado viola os primados de livre iniciativa e livre concorrência. Contudo, no Brasil tal interpretação encontra uma restrição: a própria Constituição, que prevê que a prestação de serviços públicos incumbe ao Estado.

Assim, o que se depreende é que alguns serviços, dentre eles os considerados *over the top*, são prestados ao *arrepio* da Constituição, no que poderia se enquadrar em um verdadeiro costume *contra legem*. Luís Roberto Barroso (2018, p. 172) leciona que o costume é a adoção de uma prática reiterada e que tenha sido reconhecida

como válida, podendo, não raro, ser contrário ao disposto na Lei. Exemplo é o caso dos serviços postais, de telecomunicações, radiodifusão sonora e de sons e imagens, que a Constituição impõe sejam prestados pela União (art. 21, X, XI e XII, “a”), diretamente ou mediante delegação.

É inegável que serviços de telecomunicações inovadores, ou seja, *over the top*, como *WhatsApp*, *Facebook Messenger*, *Telegram* e *Viber*, que transmitem instantaneamente mensagens, sons, imagens e vídeos, estejam sendo prestados em descompasso com a legislação atinente ao serviço público, pois praticam exatamente a atividade à qual a Constituição se refere, contudo, sem a devida delegação. No caso específico do *WhatsApp*, pertinente lembrar que hoje é tido como a maior rede social de troca de mensagens do mundo, tendo, já no início do ano de 2020, mais de 2 bilhões de usuários no planeta, sendo que pelo menos 130 milhões se encontram no Brasil. Em apenas três anos, ou seja, desde 2017, a rede social dobrou o número de usuários (G1, 2020, p. 1).

A disseminação de aplicativos de envio de mensagens instantâneas vem inclusive levantando questões acerca da real necessidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública federal prestadora de serviço público postal. É de se recordar que o Supremo Tribunal Federal referendou o privilégio que a ECT detém sobre o serviço postal (mensagens remetidas entre pessoas em forma de cartas) no território nacional, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46. Assim referiu a ementa do acórdão:

O serviço postal – conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado – não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X). O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), empresa pública, entidade da administração indireta da União, criada pelo DL 509, de 10 de março de 1969. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. A ECT deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são

prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao art. 42 da Lei 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º desse ato normativo. [ADPF 46, rel. p/ o ac. min. Eros Grau, j. 5-8-2009, P, *DJE* de 26-2-2010.] Vide RE 627.051, rel. min. Dias Toffoli, j. 12-11-2014, P, *DJE* de 11-2-2015, Tema 402 (BRASIL, 2009, p. 20-21).

Em vários governos levantou-se a possibilidade de desestatização dos Correios, uma vez que atividade econômica própria da empresa poderia ser prestada facilmente por uma ou diversas empresas advindas do setor privado, sem necessidade, por conseguinte, de gasto público com a prestação do serviço. Na última oportunidade em que tal questão veio à lume, empresas como *Amazon* e *Magazine Luiza* demonstraram interesse na compra da estatal (EXAME, 2020, p. 1). Ressalte-se que, apesar de a proposta ser a de acabar com o privilégio postal dos Correios, eventual desestatização resultaria na transferência da atividade econômica para uma ou poucas empresas privadas, por meio de delegação, devido ao caráter de serviço público (de titularidade da União) que a atividade possui, consoante o subsumido na Constituição Federal¹.

Quanto ao serviço de radiodifusão, mister lembrar, igualmente, do caso da *Netflix* e outros serviços *over the top* de *streaming*, como *Amazon Prime* e *Spotify*. Tais aplicativos também desafiam um oligopólio que existe em virtude da condição de serviço público que a atividade de radiodifusão sonora e de imagens ostenta. No âmbito dessas atividades, os serviços inovadores afrontam as tradicionais empresas delegatárias *Claro*, *Tim*, *Oi* e *Vivo*, prestando serviços mais baratos e eficientes. Outro exemplo bastante corriqueiro de como os serviços *over the top* podem impactar o regime de *publicatio* brasileiro é o caso dos táxis e dos aplicativos de transporte, como *Uber*, *99 Taxi* e *Cabify*. Pela leitura da Carta Magna, a atividade econômica de transporte de pessoas é serviço público cuja prestação cabe aos Municípios, sendo considerado serviço de interesse local, conforme o art. 30, V, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988, [s.p.]).

Veja-se que na maioria dos municípios brasileiros o serviço de táxi é prestado por meio de permissão pública, esta considerada como forma de delegação de serviço público. Assim, antes da disseminação dos aplicativos de transporte, os táxis municipais prestavam o serviço em regime quase que monopolista, não havendo concorrência no âmbito dessa atividade econômica. Com o advento de aplicativos como *Uber*, *Cabify* e *99 Taxi*, os taxistas e os motoristas destes aplicativos passaram a viver em constante embate. Taxistas demandam, em protestos, a regulamentação dos

¹ A desestatização da ECT está em andamento no Congresso Nacional, por meio do projeto de lei 591/2021, aguardando votação pelo Senado Federal (BRASIL, 2021, [s.p.]).

aplicativos, como forma de impedir a “concorrência desleal”, referindo que a atividade não regulada prejudica o seu trabalho (DIÁRIO DO NORDESTE, 2020, p. 1). Há casos, inclusive, que a gravidade da disputa toma proporções criminais. Em 2016, na cidade de Porto Alegre, um motorista do aplicativo *Uber* foi morto a mando de um taxista, em virtude de aquele ter trocado o serviço de táxi pelo serviço do aplicativo, sendo considerado, em razão disso, um “traidor”. O mandante do crime, taxista, foi preso posteriormente (G1, 2016, p. 1).

Recentemente, houve iniciativa do próprio *Uber* de acabar com a controvérsia existente. O aplicativo passou a incluir uma ferramenta em que é possível fazer uso do próprio serviço de táxi da cidade, sendo que nessa modalidade os taxistas cadastrados na prefeitura podem prestar o serviço por meio do aplicativo (AGRELA; FILIPPE; VITORIO, 2020, p. 1). Nessa situação em específico, partiu da própria empresa de serviço *over the top* a iniciativa de apaziguar os ânimos existentes entre as duas espécies de serviço, que há muito disputam o âmbito de atuação. Contudo, ainda assim, vêm ganhando espaço os serviços inovadores, por serem mais baratos que os tradicionais. Destarte, o que se evidencia é que o serviço *over the top* de transporte individual impacta o regime de *publicatio* exigido pela Constituição.

Os aplicativos de transporte não detêm qualquer tipo de delegação por parte dos municípios, contudo exercem suas atividades com maior nível de aprovação dos usuários. A concorrência acaba por baratear o serviço fornecido pelos aplicativos, que por sinal competem entre si, o que resulta também em um serviço mais eficiente ao consumidor. Apesar da desconformidade com a lei, a utilização da grande maioria dos serviços *over the top* se tornou reiterada e válida pela sociedade, uma vez que tais serviços são mais benéficos, sobretudo aos consumidores, que os serviços prestados diretamente pelo Estado ou pelas empresas delegatárias.

Reitera-se que os serviços públicos prestados diretamente pelo Estado e por seus delegatários não possuem incentivos à inovação, uma vez que não há o regime concorrencial próprio do mercado e da iniciativa privada. Nesse sentido, mesmo que sem qualquer regulação, os serviços privados de inovação adentram o país concomitantemente ao processo de globalização, afetando o regime de serviço público e dando razão à expressão “crise no conceito de serviço público”.

Desconsiderando a possibilidade de reforma constitucional, por meio de Emenda Constitucional, a saída para tal problemática seria a interpretação, e consequente sopesamento, de determinados princípios constitucionais. Nesse sentido, afirma Moraes (2020, p. 13-14):

O conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos (saúde pública, segurança, liberdade de imprensa, integridade territorial, defesa nacional, família, idosos, índios etc.), que podem vir a envolver-se numa relação de conflito ou colisão. Para solucionar-se esse

conflito, compatibilizando-se as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete.

[...]

A Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua plena eficácia.

Na presente pesquisa, trabalha-se o conflito existente entre o caráter de serviço público de algumas atividades econômicas e o impacto que uma atividade privada “alienígena” pode causar nesse serviço público, determinado pela Constituição da República de 1988.

Em uma visão sistemática, estão em jogo, de um lado, princípios como a soberania nacional, os valores sociais do trabalho, a proteção ao meio ambiente, bem como o próprio serviço público, de titularidade estatal. De outro lado, estão os princípios da liberdade e propriedade, tendo como decorrência a livre iniciativa, a livre concorrência e o livre exercício de atividade econômica, assim como a proteção do consumidor. Ao meio da colisão, também se encontram princípios como a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego.

Todos os princípios citados possuem respaldo na Constituição Federal de 1988, de modo que a colisão entre eles, no caso dos serviços públicos e dos serviços *over the top*, é inevitável. A ponderação² dos princípios constitucionais se faz de maneira que nenhum princípio tenha que ser afastado por completo, ou seja, o núcleo essencial de qualquer princípio em jogo deve ser mantido. Nesse caminho, leciona Luís Roberto Barroso sobre a técnica de ponderação das normas constitucionais:

Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos

² Condicionam-se, assim, aos fatos e dilemas morais em conflito e dependem de ponderação e julgamento calcado na razoabilidade. Alexy (2011, 2011, p. 90) na sua teoria da argumentação e difusão da famosa “técnica da ponderação de interesses”. Embora, cercado de críticas, a teoria *alexiana* é reconhecida mundo afora como símbolo de um “pós-positivismo”, que se vale da crítica ao positivismo *kelseniano* na pós-modernidade. Alexy distingue regras e princípios, considerando que os últimos são normas que se caracterizam pela possibilidade de realização de algo na medida maior das circunstâncias fáticas e jurídicas, sendo considerados, portanto, “mandados de otimização” (ALEXY, 2011, p. 90). Os princípios, nesse sentido, podem ser realizados em diferentes graus, já que possuem essa via de “mão dupla” para sua efetivação: a fática e a jurídica.

elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso (BARROSO, 2018, p. 379).

A ponderação é uma técnica de hermenêutica constitucional bastante utilizada para resolver conflitos entre normas previstas na Constituição, e para que se possa chegar à melhor solução no caso concreto. A interpretação dos dispositivos pode resultar inclusive no fenômeno da mutação constitucional, que é a mudança de sentido da uma norma sem redução ou alteração do texto. Assim, depreende-se que, em virtude dos impactos que os serviços *over the top* causam diariamente no regime de serviço público brasileiro, imperativa é a técnica de sopesamento de normas constitucionais, como forma de compatibilizar as atividades econômicas e viabilizar o exercício por parte de terceiros. Busca-se, assim, melhor atender ao consumidor e usuário do serviço público, destinatário final de qualquer atividade econômica.

A globalização é fenômeno que traz consigo os serviços inovadores, impulsionados que são pelas novas tecnologias. Caracterizados pela maior eficiência e barateamento, os serviços *over the top* já predominam a vida diária da sociedade, e desafiam a estabilidade própria do serviço público, condição esta conferida pela Constituição Federal à determinadas atividades econômicas, consideradas essenciais.

Sendo os serviços públicos prestados diretamente pelo Estado ou por meio de delegação (concessão ou permissão), cresce constantemente a problemática da influência e competição que os serviços privados de tecnologia podem causar ao regime de *publicatio*. Nesse sentido é que se faz necessária a análise e ponderação dos dispositivos constitucionais pertinentes, de modo a compatibilizar o ordenamento jurídico brasileiro com a nova realidade fática.

5. Conclusão

A presente pesquisa foi repartida em três seções, a fim de tornar mais linear o raciocínio e leitura mais didática. A primeira parte do trabalho fez um apanhado histórico do direito, ligando-o com a evolução tecnológica, em ascensão irreparável desde a Revolução Industrial, com início no século XVIII.

Relacionou-se, também, tal evolução com a garantia de direitos como a livre iniciativa, livre concorrência e livre exercício de atividade econômica, todos princípios assentados constitucionalmente. Outrossim, vislumbrou-se que o crescimento tecnológico foi concomitante ao desenvolvimento humano, resultando no processo denominado “globalização”, no fim do século XX. Com o desaparecimento gradual de fronteiras territoriais, em termos econômicos, houve o aumento das trocas comerciais voluntárias e a evolução tecnológica, dando azo ao surgimento dos chamados serviços “*over the top*”. Ao final da seção, partiu-se a uma conceituação destes serviços, caracterizando-os como sendo os fornecidos por intermédio da rede mundial de computadores, originados da livre iniciativa e atuantes em regime concorrencial

de mercado, obtendo predominância sobre outros serviços da mesma natureza em virtude da qualidade e do preço.

Além da predominância no mercado, viu-se também que tais serviços podem se sobrepor até mesmo aos serviços tradicionalmente prestados pelo Estado, na forma de serviço público. Na segunda parte da pesquisa, ateu-se ao regime de serviço público vigente no Brasil (*publicatio*). Conforme dito, o serviço público, espécie do gênero atividade econômica *lato sensu*, é o serviço de titularidade do Estado, por determinação do art. 175 da Constituição Federal. O Estado pode escolher entre prestar o serviço público de maneira direta, ou por meio de delegação, categoria da qual fazem parte a concessão e a permissão pública.

Depreendeu-se da pesquisa que o Brasil adota um sistema restrito em certos serviços públicos, uma vez que estes só podem ser prestados pelo Estado ou por empresa pública ou privada concessionária ou permissionária de serviço público. À exceção das atividades econômicas de saúde e educação, cuja titularidade é partilhada com a iniciativa privada, os demais serviços considerados públicos são limitados drasticamente, em termos de atuação privada no setor.

Consoante o que foi tratado, concluiu-se que a delegação de serviço público é regime que vigora no Brasil há muito tempo, sendo herança de Portugal, quando da colonização. Viu-se que esse regime impede a atuação de pequenos e médios empreendimentos e perpetua o corporativismo de grandes empresas transnacionais, que mantém relações próximas com o Estado.

Além de limitar a concorrência, o serviço delegado não é prestado nos mesmos moldes de serviços privados próprios da iniciativa privada. Estando estagnados frente ao processo de globalização, tais serviços são pouco inovadores e suscetíveis a muitas críticas, de modo que a introdução no território nacional de tecnologias novas e mais benéficas se faz de maneira quase que clandestina, pois os serviços que prestam tais tecnologias não detêm a delegação estatal.

O terceiro ponto deste trabalho limitou-se a averiguar os efeitos que os serviços “over the top” podem causar no regime de serviço público brasileiro. Inferiu-se que os serviços *over the top* já estão sendo utilizados diariamente pela sociedade, em razão de seus benefícios, de forma que sua restrição ou proibição é impossível e sua evolução irrefreável.

Em muitos casos, tais atividade prestam também serviço público, em termos fáticos, atuando paralelamente ao Estado ou aos seus delegatários. Exemplificou-se a temática com o conflito existente entre taxistas e motoristas de aplicativo de telefone celular, no qual há demandas por parte dos taxistas, que exigem a regulamentação da atividade *over the top*, por entenderem que consiste em concorrência desleal. Igualmente, foi analisado o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que, em vias de ser desestatizada, convive com o fato de que aplicativos de telefone celular,

como *WhatsApp* e *Facebook*, prestam justamente a sua atividade, de maneira mais rápida e de forma gratuita, pondo em xeque a existência da empresa pública federal.

Semelhante é o caso das delegatárias do serviço público de telecomunicações, que além de ter que aceitar a existência paralela dos aplicativos já citados, que também exercem a telecomunicação, igualmente deve suportar os serviços de *streaming*. Atividades *over the top* como *Netflix* e *Amazon* tomam cada vez mais o espaço das tradicionais empresas de telefonia e televisão por assinatura, sendo mais baratas e fornecendo um serviço de melhor qualidade.

Ao final, percebeu-se que, apesar de prestarem serviços mais benéficos à população, e já terem sido introduzidos de forma definitiva na vida da sociedade, configurando verdadeiro costume à luz do Direito, as atividades *over the top* que afetam os serviços públicos atuam de forma *contra legem*, em um paralelismo clandestino. Fornecendo serviço considerado de caráter público (ou pelo menos de interesse geral), as empresas inovadoras não possuem a devida delegação por parte do Poder Público, conforme exigido pela lei.

Propôs-se então, em virtude disso, uma compatibilização entre o serviço público, conforme previsto na Constituição, com os serviços *over the top*, já utilizados em grande escala pela população. A técnica utilizada, para tanto, seria a interpretação dos dispositivos constitucionais em colisão, ponderando-se a importância de todos e fazendo predominar aqueles mais benéficos ao consumidor usuário, sem a exclusão completa dos princípios preteridos, que mantêm o seu núcleo essencial.

Nesse sentido é que ocorre a compatibilização entre os princípios constitucionais em jogo, viabilizando a atuação dos serviços *over the top* em conformidade com o ordenamento jurídico, permitindo a prestação de atividades cada vez mais benéficas à sociedade. Tais serviços afetam diuturnamente a noção de serviço público, sendo um dos efeitos que as novas tecnologias causam no Direito Constitucional e no Direito Administrativo.

6. Referências bibliográficas

- AGRELA, Lucas; FILIPPE, Marina; VITORIO, Tamires. A guerra acabou? Uber anuncia união inusitada com taxistas. *Exame*. Disponível em: <<https://exame.com/tecnologia/uber-lancara-servico-de-taxis-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 02 dez. 2021.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

- BRASIL. *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm> Acesso em: 12 nov. 2021.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 nov. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997*. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm#art35> Acesso em: 13 nov. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm> Acesso em: 11 nov. 2021.
- BRASIL. *Projeto de Lei 591, de 2021*. Dispõe sobre o marco regulatório, a organização e a manutenção do Sistema Nacional de Serviços Postais (SNSP); altera as Leis nºs 5.070, de 7 de julho de 1966, 6.538, de 22 de junho de 1978, 9.472, de 16 de julho de 1997, 10.871, de 20 de maio de 2004, 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e 13.326, de 29 de julho de 2016; e revoga as Leis nºs 498, de 28 de novembro de 1948, 937, de 30 de novembro de 1949, 1.882, de 9 de junho de 1953, e 2.610, de 22 de setembro de 1955, e os Decretos-Lei nºs 2.621, de 24 de setembro de 1940, 4.030, de 19 de janeiro de 1942, 6.613, de 22 de junho de 1944, 8.308, de 6 de dezembro de 1945, 8.867, de 24 de janeiro de 1946, e 8.988, de 16 de fevereiro de 1946. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2270894> . Acesso em 28 dez. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=1693>. Acesso em: 02 dez. 2021.
- COSTA, Matheus Bigogno. *O que é e como funciona o streaming*. Disponível em: <https://canaltech.com.br/internet/o-que-e-streaming/>. Acesso em: 02 dez. 2021.
- DIÁRIO DO NORDESTE. Taxistas protestam contra liberação da Uber. *Diário do Nordeste*. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/metro/taxistas-protestam-contraliberacao-da-uber-1.1808713?page=7> . Acesso em: 02 dez. 2021.
- DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- EXAME. Magalu e Amazon estão interessadas na compra dos Correios, diz ministro. *Exame*. Disponível em: <https://exame.com/economia/magalu-e-amazon>

- estao-interessadas-na-compra-dos-correios-diz-ministro/. Acesso em: 02 dez. 2020.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.
- G1. Preso dono de frota de táxi suspeito de mandar matar motorista de Uber. *G1*, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/10/preso-dono-de-frota-de-taxi-suspeito-de-mandar-matar-motorista-do-uber.html>. Acesso em: 02 dez. 2021.
- G1. WhatsApp chega a 2 bilhões de usuários em todo o mundo. *G1*, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/02/12/whatsapp-chega-a-2-bilhoes-de-usuarios-em-todo-o-mundo.ghtml>. Acesso em: 02 dez. 2021.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e crítica). 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- KLEINA, Nilton. A história da Netflix, a rainha do streaming [vídeo]. *Canal Tech*. Disponível em: <https://canaltech.com.br/internet/o-que-e-streaming/>. Acesso em: 02 dez. 2021.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. atualizado por Délcio Balestero Aleixo; José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020
- OUR WORLD IN DATA: 2019. Disponível em: <<https://ourworldindata.org/a-history-of-global-living-conditions-in-5-charts>> Acesso em: 30 out. 2021.
- PORTUGAL. Autoridade Nacional de Comunicações - ANACOM. OTT (over-the-top). Disponível em: <https://www.anacom-consumidor.pt/-/ott-over-the-top->. Acesso em: 12 nov. 2021.