



Na Mídia

14/03/2022 | [Jota](#)

Como o Judiciário deve se portar diante da disrupção?

Até que a regulação seja feita pelo Legislativo, ideal é que Justiça se autocontenha, dizem especialistas



Iluminação do edifício sede do STF por conscientização e combate ao câncer de mama / Crédito: Nelson Jr./SCO/STF

“Estamos a bordo de uma revolução tecnológica que transformará fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos. Em sua escala, alcance e complexidade, a transformação será diferente de qualquer coisa que o ser humano tenha experimentado antes”. Assim o professor alemão Klaus Schwab, fundador do Fórum

Econômico Mundial, define a 4ª revolução industrial – também chamada Indústria 4.0 – em seu livro “A Quarta Revolução Industrial”, publicado em 2016.

O desenvolvimento e a incorporação de inovações tecnológicas já começaram a mudar radicalmente o mundo e moldar a indústria dos próximos anos, o que afeta a economia e leva ao surgimento de novos modelos de negócio. Sobre isso, o economista austríaco Joseph Schumpeter cunhou o conceito de destruição criativa: novos produtos destroem antigas empresas e antigos produtos e, assim, o mercado está sempre em constante inovação.

“Nós temos um ciclo próprio do desenvolvimento capitalista, em que há a substituição de velhas tecnologias, de velhos modos de produção, por novas formas de produção, numa terminologia nova muitas vezes chamada de inovação disruptiva, por designar ideias capazes de enfraquecer ou substituir indústrias, empresas ou produtos estabelecidos no mercado. E, nesse cenário, é muito fácil perceber o tipo de conflito que está ocorrendo aqui entre os detentores dessas novas tecnologias disruptivas e os agentes tradicionais do mercado: players que eram estabelecidos em seus mercados, por vezes monopolistas, e que são ameaçados por atores que se aproveitam das lacunas de regulamentação de novas atividades para obterem vantagens competitivas, sejam elas regulatórias ou tributárias.”

O trecho acima é do voto do ministro Luís Roberto Barroso no recurso extraordinário 1.054.110, julgado em maio de 2019 pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Por unanimidade, o Tribunal declarou inconstitucionais, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, leis municipais que haviam proibido o uso de carros particulares no transporte remunerado de pessoas. Na prática, a decisão liberou o uso de aplicativos como Uber, Cabify e 99 Táxi em todo o país.

Em sua manifestação, Barroso debateu amplamente alguns conceitos que podem gerar insegurança jurídica para negócios disruptivos. Por serem inovadores, a regulação de novos mercados acontece depois do início das atividades, podendo criar um limbo. “É normal que a legislação e a regulação sejam mais reativas porque é difícil prever o que a inovação vai impactar. O que pode ser feito é buscar formas de reduzir o tempo de reação e buscar fazer uma legislação que possa ser mais flexível para que os novos negócios se sintam mais seguros”, explica Roberta Chiminazzo, advogada com experiência na área de telecom e tecnologia.

No entanto, além de a legislação e a regulação serem reativas, para o Judiciário, negócios inovadores também representam um desafio. Jorge Cesa, professor e advogado especialista em contratos, com clientes da área de inovação, explica que o tempo do direito é particular e costuma ter um olhar para o passado. “Essa forma de ver as coisas gera um certo receio com o que é novo. No ato de julgar, é comum o juiz pensar como as coisas tradicionalmente funcionaram e, a partir desse parâmetro, decidir o caso”, afirma o advogado. “Aquilo que indica uma mudança acaba representando um desafio a mais. Esse perfil é percebido em vários casos envolvendo tecnologia. Há uma dificuldade de olhar o novo e distinguir aquilo que é novidade daquilo que é aplicação do direito existente apenas sob uma nova roupagem. O novo pode ser economicamente revolucionário e transformar a sociedade, mas isso não significa que a novidade também signifique uma completa inovação jurídica. Essa diferenciação precisa ser feita.”.

Um dos organizadores do livro “Supremo 4.0: Constituição e Tecnologia em Pauta”, publicado neste ano sob a coordenação do ex-ministro Carlos Ayres Britto, o advogado Fernando Maluf, da área de contencioso cível e arbitragem do Demarest, atuou nos processos das empresas Buser, Yuca e 99 e tem ampla experiência na área. Para ele, a Constituição brasileira traz compromissos expressos com a promoção de legislação, políticas públicas, incentivos e recursos ao desenvolvimento da ciência, tecnologia e inovação. Porém, não tem sido esse o resultado alcançado na prática.

“Conforme avança, a tecnologia tem encontrado resistência de vários lados. Agentes econômicos dominantes temem perder espaço no mercado. A Administração Pública teme perder o protagonismo regulatório. Ou simplesmente ocorre um descompasso legislativo, uma vez que as novas tecnologias surgem em questão de minutos, enquanto as leis levam anos para serem criadas”, argumenta Maluf.

Beto Vasconcelos, sócio do escritório XVV Advogados, ex-Secretário de Assuntos Jurídicos da Presidência da República e ex-Secretário Nacional de Justiça, explica que a função regulatória é essencialmente uma atribuição do Poder Legislativo e do Poder Executivo. “Seja por legitimidade democrática ou por capacidade institucional, é de onde se espera planejamento, investigação e vanguarda na construção de modelos regulatórios modernos diante dos desafios que a inovação tecnológica impõe”, diz.

“O Poder Judiciário, no entanto, tem sido importante protagonista no curso da chamada nova Revolução Industrial, ao afastar a inércia, a resistência injustificada ou regulações impeditivas de novos modelos tecnológicos. A interferência do Judiciário se justifica nesses casos, mas o que se espera é que haja rápida absorção de protagonismo com estudos modernos por parte de órgãos reguladores, de forma garantir valores constitucionais relevantes, como a livre iniciativa, a defesa da concorrência, os direitos dos consumidores e o acesso democrático a direitos sociais”, afirma Vasconcelos, que também atua em casos relevantes envolvendo regulação e tecnologia no STF.

O advogado André Zonaro Giacchetta, sócio da área de tecnologia do escritório Pinheiro Neto Advogados, que representou o aplicativo 99 na discussão perante o STF, relembra que, na ausência de regulação ou regulamentação que permita a oferta desse tipo de serviço, as primeiras decisões judiciais foram no sentido de proibir os aplicativos. “Depois, com a observância da impossibilidade dessa proibição, passamos para um segundo ciclo de leis, de criação de regras estabelecendo as condições para a oferta desse serviço. No entanto, na prática, essas regras impediam o serviço”.

Giacchetta observou, durante os debates provocados pelos aplicativos de transporte individual, um antagonismo entre o mercado tradicional, o de táxi, e um novo modelo de negócio, o dos aplicativos, como citado pelo ministro Barroso. “Isso me marcou bastante, como se os dois mercados fossem opções de transporte excludentes”, disse. “O que se deve ressaltar, que inclusive o STF destacou, é o benefício para o usuário”.

Um estudo feito pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), lembra Giacchetta, demonstrou que a entrada dessas empresas trouxe um ganho para o mercado e gerou atendimento de uma parcela da população que não era atendida pelos táxis. “Então, a inovação não necessariamente implica em prejuízo ou perda para mercados tradicionais a ponto de querer antagonizar e proibir esses serviços”, afirma o advogado.

No voto no caso dos aplicativos de mobilidade urbana, Barroso declarou ser inócuo tentar proibir a inovação “ou preservar o status quo”. “O desafio do Estado está em como acomodar a inovação com os mercados pré-existentes, e penso que a proibição da atividade na tentativa de contenção do processo de mudança, evidentemente, não é o caminho, até porque acho que seria como tentar apagar vento com as mãos. (...). Há um conjunto de novas tecnologias que se impõem e merecem uma demanda relevante da sociedade. Evidentemente, a melhor forma de o Estado lidar com essas inovações e, eventualmente, com a destruição criativa da velha ordem não é impedir o progresso, mas, sim, tentar produzir as vias conciliatórias possíveis”.

E o surgimento desses novos modelos será uma constante. Novas redes, como o Metaverso, e o mercado de NFT (token não fungível), por exemplo, serão motivos de debates de regulação.

“É um desafio, mas o Judiciário, apesar de cauteloso, tem desempenhado papel importante para evitar criação de regras proibitivas da inovação e desenvolvimento tecnológico. O Judiciário tem o papel de recolher subsídios para

entender o fenômeno dos novos negócios que surgem porque é da natureza da disrupção causar um estranhamento”, afirma Giacchetta, para quem o STF se encontra na vanguarda sobre o tema.

Maluf também ressalta o papel do STF. “Sem legislação própria por conta do ineditismo tecnológico e diante de constantes abusos enfrentados por esses novos players, são juízes, desembargadores e ministros que têm decidido para que lado o país caminha e em qual velocidade. Uber e AirBnb são apenas dois exemplos dos mais midiáticos. Mas, em breve, outras brigas importantes vão entrar em pauta, como o fretamento colaborativo, que torna mais acessível o transporte coletivo e permite a qualquer brasileiro viajar por aqui, ou o coliving, também conhecido como moradia compartilhada, que busca democratizar a moradia e permitir a qualquer um morar perto do trabalho ou em uma região mais segura da cidade”.

O advogado André Zanatta, especialista em tecnologia e sócio do escritório Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça Advogados, defende a empresa Liberfly, lawtech gestora de ativos judiciais consumeristas. A empresa enfrenta uma batalha judicial contra a OAB-RJ e pela OAB-ES, que foram ao Judiciário sob o argumento de que os serviços oferecidos pela Liberfly configuram exercício irregular da advocacia.

A Liberfly antecipa os créditos judiciais de pessoas que querem entrar com ação contra companhias aéreas – por problemas como cancelamento de voo sem aviso prévio, overbooking, bagagem extraviada, entre outros. Além disso, arca com o tempo de espera judicial e com os riscos do processo até sua finalização, quando então a empresa pode ou não receber o valor da causa. Resumindo, a startup compra seu problema. No site da empresa, o consumidor apresenta seu caso e a startup avalia se vai levá-lo adiante mediante uma negociação com a aérea ou com um processo judicial. “A Liberfly não é um escritório de advocacia, não exerce atividade privativa de advogados”, afirma Zannata. “A LiberFly fomenta e contribui com o mercado da advocacia, jamais o contrário”.

A prática adotada pela empresa ficou conhecida como litigation finance, ou financiamento de litígios, e tem se popularizado. Embora ainda não seja tão disseminado no Brasil, o novo setor já conta com a Liberfly, a QuickBrasil e a Resolvi, que atuam com transporte aéreo e negativação indevida, e a Pro Solutti e Anttecipe, que atuam no mercado de Direito Trabalhista.

Juliana Ferrari, diretora de relações institucionais da Liberfly e advogada especialista em direito de startups, afirma que o mercado de ativos judiciais consumeristas no Brasil é um assunto muito embrionário, assim como acontece com diversos negócios disruptivos. “Há divergência de decisões e opiniões. Queremos construir um cenário maduro para superar o tema nas instâncias superiores. O Brasil é polo de startups disruptivas, mas a maioria delas tem sofrido com a questão regulatória. Nem todo mundo tem fôlego de seguir até o final, nem todo advogado quer encarar essa briga, os custos são altos. Neste cenário, muitas empresas acabam morrendo com ideias sensacionais”.

O presidente da Associação Brasileira Online to Offline (ABO2O) e do Conselho de Economia Digital e Inovação da Fecomercio/SP, Vitor Magnani, afirma que esse desafio para negócios disruptivos ocorre em todo o mundo, mas é particularmente mais complexo no Brasil. “É um país conhecido pela baixa liberdade econômica e alta complexidade regulatória. O país está na 143ª posição em ranking de liberdade econômica da Heritage Foundation, enquanto ocupa a última posição entre 141 países em qualidade regulatória no Global Competitiveness Report 2019”, afirma.

